

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I**

**RENATO DURO DIAS**

**SILVANA BELINE TAVARES**

**SOFIA ALVES VALLE ORNELAS**

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

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

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

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

**Comunicação:**

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

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

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

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

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

G326

Gênero, sexualidades e direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Silvana Beline Tavares

Renato Duro Dias

Sofia Alves Valle Ornelas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-059-6

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

---

### **Apresentação**

O grupo de trabalho (GT) Gênero, Sexualidades e Direito têm sido um lócus privilegiado de discussão de importantes investigações. O Encontro Nacional do CONPEDI virtual reafirmou a importância deste espaço como um repositório de epistemologias contra hegemônicas, que buscam o enfrentamento às violências e desigualdades de gênero e a defesa da livre expressão das sexualidades. Nesta edição, a pluralidade de pesquisas e a qualidade dos trabalhos demarcam os campos teóricos discutidos.

O artigo “A construção dos direitos sexuais no decorrer da história”, de Rodrigo Ricardo Ferreira Alves mostra a construção dos direitos sexuais relacionados ao gênero, seu percurso histórico e as políticas públicas relacionadas a direitos sexuais.

Clarice Paiva Moraes e Líbia Mara da Silva Saraiva trazem em “A importância das teorias feministas do direito para as relações familiares na contemporaneidade” reflexões críticas acerca da importância da contribuição das teorias feministas do direito para o direito das famílias a partir de uma análise sobre os principais institutos jurídicos que se preocuparam com a posição das mulheres na sociedade brasileira após a Constituição de 1988.

Na mesma perspectiva Raiza Eloa Brambilla Catanio e Dirceu Pereira Siqueira ressaltam em “A importância dos movimentos feministas e os direitos da personalidade: uma impossibilidade de retrocesso” a importância dos movimentos feministas e abordam a articulação das mulheres na luta pelos seus direitos e as conquistas obtidas no avanço do reconhecimento da mulher como indivíduo dotado de direitos da personalidade.

Em “A judicialização de políticas públicas como forma de empoderamento das mulheres” Camila Martins de Oliveira, Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro analisam a importância da atuação do Judiciário em promover o empoderamento das mulheres e por implementar ainda que por via indireta, as políticas públicas necessárias à concretização da igualdade material.

Sandra Suely Moreira Lurine Guimarães em seu artigo “A justiça restaurativa como possibilidade de judicialização dos casos de estupro contra mulheres?” aponta para a possibilidade de adotar a Justiça Restaurativa nos casos de estupro contra mulheres considerando o número elevado de casos no Brasil, e a inadequação do sistema criminal

punitivista que tende a reproduzir os estereótipos de gênero, cuja consequência é a revitimização.

A partir das categorias performatividade, precariedade e vulnerabilidade de Judith Butler, Grazielly Alessandra Baggenstoss em “A vulnerabilidade das mulheres no direito brasileiro” faz uma reflexão sobre o discurso jurídico brasileiro, a partir de excertos normativos e sua potencialidade para operar nos corpos das mulheres, fragilizando-os sistematicamente.

Em “Alteração do prenome e gênero da pessoa transexual no registro civil como concretização do direito à identidade frente ao princípio da dignidade humana”, Fernanda Heloisa Macedo Soares aborda a possibilidade de alteração do prenome e gênero da pessoa transexual por via administrativa.

A possibilidade do uso da Lei Maria da Penha como meio punitivo aos crimes cometidos contra profissionais do sexo, de acordo com as circunstâncias e as relações íntimas de afeto existentes entre garotas de programa e seus clientes é abordada por Gilberto Batista Santos em “A aplicação da lei 11.340/06 em crimes perpetrados contra profissionais do sexo”.

Em “As mulheres no cenário político brasileiro”. Flávio Vinícius Araujo Costa, Amanda Silva Madureira e Silvio Carlos Leite Mesquita questionam sobre as perspectivas de participação política das mulheres no cenário eleitoral.

Cristina Tereza Gaulia em “Casamentos por dispensa e os impedimentos matrimoniais no Brasil – construção dos novos modelos de família da colônia ao século XXI” faz uma análise sobre a trajetória histórica do casamento desde a perspectiva proibitiva de alguns casos pela igreja até os dias atuais.

A estabilidade binária da identidade de gênero fundada no sexo biológico é problematizada discursivamente a partir das análises foucaultianas sobre sexo e sexualidade, a discussão dos Estudos Culturais sobre identidade, assim como as análises performativas de Butler é trazida por Leilane Serratine Grubba em “Corpos trans, identidade e performatividade de gênero: uma análise discursiva sobre a naturalidade da identidade mimética de sexo-gênero.”

O artigo “Da legitimidade dos pais para requerer a alteração do nome civil para o social de filho transgênero em atestado de óbito” de Simone Alvarez Lima traz dentre outras questões o assassinato e o suicídio de transgêneros, que falecem antes de trocar o nome civil pelo social e recebem um atestado de óbito com um nome que não condiz com sua aparência e identidade de gênero.

Pela teoria da redistribuição e do reconhecimento de Nancy Fraser a intersexualidade e suas principais implicações jurídicas e sociais é trazida por Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos e Camila Martins de Oliveira em “De XX a XY: a invisibilidade da intersexualidade”

Em “Diálogos entre publicidade e direito: o caso do primeiro sutiã e a valorização da identidade para meninas cisgêneras e transgêneras”, Marcelo de Almeida Nogueira e Renata Luzia Feital de Oliveir analisam dois comerciais sobre “O primeiro sutiã a gente nunca esquece!” resultado da criação da W/Brasil nos anos 80 e da releitura 30 anos depois pela Madre Mia Filmes do Grupo G8.

Pelas perspectivas descoloniais e interculturais, Bianca Strücker e Thaís Maciel de Oliveira em “Direito à diferença: perspectivas descoloniais e interculturais” analisam o direito à diferença e ao reconhecimento como possibilidade para pensar em identidades plurais.

Joice Graciele Nielsson em “Direitos humanos e a esterilização de mulheres no Brasil: o controle reprodutivo sobre os corpos femininos” analisa a evolução das políticas de planejamento familiar e esterilização de mulheres no território brasileiro.

Em “Diversidade sexual e afetiva: a legitimação do casamento sob o prisma da dignidade da pessoa humana”, Felipe Rosa Müller traz a discussão os entraves e os indicativos de que há muito a ser feito para assegurar a cidadania e a integração das relações da diversidade sexual e afetiva na sociedade brasileira.

Em “Educação como meio para garantia dos direitos humanos das mulheres: uma análise a partir de tratados internacionais” Karina Gularte Peres analisa como a educação se operacionaliza para promover os direitos humanos das mulheres, observando tratados internacionais.

Tayana Roberta Muniz Caldonazzo, Carla Bertoncini e Fernanda Caroline Alves de Mattos problematizam sobre a vulnerabilidade que atingem mulheres negras e as possibilidades de enfrentamento as estruturas sociais opressoras em “Empoderamento como meio de superação às barreiras interseccionais entre gênero, raça e classe”.

Trazendo luz a relação entre a opressão da Natureza e a opressão da mulher, para estabelecer a conexão entre ambas Tatiana Mareto Silva em “Feminismo e decolonialidade na América latina: a libertação da mulher dos países latino-americanos e sua contribuição para a efetivação da sustentabilidade” analisa a influência do eurocentrismo sobre o patriarcado nos países latino-americanos e a (in)sustentabilidade planetária.

A perspectiva da biopolítica afirmativa é retomada por Danielli Gadenz em “Identidades não binárias, biopolítica e imunização: reflexões acerca do papel do direito na fixação identitária” na qual faz uma releitura das aparentes desconformidades identitárias, destacando a urgência em situar aqueles que se encontram fora das fronteiras como sujeitos de direito, e garantir-lhes a mesma proteção estendida aos demais cidadãos.

A partir da interseccionalidade entre gênero e migrações, Maria Luiza Favacho Furlan e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith em “Mulheres em contexto migratório: a interseccionalidade entre gênero e migrações” evidencia que a violência de gênero atinge mulheres em contexto migratório em diversos locais do mundo.

Raissa Rayanne Gentil de Medeiros em “Ser homem e ser pai: masculinidade e parentalidade sob a perspectiva dos assistidos da assistência jurídica da OAB/RN” demonstra a partir de entrevistas semiestruturadas com homens-pais assistidos em processos de divórcio, guarda e alimentos pela Assistência Jurídica da OAB/RN, como a formação dos homens para atender ao ideal de masculinidade hegemônica afeta as relações familiares e acentua as relações desiguais de poder entre homens e mulheres.

No artigo “Violência doméstica e a violação aos direitos fundamentais da mulher”, Bianca de Paula Costa Lisboa Feitosa e Homero Lamarão Neto fazem uma reflexão sobre a desigualdade e violência contra as mulheres no âmbito da violência doméstica à luz da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada.

Para analisar a vulnerabilidade do transgênero no sistema carcerário brasileiro, Valéria Silva Galdino Cardin, Diego Fernandes Vieira e Douglas Santos Mezacasa no artigo “Violência, abandono e invisibilidade: da vulnerabilidade do transgênero no sistema prisional brasileiro” examinaram o processo pelo qual as pessoas trans tem a sua vulnerabilidade maximizada pelo ambiente social e prisional.

Bruna de Oliveira Andrade, Elcio João Gonçalves Moreira e José Sebastião de Oliveira, em “Sextorsão”: uma nova forma de violência contra a dignidade sexual e a intimidade da mulher”, mostram os avanços informáticos e tecnológicos e analisam a violação dos direitos personalíssimos da mulher nos modernos meios de comunicação da atualidade.

Convidamos todas, todos e todes a leitura deste conjunto de potentes estudos.

Prof. Dr. Renato Duro Dias – FURG

Profa. Dra. Silvana Beline Tavares – UFG

Profa. Dra. Sofia Alves Valle Ornelas - UFG

Nota técnica: O artigo intitulado “Educação como meio para garantia dos direitos humanos das mulheres: uma análise a partir de tratados internacionais” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

O artigo intitulado “Empoderamento como meio de superação às barreiras interseccionais entre gênero, raça e classe” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Gênero, Sexualidade e Direito ou CONPEDI Law Review. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE EMPODERAMENTO DAS MULHERES

## THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES AS A FORM OF WOMEN'S EMPOWERMENT

Camila Martins de Oliveira <sup>1</sup>

Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos <sup>2</sup>

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro <sup>3</sup>

### Resumo

Mulheres e homens são diferentes. Partindo dessa constatação o Direito deve tratá-los de forma a considerar as necessidades de cada um. Políticas públicas que atendam às exigências advindas desse contexto devem ser implementadas pelos Poderes, e caso algum deles não o faça descumprindo as ordens constitucionais, caberá aos outros Poderes o controle para suprir a omissão. Dessa forma resta analisar a importância da atuação do Judiciário para promover o empoderamento das mulheres por implementar, ainda que por via indireta, as políticas públicas necessárias à concretização da igualdade material almejada. A vertente metodológica empregada foi a jurídico-dogmática, com raciocínio lógico-dedutivo.

**Palavras-chave:** Empoderamento, Direito das mulheres, Judicialização

### Abstract/Resumen/Résumé

Women and men are different. Based on this finding, the law should treat them in order to consider the needs of each one. Public policies that meet the demands arising from this context must be implemented by the Powers, and if any of them do not, that is breaches constitutional orders, the other Powers will have the control to supply the omission. Thus remains to analyze the importance of the judiciary's action to promote women's empowerment by implementing, even indirectly, the public policies necessary to achieve the desired material equality. The methodological aspect employed was the judicial-dogmatic, with logical-deductive reasoning.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Empower, Women's right, Judicialization

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara; Mestre em Direito; Professora de Direito Penal e Legislação Penal Especial da Escola Superior Do Helder Câmara; Advogada.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (DHC); Mestre em Direito pela DHC; Professora de Direito Constitucional e Teoria do Estado da DHC; Advogada.

<sup>3</sup> Pós-doutor. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Dom Helder Escola de Direito. Promotor de Justiça.



## **INTRODUÇÃO**

Os questionamentos centrais que tocam a temática são de um lado que a judicialização de políticas públicas afronta a clássica Teoria da Separação de Poderes e de outro que sem o controle do Judiciário as constantes omissões do Legislativo e do Executivo tornariam, muitas vezes, os direitos fundamentais não fruíveis. Foi feito um recorte de modo a analisar especialmente os direitos das mulheres neste cenário de impossibilidade de fruição e a forma como o Judiciário pode proporcionar a este grupo o empoderamento necessário para a efetivação de alguns direitos fundamentais, exclusivos ou não das mulheres.

Para alcançar o objetivo geral proposto, utilizou-se o método teórico-jurídico com raciocínio dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

No primeiro tópico é apresentado o controle jurisdicional de políticas públicas de forma geral bem como é defendida a sua utilização, ainda que limitada à necessidade da medida, dando ênfase a evolução das formas de Estado, as mudanças no constitucionalismo e aos acontecimentos que propiciaram a mudança na atuação do Poder Judiciário, que deixa de ser passivo e submisso à letra da lei. Para tanto, foram analisados os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que possibilitaram o controle, os requisitos e a via adequada para sua promoção.

Posteriormente, foram apresentados os dados que demonstram a desigualdade entre os sexos, principalmente na realidade patriarcal brasileira e o reconhecimento da necessidade de empoderar cada vez mais as mulheres como forma de realização de igualdade material e promoção da maior justiça possível. Para isso fora definido o termo empoderamento e sua expressão no contexto jurídico.

Por fim, antes das considerações finais, foi analisada a atuação do Poder Judiciário frente aos direitos das mulheres. Para tanto, foi analisada a ADPF 54 movida perante o Supremo Tribunal que retrata a capacidade que tem o Poder Judiciário de empoderar mulheres por meio de sua atuação ativa como exigência do novo formato de constitucionalismo.

## **1 DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Desde que Montesquieu publicou, em 1748, sua obra “O espírito das leis” na qual contemplou as bases da Teoria da Separação de Poderes, há uma repetição nos livros e nos discursos político-jurídicos sobre a necessidade de repartição das funções do Estado. Neste

contexto histórico, séculos XVII e XVIII, principalmente a partir das ideias de John Locke, o liberalismo ganha força como modelo gerando o conseqüente enfraquecimento do Estado e a restrição de sua atuação em face da esfera de liberdade individual.

No Poder Judiciário o juiz, neste momento, se encarregava de dizer o que a lei continha sem preocupar-se com atuações positivas do Estado na promoção de direitos, uma vez que a primeira dimensão de direitos fundamentais tinha como características justamente a abstenção de atuação estatal.

No entanto, a partir da consagração dos direitos fundamentais de segunda dimensão o enfoque na atuação judicial, a nível mundial, muda influenciado por vários fatores. Serão citados alguns momentos marcantes nesta mudança para fins de exemplificação.

O primeiro fato a ser citado ocorreu em 1803 quando no famoso caso *Madison versus Marbury* julgado pelo juiz, então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos que havia sido secretário de estado nos anos anteriores, John Marshall, inaugurou-se um norte inicial para a *judicial review*. No entanto, é salutar observar que “o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos não é invenção norte-americana.”<sup>1</sup> (MACIEL, 2006, p. 38)

A Revolução Industrial, entre os séculos XVIII e XIX, também serviu, agora na Europa e especialmente na Inglaterra, como forte influência para o fortalecimento dos direitos sociais. Surge neste período o Direito Trabalho e a conseqüente mudança no modelo estatal, uma vez que os trabalhadores que viviam em condições de indignidade formaram grupos para reivindicar seus direitos, isto é, exigiriam muitas vezes a atuação do Estado na implementação de políticas públicas para melhores condições de vida e de trabalho.

A partir das mudanças presenciadas após a transição do Estado liberal para o Estado social - na qual fora exigida do Estado uma atuação cada vez positiva que consiste basicamente em dar, fazer e prestar como típica da segunda dimensão de direitos fundamentais – o Poder Judiciário passa a atuar também como órgão de controle a fim de garantir que as pessoas fruam

---

<sup>1</sup> O ex-ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, relata que “no Reino de Aragão (Espanha), no século 13, já existia um arremedo de jurisdição constitucional: uma corte, denominada Consistorio, presidida por um *justicia mayor* (veja a coincidência do título), Brasília a. 43 n. 172 out./dez. 2006 39 encarregava-se de controlar as leis do reino (Cf. FAIRÉN GUILLÉN, 1969, p. 134; MACIEL, 2000, p. 258). A Inglaterra, que mantinha relações comerciais intensas com o Reino de Aragão, deve ter levado para lá essas idéias. Tanto é verdade que sir Edward Coke (1552-1634), quando *chief justice* da Court of Common Pleas da Inglaterra, ao julgar o caso de um médico (Thomas Bonham) preso por ordem da entidade classista (Royal College of Physicians), teve o estatuto da corporação como nulo por contrário à lei (*common law*) 2 . Acima do rei e do Parlamento, insistia Coke, estava a lei, cabendo ao juiz declarar a nulidade de qualquer provimento que se lhe mostrasse contraveniente. Os livros de Coke (Institutes), que teriam sido trazidos por alguns peregrinos do Mayflower (1620) para o Novo Mundo, faziam parte da aprendizagem de todo bom advogado. Assim, a teoria da *judicial review* estava, digamos, “no sangue” do norte-americano que lidava com as leis.” (2006, p. 39)

dos direitos já conquistados. O juiz *la bouche de la loi* perdeu força diante da ideia de que a separação de poderes no seu modelo puro não tinha como continuar prosperando.

Neste sentido adverte Zanet Jr. sobre as influências de tais mudanças no constitucionalismo brasileiro:

A Constituição brasileira prevê um modelo de Estado, Constituição e democracia ativista e compartilhado, no qual o Poder Judiciário contemporâneo, dentro das funções atribuídas aos poderes da República, funciona como *judicial review* através de uma justiça de autoridade coordenada (paritária) para a implementação de políticas públicas (escolhas políticas) definidas pelos direitos fundamentais. (2013, p. 35)

Nessa mesma linha seguem as lições de Barroso ao discorrer sobre as duas premissas ideológicas que servirão como base no para a nova interpretação constitucional:

Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis. (2013, p. 198)

No Brasil, a obrigatoriedade de atuação positiva do Estado na promoção de políticas públicas ficou ainda mais clara com a Constituição de 1988, tornando altamente interessante e necessária a discussão acerca do controle jurisdicional sobre tais políticas. Torna-se fundamental definir, portanto, as bases em que foram construídas as diretrizes desse controle, de modelo ativista compartilhado e é o que será feito de forma breve nos tópicos seguintes. Importante esclarecer que no campo das políticas públicas em torno da promoção dos direitos das mulheres o debate não é diferente e suas singularidades serão analisadas nos tópicos 2 e 3.

É necessário destacar que não é pacífica a admissão de controle jurisdicional de políticas públicas, apesar de ser a posição adotada neste artigo. Parte significativa dos juristas entendem que permitir que o Poder Judiciário seja protagonista na promoção de tais políticas é desconsiderar dois pontos do debate: a falta de legitimidade democrática e o questionamento da capacidade institucional do Judiciário.

Conforme Lullia e Pellicciari:

Entendem os críticos que como os magistrados não foram eleitos, não deveriam poder sobrepor sua vontade à dos agentes escolhidos pelo povo. Ademais, salientam que o

Judiciário estaria preparado para decidir casos específicos, e não para avaliar o feito sistêmico de decisões que repercutem sobre políticas públicas gerais, como ocorre na judicialização.

Desse modo, receiam que tal fenômeno venha a conceder amplos poderes aos juízes que, tendo a concepção da Constituição como um pacote de valores, não resolverão o conflito normativo com bases em critérios objetivos, mas na sua própria convicção, o que prejudicaria a imparcialidade e a segurança jurídica.

Ante o exposto, vendo o Poder Judiciário como um órgão desprovido de legitimidade e responsabilidade, os críticos os voltam a caracterizá-lo como o “Terceiro Gigante” de Capeletti, ou como o “Tirano dos Valores” de Carl Schmitt, por entenderem que com a judicialização os valores são manipulados pelo Judiciário. (2016, p. 3)

Ferrajoli, numa crítica profunda ao modelo constitucionalista principialista, denominado por ele também como não positivista, afirma que é um erro a adoção da tese que defende a proximidade do direito e da moral e que confia aos juízes a prática jurídica como centro do sistema. Conforme o autor italiano, tal modelo constitucional aproxima-se de um realismo nocivo e com o que ele define como neopandectismo, pelo qual o direito se torna o que dizem os juízes e os tribunais durante sua atividade interpretativa, restando elevado ao máximo “o papel da práxis, isto é, direito como fato ao invés de o direito como norma.” (FERRAJOLI, 2012, p. 23)

Para o autor o constitucionalismo, agora intitulado garantista e positivista, que merece prosperar, seja como modelo de sistema jurídico, teoria do direito ou filosofia política, é aquele no qual não se admite ligação entre direito e moral tendo como base norteadora o princípio da legalidade uma vez que “leis e as Constituições não incorporam valores”. (FERRAJOLI, 2012, p. 28)

Em meio a toda essa turbulência teórica prática se vive um dilema entre admitir ou não que a última palavra em questão de política pública seja dada pelo Judiciário. No entanto, não é a finalidade deste artigo adentrar tais caminhos, apesar de muito interessantes, mas que demandariam reflexões mais longas. Para o momento, a escolha foi a adoção das seguintes premissas: a) a Constituição brasileira oferta inúmeros direitos ao cidadão e define o Poder Público como principal provedor destes; b) o Poder Público, especialmente o Executivo e o Legislativo, não proporciona grande parte dos direitos pré-fixados; c) a própria Constituição parece, inicialmente, limitar a atuação do Poder Judiciário em relação à políticas públicas ao consagrar a separação de poderes em seu artigo 2º; d) ao mesmo tempo a Constituição impõe a obrigação de dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado; e) para promover tal dignidade o Poder Judiciário se sobrepõe ao demais poderes nas tomadas de decisão por meio do controle jurisdicional de políticas públicas.

Partindo dessas considerações iniciais apresentar-se-ão a seguir os fundamentos, requisitos, via adequada e sanções em relação ao tema tendo como base as lições de Ada Pellegrini Grinover (2013) para que ao final da pesquisa seja respondida as questões iniciais: pode-se judicializar políticas públicas para empoderar mulheres? As políticas públicas implementadas por meio de atuação judicial empoderam as mulheres?

## 1.1 Fundamentos constitucionais e infraconstitucionais

O art. 4º, II, *b*, e V, *b*, da Lei 4.717/65, Lei de Ação Popular, inaugurou, para o Judiciário brasileiro, a possibilidade de apreciação do mérito administrativo (BRASIL, 1965). Já a Constituição brasileira de 1988 além de ampliar as hipóteses de ação popular - art. 5º, LXXIII - também abre caminho para o controle do mérito do ato discricionário, o que conseqüentemente se torna a melhor justificativa constitucional para a defesa da legitimidade do exercício do controle jurisdicional de políticas públicas. (BRASIL, 1988)

Ainda em termos de ampliação a atual Constituição aumentou os casos de controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades.

A partir dessas modificações infraconstitucionais e constitucionais verifica-se claras transformações frutos desse novo tratamento constitucional: expansão da jurisdição constitucional, força normativa da Constituição e nova dogmática de interpretação constitucional. (BARROSO, 2013)

Desse modo, pode-se concluir que ocorre nítida quebra dos dogmas do Estado Liberal com a seguintes conseqüências: mudança na Teoria da Separação dos Poderes uma vez que o Estado é uno, portanto, seu poder é único os “Poderes” não são mais que formas de expressão que devem atuar em plena harmonia conforme o artigo 3º da Constituição (BRASIL, 1988); a atividade legislativa não prepondera sobre as demais; a atividade jurisdicional não é representada apenas por *la bouche de la loi*; não há neutralização do Poder Judiciário. (GRINOVER, 2013)

A Constituição de 1988 é na verdade o marco jurídico no qual se assenta o controle jurisdicional de políticas públicas e esse novo direito constitucional. No entanto, há que se considerar outros marcos importantes neste contexto como a reconstitucionalização pós 1988, representando o marco histórico, bem como o pós-positivismo como principal marco filosófico. (BARROSO, 2013)

## 1.2 Requisitos

Não há consenso na doutrina e muito menos na jurisprudência acerca dos requisitos necessários para que se promova o controle jurisdicional de políticas pública. Adota-se aqui a posição de necessidade de observância de pelo menos três fatores para que a possibilidade de demandar ao Judiciário se efetive em direito à política pública pretendida: a) enquadramento do direito dentro da esfera do mínimo existencial; razoabilidade da pretensão; observância da reserva do possível. (GRINOVER, 2012)

Conforme Watanabe (2013) o mínimo existencial varia histórica e geograficamente e está em constante mudança, possuindo, portanto, um caráter evolutivo que será norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Dizer que se busca o mínimo existencial é o mesmo que afirmar que existem direitos, quanto ao conteúdo, mínimos para que o ser humano viva com dignidade. Ao certo, a igualdade material tutelada em diversas ações que envolvem políticas públicas e mulheres constitui objeto essencial protegido a partir do mínimo existencial. Tal ponto será mais bem construído a partir da análise da ADPF 54 ao final da pesquisa.

O segundo requisito necessário à judicialização de políticas públicas consiste na existência de razoabilidade da pretensão que consiste “na busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.” Conclui-se daí, com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. (GRINOVER, 2013, p. 137)

A observância da reserva do possível figura como terceiro requisito para a concretização do objeto proposto, judicializar políticas públicas como forma de empoderamento feminino. O requisito em tela significa a análise da capacidade financeira do Estado e/ou limitações fáticas<sup>2</sup> para tornar efetiva a prestação positiva reclamada.

## 1.3 Via adequada

---

<sup>2</sup> A origem do termo e aplicação do requisito da reserva do possível partiu de um julgamento realizado na Corte Constitucional Alemã a qual julgou um caso em que uma estudante exigia acesso ao ensino superior. Na ocasião o Estado alegou que só tinha universidades públicas e que estas tinham limites de alunos por classe para garantir o ensino de qualidade. (JACOB, 2013, p. 250)

Judicializar políticas públicas não cumpridas ou formuladas de forma inapropriada pelo poder público é tema de grande controvérsia, mas admitida a hipótese de judicialização, qual é a via processual adequada para provocar o Judiciário em relação ao controle jurisdicional supracitado, especialmente na promoção de direitos das mulheres?

Conforme Ada Pellegrini todas as espécies de ações são idôneas a provocar o controle jurisdicional de políticas públicas. Assim, pode-se provocar o Judiciário para que exerça o controle tanto em sede de jurisdição constitucional – como no mandado de injunção individual ou coletivo, na arguição de descumprimento de preceito fundamental e na ação de inconstitucionalidade por omissão – quanto em sede de jurisdição ordinária – a título de exemplo podem ser citadas a ação coletiva, a ação individual com efeitos coletivos e a ação individual. (2013)

Ainda adverte a processualista ítalo-brasileira que o cuidado deve ser maior na promoção das demandas individuais sob pena de onerar o coletivo em prol de um indivíduo. (GRINOVER, 2013)

Apresentado o panorama geral acerca do controle jurisdicional de políticas públicas e, antes da análise do agir do Poder Judiciário no contexto dos direitos das mulheres, é preciso apresentar a desigualdade jurídica e fática no tratamento de homens e mulheres que justifica a defesa do controle supracitado e é o que se busca realizar no próximo item.

## **2 DESIGUALDADE ENTRE OS SEXOS**

O ordenamento jurídico brasileiro é capaz de apresentar uma vasta rede de proteção em torno dos direitos das mulheres. Na legislação infraconstitucional podem ser vislumbradas proteções que caminham desde a proibição da exigência de atestados de gravidez e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho (Lei 9.029, de 1995), a reserva de vagas nos partidos (Lei 9.504, de 1997), a proibição de realização de revistas íntimas em empregadas e funcionárias (Lei 9.799, de 1999), até mesmo a exclusão do Código Penal do conceito de mulher honesta e da possibilidade de extinção da penalidade do agressor sexual em caso de superveniente matrimônio com a vítima (Lei 11.106 de 2005) bem como a criação de mecanismos de coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei 11.340 de 2006) e a inclusão do feminicídio no Código Penal como qualificadora do crime de homicídio pela Lei 13.104 de 2015.

A Constituição de 1988 também acolheu algumas reivindicações do movimento feminista e consagrou direitos como igualdade geral entre homens e mulheres (artigo 5º, I), a

igualdade no âmbito da família (artigo 226, §5º), a proibição da discriminação no mercado de trabalho (artigo 7º, XXX), a proteção especial da mulher do mercado de trabalho (artigo 7º, XX) e o dever do Estado de coibir a violência doméstica no âmbito das relações familiares (artigo 226, parágrafo 8º) (BARSTED, 2011, p. 61).

A jurisprudência seguindo a mesma linha, apesar de ter se manifestado de forma mais tardia, se mostrou coerente com os avanços legais supracitados, principalmente, em virtude do julgamento pelo STF da ADPF 54 em que avançaram os debates jurídicos acerca da autonomia da mulher e em relação aos direitos reprodutivos.

O avanço normativo, no entanto, ainda coexiste com uma sociedade profundamente marcada pela opressão, pela desigualdade e pelas violências de gênero.

Segundo estudo realizado e publicado em 2018 pelo Fórum Econômico Mundial intitulado Global Gender Gap Report no tocante ao índice que estabelece razões entre os sexos quanto à participação, oportunidades econômicas, educação, saúde e empoderamento político, o Brasil que ocupava o 62º lugar em 2012, ocupa agora a 95º lugar na contagem de todos os quesitos numa lista de 149 países. Para fins de comparação, o Brasil apesar dos avanços supracitados mostra visível retrocesso na questão de proteção em relação ao gênero vivenciada, pois situa-se atrás de países como Honduras, Colômbia, Equador, Venezuela, Indonésia, Tanzânia entre outros latino americanos, asiáticos e africanos. Se for considerado somente o ranking dos países latino-americanos e caribenhos o Brasil só fica acima do Paraguai, Guatelama e Belize. (WORLD ECONOMIC FORUM, 2018)

Tendo em vista tais números, os quais demonstram uma falta de comprometimento social e governamental com a questão de gênero, as mulheres brasileiras tornam-se vítimas frequentes da violência e apesar de constituírem a maior parte da população brasileira (IBGE, 2015, p. 46) possuem, de forma contraditória, o menor espaço nos mais diversos setores da vida social, em regra. Como exemplo pode ser citado o Poder Judiciário no qual sua mais alta cúpula, Supremo Tribunal Federal, só possui duas mulheres como ministras. Deve ser ressaltado o fato de que até o ano 2.000 o STF nunca tinha tido uma ministra mulher em toda sua história. (BARSTED et al., 2011, p. 75 e 76).

Simone de Beauvoir, em sua narrativa sobre a história do feminismo mundial, já alertava para realidades culturais como a brasileira ao afirmar que “países latinos, como países orientais, oprimem a mulher pelo rigor dos costumes mais que pelo rigor das leis.” (2016, p. 183)

Abre-se, por conseguinte, um rico campo à pesquisa sobre a necessidade de empoderamento das mulheres como forma de minimizar o desnivelamento existente na sociedade.



## 2.2 Empoderamento das mulheres

O debate em torno do termo empoderamento atingiu nos últimos anos contornos jamais vistos. A palavra circula desde o ambiente acadêmico-científico até mesas de bares e jornais sensacionalistas. É inegável, neste sentido, que a expressão ocupa as mais diversas áreas do saber – negócios, saúde, relações sociais, segurança pública e, principalmente, o direito.

A utilização massiva do termo, sem grandes preocupações na maior parte das vezes em defini-lo para melhor compreensão do sentido que adquire, é preocupante pois admite ambiguidades que devem ser evitadas. Tudo bem que não se esclareça o significado nas mesas de bares, no entanto tornar claro o sentido que se dá a um termo deve ser preocupação constante nos campos que se preocupam em produzir conhecimento científico.

É a partir desta crítica e de forma a deixar mais claro o problema central do artigo que se objetiva definir, de forma transparente mas não taxativa, a expressão empoderamento e seu alcance.

A expressão empoderamento é derivada da união de duas palavras de língua inglesa, o substantivo *power*, que significa poder ou habilidade para fazer algo, e o verbo *empower*, que pode ser traduzido como capacitar no sentido de permitir alcançar algo. No Brasil trata-se de um típico neologismo, pois fora criado termo antes não existente, que pode ser definido como o “*roll* de ações e estratégias de luta de todos os movimentos por emancipação e libertação sociopolítica.” (BHERT, 2018, p. 103).

O empoderamento também é compreendido “enquanto prática que parte do processo de autoconscientização e culmina em transformação” (BERTH, 2018).

Nesta linha de entendimento a Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável propõe como objetivo número 5 para os Estados uma política de ação em prol da igualdade de gênero. O documento foi elaborado a partir da reunião dos 193 Estados- membros em Assembleia Geral da ONU que fora realizada em 2015 na cidade de Nova York. (ONU, 2015). O escrito contempla um plano de ação global com dezessete objetivos e cento e sessenta nove metas voltadas ao desenvolvimento sustentável, principalmente no que tange ao maior desafio encontrado conforme os representados dos Estados: a erradicação da pobreza.

O documento define nove metas que devem servir como guia para todos os países que adotaram o acordo e que a partir deste devem estabelecer, conforme suas características próprias, formas para o desenvolvimento sustentável numa rede de cooperação global em prol da ODS igualdade de gênero. Constituem metas:

- 5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte
- 5.2 Eliminar todas as formas de violência contra as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos
- 5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas
- 5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais
- 5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública
- 5.6 Assegurar o acesso universal à saúde sexual reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultados de suas conferências de revisão
  - 5.a Empreender reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, heranças e recursos naturais, de acordo com as leis nacionais
  - 5.b Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres.
  - 5.c Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis (ONU, 2015) (grifos nossos)

Tanto o ponto 5.b quanto o 5.c ressaltam o comprometimento da ONU, bem como deve ser de toda a sociedade, com as tentativas de implementação em todos os níveis de políticas públicas em prol do empoderamento feminino e o Judiciário não pode se eximir de tal obrigação como será visto no próximo tópico.

### **3 ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO FRENTE AOS DIREITOS DAS MULHERES**

A Constituição brasileira trouxe em seu bojo inúmeros direitos das mulheres o que sob o aspecto formal torna-se importante. No entanto, a concretização de muitos dos direitos previamente fixados exigem dos Poderes Executivo e Legislativo atuações positivas, de forma a deixar de lado a política abstencionista estatal que já fora aplicada no Brasil, conforme já foi exposto nesta pesquisa.

Como se verifica, a partir dos dados apresentados no tópico anterior, resta clara a desigualdade sistêmica, nos mais diversos setores da vida, entre homens e mulheres na realidade brasileira. Reconhecer a desigualdade é o ponto de partida para que se possa afirmar como conclusão que é possível e até mesmo necessária a judicialização de algumas políticas públicas como forma de empoderamento feminino de modo a mitigar as consequências nocivas do sistema patriarcal.

A fim de direcionar melhor trabalho, tendo em vista o recorte proposto, e partindo da admissão do empoderamento por meio do judicialização de políticas públicas, será analisada uma decisão do STF que envolve mulheres no contexto de busca por seus direitos.

Outros julgados importantes nesse novo contexto de judicialização das políticas públicas, agora gerais, no Supremo Tribunal Federal são: a ADC 12 acerca do nepotismo, a ADI 3510 que versa sobre pesquisas em células-tronco embrionárias, as ADI 4277 e ADPF 32 reconhecendo juridicamente as uniões homoafetivas bem como o a ADI 1946/DF que envolveu questões relativas à licença-maternidade para que não fosse onerado o empresário de modo a desestimular a contratação de funcionárias do sexo feminino em idade fértil.

### **3.1 ADPF 54**

Analisar-se-á a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) movida perante o STF sob o n. 54 na qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Brasil (CTNS) pela qual a proponente requereu que fosse julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

A ação, proposta em 17 de junho de 2004, demorou 8 anos para ser julgada, teve parecer desfavorável do Procurador-Geral da República, e é considerada por muitos juristas bem como pelo movimento feminista um precedente importante na luta pelas questões que envolvem direitos das mulheres, principalmente no tocante aos direitos reprodutivos.

Em 01 de julho de 2004 o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, concedeu liminar no sentido de reconhecer o “direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de partos de fetos anencefálicos, a partir do laudo médico atestando a deformidade, anomalia que atingiu o feto.” (BRASIL, 2004). No entanto, no mesmo ano o STF por 7 votos a 4 revogou a parte da liminar que concedia o direito em tela.

No julgamento da ADPF em análise, dividido em duas sessões nos dias 11 e 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto do relator, decidiu por 8 a 2 que a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta atípica, portanto, não constitui crime de aborto, atendendo ao pedido inicial da CTNS.

Cabe observar que não foi discutido o início da vida, pois o tribunal decidiu que na verdade o que estava sendo autorizado, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, era a antecipação do parto de um feto que não teria uma vida viável por ser anencefálico. Assim,

a “morte do feto nesses casos decorre de má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais da gestação.” (BARROSO, 2013, p. 337)

Conforme Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF, mas que, à época, 2004, atuava como advogado na ação em comento, as decisões divergentes do Poder Judiciário quanto à interrupção da gravidez de feto anencefálico geravam um cenário conturbado por incertezas e inseguranças jurídicas para as mulheres e suas famílias.

De fato, as gestantes que desejavam abreviar seu sofrimento físico e psíquico tinham que requerer autorização judicial para antecipação do parto, sujeitando-se a deferimento ou não do pedido. Havia decisões desencontradas sobre o tema e as requerentes ficavam muitas vezes à mercê da convicção religiosa de promotores e juízes. Em muitos casos, a decisão vinha tarde demais, quando o parto já havia se consumado. (BARROSO, 2013, p. 331)

Os casos de discordância e demora dentro do próprio Judiciário foram abordados frequentemente na mídia nacional e levaram a sociedade a um intenso debate popular.<sup>3</sup> Movimentos dos mais diversos formatos se pronunciaram sobre a ADPF 54 – religiosos (católicos, espíritas, evangélicos etc), médicos, voltados à defesa das mulheres etc – levantaram suas vozes pró e contra o pedido formulado na ação. A discussão já não era tão somente jurídica, mas sim uma questão social, mais precisamente uma questão de política pública.

Acertou o tribunal guardião da Constituição em decidir pela procedência da ação uma vez que, na seara penal, prevalecem os princípios da legalidade e da reserva legal pelos quais se o fato não for se encaixar perfeitamente na hipótese proibitiva da lei não há que ser a conduta considerada crime. Ora, a ação de antecipar o parto de feto com vida inviável por questões terapêuticas<sup>4</sup> não se encaixa dentro das condutas tipificadas por nosso ordenamento jurídico-penal, portanto, não se pode falar em crime.

No entanto, para se chegar a tal conclusão não há como negar a influência de questões externas ao Direito Penal como pano de fundo, típicas do pós-positivismo que aproxima Direito e Moral, como políticas reprodutivas, autonomia e direitos das mulheres, que envolvem desde saúde física até bem-estar psíquico.

Quando se aborda temáticas como empoderamento fala-se também em dar voz a estas mulheres grávidas de fetos anencefálicos para decidirem conforme suas convicções. O STF,

---

<sup>3</sup> Merece destaque o caso da gestante de feto anencefálico Gabriela de Oliveira Cordeiro que teve seu caso levado ao STF (HC n. 84.025-6/RJ), mas que pela demora nas instâncias anteriores e no próprio STF não obteve uma resposta digna pois o parto ocorreu e o feto morreu rapidamente, ficando, portanto, o feito prejudicado.

<sup>4</sup> “A gestação de um feto anencefálico é de maior risco para a mulher, em especial no que diz respeito a hipertensão, acúmulo de líquido amniótico, pré-eclâmpsia. Além disso, impor à mulher levar a gestação a termo pode ser gravoso à sua saúde mental.” (BARROSO, 2013, p. 358)

por meio da ADPF 54, deu a chance destas mulheres terem voz ativa e exercerem a autodeterminação, como forma da efetivação dos direitos reprodutivos ou da liberdade reprodutiva, no momento em que optam pela antecipação do parto. Ao poder decidir sobre seu corpo cada mulher exerce seu direito tendo em vista que “Uma mulher não pode ser tratada com um útero a serviço da sociedade.” (BARROSO, 2013, p. 364)

Soraia da Rosa Mendes vai além dos casos de fetos anencefálicos e afirma ser o direito à autodeterminação, “especificamente quanto ao direito de decidir sobre ser ou não mãe”, um direito fundamental e exclusivo das mulheres, por tratar-se de liberdade negativa. (2017, p. 195)

Merece aplausos também o STF por mesmo depois de tanta pressão social, de ambos os lados, mas com um peso maior nas questões religiosas pela religiosidade da sociedade brasileira, decidir da forma a aplicar uma política pública em prol das mulheres. Neste sentido imperioso destacar parte essencial do voto do Ministro Marco Aurélio:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (2012, p. 3)

Apesar do aborto não ser o tema analisado nesta pesquisa e nem neste tópico é fundamental ressaltar que quanto ao tema o STF já tem tido decisões vanguardistas que seguem de encontro ao direito à autodeterminação bem como empoderamento feminino almejados. No HC 124.036/RJ, analisado na 1ª Turma da Corte em novembro de 2016, os ministros seguiram o voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, o mesmo que atuou como advogado na ADPF 54, no sentido de afastar a prisão preventiva de dois réus denunciados por crime de aborto com o consentimento da gestante, conforme o artigo 126 do Código Penal. (BRASIL, 1940). Na ocasião foram levantados dois motivos para a decisão: a) inexistência de razões autorizadoras da preventiva; b) a criminalização do aborto viola os direitos fundamentais das mulheres, principalmente em relação a autonomia, direitos reprodutivos, direitos sexuais, além de violar o princípio da proporcionalidade em uma ampla gama de sentidos<sup>5</sup>. (BRASIL, 2016)

---

<sup>5</sup> Conforme o Ministro Luís Roberto Barroso, no caso em tela: “A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições

Na linha evolutiva já fixada anteriormente e como forma de demonstrar os efeitos práticos no âmbito jurídico da adoção de um modelo de judicialização de políticas públicas com atuação ativa do Poder Judiciário, tem-se a ADPF 442, de relatoria da Ministra Rosa Weber, na qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pede que sejam declarados inconstitucionais os artigos 124 e 126 do Código Penal que criminalizam o aborto provocado pela própria gestante ou consentido nos casos de gravidez de até 12 semanas. (BRASIL, 1940). A ação foi proposta numa data simbólica, 08 de março de 2017, Dia Internacional das Mulheres, como forma de manifestação em prol da proteção mais ampla possível às mulheres com a consequente efetivação de seus direitos. (BRASIL, 2017)

Não resta dúvida que a Constituição brasileira estendeu às mulheres todas as proteções relativas aos homens, mas pode-se afirmar que além destas existem àquelas que são exclusivas da parcela feminina da sociedade como forma de concretizar a igualdade material tendo em vista o contexto de desigualdade fática vivenciada no cotidiano.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A dignidade humana deve ser o centro de todo o sistema constitucional e a partir dela pensadas e efetivadas quaisquer tipos de políticas públicas. A partir desta constatação é exigível do Estado, em todas as esferas, inclusive no Poder Judiciário, uma atuação positiva como forma de implementar políticas públicas em prol da efetivação da dignidade das mulheres em todas as searas como forma de diminuir a desigualdade fática e jurídica demonstrada na pesquisa.

Apesar de todos os conflitos ideológicos, jurídicos, políticos e até mesmo religiosos que envolvem a temática acerca dos direitos reprodutivos, da igualdade de cargos e salários, da licença-maternidade entre outras, o certo é que depreende-se, diretamente do texto constitucional a previsão dos direitos das mulheres e, algumas vezes, para que estes sejam usufruídos pelo público alvo torna-se necessária uma intervenção ativa do Poder Judiciário, numa típica hipótese de controle judicial de políticas públicas.

A análise da ação movida no STF supracitada no decorrer da pesquisa, ADPF 54, serve para demonstrar como o empoderamento feminino é capaz de alterar situações e conferir autodeterminação às mulheres em determinados contextos. Empoderar, nesse sentido, é tirar a

---

adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.” (BRASIL, 2016, p. 2)

mulher da condição de submissa à vontade externa para exercer sua própria vontade. Empoderar, hoje no Brasil, é uma das necessidades femininas.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARSTED, L. L.; PITANGUY, J. **O progresso das mulheres no Brasil: 2003 -2010**. Rio de Janeiro: Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (Cepia). Brasília: Entidades das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres), 2011.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fases e mitos. Trad. Sérgio Milliet. V. 1. 2. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BERTH, Joice. **O que é empoderamento?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. **Lei 4.717 de 29 de junho de 1965**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Relator: Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. Brasília, jul. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, Relator: Marco Aurélio Mendes de Faria Mello. Brasília, jul. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.442, Relatora: Rosa Weber. Brasília, mar. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em 21 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus* n. 124.036/, Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, nov. 2016. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>. Acesso em 21 nov. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucioalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-58.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba.. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-284.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Brasília, 2006. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 nov. 2019.

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

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Nova York, 2015. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2019.

U.S. CONGRESS. **U.S. Reports Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 cranch) 137 (1803)**. Disponível em: <https://www.loc.gov/item/usrep005137/>. Acesso em 25 nov. 2019.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional de políticas públicas – Mínimo Existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213-224.)

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report**. Genebra, 2018. Disponível em: <[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf)>. Acesso em: 25 nov. 2019.

ZANETI JR., Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 33-72.



