

Luísa Lacerda* (Brasil)

Nina Pencak** (Brasil)

O constitucionalismo feminista e a sua influência no Supremo Tribunal Federal do Brasil

RESUMO

O presente artigo possui como principal objetivo analisar como o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem atuado, segundo a lógica do constitucionalismo feminista, para conferir um maior grau de efetividade aos direitos das mulheres. Para isso, serão apresentados o conceito de constitucionalismo feminista e o arcabouço normativo brasileiro sobre o tema. Ademais, para exemplificar como essas premissas teóricas são aplicadas pela Suprema Corte Brasileira, examinaremos decisões específicas e emblemáticas em diferentes áreas do direito, proferidas pelo Plenário do Tribunal. Abordaremos, ainda, no decorrer do artigo, o estado de coisas atual no que se refere à implementação dos direitos das mulheres pelos Três Poderes da República, destacando eventuais avanços e retrocessos. Finalizamos com as nossas conclusões acerca das questões abordadas.

Palavras-chave: constitucionalismo feminista; igualdade; Supremo Tribunal Federal.

Feminist constitutionalism and its influence on the Supreme Court of Brazil

ABSTRACT

The main objective of this article is to analyze how the Federal Supreme Court of Brazil has acted, according to the logic of feminist constitutionalism, to increase the

* Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assessora de Ministro no Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ex-assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). luisa-lacerda@hotmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1928-6750>.

** Doutoranda e Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. Ex-assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF). nina.pencak@gmail.com / código orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8210-3027>.

effectiveness of women's rights. To this end, the concept of feminist constitutionalism and the Brazilian normative framework on the subject are introduced. Furthermore, to exemplify how these theoretical premises are applied by the Brazilian Supreme Court, we will examine specific and emblematic decisions in different areas of law, issued by the Plenary of the Court. We will also discuss, throughout the article, the current state of affairs with regard to the implementation of women's rights by the Three Powers of the Republic, highlighting potential advances and setbacks. Lastly, we will present some conclusions about the issues addressed.

Keywords: feminist constitutionalism; equality; Supreme Court.

Der Einfluss des feministischen Konstitutionalismus auf das Oberste Bundesgericht Brasiliens

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel befasst sich schwerpunktmäßig mit der Frage, inwieweit das Oberste Bundesgericht Brasiliens der Logik des feministischen Konstitutionalismus folgt, um die Wirksamkeit der Rechte von Frauen zu steigern. Dazu werden zunächst das Konzept des feministischen Konstitutionalismus und die diesbezüglichen Bestimmungen des brasilianischen Rechts dargelegt. Um die Anwendung der theoretischen Prämissen durch das Oberste Gericht Brasiliens beispielhaft zu verdeutlichen, werden anschließend einzelne emblematische Entscheidungen des Gerichtsplenums auf unterschiedlichen Rechtsgebieten vorgestellt. Weiterhin unternimmt unser Beitrag eine Bestandsaufnahme der Umsetzung von Frauenrechten durch die drei Staatsgewalten, wobei eventuelle beobachtete Fort- oder Rückschritte hervorgehoben werden. Unsere Schlussfolgerungen bezüglich der aufgeworfenen Fragen runden den Beitrag ab.

Schlagwörter: Feministischer Konstitutionalismus; Gleichheit; Oberstes Bundesgericht.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em seu art. 5º, I, determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, estabelecendo um marco pela igualdade de gênero.

Em um primeiro momento celebrou-se a garantia instituída como se as questões em torno das lutas pelos direitos das mulheres tivessem sido definitivamente atendidas e solucionadas. Seguindo a tendência de outros países no pós-Guerra Fria, o movimento feminista brasileiro arrefeceu, ao menos na primeira década após 1988, tendo despertado recentemente, após concluir que a previsão constitucional, apesar de indubitavelmente relevante, não foi suficiente para colocar fim à hipossuficiência política, jurídica, social e econômica em que as mulheres ainda se encontram.

De fato, o dispositivo que equiparou os gêneros não levou em consideração que a lei poderia, ainda assim, perpetuar padrões enviesados, preconceituosos e prejudiciais às mulheres. Portanto, a paridade só seria possível via tutela legal especial ou diferenciada como forma de efetivamente concretizar o princípio da isonomia, sobretudo quando se está diante de um tratamento jurídico que desconsidera as peculiaridades inerentes ao gênero feminino, em especial aquela atinente à gestação e à amamentação.^{1, 2} Desse modo, a fim de compatibilizar o mandamento constitucional de igualdade e seus desdobramentos legais às necessidades de gênero, o Estado, sobretudo por meio das cortes constitucionais, passa a ser chamado para implementá-los e interpretá-los com base em uma hermenêutica feminina, ou melhor, feminista, o que ficou reconhecido como constitucionalismo feminista. E é justamente esse fenômeno que será abordado no presente artigo, com enfoque no papel desenvolvido pela corte constitucional brasileira. Assim, a principal pergunta a ser respondida será: como o Supremo Tribunal Federal do Brasil tem atuado, segundo a lógica do constitucionalismo feminista, para conferir um maior grau de efetividade aos direitos das mulheres?

Para isso, o trabalho está dividido em três partes.

Na primeira delas será abordado o que é o constitucionalismo feminista e como os princípios e regras constantes da Constituição de 1988, bem como os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, criam um arcabouço normativo favorável à proteção jurídica das mulheres.

Na segunda, apresentaremos os avanços e desafios na concretização da teoria do constitucionalismo feminista pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, para exemplificar como essas premissas teóricas são aplicadas pela suprema corte brasileira, examinaremos decisões específicas e emblemáticas em diferentes áreas do direito, quais sejam: previdenciária, tributária, administrativa, eleitoral e penal, todas do Plenário do Tribunal, que refletem com maior precisão o entendimento da Corte como um todo, quando em comparação com os julgados proferidos pelas Turmas. Ademais, buscamos os casos mais relevantes, a nosso ver, das diversas áreas do direito para exemplificar como o constitucionalismo avança no STF em diversas temáticas e não apenas em um campo específico. Ressaltamos que o método da análise das decisões não é o quantitativo. Nosso objetivo é ilustrar, a partir dos

¹ Sobre o tema ver: Cristina Telles, “Direito à igualdade de gênero: uma proposta de densificação do art. 5º, I, da Constituição de 1988”, *Revista da EMERJ*, n.º 3 (2019): 169-204.

² A gestação e a amamentação são um dos únicos - senão os únicos - fatores biológicos que impõem uma diferença real entre homens e mulheres. Muitas das distinções históricas de gênero dela advêm, gerando responsabilidades e ônus apenas ao gênero feminino. Exemplo disso é o papel de cuidadora historicamente atribuído à mulher, que restringiu sua participação à esfera doméstica e privada, submissa ao homem, e implicou a sua não inserção na vida pública e política, que se tornou majoritariamente masculina. A situação de dependência da mulher garantiu a liberdade do homem no espaço público, processo que passou a ser visto como natural, e ocasionou a desvalorização das atividades e funções consideradas femininas, acarretando desdobramentos graves como a vulnerabilidade social, econômica e intelectual.

julgados selecionados, como a Corte se utiliza do arcabouço teórico do constitucionalismo feminista para a promoção da igualdade de gênero. Salientamos, ainda, que a ausência de uma análise quantitativa não prejudica as conclusões do presente trabalho, tendo em vista que as pesquisas já realizadas indicam que, quando chamado a se manifestar sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decide, via de regra,³ em consonância com as premissas do constitucionalismo feminista, contribuindo para a sua concretização.⁴

Nesse ponto, abordaremos, ainda, a necessidade de que o constitucionalismo feminista seja um guia também para as decisões tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, apontando o atual estado de coisas no que se refere à implementação dos direitos das mulheres por esses poderes, com destaque para eventuais avanços e retrocessos.

Por fim, traremos as conclusões acerca dos temas abordados.

Explicitadas as bases metodológicas do presente artigo, passaremos à análise dos tópicos citados. Então, confira-se.

1. O que é o constitucionalismo feminista

A professora doutora Christine Peter define, sinteticamente, o constitucionalismo feminista da seguinte forma:

A expressão constitucionalismo feminista tem sido usada, tanto no Brasil quanto em outros países, por autoras que defendem a perspectiva de gênero como um método integral que indica e dá destaque para aspectos que o Direito Constitucional Contemporâneo sombreia ou até mesmo exclui e marginaliza. Trata-se, portanto, de uma postura hermenêutica do constitucionalismo

³ Dentre as decisões criticadas por parcela da sociedade estão aquelas proferidas na ADI 5.581, sobre a possibilidade de aborto por mulheres com zika vírus, e na ADI 6.039, que permitiu o exame de crianças e adolescentes do sexo feminino, vítimas de estupro, por médicos legistas do sexo masculino, na ausência de legista mulher. No entanto, cumpre enfatizar que a ADI 5.581 foi julgada extinta, por questões processuais relacionadas à ilegitimidade ativa da parte e à perda superveniente do objeto. Em relação à ADI 6.039, o STF determinou que (i) os exames devem ser realizados obrigatoriamente por legista mulher; (ii) apenas quando essa obrigação puder acarretar o retardamento ou prejuízo da diligência, o exame poderá ser realizado por legista homem, de modo a assegurar a proteção e assistência da vítima. Portanto, ainda que criticáveis em alguns pontos, essas decisões não contrariam as premissas teóricas do constitucionalismo feminista e não comprometem as análises do presente trabalho.

⁴ Para um estudo quantitativo, que explicita como o STF contribui para a concretização do constitucionalismo feminista, confira: Estefânia Maria de Queiroz Barboza e André Demetrio, “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”, *Revista Direito GV* 15, n.º 34 (2019): e1930. [10.1590/2317-6172201930](https://doi.org/10.1590/2317-6172201930).

inclusivo, ou seja, de um modo de lidar com os problemas jurídico-constitucionais típicos a partir de uma visão plural, aberta e tolerante.⁵

Segundo a autora, a perspectiva de gênero seria não só uma forma de ver o mundo, mas um método de interpretação do direito que é capaz de considerar a sua própria perspectiva e perspectivas de grupos marginalizados. O olhar feminista do direito seria, portanto, mais inclusivo e abrangente, capaz de resolver litígios e interpretar leis de modo a proporcionar soluções jurídicas que considerem as diferenças quando da interpretação da igualdade.

Em relação ao tema, as teorias de justiça dos contratualistas, como Hobbes e Rousseau, e dos neocontratualistas, como Rawls e Dworkin, nas quais se baseia grande parte da doutrina constitucionalista moderna, também são tidas como ineficazes para tutelar de forma adequada a diferença entre os gêneros. Isso porque elas partem de ideais de justiça que se fundamentam apenas em premissas relacionadas às esferas privadas e públicas a partir de uma visão centrada nas experiências individuais dos autores e seus semelhantes, de que se excluem as mulheres. A ideia abstrata de igualdade formal, portanto, não seria suficiente para resolver os problemas que atingem apenas as mulheres, seja naquilo que é considerado como privado – por exemplo, a maternidade, as questões atinentes a direitos reprodutivos e a proteção contra violência e abusos ocorridos no âmbito doméstico –, seja na sua recente inserção na vida pública, com a sua entrada no mercado de trabalho, ascensão a funções públicas e participação política ativa.⁶

Nessa linha, a cientista política e filósofa, professora da Universidade de Yale, Seyla Benhabib, entende que há duas concepções de relações interpessoais que delineiam a perspectiva moral e as estruturas de interação entre indivíduos: a generalizada e a concreta.

A generalizada requer que vejamos cada indivíduo como um ser racional com os mesmos direitos e deveres que iríamos querer para nós mesmos, abstraindo a individualidade e a identidade concreta do outro. Assume-se que o outro, assim como nós, é um ser que possui necessidades concretas, desejos e afetos, mas aquilo que constitui a sua dignidade moral não é o que nos diferencia, mas o que temos em comum. A relação com o outro, portanto, é governada por normas de igualdade e reciprocidade.

⁵ Christine Peter, “Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal”, *Coluna Observatório Constitucional da Revista Consultor Jurídico*, n.º 29 (dezembro 2018).

⁶ Sobre a crítica de jus filósofas feministas às teorias neocontratualistas, veja: Kimberly A. Yuracko, “Toward feminist perfectionism: a radical critique of rawlsian liberalism”, *UCLA Women’s Law Journal*, n.º 6 (1995): 1-48; Augusta Antônia Gomes, “Uma teoria da justiça de John Rawls: Crítica e defesa feminista” (Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017), 100. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182728>; Susan Okin, *Feminism and Politics* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 116-141.

Já a interação concreta com o outro requer que vejamos cada um como um ser racional e individual com uma história concreta, identidade e constituição afetiva-emocional. Nossa relação com o outro é guiada por normas de equidade e reciprocidade: cada um espera e assume dos outros os modos de comportamento pelos quais os outros se reconhecem e confirmam como concretos indivíduos com necessidades, talentos e capacidade específicas, de modo que as diferenças entre eles se complementam, não se excluem.⁷

Com isso em mente, é possível se afirmar, portanto, que o constitucionalismo feminista propõe uma interpretação do direito à luz da visão concreta do outro, considerando, principalmente, a perspectiva de gênero, mas a ela não se limitando.

No âmbito normativo brasileiro, a Constituição de 1988, além da igualdade de gênero prevista no art. 5º, I, possui outros dispositivos que impõem um tratamento isonômico às mulheres. A Carta garantiu a licença-maternidade de cento e vinte dias à gestante, sem prejuízo do salário, (art. 7º, inciso XVIII), com proteção do emprego até cinco meses após o parto (art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias); incentivos compensatórios para estimular a inclusão da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, inciso XX); proibição de diferença de salários e de critério de admissão por motivo de gênero ou estado civil (art. 7º, XXX) e elevou a proteção à maternidade ao status de direito social (art. 6º).

Há, ainda, um arcabouço legal infraconstitucional em desenvolvimento, a fim de conferir maior proteção à mulher em diferentes áreas, tais como no âmbito previdenciário, com condições diferenciadas para acesso à aposentadoria devido à dupla jornada de trabalho; em matéria trabalhista, com a previsão, por exemplo, da obrigatoriedade de o empregador providenciar creches para os filhos ou filhas das empregadas em determinadas hipóteses; na esfera penal, com o tratamento mais gravoso ao crime de violência doméstica e ao feminicídio; no direito eleitoral, em que a legislação prevê cotas para as candidaturas femininas e utilização do fundo partidário.

Em relação aos direitos humanos em esfera internacional, o Brasil ratificou os seguintes tratados especificamente sobre direitos das mulheres: a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher de 1948; a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher de 1953; a Convenção da Nacionalidade das Mulheres Casadas de 1957; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Discriminações contra a Mulher de 1979; a Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre a erradicação da discriminação da mulher no mercado de trabalho; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994. Infelizmente, ainda não foram ratificadas as Convenções n.º 156 e 190 da OIT, sobre a igualdade de oportunidades entre trabalhadores com encargos familiares e o combate à violência e ao assédio no trabalho.

⁷ Seyla Benhabib, “The Generalized and the Concrete Other: The Kohlberg-Gilligan Controversy and Feminist Theory”, *Praxis International* 5, n.º 4 (1985): 402-424.

Não se ignora que a categoria “gênero” não explica todas as exclusões vivenciadas pelas mulheres. Dentro desse grupo, que pelo fator único do gênero enfrenta obstáculos à igualdade efetiva, temos as mulheres negras, as mulheres afro-religiosas, as mulheres com deficiência, as mulheres homo e transexuais, as mulheres periféricas. Cada uma delas vivencia uma carga própria de discriminação, em razão do acúmulo de fatores de *discrimen*. Trata-se do conceito da interseccionalidade⁸ (ou cruzamento ou sobreposição de opressões).

Por uma limitação de escopo, o foco deste artigo é a atuação do Supremo Tribunal Federal que tende a produzir efeitos sobre todo o gênero feminino, mesmo reconhecendo que a discriminação nunca atinge de maneira igual a todas as mulheres. Assim, passaremos a abordar, considerado o conceito de constitucionalismo feminista aqui exposto e a estrutura de normas nacionais e internacionais que demonstram que a hermenêutica constitucional-feminista já está em andamento no plano normativo, o papel da corte constitucional brasileira na análise do direito vigente sob a perspectiva de gênero.

2. O papel do Supremo Tribunal Federal na implementação do constitucionalismo feminista

No âmbito da jurisdição constitucional, o constitucionalismo feminista adiciona uma perspectiva de gênero às decisões judiciais, visando ao seu objetivo maior: garantir a igualdade material entre homens e mulheres. Portanto, quando o Poder Judiciário, e em especial por meio de supremas cortes ou de cortes constitucionais, decide pela lente do constitucionalismo feminista, atua em defesa dos direitos fundamentais de minorias, exercendo seu papel contramajoritário.⁹

⁸ O conceito de interseccionalidade foi criado por Kimberle Crenshaw no contexto do movimento feminista negro. Ver: Kimberle Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989): 139-167.

⁹ A chamada “dificuldade contramajoritária” decorre do fato de juízes não eleitos poderem invalidar as decisões adotadas pelo Executivo e pelo Legislativo, cujos representantes são escolhidos pelo povo, invocando, muitas vezes, normas constitucionais de caráter aberto, que são objeto de leituras divergentes na sociedade. Esse papel judicial tornou-se quase universalmente aceito, com base em dois fundamentos principais: (a) a defesa de direitos fundamentais, em especial de minorias sub-representadas nas instâncias majoritárias; e (b) a proteção das regras do jogo democrático. Sobre o tema, confira: Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics* (New Haven: Yale University Press, 1964); Luís Roberto Barroso, “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”, *Revista Direito & Práxis*, n.º 4 (2018): 2171-2228. [10.1590/2179-8966/2017/30806](https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806); Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, “Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da ‘última palavra’ e alguns parâmetros de autocontenção judicial”, *Quaestio Iuris*, n.º 2 (2013): 119-161. [10.12957/rqi.2013.9315](https://doi.org/10.12957/rqi.2013.9315).

A concretização dos direitos das mulheres pela via da jurisdição constitucional apresenta algumas vantagens. Em primeiro lugar, a resposta judicial tende a ser mais célere do que a apresentada nas instâncias majoritárias, nas quais há uma maior atuação de forças heterogêneas e contrapostas. Em segundo lugar, as decisões proferidas pelo STF são definitivas e vinculam todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração Pública, nos casos decididos em controle concentrado de constitucionalidade e em súmulas vinculantes. Em terceiro lugar, por possuírem maior visibilidade, as decisões do Supremo funcionam também como ferramentas de conscientização e informação a respeito dos direitos.¹⁰

No entanto, a concretização do constitucionalismo feminista pelo STF apresenta alguns desafios. O primeiro deles é o acesso à Corte, tendo em vista que o controle concentrado é limitado a um rol constitucional exaustivo, que não possibilita a provocação pelo cidadão comum.¹¹ O segundo deles diz respeito à ausência de regras que confirmem maior transparência e controle sobre o que será julgado pelo STF e quando. Tanto o presidente da Corte, pelo seu poder discricionário de pautar ou não determinado processo, como os demais ministros, que escolhem livremente quando liberar determinado caso para inclusão em pauta e efetuam pedidos de vista constantemente devolvidos após o prazo regimental,¹² podem acabar obstaculizando determinado debate. Como exemplo de casos que aguardam uma solução pelo Supremo Tribunal Federal podemos mencionar a ADPF n.º 442, que busca a descriminalização da interrupção da gravidez nos três primeiros meses da gestação, a ADO n.º 20, sobre a regulamentação da licença paternidade,¹³ e o RE n.º 845.779,

¹⁰ Essas vantagens são apontadas por Jane Reis Gonçalves Pereira ao tratar da influência da verticalização da jurisdição constitucional na proteção de direitos fundamentais. Ver: Jane Reis Gonçalves Pereira, “O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.º 29 (2016): 127-157. [10.12957/rfd.2016.23669](https://doi.org/10.12957/rfd.2016.23669).

¹¹ Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988 (D.O.U de 05 de outubro de 1988). Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: // I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹² O art. 134 do Regimento Interno do STF, alterado em julho de 2020, determina que os pedidos de vista deverão ser devolvidos no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata de julgamento. Na redação anterior o prazo era de duas sessões ordinárias, aproximadamente 10 (dez) dias.

¹³ O art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determina ao Legislativo a regulamentação da licença-paternidade, assegurando, até que sobrevenha a norma, o prazo exíguo de 5 (cinco) dias. No entanto, após 32 anos de vigência da Constituição de 1988, a lei ainda não foi editada.

sobre possibilidade de utilização de banheiros públicos por pessoas transexuais com base no gênero em que se reconhecem.¹⁴

Ainda em relação às críticas ou problemas enfrentados pelo Poder Judiciário na concretização dos valores do constitucionalismo feminista, importante destacar a sub-representação das mulheres na magistratura: estudo divulgado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) indica que há apenas 38,8% de magistradas em atividade, porcentagem reduzida para 19,6% quando analisamos os Tribunais Superiores.¹⁵ Essa disparidade de gênero se reflete na composição do Supremo Tribunal Federal: de onze ministros, apenas duas são mulheres. Uma Suprema Corte formada em sua imensa maioria por homens dificulta que as experiências femininas sejam levadas em consideração nos julgamentos, empobrecendo o debate jurídico. Nesse cenário, o Judiciário “tende a reproduzir os comportamentos hegemônicos, perpetuando, pela via hermenêutica, desigualdades estruturais”,^{16, 17} A composição predominantemente masculina também torna as Cortes menos legítimas sob o ponto de vista democrático, já que há um descolamento da pluralidade da sociedade.¹⁸

Ademais, embora as Supremas Cortes exerçam papel relevante ao “empurrar a história”,¹⁹ em especial em momentos em que tais pautas encontram pouca ressonância nas instâncias majoritárias, o Poder Judiciário não é o único responsável pela interpretação e aplicação da Constituição. Para que o constitucionalismo feminista se solidifique é essencial a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração de políticas públicas estruturadas que se voltem para as diversas dimensões da vida em que se manifesta a violência de gênero, como trabalho, família, saúde e renda. É igualmente relevante que a sociedade se identifique e sedimente esses valores. O

¹⁴ STF, RE 845.779, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento suspenso em 19.11.2015 por pedido de vista do Min. Luiz Fux.

¹⁵ “Conselho Nacional de Justiça, “Diagnóstico da participação feminina do Poder Judiciário”. Acesso em 25 de abril de 2021, <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>.

¹⁶ Gonçalves Pereira Reis, “O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais”, 140.

¹⁷ Em março de 2019 o Plenário do STF suspendeu lei do Estado do Rio de Janeiro que exigia que as perícias realizadas em mulheres menores de idade vítimas de abuso sexual deveriam ser feitas exclusivamente por profissionais do gênero feminino. A Corte entendeu que, apesar de mais protetiva, a lei restringia a possibilidade da realização dos procedimentos por escassez de profissionais mulheres para realizá-los e devido à impossibilidade de realização de concursos públicos devido ao seu custo aos cofres do Estado. (STF, ADI 6.039, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento em 13.03.2019).

¹⁸ Sobre o tema, ver: Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira, “Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n.º 2 (2018): 878-910. 10.5102/rbpp.v8i2.5358.

¹⁹ A expressão é utilizada por Luís Roberto Barroso, em estudo acadêmico sobre as funções dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Ver: Barroso, “Contramajoritário, Representativo e Iluminista”, 2213.

arcabouço teórico do constitucionalismo feminista é especialmente importante para pensar e redesenhar os institutos jurídicos, e para orientar a atividade legislativa e a elaboração de políticas públicas, retirando os pontos cegos de uma atividade historicamente dominada por homens.

O movimento feminista obteve algumas conquistas no Executivo e no Legislativo, em especial a partir de 2003. Podemos mencionar a criação da Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM);²⁰ a Lei n.º 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher; a aprovação da Emenda Constitucional n.º 72 de 2013, nomeada de “PEC das domésticas”, que reconheceu aos trabalhadores domésticos – grupo predominantemente feminino – grande parte dos direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição; e a Lei n.º 13.104/2015, que tipificou o crime de feminicídio, ao criar uma qualificadora para o crime de homicídio em razão do gênero.

No entanto, mais recentemente, o desenvolvimento do constitucionalismo feminista nas instâncias majoritárias se encontra ameaçado, em especial em razão do avanço do conservadorismo religioso na política. Por não ser este o objetivo deste artigo, mencionaremos apenas alguns exemplos: alterações nas regras sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS,²¹ criação do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, sob responsabilidade da conservadora Damares Alves, e a extinção do Comitê de Gênero, criado em 2018 no âmbito do Ministério dos Direitos Humanos para prevenir situações de violência contra a mulher, dentro e fora do local de trabalho.

Para exemplificar as premissas teóricas aqui estabelecidas, passaremos à análise de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - selecionadas de acordo com a metodologia já explicitada na introdução –, nas quais o caso concreto foi analisado pelas lentes do constitucionalismo feminista. Trazemos a seguir, então, os seguintes subtópicos: (a) as decisões em face de óbices legais de natureza previdenciária, tributária e em concursos públicos para a inclusão feminina no mercado de trabalho; (b) julgado sobre norma de direito eleitoral que garantiu a reserva de percentual do fundo partidário para as candidatas mulheres; (c) decisão sobre direito

²⁰ A SPM-PR foi criada em 2003, vinculada à Presidência da República, com o objetivo de promover a igualdade de gênero em três linhas principais de ação: (a) políticas do trabalho e da autonomia econômica das mulheres; (b) enfrentamento à violência contra as mulheres; e (c) programas e ações nas áreas de saúde, educação, cultura, participação política, igualdade de gênero e diversidade. Em 2015 foi incorporada ao então recém-criado Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH), hoje Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

²¹ Portaria do Ministério da Saúde n.º 2.561, de 23 de setembro de 2020, que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS (DOU de 24 de setembro de 2020).

penal, em que a Corte analisou a tese da “legítima defesa da honra”, comumente usada para defender réus em acusações de feminicídio. Confira-se.

2.1. Óbices inconstitucionais à inclusão profissional de mulheres e à liberdade reprodutiva: questão previdenciária, tributária e de concurso público

A gravidez e a maternidade são fatores determinantes na igualdade de oportunidades da mulher tanto no acesso ao mercado de trabalho como na ascensão profissional. O nível de ocupação das mulheres é claramente influenciado pela maternidade: 54,6% para mulheres com crianças e 67,2% para mulheres sem crianças. Contradiatoriamente – ou não –, o nível de ocupação dos homens é maior entre aqueles com crianças com até 3 anos de idade vivendo no domicílio: 83,4% para homens sem crianças e 89,2% para homens com crianças. Estudos como “O bônus da paternidade e o fardo da maternidade”, da Universidade de Massachusetts, nos Estados Unidos, apontam que a maternidade desacelera a trajetória de crescimento da remuneração das mulheres, enquanto a paternidade frequentemente é acompanhada por um prêmio salarial.²²

Considerando esses dados, as duas primeiras decisões a serem analisadas são relacionadas a obstáculos legais à inserção da mulher no mercado de trabalho, uma vez que, nesses casos, a emenda constitucional e a lei atribuíram ao empregador – e consequentemente à mulher – ônus advindos da maternidade de suas empregadas. Trata-se das decisões tomadas na ADI 1.946 e no RE 576.967.

Na terceira decisão, proferida no RE 1.058.333, a Corte analisou, à luz da igualdade de oportunidades, a possibilidade de mulheres grávidas remarcarem testes de aptidão física a fim de poderem concorrer por vagas em concursos públicos.

Então, vejamos.

2.1.1. A inconstitucionalidade da atribuição de custos previdenciários ao empregador

Em 2003, no julgamento da ADI 1.946, de relatoria do Min. Sydney Sanches,²³ a Corte atribuiu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.1998,²⁴ para excluir o salário maternidade do teto dos benefícios

²² Camilla Veras Mota, “Por que ter filhos prejudica mulheres e favorece pais no mercado de trabalho?”, *BBC Brasil*, 16 de agosto de 2017.

²³ STF, ADI n.º 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, julgado em 03.04.2003.

²⁴ Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, pela qual se modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (*D.O.* de 16 de dezembro de 1998). “Art. 14. O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 [...], devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em

previdenciários do Regime Geral de Previdência Social. A emenda constitucional havia tornado a mão de obra feminina mais cara que a masculina e a Corte, por unanimidade, impediu que isso acontecesse.

O dispositivo impugnado estabeleceu um teto, à época de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais), sobre os valores, chamados de salário maternidade, a serem pagos pela Previdência Social quando a mulher, no pós-parto, fica afastada das atividades laborais para cuidados do(a) recém-nascido(a), período conhecido como “licença maternidade”. Ocorre que, devido à proteção constitucional e internacional da maternidade, a mulher não pode sofrer um decréscimo no valor do salário durante o período de licença, devendo mantê-lo na integralidade.

A Emenda Constitucional n.º 20/1998 atribuiu ao empregador a responsabilidade pelo pagamento da diferença entre o teto dos benefícios a serem pagos pela Previdência Social e o salário que era pago pelo empregador à mulher enquanto ela se encontrava em plenas atividades antes de dar à luz. Na ocasião, o Tribunal afirmou que *se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés de pela mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal*.²⁵

O fundamento utilizado pelo relator foi o de que haveria promoção da discriminação ao mercado de trabalho da mulher, que a Carta almejou combater quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e critério de admissão por motivo de gênero (art. 7º, XXX). Isso porque era clara a criação de um entrave para a contratação de mulheres ou do aumento da pressão para que elas não viessem a engravidar durante a vida profissional, aprofundando o estigma que já marca a trajetória feminina da “carreira *versus* maternidade”.

2.1.2. A inconstitucionalidade da atribuição de custos tributários ao empregador²⁶

Em agosto de 2020 foi encerrado o julgamento do RE 576.967, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em que prevaleceu o entendimento, por sete votos a quatro,

caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

²⁵ Trecho do voto do relator.

²⁶ STF, RE n.º 576.967, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgado em 05.08.2020.

pela inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade.

De forma similar ao caso anterior, a Corte decidiu que o empregador, durante o período de licença maternidade da empregada, não deve ter nenhum gasto adicional que onere a maternidade. Nesse caso, a Lei n.º 8.212/1991²⁷ impunha que o empregador deveria recolher um tributo – a contribuição previdenciária – sobre os valores pagos pela Previdência Social à mulher quando ela se encontra afastada no período de licença maternidade. A Corte, com base na isonomia de gênero e nos dispositivos constitucionais que protegem a maternidade e a inclusão da mulher no mercado de trabalho, entendeu que essa determinação legal oneraria a mão de obra feminina e dificultaria a contratação de mulheres.²⁸

Na ocasião, destacou o relator: “Em outras palavras, admitir uma incidência tributária que recai somente sobre a contratação de funcionárias mulheres e mães é tornar sua condição biológica, por si só, um fator de desequilíbrio de tratamento em relação aos homens, desestimulando a maternidade ou, ao menos, incutindo culpa, questionamentos, reflexões e medos em grande parcela da população, pelo simples fato de ter nascido mulher. Impõe-se gravame terrível sobre o gênero feminino, discriminado na contratação, bem como sobre a própria maternidade, o que fere os direitos das mulheres, dimensão inequívoca dos direitos humanos.”²⁹

Trata-se, até onde se tem notícia, do primeiro processo em que o STF abordou, com fundamento na isonomia em sua dimensão de igualdade de gênero, o papel indutor da tributação. Isso porque a incidência da contribuição previdenciária, a ser paga pelo empregador sobre o salário maternidade, configurava grave ônus e discriminação à contratação de mulheres com potencial de virarem mães.

2.1.3. Concurso público e liberdade reprodutiva da mulher

No Recurso Extraordinário n.º 1.058.333,³⁰ julgado pela sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deu um pequeno passo rumo à igualdade de gênero

²⁷ Lei n.º 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências (D.O.U de 25 de julho de 1991). “Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: [...] § 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição. [...] § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: // a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade.”

²⁸ O relator, em seu voto, propôs uma reflexão: “para fins de reflexão, propõe-se colocar-se no lugar de um gestor de empresa privada que possui duas opções de contratação para a mesma vaga: um homem e uma mulher, ambos com 30 anos de idade e recém-casados com os seus respectivos cônjuges, com currículos exatamente iguais e mesmas notas atribuídas no processo seletivo. Tendo em mente os custos acima e imaginando que ambos os candidatos desejam ter filhos a curto prazo, não é difícil responder à pergunta sobre quem seria selecionado para o emprego.”

²⁹ Trechos do voto do relator.

³⁰ STF, Recurso Extraordinário n.º 1.058.333, Plenário, julgado em 21.11.2018.

no mercado de trabalho, assegurando às mulheres gestantes o direito de remarcação do teste de aptidão física, etapa necessária para acesso a determinados cargos públicos, a exemplo de policiais militares.

A tese que permeou o julgamento do STF é a da discriminação indireta e da teoria do impacto desproporcional:³¹ a impossibilidade de remarcação do teste de aptidão física, apesar de ser uma regra imposta a todos os candidatos, atinge de modo desproporcional as mulheres, que possuem uma condição biológica única que prejudica o seu desempenho físico: a gestação. Tais condutas aparentemente neutras, quando olhadas com uma lupa, “revelam uma opressão estrutural e sistêmica, que cerceia as oportunidades de forma velada, oprimindo e perpetuando a desigualdade de gênero, ainda que não se possa identificar uma postura discriminatória específica ou intencional”.³² A remarcação pretende neutralizar os efeitos da gestação, promovendo a igualdade de gênero e a liberdade reprodutiva, pois permite à mulher adotar decisões relativas à reprodução sem que essa escolha represente uma penalização e uma discriminação em sua vida profissional, conciliando seus interesses maternos e profissionais.

A Corte destacou que a proteção à maternidade impede que a gravidez seja motivo para fundamentar qualquer ato administrativo contrário ao interesse da gestante, ainda mais quando tal ato lhe impõe grave prejuízo. Desse modo, o Tribunal se afastou da antiga ideia de proteção da mulher única e exclusivamente em razão do interesse social na proteção do nascituro, que significava uma instrumentalização de seus corpos.

2.2. Garantia de recursos financeiros a candidaturas femininas

A sub-representação feminina na política é um dos maiores desafios à igualdade de gênero. Embora as mulheres correspondam a mais da metade da população e do eleitorado brasileiro, nas eleições de 2018, foram eleitas apenas 77 mulheres entre 513 deputados federais, totalizando 15% das cadeiras.³³ No pleito de 2020, embora tenha crescido o número de candidaturas femininas,³⁴ as mulheres eleitas representam apenas 12,1% dos cargos de chefe do Poder Executivo Municipal e 16% dos

³¹ Sobre o tema, confira: Roger Raupp Rios, *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

³² Trecho do voto do Ministro Luiz Fux no RE n.º 1.058.333.

³³ Portal da Câmara dos Deputados, “Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>.

³⁴ Senado Federal, “Cresce número de mulheres candidatas e eleitas no pleito de 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/16/cresce-numero-de-mulheres-candidatas-e-eleitas-no-pleito-de-2020>.

cargos de vereadores.³⁵ Em 2020, o Brasil ocupava a 140ª posição no Mapa Global das Mulheres na Política,³⁶ atrás de países como Arábia Saudita, Iraque e Afeganistão.

Os partidos políticos, desde 1997, têm a obrigação de preencher 30% das vagas para candidaturas a cargos proporcionais – vereador, deputado federal e deputado estadual – com candidatas mulheres (art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.504/1997). No entanto, a determinação de destinação de recursos financeiros às candidaturas femininas veio apenas com a Lei n.º 13.165/2015 e de modo insuficiente para romper com séculos de domínio masculino. O art. 9º da Lei determinou que, nas três eleições seguintes à sua publicação, os partidos deveriam reservar no mínimo 5% e no máximo 15% do montante do Fundo Partidário³⁷ ao financiamento das campanhas eleitorais femininas.³⁸ Note-se: o artigo 9º permitiu que fossem destinados apenas 5% dos recursos do fundo partidário às mulheres, contra 95% destinados aos homens.

A constitucionalidade desse dispositivo foi analisada pelo STF na ADI n.º 5.617.³⁹ A Corte, além de afirmar a constitucionalidade da cota de gênero, por caracterizar ação afirmativa que busca garantir a efetiva igualdade entre homens e mulheres na política, considerou que o percentual do fundo partidário destinado às candidaturas femininas e o prazo fixado pelo dispositivo violam o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da vedação à proteção insuficiente,⁴⁰ agravando a desigualdade e discriminação entre as candidaturas. O Tribunal se fundamentou, ainda, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nesse ponto, destaca-se trecho do voto do Ministro relator Edson Fachin: “importante reconhecer que é precisamente nessa

³⁵ Tribunal Superior Eleitoral, “Mulheres representam apenas 12% dos prefeitos eleitos no 1º turno das Eleições 2020”. Acesso em 21 de abril de 2021, <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/mulheres-representam-apenas-12-dos-prefeitos-eleitos-no-1o-turno-das-eleicoes-2020>.

³⁶ UN Women - United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, “Mujeres en la política: 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/women-in-politics-map-2020-es.pdf?la=en&vs=828>.

³⁷ O fundo partidário é hoje, no Brasil, a principal fonte de financiamento dos partidos e das candidaturas, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo STF – seguida de revogação pelo legislativo – da possibilidade de doações eleitorais por pessoas jurídicas. O fundo é composto, majoritariamente, por verbas públicas – dotações orçamentárias da União, multas e outras penalidades. Confira o art. 38 da Lei n.º 9.096/2015, de 19 de setembro de 1995.

³⁸ Lei 13.165/2015, de 29 de setembro de 2015 (D.O.U. de 26 de setembro de 2015). Art. 9º Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995.

³⁹ STF, ADI n.º 5617, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 15.03.2018.

⁴⁰ Sobre o tema, ver: Ingo Wolfgang Sarlet, “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”, *Revista Opinião Jurídica*, n.º 7 (2006): 160-208. [10.12662/2447-66410j.v4i7.p160-209.2006](https://doi.org/10.12662/2447-66410j.v4i7.p160-209.2006).

artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres”.

Com esses fundamentos, o STF (a) determinou que os recursos do fundo partidário sejam distribuídos na exata proporção das candidaturas, devendo ser destinado às candidaturas femininas o patamar mínimo de 30%, sem prejuízo de percentual mais elevado, caso o número de candidatas mulheres supere o mínimo legal; e (b) declarou inconstitucional o prazo de três anos contido no art. 9º da Lei n.º 13.165/2015, eliminando o limite temporal.

2.3. O feminicídio e a legítima defesa da honra

Os dados do Atlas da Violência de 2019, elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea,⁴¹ revelam que houve um crescimento expressivo de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país no período de 2007 a 2017. Também o Relógio da Violência, órgão vinculado ao Instituto Maria da Penha, confirma essa realidade, na qual o gênero é um dos principais fatores da violência: em 2017, a cada 7,2 segundos uma mulher é vítima de violência física no Brasil.⁴²

A pandemia de Covid-19 escancarou esses fatos: dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública⁴³ informam que houve uma redução no registro de vários crimes contra as mulheres, o que não indica uma redução no número de crimes, mas que as vítimas estão encontrando mais dificuldades em denunciar as violências sofridas neste período. O estudo também revela uma redução na distribuição e na concessão de medidas protetivas de urgência, instrumento fundamental para a proteção da mulher em situação de violência doméstica. Ao mesmo tempo, os homicídios dolosos com vítimas do sexo feminino aumentaram 7,1% no mês de maio, passando de 127 em 2019 para 136 em 2020, o que aponta para a ineficiência do estado e da sociedade para a proteção das mulheres.

O enfrentamento da violência contra a mulher exige a superação de estereótipos e papéis de gênero, que colocam os corpos – e as vidas – femininas sob controle dos homens. Nas palavras de Lilia Moritz Schwarcz: “o hábito de agredir mulheres

⁴¹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “Atlas da Violência 2019”. Acesso em 26 de abril de 2021, https://www.ipea.gov.br/portal/imagens/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf.

⁴² Instituto de Estudos Avançados da USP - IEA USP, “12 mil mulheres são agredidas diariamente no Brasil, aponta pesquisa”. Acesso em 26 de abril de 2021, <http://www.iea.usp.br/noticias/violencia-mulher>.

⁴³ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19”. Acesso em 26 de abril de 2021, <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-edo3-v2.pdf>.

é comum em sociedades que não enfrentam valores paternalistas, machistas e heteronormativos predominantes e intocados no decorrer da sua história”.⁴⁴

Uma das demonstrações práticas desse ranço cultural que busca legitimar a violência contra a mulher é a tese da legítima defesa da honra nos crimes de feminicídio. Sua origem é encontrada nas Ordenações Filipinas, que vigoraram no Brasil colônia e concediam ao marido o direito de matar sua esposa, caso essa fosse flagrada em adultério.⁴⁵ Embora a previsão não tenha se mantido nas legislações penais posteriores, a mulher permanecia sendo concebida como uma propriedade masculina e a atenuação da pena de agressores e homicidas de mulheres, principalmente em casos de traição, encontrava fundamento na alegada “privação dos sentidos e da inteligência”, na vigência do Código Penal de 1890 (art. 27, § 4º), ou na “violenta emoção”, após a promulgação do Código Penal de 1940 (arts. 65, III, c, 121, § 1º, e 129, § 4º), vigente até os dias de hoje.

A tese da legítima defesa da honra não possui previsão legal, tendo sido construída para permitir a absolvição ou a diminuição da pena do autor de feminicídio ou agressão praticado contra a esposa ou companheira, quando comprovado que a agressão foi movida por violenta paixão, emoção ou adultério. Trata-se de recurso argumentativo utilizado pelas defesas dos acusados para, em nome da proteção da honra masculina, imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões.

A legitimidade do uso dessa tese foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 779, em julgamento finalizado em 12.03.2021.⁴⁶ A Corte afirmou que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana,⁴⁷ da proteção à vida e da igualdade de gênero.⁴⁸ Por esses fundamentos, o STF excluiu a tese do âmbito do instituto da legítima defesa e obistou à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que a utilizem, direta ou indiretamente, nas fases pré-processual penal ou processual penal, inclusive em julgamentos perante o tribunal do júri.

⁴⁴ Lilia Moritz Schwarcz, *Sobre o autoritarismo brasileiro* (São Paulo: Companhia das Letras, 2019), 185.

⁴⁵ Margarita Danielle Ramos, “Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres”, *Revista Estudos Feministas* 20, n.º 1 (2012): 53-73. [10.1590/S0104-026X2012000100004](https://doi.org/10.1590/S0104-026X2012000100004).

⁴⁶ STF, ADPF n.º 779, Plenário, Sessão Virtual de 5 de março de 2021 a 12 de março de 2021.

⁴⁷ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (D.O.U de 05 de outubro de 1988). Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

⁴⁸ Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 (D.O.U de 05 de outubro de 1988). Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: // I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Conclusão

A partir do conceito de constitucionalismo feminista, que se tentou delinear, e da resumida análise do arcabouço normativo brasileiro, verificou-se, nas decisões brevemente analisadas, que, apesar de sua composição majoritariamente masculina, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, quando provocado a dar respostas quanto à tutela dos direitos das mulheres, no exercício do seu papel contramajoritário, utiliza a hermenêutica constitucional feminista.

A Corte atuou em prol da igualdade de gênero no mercado de trabalho, mitigando que a condição biológica da gestação venha interferir na carreira da mulher, seja ela privada ou pública; estimulou a sua participação na vida pública via inclusão política; e proibiu a utilização de subterfúgios legais para inocentar homens que atentarem contra a vida de mulheres.

Conforme já enunciado, por uma limitação de objeto selecionamos apenas algumas decisões que tenham analisado o caso concreto predominantemente pela ótica da igualdade de gênero. Tal opção, infelizmente, excluiu deliberações históricas e igualmente importantes para as mulheres, bem como a possibilidade de uma análise interseccional da questão. Destacamos as seguintes decisões de proteção a grupos minoritários que também repercutem no gênero feminino e, portanto, se inserem no recorte do constitucionalismo feminista abordado neste trabalho: a constitucionalidade da interrupção voluntária da gravidez em caso de fetos anencefálicos;⁴⁹ a permissão e reconhecimento da união civil homoafetiva;⁵⁰ o reconhecimento da constitucionalidade de tutela penal mais gravosa à violência cometida em âmbito doméstico;⁵¹ a legitimidade das cotas étnicas, a pessoas negras, pardas e indígenas, em concursos públicos;⁵² a possibilidade de alteração do registro civil por pessoas transgênero sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização;⁵³ a criminalização da homotransfobia.⁵⁴

Ressaltamos, por fim, conforme já apresentado, que apesar do papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, é essencial o engajamento da sociedade e dos demais Poderes para a solidificação do constitucionalismo-feminista e para que se verifiquem efetivas mudanças nas vidas das mulheres brasileiras.

⁴⁹ STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 12.04.2012.

⁵⁰ STF, ADPF 132 e ADI 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, julgamento em 14.10.2011.

⁵¹ STF, ADC 19, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 29.04.2014.

⁵² STF, ADC 19, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgamento em 08.06.2017.

⁵³ STF, ADI 4275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento em 07.03.2019.

⁵⁴ STF, ADO 26, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgamento em 06.10.2020; MI n.º 4.733 Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, julgamento em 29.09.2020.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas”. *Revista Direito & Práxis*, n.º 4 (2018): 2171-2228. [10.1590/2179-8966/2017/30806](https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806).
- BENHABIB, Seyla. “The generalized and the concrete other: The Kohlberg-Gilligan controversy and feminist theory”. *Praxis International* 5, n.º 4 (1985): 402-424.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Diagnóstico da participação feminina do Poder Judiciário”. Acesso em 25 de abril de 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/05/cae277dd017bb4d4457755febf5eed9f.pdf>.
- CRENSCHAW, Kimberle. “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”. *University of Chicago Legal Forum*, n.º 1 (1989): 139-167.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. “Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-ed03-v2.pdf>.
- GOMES, Antônia Augusta. “Uma teoria da justiça de John Rawls: Crítica e defesa feminista”. Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2017. <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/182728>.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”. Acesso em 26 de abril de 2021. https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_informativo.pdf.
- INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DA USP - IEA USP. “12 mil mulheres são agredidas diariamente no Brasil, aponta pesquisa”. Acesso em 26 de abril de 2021. <http://www.iea.usp.br/noticias/violencia-mulher>.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA E FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. “Atlas da Violência 2019”. Acesso em 26 de abril de 2021. https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf.
- MORITZ SCHWARCZ, Lilia. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- OKIN, Susan. “Feminism and Politics”. Oxford: Oxford University Press, 1998, 116-141.
- PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e Daniel SARMENTO. “Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial”. *Quaestio Iuris*, n.º 2 (2013): 119-161. [10.12957/rqi.2013.9315](https://doi.org/10.12957/rqi.2013.9315).
- PETER, Christine. “Constitucionalismo Feminista ressoa no Supremo Tribunal Federal”. *Coluna Observatório Constitucional da Revista Consultor Jurídico*, 29 de dezembro de 2018.

- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. “Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>.
- QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de e André DEMETRIO. “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”. *Revista Direito GV*, n.º 34 (2019): 10.1590/2317-6172201930.
- RAMOS, Margarita Danielle. “Reflexões sobre o processo histórico-discursivo do uso da legítima defesa da honra no Brasil e a construção das mulheres”. *Revista Estudos Feministas* 20, n.º 1 (2012): 53-73. 10.1590/S0104-026X2012000100004.
- REIS GONÇALVES PEREIRA, Jane. “O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: entre fraquezas e possibilidades”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n.º 29 (2016): 127-157. 10.12957/rfd.2016.23669.
- REIS GONÇALVES PEREIRA, Jane e Renan MEDEIROS DE OLIVEIRA. “Hércules, Hermes e a pequena sereia: Uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subrepresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, n.º 2 (2018): 878-910. 10.5102/rbpp.v8i2.5358.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SENADO FEDERAL. “Cresce número de mulheres candidatas e eleitas no pleito de 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/16/cresce-numero-de-mulheres-candidatas-e-eleitas-no-pleito-de-2020>.
- TELLES, Cristina. “Direito à igualdade de gênero: uma proposta de densificação do art. 5º, I, da Constituição de 1988”. *Revista da EMERJ*, n.º 3 (2019): 169-204.
- TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. “Mulheres representam apenas 12% dos prefeitos eleitos no 1º turno das Eleições 2020”. Acesso em 21 de abril de 2021. <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/mulheres-representam-ape-nas-12-dos-prefeitos-eleitos-no-1o-turno-das-eleicoes-2020>.
- UN WOMEN - UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN. “Mujeres en la política: 2020”. Acesso em 26 de abril de 2021. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/women-in-politics-map-2020-es.pdf?la=en&vs=828>.
- VERAS MOTA, Camilla. “Por que ter filhos prejudica mulheres e favorece pais no mercado de trabalho?”. *BBC Brasil*, 16 de agosto de 2017.
- WOLFGANG SARLET, Ingo. “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal”. *Revista Opinião Jurídica*, n.º 7 (2006): 160-208. 10.12662/2447-66410j.v4i7.p160-209.2006.
- YURACKO, KIMBERLY A. “Toward feminist perfectionism: a radical critique of rawlsian liberalism”. *UCLA Women’s Law Journal*, n.º 6 (1995): 1-48.