# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III

**RENATO DURO DIAS**

**ROBSON ANTÃO DE MEDEIROS**

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

G326
Gênero, sexualidades e direito III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Renato Duro Dias, Robson Antão De Medeiros – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-346-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Gênero. 3. Sexualidades. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO III

---

## Apresentação

O Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito III, sob a Coordenação dos Professores Doutores Renato Duro Dias – FURG e de Robson Antão de Medeiros – UFPB, teve a apresentação realizada no dia 08 de dezembro de 2016, no XXV Congresso do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na cidade de Curitiba – Paraná, dividida em quatro blocos, assim descrita: 1 - gênero, feminismo e direitos humanos; 2 – gênero, relações laborais; 3- sexualidades e 4 – gênero e matérias penal e constitucional.

O primeiro bloco que trata da temática de gênero, feminismo e direitos humanos, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 1 - Feminismo jurídico: notas introdutórias, de autoria de Twig Santos Lopes...; 2 – A importância dos movimentos sociais na luta pelos direitos das mulheres a partir da incorporação do discurso dos direitos humanos, de autoria de Luciana Correa Souza.; e 3 - Violência de gênero, o feminismo como sujeito e a jurisdição constitucional, de autoria de José Roberto Anselmo e Ricardo Augusto Bragiola.

O segundo bloco que trata da temática de gênero e relações laborais, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 4- Trabalho, neoliberalismo e feminismo: análise da justiça de gênero no modelo teórico de Nancy Fraser, de autoria de Samia Moda Cirino; 5 - Que horas ela volta? a subalternidade do emprego doméstico e a diferencial distribuição da precariedade na vida das mulheres, de autoria de Luciana Alves Dombkowitsch e Renato Duro Dias 6- A inserção feminina ao mercado de trabalho através de concurso público: as relações de poder na defensoria pública do Estado do Espírito Santo, de autoria de Lívia Salvador Cani e 7 - A advogada na contemporaneidade e o papel da OAB na implementação de políticas públicas voltadas para a redução das diferenças de gênero, de autoria de Sergio Pereira Braga e Isabella nogueira Paranaguá de Carvalho Drumond.

O terceiro bloco que trata da temática de sexualidades, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 8 - A função social do direito e o reconhecimento do nome social e identidade de gênero: o papel dos atores sociais no desenvolvimento do estado democrático de direito, de autoria de Rogério Sato Capelari e Antonio José Mattos do Amaral; 9 - Cada um no seu lugar: reforço dos estereótipos de gênero na publicidade infantil e a construção da identidade pessoal, de autoria de Tatiana Mareto Silva Cristinae Grobério Pazó; 10 - Travestilidades – o corpo em cena: notas sobre a efetividade dos direitos da personalidade das pessoas travestis no Brasil, de autoria de Carolina Grant Pereira; 11 - O

reconhecimento do direito às sexualidades: uma análise por meio dos direitos fundamentais, de autoria de Amanda Netto Brum e 12 - Possibilidade jurídica do casamento gay no Brasil: uma análise sob a ótica do principio da legalidade e do direito fundamental à liberdade, de autoria de Fabrício Veiga Costa e Renata Mantovani De Lima.

O quarto bloco, e último, que trata da temática de gênero e matérias penal e constitucional, elencando os seguintes trabalhos, autores/as e apresentadores/as: 13- (In)eficácia das medidas protetivas na Lei Maria da Penha, de autoria de Nefi Cordeiro; 14 - Da Lei Maria da Penha ao feminicídio: análise da violência doméstica e familiar e dos homicídios de mulheres no Brasil, de autoria de Lucelaine dos Santos Weiss Wandscheer; 15 - Aborto: um grave problema de saúde pública e de justiça social, de autoria de Maria Claudia Crespo Brauner e Liane de Alexandre Wailla e 16 - Legalização do aborto: medida democrática e inclusiva de direitos das mulheres, de autoria de Emmanuella Magro Denora e Fernando De Brito Alves.

É importante ressaltar que a temática envolvendo Gênero, Sexualidades e Direito são questões transdisciplinares desenvolvidas nos diversos cursos de pós-graduação em Direito nas cinco regiões do Brasil. Revela-se, ainda, pelas apresentações e discussões no GT que o tema merece destaque, dada a emergência nos estudos culturais. Enquanto espaço de promoção, defesa e discussões acadêmicas e jurídicas o GT Gênero, Sexualidades e Direito, junto aos eventos do CONPEDI, inova e revela pesquisas com qualidade científica e social.

Por fim, ressalta-se a importante iniciativa do/das professor/as Renato Duro Dias (FURG), Cecilia Caballero Lois (UFRJ) e Silvana Beline Tavares (UFG) em propor a criação do GT e a chancela pelo CONPEDI, dando guarida a tão relevante temática.

Prof. Dr. Renato Duro Dias - FURG

Profa. Dra. Cecilia Caballero Lois - UFRJ

# VIOLÊNCIA DE GÊNERO, O FEMINISMO COMO SUJEITO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

# GENDER VIOLENCE, AS SUBJECT FEMINISM AND CONSTITUTIONAL JURISDICTION

**José Roberto Anselmo** [1]
**Ricardo Augusto Bragiola** [2]

**Resumo**

O artigo aborda o feminismo no Estado Democrático de Direito, atribuindo-lhe legitimidade para pleitear uma justiça equitativa no contexto social, pelo que se pleiteia espaço para expor suas objeções e posições para concretização de uma igualdade real. O feminismo, sujeito participativo e emergente, eis que é legítimo como expressão de um grupo autônomo, participantes em um processo de formação da vontade estatal, deve aprofundar o princípio democrático. Ao final, será abordada a questão da ADC n. 19 e da ADI n. 4424, com o objetivo de propiciar uma interpretação judicial uniforme de alguns dispositivos contidos na Lei Maria da Penha.

**Palavras-chave:** Feminismo, Justiça, Sujeito dentro do estado democrático de direito, Lei maria da penha

**Abstract/Resumen/Résumé**

The article discusses feminism in the democratic rule of law, giving it the legitimacy to claim a fair justice in the social context, so it pleads space to present their objections and positions to achieving real equality. Feminism, participatory and emerging subject, it is legitimate as an expression of an autonomous group, participants in a process of forming the state will, should deepen the democratic principle. At the end, it will be addressed the issue of ADC n. 19 and ADI n. 4424, in order to provide a judicial interpretation of certain provisions contained in the Maria da Penha Law.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Feminism, Justice, Subject to the democratic state law, Maria da penha law

---

[1] Doutor em Direito Constitucional pela PUC; Mestre e Especialista em Direito pela ITE - Bauru/SP; Especialista em Direito pela Universidade de Pisa – Itália; Professor na ITE; Procurador Municipal.

[2] Mestre e doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino – ITE - Bauru/SP. Especialista em Direito Empresarial pela FGVLaw. Advogado e professor universitário.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo demonstrar que o *feminismo* é um novo ator, *sujeito* no *Estado Democrático de Direito* com base em suas reivindicações e participação em espaços democráticos.

A questão do *feminismo* é vasta tanto quanto o número de críticas à sociedade moderna[1], pois o *feminismo* possui ramificações noutras áreas das ciências não tão jurídicas, tais como: antropologia, política e sociologia, apesar de discutir temas relativos ao meio jurídico, como justiça e legitimidade.

Nessas condições, realmente é sempre problemático o modo a ser escolhido para se abordar o *feminismo*, o qual comporta diferentes ângulos de estudo. Entretanto, é certo que o *feminismo* se mostra autoidentificado como um movimento social, cultural, histórico e jurídico emergente nas lutas sociais e políticas.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 estabelecer igualdade entre os sexos, proibindo a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão entre trabalhadores por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, a realidade indica que persistem inúmeras formas de discriminação e opressão às mulheres.

Por outro lado, o *feminismo* mostrou sua autoidentificação não somente aos códigos políticos estabelecidos, nem aos códigos sociais e econômicos parcialmente correspondentes, mas em um código não convencional, caracterizado por "atrizes" que lutam contra as mais variadas formas de exploração e opressão política, econômica, social e cultural, apropriando-se política e discursivamente dos direitos fundamentais.

Agindo assim, tal movimento social[2] traça uma revisão estrutural do ordenamento jurídico, propondo uma releitura crítica de todas as instituições, tradições e práticas culturais

---

[1] "As lutas do feminismo e entre os feminismos demonstram o quanto o tema 'feminismo' é complexo, a medida em que a partir de mesmo problema surgem as mais diversas correntes do feminismo, passando pelo de mulheres negras, o de brancas heterossexuais, e de homoafetivas, o feminismo liberal e o de raízes socialistas, demonstrando como essas estruturas de dominação podem ser interligadas". OLIVEIRA, Adriana Vidal de. *A teoria de Jundith Butler: implicações nas estratégicas de luta do movimento feminista*, p. 2. Disponível para acesso no site: *http://www.neim.ufba.br/site/arquivos/file/anais/anaisteoriafeminista.pdf*. Acesso em 21 de agosto de 2016, às 23h20m. Will Kymlicka, por sua vez, cita o *feminismo liberal, o feminismo socialista e até mesmo o feminismo libertário* [e seus diferentes tipos de subordinação]. KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michel. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 303.

[2] "(...) os movimentos sociais não se limitam a reagir a situações desvantajosas ou injustas do prisma econômico. Discriminações e desigualdades censitárias estão na raiz de movimentos sociais. Porém, na medida em que o próprio Estado busca combater, compensar e reduzir essas assimetrias, o lugar do conflito de classes passa a ser ocupado também por vários outros antagonismos: do sujeito contra o sistema 'global' de dominação; de grupos culturais, locais, sexuais, étnicos e profissionais contra a imposição de uma cultura alienígena e mundial; contra a 'normalização' de preferências sexuais; contra as discriminações de raça, cor e credo; contra a flexibilização do emprego. São essas algumas novas frentes dos movimentos sociais". CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 13 – 14.

para verificar se, no fundo, elas não escondem uma tentativa de dominação masculina sobre as mulheres.

Neste passo, metodologicamente, abordaremos o *feminismo*, em um primeiro momento, no sentido de conceituá-lo para identificá-lo diante de tantos outros movimentos.

Em um segundo momento, será posto o *feminismo* (e a teoria feminista) em um diálogo com as teorias de justiça desenvolvidas pelos filósofos John Rawls (na perspectiva de Roberto Gargarella), Will Kymlicka, Catherine MacKinnon, Nancy Fraser, dentre outros.

Por fim, será abordado o *feminismo* como sujeito e suas vicissitudes, em especial quanto a legitimidade deste dentro de um processo redemocrático, em um novo espaço público de efetivação da pluralidade com inclusão econômica, política, social da mulher, bem como a própria jurisdição constitucional frente a Lei Maria da Penha, onde o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424.

## 2. O FEMINISMO COMO "MOVIMENTO"

O *feminismo* é um movimento que se originou nos Estados Unidos, na segunda metade da década de 60, e se desenvolveu rapidamente por todos os países industrialmente avançados, entre os anos de 1968 e 1977. Este movimento adquiriu cunho reivindicatório por ocasião das grandes revoluções. As conquistas da Revolução Francesa, que tinha como lema Igualdade, Liberdade e Fraternidade, são reivindicados pelas *feministas* porque elas acreditavam que os direitos sociais e políticos adquiridos a partir das revoluções deveriam se estender a elas enquanto cidadãs.

O *feminismo* pode ser conceituado da seguinte forma:

> "Com este termo, indica-se um movimento e um conjunto de teorias que têm em vista a libertação da mulher. (...) O termo libertação é entendido como contraposto ao conceito de emancipação dos movimentos do século XIX, de que o Feminismo contemporâneo constitui a fase extrema e, ao mesmo tempo, a superação. A luta pela emancipação consistia na exigência da igualdade (jurídica, política e econômica) com o homem, mas mantinha-se na esfera dos valores masculinos, implicitamente reconhecidos e aceitos. Com o conceito de libertação, prescinde-se da "igualdade" para afirmar a "diferença" da mulher, entendida não como desigualdade ou complementariedade, mas como assunção histórica da própria alteridade e busca de valores novos para uma completa transformação da sociedade. O ponto fundamental da doutrina feminista, muito variada e articulada sobre cada um dos problemas e soluções propostos, é de que existe uma peculiar opressão de todas as mulheres. Esta opressão, que se manifesta tanto a nível das estruturas como a nível das superestruturas, assume formas diversas nas várias classes. Além disso, não se pode resolver, nem com melhorias jurídicas na sociedade liberal, nem com uma revolução

> econômica, a despeito das previsões formuladas pelos socialistas, de Marx e Engels a Bebei e Clara Zetkin. O exemplo da URSS, onde, após algumas medidas revolucionárias, voltou-se gradativamente a uma concepção pequeno-burguesa da família, demonstra, com efeito, que não basta abolir a propriedade privada e introduzir a mulher no mundo da produção, mas que é preciso, além disso, mudar o próprio modo de produzir, toda a superestrutura psicológica e cultural, e que é às mulheres que cabe gerir diretamente o seu poder. Em seu significado mais amplo, o Feminismo, como denúncia da opressão da mulher, como recusa do conceito de desigualdade natural e, portanto, de inferioridade, como visão conflituosa da relação entre os sexos e como reivindicação de igualdade, revelou-se, no decorrer dos tempos, de formas variadas, todas elas estreitamente dependentes da sociedade onde tiveram origem e da condição histórica das mulheres".[3]

No Brasil, o *feminismo* possui objetivos, manifestações e pretensões múltiplas, cujas principais tendências situam-se em dois momentos:

> "o iniciado no final do século XIX e terminado em 1932, e o feminismo pós-1968. Ao primeiro momento deu-se o nome de feminismo 'bem comportado', vez que não questionava a opressão da mulher. Buscava-se somente a inclusão da mulher na cidadania, não havia o desejo quanto a alteração das relações de gênero. O segundo momento ficou conhecido como feminismo 'malcomportado', pois reuniu uma gama de heterogênea de militantes (anarquistas, intelectuais, líderes operárias) que, além da participação política, passaram a defender o direito à educação, falar em dominação masculina e abordar temas que para a época eram muito delicados, como por exemplo, a sexualidade e o divórcio".[4]

Na segunda metade do século XIX, o *feminismo* se desenvolve como movimento de emancipação, tendente a obter a igualdade jurídica (voto, instrução, profissões liberais), estendendo-se da Inglaterra a todos os outros países europeus.

Efetivamente, a situação da mulher contrastava com os princípios de uma sociedade que se proclamava liberal; por outro lado, o desenvolvimento industrial, que reclamava a participação das mulheres e, com frequência, das crianças, veio mostrar a elasticidade de conceitos e fórmulas como os da missão doméstica da mulher.

Pois bem. Feitas estas breves considerações conceituais sobre o *feminismo*, serão tratadas as críticas e objeções mais veementes apresentadas a partir das *feministas* (Teoria

---

[3] BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política.* 11ª ed. Trad. Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Brasília: UNB, 1998, p. 486.

[4] PINTO, Célia Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006 *apud* ZENI, Bruna. *Breves notas acerca do feminismo no Brasil*. Revista Crítica do Direito. Disponível em: http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-1/breves-notas-acerca-do-feminismo-no-brasil. Acesso em 22 de julho de 2016, às 09h25m.

Feminista) às Teorias Liberais (liberalismo em geral e ao liberalismo defendido por John Rawls, em particular), preocupando-se com a questão da igualdade[5] defendida pela Teoria Feminista.

## 3. O FEMINISMO E A(S) TEORIA(S) DA JUSTIÇA

O estudo do *feminismo* na perspectiva de alguns filósofos diante das teorias de justiça de outros tantos é uma ampla escola, pelo que é importante traçar um diálogo (e catálogo) dos diversos discursos científicos, políticos e filosóficos no sentido de ser um ponto de partida para algo em construção, aberto a outras tradições, posicionamentos e objeções, sendo um verdadeiro diálogo a respeito dos discursos (jurídicos) legitimadores de eficácia social de igualdade entre homens e mulheres, identificando elementos que (re)produzem a discriminação da mulher, contrariando as garantias constitucionais de liberdade e igualdade.

Pois bem. Will Kymlicka, filósofo político canadense, colhe três das principais críticas da *Teoria Feminista* no âmbito das *Teorias da Justiça*, especialmente as atinentes:

> "[primeiro,] *a uma descrição da discriminação sexual 'neutra quanto ao gênero'; em segundo, concentra-se na distinção público-privado. Estes dois argumentos afirmam que aspectos importantes da concepção liberal-democrática têm predisposição masculina. O terceiro argumento, por outro lado, afirma que a própria ênfase na justiça reflete uma predisposição masculina e que qualquer teoria receptiva aos interesses e experiências das mulheres substituirão a ênfase na justiça por uma ênfase no cuidado".*[6]

Ainda, Will Kymlicka concentra especial atenção para as *críticas feministas* formuladas por Catherine MacKinnon (a qual lança as objeções mais severas e radicais apresentadas ao liberalismo) relativas ao levantamento dos efeitos dos direitos iguais entre homens e mulheres nos Estados Unidos, dizendo que

> "*a lei de igualdade sexual foi inteiramente ineficaz no que diz respeito a conseguir para as mulheres aquilo de que precisamos e que somos socialmente impedidas de ter com base em uma condição de nascimento: uma chance de vida produtiva com razoável segurança física, auto-expressão, individuação e um mínimo de respeito e dignidade".*[7]

---

[5] Tal igualdade tem como função o atendimento integral das necessidades fundamentais das mulheres.
[6] KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 304.
[7] KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 304.

Roberto Gargarella, por sua vez, também concentra seus estudos nas *críticas feministas* formuladas pela autora Catherine MacKinnon. Para tanto, Roberto Gargarella resume as críticas de MacKinnon em cinco teses principais[8]: 1. Liberalismo destinado ao individualismo; 2. Naturalismo atribuído ao liberalismo; 3. Voluntarismo existente no liberalismo; 4. Idealismo liberal; e 5. Moralismo liberal; depois de lançadas as críticas de MacKinnon, Roberto Gargarella expõem as repostas que o autor John Rawls poderia preparar para a *feminista*.

De acordo com MacKinnon, "*essa subordinação não tem nada a ver com a biologia, ou com a forma diferente como evoluíram os sexos, mas com a política"*[9].

Ainda, a citada autora denomina de "abordagem diferenciada" a discriminação sexual, ou seja, existe discriminação no tratamento desigual que não pode ser justificado por referência a alguma diferença sexual. A "abordagem diferenciada" aceita que há casos legítimos de tratamento diferencial dos sexos, não sendo estes discriminatórios, porém, na medida em que exista uma diferença sexual genuína que explique e justifique o tratamento diferencial[10].

A "abordagem diferenciada" citada acima tem íntima relação para com a teoria enunciado/direito geral de igualdade abordado por Robert Alexy em seu livro Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente pela criação da forma justamente de um "tratamento desigual", mas justo:

> "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório (...) de acordo com a norma de tratamento igual, para o dever de tratamento igual basta que não seja possível uma fundamentação da permissão (admissibilidade) de uma discriminação. É exatamente nessa assimetria que reside o ônus argumentativo em favor do tratamento igual. A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como conseqüência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio

---

[8] Para saber mais sobre as teses, vide: GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política.* Tradução de Alonso Reis Freire; Revisão da Tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 85 – 101.

[9] GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 86.

[10] Como exemplo, podemos citar o caso citado pela Profa. Dra. Maria Lúcia de Paula Oliveira quando menciona a previsão do salário-maternidade ou quando se organiza atividades esportivas sob base não mista, estar-se-á levando em conta a diferença, sem que estejamos propriamente cometendo uma injustiça. Existem, assim, alguns casos, em que o tratamento diferencial entre os sexos é legítimo, pois são explicados e justificados pela existência de diferenças sexuais verdadeiramente pertinentes. Tal critério da diferença contribuiu a uma imparcialidade maior no acesso e na concorrência por posições e valores sociais existentes. XVI Congresso Nacional do CONPEDI – 15 a 17 de novembro de 2007. Belo Horizonte - MG. Fundação Boiteux, 2008, Florianópolis. OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. *Desenvolvimento, teoria feminista e filosofia do direito*, p. 6397. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_lucia_de_paula_oliveira.pdf. Acesso em 22 de agosto de 2016, às 20h39m.

> da igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos *"*.[11]

Essa "abordagem diferenciada" ajudou a criar acesso ou competição neutras quanto ao gênero com relação a benefícios sociais e cargos. Por outro lado, a "abordagem diferenciada" é limitada, pois ignora as desigualdades de gênero embutidas na própria definição destes cargos.

A igualdade não pode ser alcançada permitindo que os homens construam instituições sociais segundo seus interesses e, depois, ignorando o gênero dos candidatos ao decidir quem preenche os papéis nestas instituições. O problema é que os papéis podem ser definidos de maneira que façam com que os homens sejam mais adequados a eles, mesmo na competição neutra quanto ao gênero, ou seja, as mulheres não estão excluídas arbitrariamente da busca das coisas que a sociedade define como valiosas, mas é sexista[12] porque as coisas que estão sendo buscadas de maneira neutra quanto ao gênero baseiam-se nos interesses e valores dos homens.[13]

É justamente porque as mulheres são dominadas na sociedade que não há nenhuma necessidade de que haja discriminação contra elas. Quanto mais desigualdade sexual há em uma sociedade, mais as instituições sociais refletem os interesses masculinos e menos discriminação arbitrária haverá. Assim, o problema concentra-se na *dominação*[14] e não diretamente na discriminação arbitrária.

MacKinnon e Will Kymlicka verificam que a solução não é apenas a ausência de discriminação, mas a presença de poder (diante do problema da dominação). A igualdade requer não apenas igual oportunidade de buscar papéis definidos por homens, mas também igual poder de criar papéis definidos por mulheres ou de criar papéis andróginos, que homens e mulheres tenham igual interesse em preencher[15] [16].

---

[11] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 411.

[12] No sentido de uma cultura que influencia toda a sociedade, caracterizada pela dominação do gênero feminino pelo masculino.

[13] KYMLICKA, Will. Ob. cit., p. 310.

[14] "A subordinação das mulheres não é fundamentalmente uma questão de diferenciação irracional com base no sexo, mas de supremacia masculina sob a qual as diferenças de gênero são tomadas relevantes para a distribuição de benefícios, para desvantagem sistemática das mulheres". Ibidem, p. 313.

[15] Idem.

[16] O filósofo John Rawls ressaltou a necessidade de analisar a questão da voluntariedade das escolhas (de qualquer sujeito, mas especificamente também) das mulheres, no sentido de verificar o valor e o peso das preferências, com distinção entre "racional" e o "razoável". Para saber mais sobre o assunto, vide: GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 90, nota de rodapé n. 47.

Neste ponto, interessante lançar novamente os ensinamentos elucidativos de Roberto Gargarella que utiliza John Rawls na busca de dar conta ao mencionado problema acima citado com o chamado *véu de ignorância*:

> "(...) a teoria da justiça rawlsiana baseia-se justamente na ideia de que as desvantagens naturais e sociais não devem ser consideradas como dadas. Recursos tais como 'posição original' ou o 'véu de ignorância', por exemplo, dão conta de um extraordinário esforço teórico destinado a não aceitar diferenças construídas socialmente na tomada de decisões corretas. Por isso, no esquema rawlsiano, cada agente que está na 'posição original' é 'cego' em relação a sua riqueza, posição social, educação e inclusive seus talentos: a tendência a não reduzir características sociais a características naturais é essencialmente distintiva do liberalismo igualitário".[17]

Para MacKinnon, o véu da ignorância caracteriza uma postura teórica individualista, ou seja, o liberalismo não reconhece que os indivíduos são algo mais que átomos desconectados entre si. Como membros de grupos diferentes – continua a crítica de MacKinnon –, as pessoas podem sofrer várias formas de discriminação que são difíceis de discernir a partir de uma posição radicalmente individualista.

Entretanto, frente a tal posição de MacKinnon, tanto Roberto Gargarella quanto Will Kymlicka[18] reconhecem que a posição adotada pelo liberalismo rawlsiano, como ponto de partida, favorece mais do que impede a defesa de direitos individuais e coletivos. Neste sentido, Roberto Gargarella ensina que

> "a partir de seu individualismo, por exemplo, o liberalismo rawlsiano pode distinguir de modo adequado entre duas situações completamente diferentes, e que uma teoria da justiça valiosa precisa distinguir. Por um lado, o liberalismo chama a atenção para o fato de que as pessoas são diferentes entre si e têm uma existência separada umas das outras; essa distinção permite ao liberalismo rejeitar certas concepções coletivistas [utilitaristas] às quais o feminismo também se opõe e deve

---

[17] GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 88 – 89.

[18] "*Como observa Susan Moller Okin (1989ª: 246), 'a posição original requer que, como sujeitos morais, consideramos as identidades, objetivos e apegos de todas as outras pessoas, por mais diferentes que possam ser de nós, como possuindo igual interesse ao nosso. Se nós, que sabemos quem somos, devemos pensar como se estivéssemos na posição original, devemos desenvolver capacidades consideráveis de empatia e poderes de nos comunicarmos com os outros sobre como as diferentes vidas humanas são. Já que sabemos quem somos e quais são nossos interesses e concepções do bem específicos, precisamos também de um grande compromisso com a benevolência, com o cuidar dos outros tanto quanto de nós mesmos. (...) Na verdade, porém, o efeito do véus é que não importa mais para o contratante quem, na posição original, ocupa a posição com ele, se é que alguém o faz, ou quais são os interesses de seus ocupantes. O que importa para ele são os desejos e objetivos de todo membro efetivo de sua sociedade, porque o véu o força a raciocinar como se fôssemos qualquer um deles'*". KYMLICKA, Will. Ob. cit, p. 354 e 355.

> se opor. (...) Nesse sentido, o liberalismo afirma que os direitos individuais não devem nunca ser sobrepujados pelos direitos coletivos. Por outro lado, o liberalismo igualitário não teve maiores dificuldades teóricas em defender medidas tais como as ações afirmativas, reconhecendo o fato de que ser membro de um grupo particularmente em desvantagem pode também afetar certos direitos individuais. Nesse sentido, as mulheres, como membros de grupos em desvantagens, ganham das duas maneiras: como indivíduos e como membros de uma minoria desfavorecida".[19]

Outra crítica formulada por autoras próximas ao feminismo[20] está relacionada às pretensas virtudes da "posição original" como ferramenta "epistêmica", ou seja, como ferramenta capaz de nos ajudar a conhecer e tratar de modo apropriado os pontos de vista dos demais. De acordo com Benhabib, no esquema ideal de Rawls, os sujeitos:

> "não têm conhecimento sobre os interesses distintivos de cada um (...). Os outros concretos não podem ser conhecidos realmente na ausência de voz dos demais, já que falta informação epistêmica necessária para julgar a situação moral de cada um como parecida ou diferente da dos demais. Contudo, quanto a isso, poderia ser contestado que os seres imaginários na 'posição original' de Rawls não desconhecem (não podem desconhecer) que a algum deles pode caber ocupar, digamos, o papel futuro de uma mulher negra, solteira e com filhos. Daí que, no caso de que procurem elaborar um esquema institucional adequado, não possam deixar de fazer um esforço para dar respostas a situações difíceis como as que podem ser propostas na condição citada".[21]

Neste ponto, para Jürgen Habermas a "posição original" e a criação de normas morais universalizáveis são geradas por meio de um *processo dialógico*[22] dentro de um espaço democrático nos quais participantes deixam para trás suas experiências particulares, perspectivas e sentimentos. Este processo dialógico e democrático levaria à formulação de princípios gerais com os quais todos podem concordar.

Realmente não existe nenhum "exagero" das *feministas*, mas existi a reivindicação por um "verdadeiro direito humano", diferente daquele indicado por Gustav Radbruch:

> "Nosso direito é masculino, condicionado em seu conteúdo por interesse masculino e modo de sentir masculino (especialmente no direito de família), mas masculino sobretudo em sua interpretação e sua aplicação, uma aplicação puramente racional e prática de disposições genéricas duras, diante das quais o indivíduo e seu sentimento não contam. Por isso quis-se excluir as mulheres, também para o futuro, da participação ativa na jurisdição. (...) a colaboração da mulher na justiça abalará por completo a naturalidade do sentimento jurídico masculino, trazendo sua

[19] GARGARELLA, Roberto. Ob. cit., p. 88.
[20] Tais como Seyla Benhabib e Iris Marion Young.
[21] BENHABIB (1989), p. 167 apud GARGARELLA, Roberto. Ob. cit, p. 99.
[22] Vinculam a imparcialidade à reflexão coletiva.

> condicionalidade e sua possibilidade de revisão à tona, tendo como consequência que, em lugar do direito masculino ditatorial, tome posse um verdadeiro direito humano".[23]

O fato é que o direito se apresenta (e é interpretado) com caráter eminentemente masculino, não como um instrumento neutro apto a resolver conflitos sociais proporcionando justiça, promovendo as pessoas (mulheres e homens) de modo igual, retirando barreiras postas ao acesso de mulheres à vida econômica e política. Para tanto, é reivindicado a reforma do sistema jurídico e o recurso a "ações afirmativas".

Outra autora que trata do *feminismo* é Nancy Fraser[24]. Tal filósofa americana aborda a questão da redistribuição, reconhecimento e participação como concepção integrada de uma teoria de justiça, a partir de políticas conjuntas de reconhecimento e redistribuição de recursos e bens, ressaltando a importância de um espaço de coexistência para um mundo amigo da diferença.

Nancy Fraser diz que a "raça" e o gênero, agrupam-se mais próximos do centro, mas que, *"virtualmente todos os casos, os danos em questão compreendem tanto a má distribuição quanto o não-reconhecimento, de modo que nenhuma dessas injustiças pode ser inteiramente solucionada (...) solucionar a injustiça requer tanto a redistribuição quanto o reconhecimento"*[25].

O feminismo, como movimento social e de bandeira "*o privado é político*" traz à tona a proposta de ampliação dos limites da política para todas as esferas da vida, obtendo assim "*status*" de *defensora dos direitos de suas integrantes*[26] e sujeito no curto espaço de menos de sessenta anos, revertendo-se completamente uma situação que antes existia somente no plano real.

Tanto o feminismo como outros *novos movimentos sociais* reivindicam sua autonomia como indivíduos autônomos, em que buscarão o reconhecimento de identidade por meio da autorrealização, da reapropriação e por construções próprias ou coletivas de sentido.

---

[23] RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 146 – 147 apud SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. São Paulo: RT, 2002, p. 229.

[24] FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça*. *In:* IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 167 - 189.

[25] Ibidem, p. 178.

[26] Em sentido contrário, leia o texto crítico ao feminismo "Não devemos nada ao feminismo", de Talyta Carvalho - filósofa especialista em renascença e em ciências da religião pela PUC-SP. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/noticias/507287. Acesso em: 06 de agosto de 2016, às 09h35m.

Portanto, com o *feminismo* os conceitos de sujeito (coletivo) foram rigorosamente transformados com o passar do tempo na teoria do direito, pelo que discorremos no próximo tópico do presente trabalho.

## 4. O FEMINISMO COMO SUJEITO E SUA LEGITIMIDADE

Desde o século XIX, a categoria de sujeito é distinguida entre sujeitos individuais e coletivos, pessoas físicas e jurídicas.

Rudolph Von Jhering, diante da dificuldade para explicar certos direitos subjetivos como simples direitos individuais, percebeu a necessidade de elaborar conceito jurídico que abarcasse a dimensão coletiva e, para tanto, criou *um ser artificial*, denominado pessoa jurídica[27], pois as novas situações sociais e econômicas que envolviam a atuação de grupos não poderiam ser entendidas como a soma dos indivíduos que os compunham.

Nessa linha, Nicolás López Calera[28] identifica a importância dos sujeitos coletivos para pensar a sociedade contemporânea. Sujeitos coletivos em suas distintas formas de institucionalização têm destacado protagonismo em âmbitos nacionais e internacionais, se comparados com o alcance da atuação individual e de pessoa jurídica. O autor denomina os sujeitos coletivos contemporâneos de "novos leviatãs", fazendo referência à figura do monstro marinho do Antigo Testamento utilizado por Hobbes para caracterizar o poder soberano.

Apesar de os movimentos sociais (por exemplo, o feminismo) não figurarem entre os "novos leviatãs", uma vez que não são dotados de "poder soberano e incontrolado", as questões sobre reconhecimento jurídico dos sujeitos coletivos enfrentados pela ciência do direito também são a eles pertinentes.

O feminismo é uma situação jurídica em que uma "comunidade de sujeitos" se encontra – em uma idêntica posição – relativamente a um bem de que todos eles desfrutam simultaneamente e conjuntamente, de forma concorrente e sem exclusividade e que se vêem afetados de forma unitária por um determinado ato que a todos prejudica. É um interesse que é de todos e de cada um deles, na mesma medida e pelo fato de ser membro do grupo genericamente afetado.

---

[27] CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 125.

[28] CALERA, Nicolas López. *Los nuevos leviatanes. Teoría de los sujeitos colectivos*. Madrid: Marcial Pons, 2007 e _____. *Hay derechos colectivos? Individualidad y socializad em La teoria de los derechos*. Barcelona: Ariel Editorial, 2000 apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. Ob. cit., p. 126.

No entanto, o feminismo, como um grupo que não é formalmente pessoa jurídica traz também à tona questões como capacidade processual, capacidade para agir e legitimidade como sujeito a ter direitos.

Como a preocupação central do presente trabalho não é tão somente de direito processual, mas sim da teoria geral do direito e filosofia política, nos debruçaremos sobre a legitimidade do feminismo como sujeito a ter direitos ou "status" de cidadania – categoria que Hannah Arendt entende como sendo o "direito a ter direitos" – para todos os indivíduos.

Muito embora o sujeito coletivo – feminismo – realmente exista, há realidades que têm nome, mas que "não existe", se entendermos que existência significa mensurabilidade e possui características físicas empiricamente verificáveis e reconhecidas pelo Direito. Assim, nasce neste momento a *redescrição* sociológica da ciência jurídica frente o *feminismo*, ou seja, a relevância social do Direito e a abordagem das ciências sociais para com legitimados no Estado Democrático de Direito.

A gradativa aceitação de contribuições como e redescrição desloca parcialmente o debate para o pluralismo jurídico, as escolas do "uso alternativo do direito" e do "direito alternativo", para essa valorização das ciências sociais diante da fenomenologia do *feminismo.*

A temática do *feminismo* reside somente aparentemente no campo dos interesses externos ao sistema jurídico, pois reclamam acesso e reconhecimento, os quais poderão se dar pelo Direito. Faticamente, contra o feminismo, estaria somente o conjunto dos conceitos que soldam uma dogmática jurídica impenetrável, paralisante e absolutamente insensível aos reclamos das "excluídas".

Os movimentos sociais, assim como o feminismo, provocam a realidade do Direito e um novo pensar da própria ciência jurídica na tutela do interesse de todos para a concretização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Ajudam a revelar, esconder e desdobrar os paradoxos constitutivos do Direito, sendo portadores de conflitos. Com relação ao Direito, viabilizam o alargamento dos horizontes de possibilidades interpretativas do próprio Direito.

O *feminismo* é constituído à margem dos mecanismos representativos tradicionais e descontínuos no tempo, dependendo do êxito permanente em seus respectivos meios ambientes para sobreviver, mas não é por isso que será menos legítimo que qualquer outro movimento social formalmente constituído.

Como bem ressalta Antônio Carlos Wolkmer em seu texto "*Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito"*:

> "(...) a nova esfera pública proporciona, para os horizontes institucionais, novos valores culturais, projetando novos atores sociais como fonte de legitimação do espaço democrático e da pluralidade jurídica.
> Assim, diante do surgimento de novas formas de dominação e exclusão produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo que afetaram substancialmente práticas sociais, formas de representação e de legitimação, impõe-se reprensar o poder comunitário, o retorno dos sujeitos históricos e a produção de juridicidade a partir do viés da pluralidade de fontes. Certamente que a constituição de uma cultura jurídica pluralista fundada nos valores do poder comunitário está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimidade. O nível dessa eficácia passa, antes de tudo, pela legitimidade dos atos sociais envolvidos e pela legitimidade de suas necessidades e reivindicações. Por conseguinte, é fundamental destacar, na presente contemporaneidade do Direito, as valorações de legitimidade no que se refere à Justiça e ao pluralismo jurídico".[29]

Do ponto de vista jurídico, a discussão fundamental trazida pelo *feminismo, como sujeito,* reside na reinterpretação do Estado democrático de Direito, reveladora da tensão entre o princípio do igual tratamento das pessoas (mulheres e homens) e a busca de proteção de suas identidades, o qual deverá ser adotado uma perspectiva universalista sensível às diferenças, resultante da interligação e vinculação do reconhecimento: a ideia liberal de igualdade, os direitos de grupos e o igual tratamento dos gêneros e culturas.

Assim, o *feminismo como sujeito* busca e defende a conjugação do ideal igualitário da cidadania democrática com as demandas legítimas de indivíduos e grupos que se fundam numa abordagem entre o liberalismo igualitário e o reconhecimento.

Partindo da visão de J. Habermas[30] quanto a questão da legitimidade nas atuais sociedades pluralistas e em processo de globalização, podemos afirmar que, em uma cultura jurídica pluralista, democrática e insurgente como a do Brasil, as formas de legitimação são reinventadas constantemente a partir do aparecimento de novos sujeitos sociais (tal como o feminismo) e da satisfação justa de suas reais necessidades calcado num acordo comunicativo entre sujeitos participantes.

---

[29] WOLKMER, Antônio Carlos. *Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito*. *In:* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Editora Landy, 2003, p. 416.

[30] Faz-se necessário distinguir as noções de legitimidade e legalidade, pois na formação histórica do direito, tais expressões foram confundidas. A legitimidade e legalidade foram amplamente debatidas por Hans Kelsen, Max Weber, Carl Schmitt, Hermann Heller, Jürgen Habermas, dentre outros. Para o presente trabalho a legalidade refere-se fundamentalmente o acatamento a estrutura normativa posta, vigente e positiva. Já a legitimidade refere-se a esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, dos valores e dos princípios ideológicos. Para saber mais sobre o assunto, leia WOLKMER, Antônio Carlos. *Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito*. *In:* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Editora Landy, 2003. Ainda sobre o assunto de legitimidade, em especial a legitimidade de exercício e legitimidade pelo procedimento: a legitimação pela participação, leia: ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 151 – 161.

O *feminismo*, por sua vez, busca justiça, igualdade, reconhecimento e redistribuição contra a dominação e opressão, no âmbito dos processos de tomada de decisão, da divisão do trabalho e da cultura, buscando o direito à diferença, à autonomia, à tolerância e à emancipação. A concepção de justiça para o *feminismo*, como um movimento social, não se reduz a uma manifestação subjetiva, estática e abstrata, mas se projeta em lutas efetivas por oportunidades iguais no processo de produção e distribuição, com ruptura radical a todo imaginário instituído do 'justo' enquanto espaço representativo do privilégio, da exclusão, do artifício, da discriminação e da dominação.

## 5. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PERANTE O FEMINISMO E A AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 19 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4424

Em 9 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424.

No julgamento da ADI 4424, o relator ministro Marco Aurélio Mello defendeu a posição mais coerente com os princípios constitucionais e com as convenções internacionais sobre o tema, como a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação conta a Mulher (CEDAW, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994).

Os dois julgamentos trataram de três aspectos muito relevantes na aplicação da Lei Maria da Penha pelos tribunais brasileiros: (i) *Ação penal incondicionada ao crime de lesão corporal leve*: até o julgamento destas ações, juízes e tribunais divergiam quanto à necessidade de representação da mulher quando houvesse crime de lesão corporal leve praticado no ambiente doméstico e familiar. Na ADI nº 4424, o STF entendeu que não se aplica a Lei nº 9.099/1995, dos Juizados Especiais, aos crimes da Lei Maria da Penha e nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada; (ii) *Competência cumulativa de varas:* o STF também decidiu na ADC 19 que é constitucional o artigo 33 da Lei Maria da Penha, que permite às varas criminais processar e julgar causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFM); e (iii) *Não aplicação da Lei nº 9.099/1995*: para o STF, é constitucional o afastamento, pelo artigo 41 da Lei Maria da Penha, da competência dos Juizados Especiais Criminais quando se tratar

de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher. A principal consequência desta interpretação é que, além de os processos não serem mais julgados pelo Jecrim, também não é possível a aplicação ao acusado da suspensão condicional do processo, da transação penal e à composição civil dos danos, quando houver violência doméstica e familiar contra a mulher.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal declarou a *constitucionalidade* da Lei Maria da Penha, porque se trata de um instrumento que visa proteger uma minoria vulnerável, muito embora tenha sido questionada por violar o princípio da igualdade.

Vale lembrar que quando foi citado o termo minoria logo acima, não quer dizer em termos numéricos, mas em termos de representatividade e poder de vez e voz no Estado Democrático de Direito – ainda são as mulheres, assim como os negros e outras minorias, sub-representados nas esferas de *Poder*, sejam elas do Poder Público ou da iniciativa privada, que detém grande influência sobre os rumos das políticas públicas.

O equívoco (intencional) destes detratores da Lei Maria da Penha é considerar a igualdade tão somente em seu sentido formal, ou seja: todos são iguais perante a lei. Nesse sentido, uma lei que apresentar um "benefício" para um grupo é prejudicial e não deveria aplicada. No entanto, como bem aponta a decisão do STF, a igualdade formal só poderá ser alcançada através de mecanismos que coloquem os grupos vulneráveis em condições efetivas de igualdade material.

A ministra Rosa Weber, assim se manifestou: (a Lei Maria da Penha) "*inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira*". Ações afirmativas são os mecanismos dispostos ao poder público para efetivamente implementar condições de igualdade material, real, a todos os grupos.

O segundo ponto a ser celebrado é que outro dispositivo da Lei Maria da Penha foi ratificado pela Suprema Corte: o que afasta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) de todo e qualquer crime cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

Ao tentar reforçar o poder simbólico do aspecto penal da lei Maria da Penha, o STF demonstrou que a mulher só merece proteção enquanto for vítima permanente, incapaz de decidir por si. A desconsideração da vontade da vítima não se justifica.

O Estado deve oferecer condições de fazer com que a mulher que está em situação de violência possa fazer sua escolha, livremente, para tanto, fornecendo centros de apoio e auxílio, grupos de terapia, inclusive de casais, fomentando campanhas maciças e massivas

contra toda forma de violência de gênero, fornecendo condições para que os crimes sejam julgados com celeridade e que as vítimas sejam atendidas.

O Estado não deve substituir a vontade da vítima, e conforme lições de Robério Nunes dos Anjos Filho[31], é possível a proteção dos grupos vulneráveis em sentido estrito pelos: a) direitos humanos gerais, nos quais se incluem direitos relativos a não discriminação; b) direitos estabelecidos por medidas de discriminação positiva que, em regra, possuem natureza temporária; c) direitos reconhecidos especificamente em relação a determinados grupos vulneráveis em sentido estrito ou a seus componentes.

Neste sentido, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, na recomendação geral que expediu sobre a não discriminação prevista no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, afirmou que o princípio da igualdade requer às vezes que os Estados-Partes promovam ações afirmativas, com o objetivo de diminuir ou eliminar as condições que causem ou ajudem a perpetuar as discriminações vedadas pelo Pacto, e que essas ações podem envolver a concessão, por um tempo, de tratamento preferencial em determinadas matérias para setores da população, o que constitui uma diferenciação legítima enquanto a medida for necessária, segundo artigo 4°, da *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979*[32], promulgada no Brasil pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.

As discriminações lícitas positivas, então, podem ter tanto natureza temporária quanto permanente, dependente sua aplicação de acordo com cada caso, em especial a finalidade de buscar a igualdade em um fundo social, estabelecendo, por conseguinte, uma não exclusão com implementação e aperfeiçoamento constante de políticas públicas afirmativas.

Nesta esteira, Walter Claudius Rothenburg[33] diz que:

---

[31] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção*. In BOITEUX, Elza (coord.), ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). *Filosofia e Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato*. Salvador: Edições Juspodivm, 2010, p. 426.

[32] Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. 2. A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais, inclusive as contidas na presente Convenção, destinadas a proteger a maternidade, não se considerará discriminatória.

[33] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade*. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 357.

> Para encontrar quem deve proporcionar igualdade por meio de tratamento diferenciado, é de se reconhecer um dever jurídico de aspecto objetivo, relacionado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sob o encargo preponderante – conquanto não exclusivo – do Poder Público. Para encontrar quem faz jus à igualdade e requer, assim, prestações concernentes (políticas públicas de educação, cultura, saúde, trabalho...), é de reconhecer o direito subjetivo: Ingo Wolfgang Sarlet alude à "aplicação do princípio da igualdade que, nesta sua dimensão prestacional, de certa forma, passa a exercer a função de um direito subjetivo de igual acesso a prestações. [...] A democracia, que é fundada na ideia de igualdade, autoriza a todos que cobremos um governo bom.

A vulnerabilidade traduz a situação em que o conjunto de características, recursos e habilidades inerentes a um dado grupo social se revelam insuficientes, inadequados ou difíceis para lidar com o sistema de oportunidades oferecidas (ou não) pela sociedade, de forma a ascender a maiores níveis de bem-estar ou diminuir probabilidade de deteriorização das condições de vida de determinados atores sociais, segundo Miriam Abramovay e Mary Garcia Castro[34], em flagrante afronta a dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, o Estado Democrático de Direito é impensável sem a presença do princípio da igualdade. Marcelo Neves, nas lições de Luhmann, ensina que

> [...] as diferenças sempre existiram, mesmo 'no paraíso ou na comunidade mítica originária', enquanto a desigualdade só se apresenta com 'o pecado original ou, conforme a teoria do direito natural, com a utilização diferencial da propriedade'; segundo a autocompreensão mítica do paraíso, nas origens haveria diferenças, mas não desigualdade. Sob o ponto de vista da distribuição de bens e chances na sociedade, as disparidades sociais podem levar à erosão do princípio da igualdade; que, portanto, sem um mínimo de 'homogeneidade social', a 'mais radical igualdade formal torna-se a mais radical desigualdade'. Contudo, essa questão é enfrentada hoje antes sob a rubrica 'inclusão'; trata-se da pretensão de inclusão generalizada, universal, contra as tendências à exclusão de amplos grupos da população.[35]

Lênio Streck, por sua vez, diz que o novo modelo constitucional supera o esquema da igualdade formal ruma à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada com conteúdo material de vida e em um projeto de superação

---

[34] ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. *Juventudes no Brasil: vulnerabilidades negativas e positivas, desafiando enfoques de políticas públicas.* In: *Família, sociedade e objetividade: uma perspectiva multidisciplinar*. PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.) – Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 54 – 83.

[35] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhamnn e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 167-168, nota de rodapé n. 99.

da realidade alcançada com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compreensão constitucionais[36].

Toda luta por reconhecimento inicia por meio da experiência do desrespeito e da exclusão. O desrespeito aos direitos resulta na exclusão, atingindo a integridade social do indivíduo como membro de uma comunidade político-jurídico: o desrespeito à solidariedade que afeta a dignidade do indivíduo como membro de uma comunidade cultural de valores resulta na exigência de uma proteção diferenciada. Noutras palavras, é o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. A máxima de Aristóteles[37] expressa um aspecto eminentemente jurídico da igualdade, pois as pessoas devem ser tratadas como iguais ou desiguais pelo direito.

Portanto, é de suma importância ressaltar que a máxima de Aristóteles se inicia com a referência à igualdade, sendo a primeira consideração. O tratamento desigual, por sua vez, é exceção e, por isso mesmo tem que ser devidamente justificado, mas, se houver um motivo adequado para discriminar, então o tratamento desigual impõe-se, seja para anulá-la, diminuí-la ou compensá-la. E, a ausência de efetividade do Sistema de Justiça Criminal na proteção das vítimas de violência doméstica contra a mulher é mais do que evidente. É necessária a construção de uma "igualdade jurídica de gênero" que somente ocorrerá por intermédio da concretização dos direitos fundamentais, segundo Mário Lúcio Garcez Calil[38], onde o Direito é excludente em relação às mulheres mesmo no que concerne aos seus fundamentos liberais. Impõe uma "neutralidade parcial" no que tange ás relações de gênero. A Teoria Feminista do direito, em decorrência de tais diferenças metodológicas, necessita da construção de uma doutrina jurídica própria, pois no que se refere especificamente à violência doméstica contra a mulher, o Direito (re)produz a desigualdade entre gêneros na estrutura patriarcal.

---

[36] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 283.

[37] "Considera-se que justiça é igualdade, e de fato o é, mas como igualdade para os iguais, não para todos. E considera-se também que a desigualdade pode ser justa, e de fato o pode, mas não para todos, somente para os desiguais entre si". Aristóteles, *Política*, III 5 (1280a) in ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2. ed. Malheiros Editores, p. 397, nota de rodapé n. 15.

[38] CALIL, Mário Lúcio Garcez. *Violência de gênero e proteção suficiente: da necessidade de concretização conjunta das políticas criminais e das políticas sociais de proteção às vítimas de violência doméstica contra a mulher: as possibilidades de inclusão da mulher o sistema de garantias da Constituição Federal de 1988.* Tese de doutorado, defendida e aprovada na Instituição Toledo de Ensino, em 14 de agosto de 2014, *p. 185.*

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, observa-se que o *feminismo* interage com seu contexto histórico de opressão e dominação em busca de uma igualdade social efetiva, por meio de uma ação participativa de seus sujeitos emergentes para satisfação de suas necessidades fundamentais, legitimando o movimento e sua teoria feminista diante de sua portabilidade de novas e legítimas formas de fazer justiça política social, bem como fonte inovadora e plural de produção normativa.

Diante da ineficácia das atuais instituições públicas tradicionais, em especial as instâncias legislativas e jurisdicionais do Direito institucionalizado, o *feminismo* busca expandir diálogo com procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais como uma forma plural e emancipadora do sistema oficial, tornando-se fontes de legitimidade de uma nova forma de efetivar a Justiça e uma nova maneira de constituir direitos, agentes capazes de desafiar a lógica da racionalidade instrumental e romper com a colonização sistêmica da vida cotidiana, satisfazendo as necessidades humanas desejadas.

O *feminismo* como ente se legitima competente diante da omissão do Estado na providência de proporcionar a entrada da mulher no espaço público, inclusão no mercado de trabalho e na política, favorecendo positivamente ao processo de efetivação dos direitos das mulheres e, por conseguinte, dos direitos fundamentais.

Portanto, a concepção de justiça diante do *feminismo participativo* (em um contexto para efetivar o verdadeiro Estado Democrático de Direito) expressa a efetividade de grupos comunitários autônomos, fonte de legitimação de uma pluralidade de direitos fundamentais diferenciados e também de resistência aos processos instituídos de exclusão.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Miriam; CASTRO, Mary Garcia. **Juventudes no Brasil: vulnerabilidades negativas e positivas, desafiando enfoques de políticas públicas**. In: PETRINI, João Carlos; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon (Org.). **Família, sociedade e objetividade: uma perspectiva multidisciplinar**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção**. In BOITEUX, Elza (coord.), ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (org.). **Filosofia e Direitos Humanos: Estudos em homenagem ao professor Fábio Konder Comparato**. Salvador: Edições Juspodivm, 2010

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11ª ed. Trad. Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini. Brasília: UNB, 1998.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. **Violência de gênero e proteção suficiente: da necessidade de concretização conjunta das políticas criminais e das políticas sociais de proteção às vítimas de violência doméstica contra a mulher: as possibilidades de inclusão da mulher o sistema de garantias da Constituição Federal de 1988**. Tese de doutorado, defendida e aprovada na Instituição Toledo de Ensino, em 14 de agosto de 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do direito e movimentos sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FRASER, Nancy. **Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça**. *In:* IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire; Revisão da Tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Tradução de Luís Carlos Borges. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhamnn e Habermas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

OLIVEIRA, Adriana Vidal. **A teoria de Jundith Butler: implicações nas estratégicas de luta do movimento feminista** (Grupo de Trabalho – GT – Teoria Feminista). Disponível para acesso no site: *www.neim.ufba.br/site/arquivos/file/anais/anaisteoriafeminista.pdf.*

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. **Desenvolvimento, teoria feminista e filosofia do direito**. XVI Congresso Nacional do CONPEDI – 15 a 17 de novembro de 2007. Belo Horizonte - MG. Fundação Boiteux, 2008, Florianópolis. Disponível para acesso no site: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/maria_lucia_de_paula_oliveira.pdf.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006 *apud* ZENI, Bruna. **Breves notas acerca do feminismo no Brasil**. Revista Crítica do Direito. Disponível em: http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-1/breves-notas-acerca-do-feminismo-no-brasil.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sansão à inconstitucionalidade por omissão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Igualdade. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito**. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pressupostos de legitimação para se pensar a justiça e o pluralismo no direito**. *In:* MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Editora Landy, 2003.