

**XXXI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA - DF**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

RENATO DURO DIAS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

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 - Profa. Dra. Samyra Haydée Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

G326

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, Renato Duro Dias, Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-077-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: UM OLHAR A PARTIR DA INOVAÇÃO E DAS NOVAS TECNOLOGIAS

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Gênero e sexualidades. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXXI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA - DF

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

Entre os dias 27 e 29 de novembro de 2024, em Brasília - DF, realizou-se o XXXI Congresso Nacional do CONPEDI. Como é tradição nos eventos organizados pelo CONPEDI, o Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito II abarcou um conjunto significativo de pesquisas interdisciplinares alicerçadas em variadas correntes teóricas e epistemológicas. Pesquisadoras e pesquisadores de todo país discutiram temas que têm contribuído para resgatar os atravessamentos que as categorias gênero e sexualidades produzem no campo jurídico. Neste conjunto de investigações se fizeram presentes os seguintes trabalhos com suas/seus respectivas/os autoras/es:

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO CASO BARBOSA DE SOUZA E OUTROS VS. BRASIL de Douglas Santos Mezacasa e Roziane Nunes Muniz.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS MOVIMENTOS FEMINISTAS: MESMAS BASES PRINCÍPIOLÓGICAS, TEMÁTICAS DISTINTAS de Giselle Meira Kersten.

INCIDÊNCIA POLÍTICA FEMINISTA E TECNOLOGIA: CONSTRUÇÕES E USOS DE CONTRA-DADOS SOBRE FEMINICÍDIO de Rosinere Marques de Moura.

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO: DESAFIOS E ALTERNATIVAS de Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles e Thais Justen Gomes.

ENCARCERAMENTO FEMININO NA AMÉRICA LATINA: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM PERSPECTIVA FEMINISTA de Giovanna de Carvalho Jardim.

A DISCRIMINAÇÃO QUE NÃO OUSA DIZER SEU NOME de Carla Watanabe.

DO SILÊNCIO À VOZ? ANÁLISE DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS PROCEDIMENTOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER APÓS A OBRIGATORIEDADE DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO de Karoline Schoroeder Soares, Luíse Pereira Herzog e Sheila Stolz.

DIREITOS SEXUAIS E DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES E A DINÂMICA DO CONTROLE SOCIAL E JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL de Jéssica Feitosa Ferreira, Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira e Rogério Roberto Gonçalves de Abreu.

DIREITO AO USO DO BANHEIRO POR PESSOAS TRANSEXUAIS: UMA QUESTÃO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA de Daniela Carvalho Almeida da Costa, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias e Caio César Andrade de Almeida.

DIREITO À CIDADE E SEGURANÇA PÚBLICA: ANÁLISE SOBRE A VIOLÊNCIA URBANA CONTRA A MULHER NO BRASIL de Gabrielly Loredos dos Santos, Hellen Pereira Cotrim Magalhaes e Leonardo Rodrigues de Souza.

ANÁLISE INTERSECCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO E DIREITOS REPRODUTIVOS de Rebeca Lins Simões de Oliveira e Jéssica Bezerra Carvalho.

A PEC N.09/23 E O CONTO DE OUROBOROS: APONTAMENTOS SOBRE O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NA EFETIVAÇÃO DA COTA DE GÊNERO ELEITORAL de Caroline Maria Costa Barros.

A ORIGEM DO MOVIMENTO FEMINISTA E SUA CLASSIFICAÇÃO EM ONDAS de Débora Silva Melo.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA AS PESSOAS TRANSEXUAIS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: GRADES E PRECONCEITOS de Tais Silveira Borges Araújo.

A IDENTIDADE DE GÊNERO E AS FORÇAS ARMADAS DO BRASIL de Douglas Verbicaro Soares e Ela Wiecko Volkmer de Castilho.

(DES) IGUALDADE DE GÊNERO E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES NO BRASIL de Monique Araújo Lopes, Antônio Carlos Diniz Murta e Tatiana de Alencar Nogueira.

Esperamos que estas potentes investigações possam contribuir com o importante debate destas temáticas na área do direito.

Fica o convite à leitura.

Profa. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Prof. Dr. Renato Duro Dias

Universidade Federal do Rio Grande - FURG

EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO: DESAFIOS E ALTERNATIVAS

ENFORCEMENT OF SOCIAL RIGHTS FROM A GENDER PERSPECTIVE: CHALLENGES AND ALTERNATIVES

**Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles
Thais Justen Gomes**

Resumo

Os direitos sociais são essenciais para a garantia da dignidade humana e na mitigação das vulnerabilidades sociais no sistema capitalista. Entretanto, apesar de sua importância, sua concretização enfrenta inúmeros obstáculos, especialmente porque a positivação destes direitos não veio acompanhada de mudanças estruturais na sociedade que impactem os fatores que ocasionam as desigualdades que estes direitos pretendem diminuir. Ademais, não há como tratar da concretização dos direitos sociais sem abordar os marcadores sociais da diferença que fazem com que homens e mulheres, por exemplo, sejam impactados de modo diferente pela violação dos direitos e até mesmo pelas tentativas de efetivação destes, o que torna imprescindível que esta análise seja realizada por uma perspectiva de gênero. Compreendendo assim que as dificuldades de efetivação de direitos advêm de uma situação estrutural e sistêmica, se pretende analisar alternativas à materialização dos direitos no âmbito da implementação de políticas públicas. Contudo, nada -ou muito pouco- adiantaria pensar nas políticas públicas como efetivação de direitos de modo abstrato, sem considerar de que forma devem ser construídas, como garantir que contemplem as necessidades dos grupos marginalizados, em especial para os fins de análise deste artigo, das mulheres. Por isso, serão analisados exemplos de políticas públicas elaboradas com participação social que visam garantir direitos sociais sob perspectiva de gênero.

Palavras-chave: Participação social, Teoria feminista, Sala das máquinas, Lei maria da penha, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

Social rights are essential for guaranteeing human dignity and mitigating social vulnerabilities in the capitalist system. However, despite their importance, their implementation faces numerous obstacles, especially because the implementation of these rights was not accompanied by structural changes in society that impact the factors that cause the inequalities that these rights aim to reduce. Furthermore, there is no way to address the realization of social rights without addressing the social markers of difference that cause men and women, for example, to be impacted differently by the violation of rights and even by attempts to realize them, which makes It is essential that this analysis is carried out from a gender perspective. Understanding that the difficulties in realizing rights arise from a

structural and systemic situation, the aim is to analyze alternatives to the materialization of rights within the scope of the implementation of public policies. However, there would be no point -or very little- in thinking about public policies as enforcing rights in an abstract way, without considering how they should be constructed, how to ensure that they take into account the needs of marginalized groups, especially for the purposes of analysis of this article, of women. Therefore, examples of public policies developed with social participation that aim to guarantee social rights from a gender perspective will be analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social participation, Feminist theory, Engine room, Maria da penha law, Public policies

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são aqueles que visam resguardar direitos mínimos à sociedade e têm como objetivo mitigar as vulnerabilidades sociais ocasionadas pelos modos de produção capitalista. No Brasil, estão previstos pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988. Entre eles estão: a saúde, a educação, a moradia, o lazer, o transporte e o trabalho.

Além de prever os direitos sociais a Constituição Federal de 1988 estabelece 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. No entanto, a realidade indica que persistem inúmeras formas de discriminação e opressão às mulheres. E essa discriminação impacta diretamente até mesmo a consolidação dos direitos sociais.

Afinal, como garantir direito à educação, moradia, trabalho etc para toda a sociedade se em função de uma desigualdade estrutural um grupo não consegue acessar esses direitos plenamente por ações cometidas pelo outro grupo? Por isso, a efetivação dos direitos sociais pressupõe uma busca pela igualdade de gênero.

O objetivo do presente artigo é analisar os desafios da concretização de direitos sob uma perspectiva de gênero. Para tanto, primeiramente se analisou a teoria do jurista argentino Roberto Gargarella sobre o modelo constitucional que vigora na América Latina e as dificuldades de efetivação dos direitos sociais frente a estrutura de poder que existe nos países latinos.

Nesse cenário, Gargarella caracteriza a estrutura de poder constitucional característica da região latino-americana e aponta que as constituições latinas, embora pioneiras na previsão de direitos sociais, mantiveram inalterada a concentração de poder, que desconfiava das massas e separava representantes de representados, limitando, portanto, as possibilidades de participação social na política.

O autor vai além e expõe que o poder concentrado permanece em tensão com demandas por mais direitos (ou até mesmo por efetivação dos direitos sociais já previstos), e essas duas partes da constituição - a que mantém inalterada a estrutura de poder e que prevê direitos sociais- passam a trabalhar uma contra a outra. Só que nessa disputa o lado vencedor é o da estrutura concentrada de poder, fazendo com que a efetivação de direitos dependa do desejo de quem está no poder.

Como o autor não aborda especificamente os atravessamentos de gênero, se optou por correlacionar sua teoria com a teoria feminista do direito que demonstra como a estrutura patriarcal dificulta a garantia de direitos já sancionados às mulheres.

Segundo Campos (2011) A crítica feminista ao direito é diversa, de modo que não há uma crítica única, mas várias visões críticas, assim como não há ‘um’ feminismo. A denominação ‘teoria feminista do direito’ (*feminist legal theory*) é utilizada, segundo a autora, por Carol Smart, Frances Olsen, Katherine Barlett, Nancy Levit. Já Catharine MacKinnon e Patrícia Smith preferem a expressão *feminist jurisprudence*.

Segundo Buchard (2022) as feministas se preocupam em como entender o direito em si mesmo e a adequação de seu escopo, de sua legitimidade e de seu significado. Muitas dessas questões são as idênticas as da teoria jurídica tradicional, porém são readequadas ao contexto do projeto feminista. Em especial, para a autora, há uma preocupação com o conceito jurídico de igualdade que envolve a alegação de que ela deve ser entendida não somente como um conceito formal. A igualdade deve ser um conceito substantivo para que possa realizar verdadeiras mudanças na estrutura de poder e, ainda, nas posições de poder de homens e mulheres em geral.

Compreendendo então que as dificuldades de efetivação de direitos advêm de uma situação estrutural e sistêmica, se pretende analisar alternativas à materialização dos direitos no âmbito da implementação de políticas públicas. A metodologia é a revisão bibliográfica.

Bucci (2006) afirma que a efetivação de direitos depende da implementação de políticas públicas, principalmente, de como o poder público efetua suas políticas. Somente com as políticas públicas e com a coordenação e organização do estado através de mecanismos e setores específicos para implementar essas políticas é possível concretizar direitos sociais. As políticas públicas são meios de concretização do direito e o direito é, por sua vez, um instrumento que torna possível a materialização dos objetivos das políticas públicas por meio das normas jurídicas. Deste modo, o debate da efetivação de direitos deve passar, necessariamente, pelas discussões sobre políticas públicas. Não sendo possível afastar dos estudos jurídicos a análise da política. Esse é, assim, o terceiro referencial teórico a ser utilizado para compreender os desafios da efetivação de direitos sociais sob uma perspectiva de gênero.

Contudo, nada -ou muito pouco- adiantaria pensar nas políticas públicas como efetivação de direitos de modo abstrato, sem considerar de que forma devem ser

construídas, como garantir que contemplem as necessidades dos grupos marginalizados, em especial para os fins de análise deste artigo, das mulheres, evitando que caiam justamente na discricionariedade do poder centralizado.

Por isso, é fundamental compreender, como Gargarella (2015), que embora algumas reformas possam ser interessantes para garantir os direitos sociais, o horizonte desejável é aumentar o poder de participação dos cidadãos.

A materialização dos direitos sociais não acontece sem organização social para auxílio na elaboração de políticas públicas que contemplem os atravessamentos sociais de gênero, raça, classe, sexualidade etc. Nesta perspectiva de efetivação de direitos sob o prisma da criação de políticas com participação, têm se destacado as experiências das mulheres não só na formulação, mas também na implementação, monitoramento, fiscalização e avaliação de políticas públicas que miram direitos e obrigações e que visam a erradicação da desigualdade de gênero.

Por fim, serão analisados exemplos de políticas públicas elaboradas com participação social que visam garantir direitos sociais sob perspectiva de gênero, como é o caso dos Planos Nacionais de Políticas para Mulheres (PNPM), construídos a partir de Conferências Nacionais de Políticas para Mulheres. Para então tentar compreender seus limites e potencialidades, e analisar, desta forma, alternativas à efetivação de direitos sociais sob uma perspectiva de gênero.

1: IMPORTÂNCIA E DIFICULDADES DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

1.1. Importância da perspectiva de gênero na concretização de direitos sociais

Bucci (2006) ao abordar a importância da efetivação dos direitos sociais para garantir o gozo dos direitos individuais (de primeira geração) questiona como garantir liberdade de pensamento a um analfabeto. A autora sustentou que para que haja a livre manifestação do pensamento é preciso garantir o direito social à educação.

Não há dúvidas que os direitos sociais, de segunda geração foram formulados para garantir em sua plenitude o gozo dos direitos de primeira geração. O que se propõe discutir aqui, é que não é possível efetivar os direitos sociais, e portanto, garantir os direitos individuais, sem levar em consideração uma perspectiva de gênero, raça e classe.

Por isso, assim como foi questionado como garantir liberdade de pensamento a um analfabeto, questiona-se como garantir o direito à saúde de uma mulher que é

proibida pelo marido de acessar um posto de saúde da família e realizar uma consulta médica? Como garantir o direito ao lazer se temos grandes índices de assédio sexual às mulheres nos locais públicos, em festas e no transporte?

E mais, como podemos dizer que estamos garantindo o direito ao trabalho se não levamos em consideração as diferenças estruturais entre homens e mulheres que fazem com que mulheres ganhem menos que homens pelas mesmas tarefas? Como podemos garantir direito a educação sem levar em consideração as desigualdades históricas entre negros e brancos que dificulta o acesso das pessoas negras ao ensino superior?

Os marcadores sociais atravessam até mesmo os grupos mais vulneráveis, aqueles que mais necessitam da efetivação dos direitos sociais, fazendo com que sejam necessárias perspectivas de gênero, raça e classe na busca pela efetivação dos direitos. E portanto, que ao se fazer uma análise da dificuldade de concretização destes direitos, haja uma compreensão da estrutura patriarcal e racista, que cria obstáculos a materialização destes direitos.

Por um recorte metodológico se analisará neste artigo a dificuldade de efetivação dos direitos sociais sob perspectiva de gênero, mas sem dúvida é necessário compreender que a estrutura patriarcal que dificulta a concretização de direitos é apenas uma das demais estruturas sociais que impõe dificuldades extras de materialização de direitos a grupos vulneráveis atravessados por múltiplos marcadores sociais. Outrossim, sob uma perspectiva interseccional é certo que é impensável analisar desigualdades de gênero sem considerar os seus atravessamentos com raça, sexualidade, classe etc. Por isso, ao se falar em perspectiva de gênero, embora estejamos visibilizando este marcador social, certamente, ele deve ser lido como estando sempre atravessado também por estruturas de raça, classe, sexualidade etc.

1.2. A estrutura de poder vigente e a dificuldade da efetivação dos direitos sociais

O jurista argentino Roberto Gargarella estudou o modelo constitucional vigente na maioria dos países da América Latina, apontando suas conclusões na obra “La sala de maquinas de la Constitución”. Neste livro o autor analisa dois séculos do constitucionalismo latino-americano para entender a estrutura de poder constitucional característica da região, concluindo que estes países são marcados por poder centralizado e fortemente verticalizado, onde apesar de termos uma vasta gama de direitos sociais no rol constitucional, não temos espaço para efetiva participação popular.

Segundo o jurista, a América Latina foi pioneira nesse passo importantíssimo de levar em consideração os direitos sociais. Novas constituições foram arquitetadas e passaram a incluir importantes reconhecimentos a direitos, inclusive os de participação. No entanto, a concentração de poder político permaneceu a mesma de antes da elaboração destas constituições, a mesma do século XIX. Para ele é tão importante dizer o que fizemos, como também o que não fizemos. E o que não fizemos foi modificar a organização do poder, por isso o autor concentra sua análise na omissão da modificação da estrutura do poder.

De fato, é importante analisar essa omissão porque nossa organização de poder é um produto de um momento elitista do constitucionalismo. É um resultado de um pacto das elites liberais e conservadoras que controlavam a região. De fato, a maioria dos países Latino-Americanos entrou no século XX com constituições que foram resultado de um acordo político entre liberais e conservadores, sendo sínteses imperfeitas de aspirações legais de ambos os grupos rejeitaram a incorporação de cláusulas sociais em favor dos mais vulneráveis e iniciativas em favor da participação da massa na esfera pública.

Isso quer dizer que o pacto liberal- conservador foi também um pacto excludente. Desta forma, as constituições latino-americanas são fruto de um momento elitista onde predominava entre as elites a desconfiança democrática. E por isso essas constituições separam representantes de representados, e fazem os representantes terem pouco contato com os representados.

A pressão social gerou algumas mudanças no início do século XX, sendo a constituição mexicana de 1917 a primeira expoente dessa mudança constitucional. Essa Constituição era robusta na sua declaração de direitos, e fortemente compromissada com os direitos sociais, como nunca antes visto na história. A Constituição mexicana de 1917, mudou radicalmente a história do constitucionalismo Latino-Americano. Seguindo a sua adoção, pouco a pouco, a maioria dos países da região começou a mudar as suas estruturas constitucionais.

Entretanto, embora no século XX tenhamos começado a modificar as constituições para incorporar direitos sociais e econômicos, mantivemos a estrutura de poder que desconfiava das massas e separava representantes de representados. Por isso, temos uma estrutura de poder muito concentrada no executivo e com pouco espaço de participação popular, participação das massas. Em outras palavras, as reformas falharam em alcançar aquilo que o jurista chama de “a sala de máquinas da Constituição”. A sala

de máquinas consiste no poder de garantir provisões da constituição que determina a relativa autoridade dos atores governamentais.

Gargarella aponta, portanto, que há uma incompatibilidade entre prever direitos que promovam o bem-estar e manter a concentração do poder. O motivo dessa incompatibilidade é que o poder concentrado permanece em tensão com aquelas demandas por mais direitos, e essas duas partes da constituição passam a trabalhar uma contra a outra. Só que a parte das constituições que prevê a organização do poder é que predomina, e quando não há modificação da organização do poder, será reproduzida uma desigualdade social e econômica que afeta a implementação dos direitos sociais. Tornando o caminho para a efetivação dos direitos sociais muito difícil já que seu reconhecimento nas constituições não foi acompanhado de uma democratização do poder.

Com a concentração do poder, os direitos sociais não serão direitos que se assegurem a todos, serão direitos dependentes da vontade discricionária do poder concentrado. A efetivação dos direitos sociais, neste contexto, necessita da casa das máquinas, da estrutura do poder, e se ela está tão fechada e tão idêntica ao século XIX teremos um obstáculo à efetivação do direito.

Por concluir que a manutenção da estrutura concentrada de poder prejudica a efetivação de direitos, Gargarella crítica que os estudos jurídicos se dediquem mais às questões de direito em detrimento da análise da organização do poder.

Em relação ao poder judiciário, o autor considera que este pode cumprir um importante papel na efetivação de direitos, mas reitera que os cidadãos devem ser protagonistas das decisões. A saída para Gargarella (2015) é uma sociedade mais inclusiva, em que as decisões se tomem através de conversas, de diálogos entre iguais. Ou seja, onde haja abertura de discussão pública sobre questões importantes, não para que os grupos marginalizados precisem apresentar as soluções, mas para que sejam ouvidos para participar da construção das decisões.

1.3. A estrutura patriarcal do judiciário e a dificuldade de efetivar direitos para mulheres

Compreender que apesar da previsão de direitos constitucionais as constituições mantiveram intacta a estrutura de poder concentrada é fundamental para analisar a dificuldade da efetivação de direitos sociais.

De igual modo, se faz necessário investigar as dificuldades para efetivar direitos especificamente para mulheres. O Brasil tem avançado significativamente desde a promulgação da Constituição de 88 na busca pela igualdade de gênero e nos direitos das mulheres. Os avanços na busca pela igualdade de gênero vão desde a assinatura de tratados internacionais até políticas públicas específicas para alcançar a igualdade de gênero e protocolos para serem adotados em espaços governamentais ou pelo judiciário.

Como exemplo dos avanços mencionados, temos a assinatura dos tratados internacionais (Pacto de São José da Costa Rica, Convenção de Belém do Pará, Convenção da Mulher- CEDAW, dentre outros), a previsão expressa na Constituição de 88 sobre a promoção do bem de todos sem preconceito com base em sexo (artigo 3º), a promulgação da Lei Maria da Penha entre outros.

A teoria feminista do direito, entretanto, aponta que apesar das alterações legislativas, através da promulgação de leis em tese garantidoras dos direitos das mulheres, o poder judiciário sofre influência da estrutura patriarcal e, portanto, a retroalimenta. Segundo Campos (2011) o gênero organiza a vida social, dá significado à dimensão do poder, estrutura a divisão sexual do trabalho, e as doutrinas jurídicas são criadas em um contexto social atravessado pelo gênero, tanto como por relações econômicas e raciais. Por isso, o Direito tem o poder de produzir e reproduzir o discurso hegemônico das relações de gênero.

Neste sentido, podemos utilizar o exemplo da Lei Maria da Penha, lei essa que foi uma grande conquista dos direitos das mulheres, mas que apesar disso não consegue ser plenamente efetivada, em função da perspectiva patriarcal que atravessa o judiciário. Campos (2011) inclusive demonstra que os juristas na formulação de raciocínios tecnicistas buscam invalidar dispositivos da Lei Maria da Penha. A autora dá como exemplo a forçada interpretação da admissibilidade da suspensão condicional do processo em casos de violência doméstica, proibida expressamente pela Lei 11.340/2006, que atualmente já não é mais aceita pela Supremo Tribunal Federal.¹

Assim, para contornar essa situação com frequência são promulgadas novas leis com o fim de “complementar a Lei Maria da Penha” quando na verdade se aquela fosse corretamente aplicada seriam desnecessárias a legislação complementar. Exemplo disso é a lei 14.550, de 19 de abril de 2023 que altera a Lei Maria da Penha para dispor sobre

¹ Em decisão datada de 24/03/2011 o STF no julgamento do Habeas Corpus (HC) 106212 determinou o alcance do artigo 41 da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que veda a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995).

as medidas protetivas de urgência e estabelecer que a causa ou a motivação dos atos de violência e a condição do ofensor ou da ofendida não excluem a aplicação da Lei.

A lei acresce, dentre outros, o parágrafo 5º no artigo 19 da Lei 11.340/06 dispondo que as medidas protetivas de urgência serão concedidas independentemente da tipificação penal da violência, do ajuizamento de ação penal ou cível, da existência de inquérito policial ou do registro de boletim de ocorrência. Ocorre que na redação original da Lei Maria da Penha não existia a previsão da necessidade de ajuizamento de ação penal ou cível, ou da lavratura de registro de ocorrência, tampouco havia alguma previsão que a lei só seria aplicada a determinados tipos penais. Ao contrário, a lei foi inovadora em definir os tipos de violência mesmo sem criar novos tipos penais, justamente para garantir proteção às mulheres em situação de violência ainda que determinados atos não fossem considerados crimes.

Percebe-se assim que do mesmo modo que a previsão de direitos sociais não significou uma mudança na estrutura do estado a previsão da igualdade de sexos não altera por si só a estrutura patriarcal da sociedade e, portanto, do judiciário. Mais que isso, a promulgação de leis que garantem direitos às mulheres não é capaz de sozinha garantir esses direitos, visto que a atuação do judiciário trabalha em confronto com o previsto nestas leis, impedindo sua efetivação.

É interessante notar, entretanto, que há tentativas de enfraquecer essa atuação patriarcal do judiciário, impedindo raciocínios tecnicistas. O protocolo para julgamento com perspectiva de gênero instituído em 2021 pelo Conselho Nacional de Justiça é uma clara tentativa de modificar a atuação patriarcal no judiciário, e um reconhecimento que a promulgação de leis que garantem direitos às mulheres não bastou para que fossem efetivados os direitos previstos.

No texto introdutório do documento consta que o protocolo é fruto do amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que passou a reconhecer a influência que as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que estão submetidas as mulheres ao longo da história exercem na produção e aplicação do direito.

No protocolo ainda está expresso que o Conselho Nacional de Justiça reconhece que a influência do patriarcado, do machismo, do sexismo, do racismo e da homofobia são transversais a todas as áreas do direito, não se restringindo à violência doméstica, e, portanto, produzem efeitos na interpretação e aplicação de todas as áreas jurídicas.

Uma vez tendo esse entendimento da dificuldade de efetivar direitos sociais nessa estrutura de poder e de garantir direitos às mulheres mesmo sob o crivo de um

sistema patriarcal, precisamos pensar nas políticas públicas e no fortalecimento da participação social como formas de efetivação dos direitos sociais sob perspectiva de gênero.

2. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARTICIPATIVAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS COM PERSPECTIVA DE GÊNERO

2.1.A participação popular e o diálogo democrático

Como dito, Gargarella entende que o horizonte é o diálogo entre iguais, uma sociedade mais inclusiva para que decisões se tomem através de conversas, onde os grupos marginalizados sejam chamados a construir as decisões.

O autor argentino identifica que a vida política muitas vezes passa por fora das instituições e se preocupa em como podemos fazer para escutar essas forças que estão à margem, para construir com os marginalizados.

Ele vê com receio as esperanças que são depositadas nos tribunais superiores e nas cortes internacionais, têm receio de se abraçar qualquer organismo que tome decisões porque entende que no futuro as composições desses organismos poderão ser modificadas e assim as decisões também o serão (2015, p.205).

Inclusive, ele entende que audiências públicas do STF são interessantes, que são um modo de escutar as forças que estão por fora e que não são ouvidas normalmente, mas se o poder que as convoca tem a discricionariedade de escutar quem quiser, de decidir quando começa e termina a audiência, estamos diante de uma ferramenta de promessas e dificuldades. Em função disso, a saída mais efetiva para o jurista não se dá pelo fortalecimento do judiciário, mas pelo fortalecimento da autoridade dos cidadãos, recuperando a voz daqueles excluídos. A participação popular é, em sua análise, um horizonte desejável.

2.2. Implementação de políticas públicas para a efetivação de direitos

A efetivação de direitos depende, especialmente, de como o poder público implementa suas políticas. Sem as políticas públicas – e a consequente coordenação e organização da ação estatal para implementar essas políticas– seria impossível concretizar os direitos fundamentais (BUCCI, 2019).

Para Bucci (2006) a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos

direitos humanos, em particular dos direitos sociais. A autora afirma que o primeiro desafio para o trabalho sistemático com políticas públicas em direito é identificar o objeto que se discute. Afinal, qual a forma exterior, possível de ser reconhecida pelo sistema jurídico, que as políticas públicas assumem? Políticas públicas podem ser expressas em leis, em normas constitucionais ou ainda em normas infralegais- tais como decretos e portarias- dentre outros. No esforço de definir um conceito jurídico de políticas públicas, Bucci (2006, p.39) afirma que

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial- visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Para melhor entender o conceito proposto, a autora o decompõe nos seguintes elementos: ação-coordenação, processo e programa.

O programa corresponde ao delineamento geral da política, contém a dimensão material da política pública. Nele constam os objetivos, resultados, indicando ainda se possível, o intervalo de tempo em que isso deve ocorrer, parâmetros que serão úteis na avaliação do resultado da política pública após a sua implementação.

Já a ação-coordenação, para a autora, é a nota característica da política pública. A política pública deve resultar nos objetivos sociais a que se propôs, deve obter certos resultados em um determinado intervalo de tempo. Ela complementa o raciocínio expondo que um objetivo com a adoção das categorias de políticas públicas em direito é a compreensão da ação do Poder Público no seu conjunto, o que inclui a coordenação. Esta visa que o Estado seja um instrumento que induz a ação, ou seja, que estimule a obtenção dos resultados desejados.

Processo, por sua vez, se refere ao conjunto de atos tendentes a um fim. Bucci (2006) destaca que no contexto de formulação de políticas públicas, processo associa à abordagem jurídica inequívoca dimensão participativa. Segundo a autora, os conselhos gestores de políticas públicas previstos na Constituição e na legislação complementar carecem de operacionalização adequada, sendo inclusive difícil classificá-los do ponto de vista jurídico, porque o nosso sistema separa direito privado do público e os conselhos não são totalmente estatais nem totalmente comunitários. Essa observação é

importante para entendermos as críticas já apresentadas de Gargarella no formato constitucional que por um lado falha em garantir participação popular e, por outro lado, mantém o poder concentrado.

Tem-se assim que o direito é um instrumento possível de materializar os objetivos das políticas públicas por meio das normas jurídicas. No estado contemporâneo a necessidade de compreensão das desigualdades sociais, políticas, econômicas e culturais, historicamente oprimidas tanto pelo Estado como pela sociedade dominante, faz-se imprescindível como categoria jurídica em busca da concretização dos direitos sociais, amplamente valorizados na tarefa de redemocratização imposta pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, surge a necessidade de um Estado que seja mais intervencionista na vida econômica e social para conseguir consolidar as normas constitucionais. Maria Paula Bucci (2006, p.4) destaca que

A percepção dessa evolução evidencia que a fruição dos direitos humanos é uma questão complexa, que vem demandando um aparato de garantias e medidas concretas do Estado que se alarga cada vez mais, de forma a disciplinar o processo social, criando modos de institucionalização das relações sociais que neutralizem a força desagregadora e excludente da economia capitalista e possam promover o desenvolvimento da pessoa humana.

As políticas públicas são ações governamentais que visam a concretização de direitos fundamentais, cujos princípios, limites e prioridades mínimas encontram-se na própria Constituição Federal de 1988. Temos assim um paradigma dos direitos sociais, que proclamam a intervenção estatal mediante prestações positivas, e, portanto, através de políticas públicas.

Mas basta ao Estado implementar políticas públicas sem diálogo com a população com o fim de efetivar direitos? Difícil dizer que sim. Principalmente, quando a atual compreensão sobre democracia impõe à Administração não só a necessidade de declarar direitos, mas de construí-los, de efetivá-los. Por isso, para que as escolhas públicas se revelem eficientes e sejam capazes de alcançar os resultados pretendidos, é indispensável a participação popular. Ademais, a garantia de políticas públicas tem sido um desafio à consolidação de direitos, tornando essencial uma participação popular contínua. E é aqui que a discussão da necessidade de uma análise jurídica das políticas públicas se encontra com a teoria de Gargarella sobre a participação popular como um horizonte.

2.3. A participação popular na construção de políticas públicas para mulheres

No Brasil a participação das mulheres, tem sido possível a partir de um processo contínuo de cooperação entre a antiga Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres (SNPM), atual Ministério das Mulheres, os demais Ministérios, a sociedade civil e a comunidade internacional.

Esse processo culminou em importantes conquistas como: os três Planos Nacionais de Políticas para Mulheres (PNPM), compostos por iniciativas governamentais a serem realizadas em cada quadriênio (2004, 2008, 2013), a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), a Lei Maria da Penha 13.340/06 e a Política e o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Sendo certo que as conquistas no âmbito governamental advieram de uma ampla e constante mobilização do movimento de mulheres para que tais mudanças acontecessem.

O primeiro PNPM foi construído com participação da sociedade civil e foi lançado em 2004. Tinha como objetivo eliminar as desigualdades de gênero através de um plano nacional que concentrasse as principais propostas em políticas públicas para atingir tal objetivo.

Os Planos Nacionais de Políticas para Mulheres foram elaborados a partir das Conferências Nacionais de Políticas para Mulheres. Com base na transversalidade de gênero e como resultado da I Conferência Nacional de Políticas para Mulheres, a Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres reafirmou o comprometimento do Governo Federal com a incorporação da perspectiva de gênero e raça nas políticas públicas com a publicação do I PNPM.

É interessante notar que o primeiro PNPM visava a construção de relações democráticas com os movimentos feministas e de mulheres, considerando necessários à criação e o fortalecimento de mecanismos institucionais que ampliassem a participação popular e o controle social.

Em que pese significar um avanço interessantíssimo do ponto de vista de fortalecimento da democracia e de efetivação de direitos, nem a articulação da SPM nem a elaboração do PNPM foi capaz de alterar significativamente a estrutura de poder. Desse modo, embora representem um passo em direção ao horizonte visto como desejável por Gargarella, ainda caem, de certo modo, nos problemas apontados pelo jurista relacionados a manutenção de uma estrutura de poder que é hostil a consolidação

de direitos sociais. Tanto é assim, que com a mudança de governo, não mais aconteceram as conferências nacionais e não foram elaborados novos PNPM.

De igual modo, a criação da Lei Maria da Penha embora tenha significado uma grande conquista não foi capaz de alterar a estrutura patriarcal do judiciário (como demonstrado no primeiro capítulo), e essa estrutura por vezes, através de raciocínios tecnicistas, invalidou dispositivos da lei. Sendo necessário, em alguns casos, até mesmo a elaboração de outras leis posteriores, apenas para firmar o que já estava na redação original da 11.340/06, apenas porque os juízes não aplicavam alguns dispositivos da norma como deveriam.

Ao passo que temos esse cenário de não modificação estrutural, e portanto, de fragilidade de implementação de políticas públicas que consolida direitos sob uma perspectiva de gênero, não é possível negar que importantes conquistas para direitos das mulheres foram conseguidas através das conferências nacionais, dos planos nacionais da Lei Maria da Penha e de diversos outros exemplos de políticas públicas implementadas com participação dos movimentos feministas e de mulheres. Demonstrando que a participação social é possível e desejável para efetivação de direitos, ainda que deva ocorrer de modo contínuo. Ou seja, se uma mudança de governo pode representar um retrocesso a implementação de políticas participativas, e portanto, a efetivação de direitos para mulheres, isso somente demonstra que a efetivação de um direito é um processo contínuo que passa por construir o direito, declarar o direito em norma, implementar políticas públicas com o fim de efetivá-lo e manter a participação social ativa para fiscalizar essas políticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra de Roberto Gargarella revela que as “salas de máquinas das constituições” da América Latina permanecem trancadas devido à verticalização e centralização das suas estruturas, que separa representantes e representados, mantendo uma desconfiança das massas. Esse cenário dificulta a efetivação de direitos sociais, fazendo com que o horizonte possível para consolidar os direitos almejados seja uma ampliação da participação social, através do diálogo constante e de mecanismos de intervenção popular na construção das decisões.

De igual modo, como aponta a teoria feminista do direito, a conquista de direitos para mulheres não representa por si só uma alteração na estrutura patriarcal do judiciário, e por vezes, essa estrutura invalida a aplicação de normas mais protetivas às mulheres. De fato, inúmeros são os exemplos de vezes em que na aplicação de normas

protetivas, o judiciário modificou a intenção dos dispositivos ou ignorou o objetivo da norma.

A saída para garantir a efetivação de direitos é a implementação de políticas públicas. Sendo assim fundamental a compreensão das políticas públicas como categoria jurídica. No entanto, é necessário compreender a importância de que essas políticas sejam realizadas com participação social, no caso, participação de grupos de mulheres e feministas.

Assim a partir da análise do pensamento de Gargarella, com as contribuições da teoria feminista e da análise do papel das políticas públicas para a consolidação de direitos sociais, buscou-se analisar as dificuldades de efetivação de direitos sociais sob perspectiva de gênero.

Conclui-se que não é possível discutir efetivação de direitos sociais sem discutir a implementação de políticas públicas que prevejam mecanismos para conquistar a igualdade de gênero. Do mesmo modo, é preciso que haja intervenção judicial com perspectiva de gênero para garantir os direitos sociais, mas essa intervenção deve conter em si própria mecanismos de participação dos movimentos de mulheres, teóricas feministas, ONGs que trabalhem com questões gênero etc.

Essas políticas públicas devem ainda contar com a participação social, como ocorreu em alguns exemplos no nosso país: os três Planos Nacionais de Políticas para Mulheres (PNPM), compostos por iniciativas governamentais a serem realizadas em cada quadriênio (2004, 2008, 2013), a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), a Lei Maria da Penha 13.340/06 e a Política e o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, dentre outros.

Do contrário, corremos o risco de deixar as decisões nas mãos de uma estrutura de poder que é fundamentada num pensamento conservador e patriarcal e que, apesar de conseguir garantir alguns avanços em termos de efetivação de direitos em situações específicas, tende a retroalimentar o sistema, invalidando direitos conquistados através de interpretações e vícios jurídicos opostos aos direitos positivados.

A efetivação de um direito vai muito além de sua positivação e de sua exigibilidade, atravessa a construção de mecanismos de acessá-lo que garantam a participação justamente dos grupos marginalizados que precisam destes direitos. Por isso, ainda que alguns dos exemplos dados (como o PNPM e as conferências nacionais) estejam em uma certa situação de vulnerabilidade por não modificarem as estruturas de

poder, é certo que constituem um avanço no horizonte descrito como desejável por Gargarella (2015) para consolidar direitos.

Isto porque, não é possível negar que importantes conquistas para direitos das mulheres foram conseguidas através das conferências nacionais, dos planos nacionais da Lei Maria da Penha e de diversos outros exemplos de políticas públicas implementadas com participação dos movimentos feministas e de mulheres.

Ainda que a participação popular nessas políticas não tenha conseguido modificar as estruturas, e por isso tenham suas limitações, elas demonstram que o caminho para a efetivação dos direitos é contínuo, deve atravessar a elaboração das leis e construção das políticas públicas, mas também a fiscalização delas.

E, se por um lado, demonstram que, sem uma alteração estrutural, com mudanças de governo, se torna mais difícil manter a participação e, portanto, efetivar direitos, por outro, demonstra que somente com participação social, de grupos de mulheres, se efetiva direitos sociais com perspectiva de gênero.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BUCCI, Maria Paula Dallari.. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e Aplicações da Abordagem Direito e Políticas Públicas. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019

BURCHARD, Melissa. Teoria feminista do Direito. **Revista Peri**, Florianópolis/SC, V. 14. nº 1., 2022.

CALAZANS, Myllena. CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.39-64.

CAMPOS, Carmen Hein de. CARVALHO. Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 143-172.

_____. "Razão e Sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Pena". *In* CAMPOS, Carmen Hein de (Org). **Lei Maria da Pena Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1-12.

_____; GIANEZINI, K. . Lei Maria da Pena: do protagonismo feminista às resistências jurídicas. **Juris Poiesis**, v. 22, p. 253-269, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires, 2010.

GARGARELLA, Roberto. Justiça dialógica e constitucionalismo latino-americano. Niterói:2015. RCJ – **Revista Culturas Jurídicas**, Vol. 2, Núm. 3.