

Capítulo publicado no livro organizado por: Arruda, Desdêmona T. B. Toledo Machado Filho, Roberto Dalledone; Silva, Christine Oliveira Peter da. (Org.). *MINISTRO LUIZ EDSON FACHIN CINCO ANOS DE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*. 1ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2021, v. 1, p. 185-195.

Constitucionalismo, feminismo, jurisdição constitucional e o voto do Ministro Edson Fachin na ADI 5617. O que isso tem a ver com Fanny Wright?

vera karam de chueiri¹

*Similarly, press reports screamed of Wright's threat to domestic stability, especially when, in 1829, the Working Men's party (known disparagingly as the "Fanny Wright party") garnered enough votes in New York City to elect one of its candidates to the state legislature ; hysterically, the **Commercial Advertiser** castigated the working men as "poor deluded followers of crazy atheistical woman" and warned that their leaders were "lost in society, to earth and to heaven, godless and hopeless, clothe and fed by stealing and blasphemy ..." To the Commercial Advertiser Wright was "a bold blasphemer, and a voluptuous priestess of licentiousness. ... Casting off all restraint, she would break down all the barriers to virtue, and reduce the word to one grand theatre of vice and sensuality in its most loathsome form."*

Commercial Advertiser (1829) in: Ginzberg, Lori, "The Hearts of Your Readers will Shudder": **Fanny Wright, Infidelity, and American Freethought**.

Introdução

Em 15 de março de 2018 o Ministro Edson Fachin proferiu seu voto- como relator- na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.617/DF² que tinha como objeto o art. 9^º³ da lei 13165 de 29 de setembro de 2015. Trata-se de um dispositivo

¹ Professora associada dos programas de graduação e pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da UFPR. Pesquisadora do CNPq. Coordenadora do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Centro de Estudos da Constituição do PPGD/UFPR. Diretora da Faculdade de Direito da UFPR (2016-2020).

²

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5617&processo=5617>

³ 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% [...] e no máximo 15% [...] do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação

determinando que nas três eleições subsequentes à publicação da lei, o percentual mínimo (5%) e máximo (15%) do fundo partidário seria usado em campanhas eleitorais de candidatas mulheres.

Em seu voto o Ministro Fachin apresenta as seguintes premissas: que as ações afirmativas prestigiam o direito à igualdade; que é incompatível à igualdade a distribuição de recursos públicos orientada apenas pela discriminação do sexo; que a autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional (...) à igualdade; que a igualdade entre homens e mulheres exige que as mulheres tenham iguais oportunidades e que também sejam empoderadas por um ambiente que lhe permita alcançar igualdade de resultados e que a participação das mulheres -e a sua ampliação- nos espaços políticos é um imperativo do Estado. Com base nestas premissas o Ministro Fachin oferece as razões do seu voto a partir do fundamento constitucional, qual seja, o art. 1º, III que dispõe sobre a dignidade, o art. 1º, V que dispõe sobre o pluralismo político, o art 5º, caput, que dispõe sobre a igualdade formal e o art. 17, par. 1º, que trata da autonomia partidária. Também se vale da cláusula de abertura da Constituição brasileira, art. 5º, par. 2º e por meio dela fundamenta com base na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, especificamente os art. 2º, 3º, 5º, e 7º. Ainda, apresenta a base doutrinária e os precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Superior Eleitoral, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Comitê de Direitos Humanos e do Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

Em sua conclusão, o Ministro entende que é procedente a ADI e portanto, (i) declara a inconstitucionalidade da expressão “três” do artigo 9º da Lei !3.165/2015, eliminado o limite temporal; (ii) dá interpretação conforme à Constituição ao referido art. 9º da Lei 13165, equiparando o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (30%), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, de forma que seja interpretado como sendo de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido e fixando que havendo percentual mais

nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art.44 da Lei n. 9.096 de 19 de setembro de 1995.

elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção; (iii) declara a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 44, par. 5º-A e par. 7º da referida lei.

Esse artigo não fará uma análise do voto do Ministro Fachin. Seu propósito é menos pretencioso, neste sentido. Ele pretende, a partir deste voto (e na relação com este, de outros dois⁴), explorar o que nele se entrelaça: público e privado, direito constitucional e direitos humanos, constitucionalismo e feminismo.

Premissas

No entanto, assim como no voto, algumas premissas serão aqui estabelecidas: o ministro relator é jurista, professor e pesquisador, cujo protagonismo acadêmico constituiu, na aridez no direito privado, um movimento chamado direito civil-constitucional. *É fundamental imunizar, em toda sua extensão, a proclamação constitucional, emanada do povo, por meio de seus representantes, para que seja possível, no respeito ao pluralismo e ao processo histórico e político, construir uma sociedade justa e solidária. (...) [O] dever primeiro é o de reafirmar, na defesa da Constituição, o compromisso com a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.*⁵ Isso significa que a partir dos compromissos constitucionais assumidos pela e com a Constituição brasileira de 1988 se resignificou o direito de uma maneira geral, o direito público em especial e, na linha de Fachin, o direito privado, mais especificamente, o direito civil. *Operou-se, pois, em relação aos Direito dogmático tradicional uma inversão do alvo de preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento. (...) Daí a importância em preservar a Constituição, colocando-a a*

⁴ O recurso extraordinário 845.779/SC e arguição de preceito fundamental 347 não serão analisados apenas se somam à ação direta de inconstitucionalidade 5.617/DF como pontos de partida (e de chegada) deste artigo.

⁵ Fachin, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 06.

serviço da efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, da prevalência dos direitos humanos, numa sociedade que busca tornar-se, realmente, fraterna e sem preconceitos. ⁶ Para tanto, Fachin propõe uma tríplice dimensão da Constituição: formal, substancial e prospectiva. A primeira se refere às regras e princípios constitucionais, a segunda aos pronunciamentos da Corte constitucional e pela incidências dos princípios implícitos que derivam dos explícitos da Constituição e a terceira à ação permanente e contínua de resignificar os sentidos de diversos significantes que compõem o discurso normativo, doutrinário e jurisprudencial, dado o fato da abertura, porosidade e pluralidade do sistema constitucional.⁷ Essa dimensão prospectiva se irradia para as relações sociais, vale dizer, para o espaço e tempo em que o direito civil se constitui e que, tradicionalmente, é o espaço (árido) e o tempo (*chronos*) do direito privado. Neste sentido, a dimensão prospectiva recoloca no tempo (*chronos e kayros*) e no espaço (público) da Constituição e seus compromissos, a compreensão do direito privado, em particular do direito civil. Não se trata apenas, como sublinha Fachin, de se fazer uma *interpretação conforme* a Constituição no enfrentamento (face-a-face) das relações sociais, se trata de assumir a dimensão prospectiva, comprometendo o direito civil com o direito constitucional, isto é, com a Constituição no momento da sua aplicação.

Daí a ênfase na eficácia horizontal dos direitos fundamentais e seu impacto sobre o direito civil. *Não se trata, tão só, de permear o estatuto jurídico das pessoas, dos bens e dos interesses à luz dos direitos fundamentais como direitos à proteção, mas também de apreender direitos de organização e de participação, aptos a exigir condutas públicas ou privadas.* ⁸ Ou seja, as relações interprivadas serão atravessadas pelos sentidos da Constituição, assim como os sujeitos que, mesmo em suas ações privadas e nas suas relações sociais, se constituem como sujeitos constitucionais. Trata-se, pois, de uma dimensão teórica-crítica do direito civil essa

⁶ Fachin, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 06.

⁷ Fachin, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 07.

⁸ Fachin, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 09.

que traz aos atos e negócios jurídicos, às obrigações e aos títulos de crédito, à propriedade e à posse, à empresa e à família os sentidos da Constituição, não sem grandes desafios, como pontua Fachin. Este argumento aparece, também, no seu voto no Recurso Extraordinário 845.779/SC que trata do direito dos transexuais de utilizarem o banheiro do gênero com o qual se identificam.

A segunda premissa é a de que Fachin, como juiz constitucional, dialoga com a jurisdição externa, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, trazendo às suas decisões, as decisões destas como mais um parâmetro a ser levado em conta. Isto impacta decisivamente no STF, na medida em que esse diálogo fortalece, sobretudo, as demandas dos grupos mais vulneráveis, como neste caso, as mulheres, relativamente ao seu direito a ter direitos e aos seus direitos fundamentais. Em seu voto na ADI 5617 expressamente se invoca a cláusula de abertura do art. 5º, para. 2º da Constituição, como também o princípio *pro homine*, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a interpretação que o Comitê de Direitos Humanos tem acerca deste último e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Cito, ainda, o seu voto no RE 845.779/SC⁹ que trata do direito dos transexuais de utilizarem o banheiro do gênero com o qual se identificam. Neste se invoca a eficácia horizontal dos direitos da personalidade, como também, a cláusula de abertura da Constituição. *(O)s direitos da personalidade não têm por fundamento dado abstrato da personalidade jurídica, mas sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto.*¹⁰ Também na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347¹¹, no pedido de medida cautelar, que trata do estado de coisas inconstitucional, relativamente aos direitos da população carcerária e a condição de desumanidade em que se encontra, se invoca o Pacto do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Neste caso, a própria categoria que a ação constitucional faz referência, qual seja, *o estado de coisas*

⁹ Fachin, Luiz Edson. *Recurso Extraordinário 845.779/SC*. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>

¹⁰ Fachin, Luiz Edson e Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. Orincipio da dignidade humana (no direito civil). In: Torres, Ricardo Lobo, Kataoka, Eduardo, Galdino, Flávio. (Orgs) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 211, p. 314.

¹¹ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>

inconstitucional remete às decisões da Corte Constitucional da Colômbia, em realidade oito sentenças, nas quais, em face da constatação de violações generalizadas e sistemáticas de direitos humanos, se reconheceu um estado de coisas contrário à Constituição colombiana, pois atentatório aos direitos de um conjunto de pessoas e à sociedade em geral. Na Colômbia, além da questão da saúde da população carcerária, também se aplicou aos direitos dos aposentados, dos deslocados internos etc. Portanto, ao admitir a categoria *estado de coisas inconstitucional*, Fachin admite, ao mesmo tempo, o precedente criado pelo direito colombiano.

A terceira premissa é a de que Fachin ao fundamentar seu voto na igualdade e na dignidade (da mulher) coloca o feminismo não só na agenda da Corte Suprema mas reforça a ideia de que o direito constitucional é feminista ou de que o feminismo pode ser forma e matéria constitucional. Avança ao dizer que a participação das mulheres nos espaços políticos é um imperativo do Estado Constitucional, mas não só, é um imperativo sócio-político. Articula em seu voto argumentos de pesquisas feitas por mulheres como Bertha Lutz, Flávia Piovesan, Fernanda Ferreira Mota, Flávia Biroli e Dianne Otto, tais como o fato da política institucional ser (e continua sendo) um espaço predominantemente masculino, com uma flagrante desigualdade estrutural na relação do número de mulheres eleitoras e o número de mulheres no poder legislativo federal, estadual e municipal, a exigir uma nova forma de pensar a representação que desafie os estereótipos de gênero.

Pois bem, estabelecidas estas premissas, passo agora aos três temas que, a partir dele, me provocaram a falar: público e privado, direito constitucional e direitos humanos, constitucionalismo e feminismo.

Público e privado, direito constitucional e direitos humanos, constitucionalismo e feminismo

Fanny Wright , uma mulher incrível do século dezenove, feminista, abolicionista e revolucionária nasceu na Escócia e viveu nos Estados Unidos. Em

Nova Iorque, junto com sua irmã, Camilla, produziu e publicou escritos que atraíram a atenção de Jeremy Bentham, Marques de Lafayette e Thomas Jefferson. Dizia ela: "*The prejudices still to be found in Europe, though now indeed somewhat antiquated, which would confine the female library to romances, poetry, and belles lettres, and female conversation to the last new publication, new bonnet, and pas seul, are entirely unknown here. The women are assuming their place as thinking beings, not in despite of the men, but chiefly in consequence of their enlarged views and exertions as fathers and legislators.*"¹² Defendia a educação universal, a emancipação dos escravos, o controle da natalidade, a igualdade de direitos, a liberdade sexual, os direitos das mulheres casadas, as leis liberais de divórcio e era contra a pena de morte. Desafiou a narrativa do seu tempo e espaço e foi duramente criticada e atacada. Mas o que me interessa aqui é o fato de que Fanny Wright foi uma das primeiras mulheres a falar em público, em certo sentido a resignificar o público, tanto na forma quanto no conteúdo, na medida em que trouxe para o público questões que eram, aparente e exclusivamente, privadas.

Fanny Wright falava em público, isto é, ocupava um lugar (de fala) exclusivamente masculino e ao fazê-lo, deslocava temas e problemas considerados privados (como a própria fala da mulher) para o público. Um movimento arriscado para o início do século dezenove, mas absolutamente necessário: "*Trust me, my beloved friend, the mind has no sex but what habit and education give it, and I who was thrown in infancy upon the world like a wreck upon the waters have learned, as well to struggle with the elements as any male child of Adam.*"¹³ Houve quem se sentiu ofendido com a fala de Fanny Wright, inclusive mulheres, afinal misturar-se com homens, fazer conferências para uma audiência, andar sozinha, promover debates, tudo isso era coisa para e de homens.¹⁴ Conforme sublinha Michael Warner, o agir de Fanny Wright e as críticas e censuras que ela recebeu mostram que a distinção entre o público e o privado não é propriamente um caso de

¹² Wright, Frances. *Views of Society and Manners in America*. Londo: Printed for Longman, Hurst, Rees, Orme and Brown, 1821, 422.

¹³ Wright to Lafayette, February 11, 1822, quoted in Lloyd S. Kramer, *Lafayette in Two Worlds: Public Cultures and Personal Identities in an Age of Revolutions* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1996), 158.

¹⁴ Warner, Michael. *Público, públicos, contrapúblicos*. Trad. Victoria Schussheim. Mexico: Fondo de Cultura Economico, 2012, p. 18.

diferenciação, mas de hierarquia entre o espaço do mercado ou da assembleia ou, dito de outra maneira, do privado e do público e do lugar da mulher e do homem. *(E)star en público es en privilegio que requiere filtrar o reprimir algo que es visto como privado. Y también en ambos casos la transgresión se experimenta no como algo meramente teórico sino como una violación de profundos instintos acerca del sexo y del género.* ¹⁵

O que o argumento de Warner chama a atenção, em especial para os propósitos deste artigo, é que a discussão sobre o público e o privado tem sido orientada mais pelo caráter abstrato destas duas categorias -no direito, na política, na economia- do que pela sua força performativa (diria eu) e isso aparece quando relacionada às questões de gênero e sexualidade: (...) *lo público y lo privado no son sólo reglas formales sobre como deben comportarse los hombres y las mujeres. Están cargadas de significados de masculinidad y feminidad. La masculinidad, al menos en las culturas occidentales, se siente en parte de una manera de ocupar o espacio público; la feminidad, en un lenguaje de sentimiento privado.* ¹⁶ Ações identitárias como as protagonizadas pelas feministas e pelo movimento LGBTI questionam a ocupação e dominação masculina do espaço público, perturbando regras escritas e não escritas de comportamento e erotismo que estabelecem um determinado padrão para aquele (o espaço público). Também desestabilizam os lugares comuns da distinção entre o privado e o público e a simplificação à que são submetidos, seja do ponto de vista normativo ou descritivo.

O fato é que há uma complexidade nestas duas categorias (público e privado), seja do ponto de vista teórico, quanto do ponto de vista prático, e seu manejo encontrou nas teorias feministas (e não só nelas), novos desdobramentos, implicações e aplicações para questões como: se nada mais deve ser privado ou se se deve privatizar tudo ou se o Estado deve intervir (para transformar as relações de gênero e sexuais em casa e no trabalho). Neste caso, o Estado age (e assume

¹⁵ Warner, Michael. *Público, públicos, contrapúblicos*. Trad. Victoria Schussheim. Mexico: Fondo de Cultura Económico, 2012, p. 19.

¹⁶ Warner, Michael. *Público, públicos, contrapúblicos*. Trad. Victoria Schussheim. Mexico: Fondo de Cultura Económico, 2012, p. 20.

uma postura ativista) em razão de questões privadas, ou dito de outro modo, torna a privacidade uma questão não só pública como constitucional.

Este breve excursão sobre o público e o privado, feminismo e identidades LGBTI alcança o interesse específico deste artigo sobre casos constitucionais que apresentam essa *tessitura*, como o da participação feminina na política e os recursos destinados às respectivas candidaturas, do uso do banheiro por transexuais e da questão carcerária. Três casos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, em três ações de tipos diferentes: uma direta de inconstitucionalidade (ADI 5.617/DF), um recurso extraordinário (RE 845.779/SC) e uma arguição de preceito fundamental (ADPF 347), nas quais o Ministro Edson Fachin, como relator ou apenas membro do colegiado da Corte, teceu argumentos que entrelaçam a questão do público e privado, do direito interno e externo e do feminismo, construindo uma trama inovadora.

A política partidária e a representação política são histórica e estruturalmente masculinas, sexistas e discriminatórias. Segundo Fernanda Ferreira Mota e Flávia Biroli (citadas no voto) a *disparidade existente entre o número de mulheres e homens na política, sobretudo quando se trata dos cargos mais concorridos nas esferas representativas, é facilmente perceptível. Mas a constatação de que se trata de um problema ou de uma injustiça depende da compreensão que se tem da política e do sentido da representação. O acesso de indivíduos com características semelhantes – sejam elas seu sexo, sua cor ou o tamanho da sua conta bancária – às esferas em que se exerce o poder político, com a correspondente exclusão de outros indivíduos, numa sociedade plural e heterogênea, evidencia limites e vieses da representação política.*¹⁷ Pela pesquisa das autoras, as mulheres estão em menor número no espaço institucional da política e igualmente são subrepresentadas.¹⁸ O fio de linha do voto de Fachin se apropria deste

¹⁷ Mota, Fernanda Ferreira e Biroli, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. Dossiê O Gênero da Política: feminismos, estado e eleições. *Cadernos Pagu* (43), julho-dezembro de 2014:197-231.

¹⁸ *E as eleições presidenciais de 2010, nas quais pela primeira vez foi eleita uma mulher para a Presidência da República, não foram uma exceção. Nesse mesmo ano, a população brasileira era formada por 51% de mulheres, mas o percentual das eleitas para a Câmara dos Deputados foi de 8,7%, somando 45 deputadas em um universo de 513 parlamentares. Vale observar que o número de mulheres eleitas representa 4,8% das 933 que se candidataram ao cargo, enquanto, no caso dos homens, elegeram-se 11,8% dos que se candidataram. Para o Senado Federal, foram 81 senadoras/es. Nesse caso, o sucesso entre elas foi de 25,9% das candidaturas, enquanto entre eles foi de 39,7%.*

argumento para afirmar que, não obstante os avanços do constitucionalismo democrático, se não houver participação política feminina, a desigualdade permanecerá. Se as mulheres do século vinte e um ocuparam o (espaço) público, se tornaram o (espaço) público -comparativamente às mulheres do século dezanove-, isto não foi suficiente para que houvesse uma alteração significativa no estado de coisas desigual, exigindo, ainda, políticas afirmativas como a da lei 9.100/1995 e a lei 9.504/1997 que estabeleceram cotas para candidaturas de mulheres. Mesmo assim, o número de mulheres que se candidatam é pequeno, como também o das mulheres que se elegem.

Vale dizer, a ocupação do espaço político e do espaço político institucional (ambos públicos) faz o movimento de deslocamento da mulher que “naturalmente” pertence ao espaço privado e, também das suas questões, embaçando a distinção privado/doméstico/feminino e público/político/ masculino.¹⁹ Como afirmam Fernanda Mota e Carla Biroli, *(o) pertencimento “natural” do homem à esfera pública reforça sua posição hierárquica vantajosa na esfera privada. Para a mulher, a história é bem distinta. Mesmo para as mulheres de classes econômicas privilegiadas, que foram resguardadas da dura combinação entre a responsabilidade pela vida doméstica e longas jornadas de trabalho precário e mal-remunerado, “reinar” em casa nunca significou livre acesso a posições de poder na esfera pública.*²⁰

O voto de Fachin ao questionar o patamar mínimo e máximo fixado para acesso ao fundo partidário é exemplar ao apontar a diferenciação (inconstitucional) do destino dos recursos públicos em relação aos homens e mulheres candidatas. *A autonomia partidárias não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais. O art. 17 da*

Dados extraídos do Tribunal Superior Eleitoral. Ver Mota, Fernanda Ferreira e Biroli, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. Dossiê O Gênero da Política: feminismo, estado e eleições. *Cadernos Pagu* (43), julho-dezembro de 2014:197-231, p. 199.

¹⁹ Mota, Fernanda Ferreira e Biroli, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. Dossiê O Gênero da Política: feminismo, estado e eleições. *Cadernos Pagu* (43), julho-dezembro de 2014:197-231, p. 206.

²⁰ Mota, Fernanda Ferreira e Biroli, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. Dossiê O Gênero da Política: feminismo, estado e eleições. *Cadernos Pagu* (43), julho-dezembro de 2014:197-231, p. 206.

*Constituição Federal dispõe ser livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos, “resguardados os direitos fundamentais da pessoa humana”.*²¹ Apesar da autonomia que gozam os partidos e da sua natureza privada, o voto reitera a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ainda, a lei dos partidos políticos (9.096/1995) em seu art. 1º, estabelece que o partido político destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais da Constituição. O voto é sensível a *artificial segmentação entre o público e o privado* na qual reside a *principal forma de discriminação das mulheres*²² como mostra Michael Warner e o exemplo da incrível Fanny Wright.

Uma das características da jurisdição constitucional é ser um espaço contra-majoritário (esse é um tema intensamente debatido e igualmente complexo, mas que não será enfrentado aqui) e de proteção de grupos mais vulneráveis. A vulnerabilidade política da mulher nas instituições (partidos, parlamentos, executivos, judiciários, etc) tem várias razões, mas para o propósito deste artigo, reitero a divisão (artificial como diz o voto do Ministro Fachin) entre o público e o privado que imprimiu à mulher e seus afazeres, o limite do doméstico, mesmo onde esse tivesse uma dimensão pública e, sistematicamente, inviabilizou a sua publicidade (como sujeito privado e público). Pautas identitárias de gênero (e sexualidade também) são públicas, políticas, constitucionais e globais ao se referir à discriminação, isto é, à desigualdade. No voto de Fachin, há menção à Opinião Consultiva (OC-18, par. 83) da Corte Interamericana de Direitos Humanos que afirma que é difícil separar a igualdade da não discriminação, ambos se co-constituem, por assim dizer. E vai mais longe quando sustenta que o percentual de candidaturas femininas ao reconhecer uma posição inicial em que as mulheres desfrutam de iguais condições²³, não garante efetiva igualdade ou não-discriminação se não lhes for possível a igualdade de resultados.

²¹ Fachin, Luiz Edson.

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5617&processo=5617>

²² Fachin, Luiz Edson.

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5617&processo=5617>

²³ Fachin, Luiz Edson.

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5617&processo=5617>

A igualdade das prescrições externas de direitos humanos e a igualdade da Constituição se impõem aos recursos do Fundo Partidário de forma que a sua distribuição não seja discriminatória e tenha como consequência o sequestro das mulheres do espaço público, político e político institucional. A lei 9.096/95, art. 4, V expressamente afirma que os recursos do Fundo Partidário serão aplicados para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres. Daí o voto do Ministro Fachin dizer que é a *única interpretação constitucional admissível aquela que determina aos partidos políticos a distribuição dos recursos públicos destinados à campanha eleitoral na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, sendo , em vista do disposto no art. 10, par. 3º, da Lei de Eleições, o patamar mínimo de 30%*. Neste sentido, a perdurar a situação de desigualdade e o patamar mínimo, devem os recursos ser distribuídos de maneira não discriminatória e, portanto, não há como fixar prazo. Este último argumento, o de que a lei não pode fixar prazo para que os partidos políticos executem a repartição de recursos, mostra que a temporalidade é a das condições de desigualdade e discriminação; da significação, da ocupação e da tomada do público pelas mulheres.

O voto provoca-nos a pensar e agir diferente do que o senso comum sugere quando compreende a participação política feminina (aqui qualificada como ser, ocupar e tomar o público) como a que se acomoda em um determinado perfil, limitado a determinados espaços, instituições e funções, como também a determinadas formas e procedimentos. Segundo Fernanda Mota e Flávia Biroli, a afirmação da singularidade das mulheres pode reproduzir formas de tratá-las e posicioná-las que são o resultado das desigualdades de gênero, de formas de socialização convencionais e de restrições na construção das suas identidades e trajetórias. *Esse é um dos problemas no recurso estratégico às identidades convencionais (...). Mas a neutralidade, por outro lado, pode ser uma forma de legitimar um estado de coisas: se todos são iguais, se não há diferenças, as mulheres estariam em pé de igualdade na disputa por cargos e posições no mundo da política e no do trabalho. Voltaríamos a uma concepção voluntarista, em que indivíduos abstratos são colocados na posição de sujeitos que tomam suas decisões, suspendendo os contextos concretos e desiguais em que as alternativas se apresentam (Biroli, 2013). (...) (É) necessário explicitar a opressão estrutural em*

*conjunto com as barreiras da política institucional, como o funcionamento dos partidos políticos, o acesso a recursos para financiamento das campanhas e o sistema eleitoral. (...).*²⁴

Em outro voto em que discutia o acesso das pessoas com deficiência ao sistema educacional – e que não tratarei aqui- há um argumento do Ministro Fachin que pode ser considerado o fio de linha da sua costura nesses casos que envolvem questões identitárias. Não por acaso ele afirma que *(a) busca na **tessitura** constitucional pela resposta jurídica para a questão posta somente pode ser realizada com um olhar que não se negue a ver a responsabilidade pela **alteridade** compreendida como elemento estruturante da narrativa constitucional.*²⁵ (grifei) *Tessitura* (constitucional) e *alteridade*, eis o que a forma e o conteúdo dos argumentos experimentam quando se trata de costurar uma ideia e uma prática (constitucional) de igualdade e não discriminação. O fio de linha, a agulha do real (como diria Gil), o alinhavo, a costura e a tessitura, o que se entrelaça, a trama, o enredo, a narrativa de um constitucionalismo feminino e feminista, comprometido eticamente na aplicação do direito constitucional e do direito internacional dos direitos humanos . Conforme Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bonifácio José Suppes de Andrada, *a responsabilidade que temos para com o Outro é a responsabilidade que nos conforma como seres humanos, exigindo que estejamos sempre a indagar o que entendemos por igualdade.*²⁶

Decisões constitucionais podem alinhavar (mais do que costurar) um constitucionalismo feminino ou feminista. Suas tessituras estabelecem padrões jurídicos-normativos, constitucionais, que podem servir de referência para outras decisões. A técnica que faz a agulha do real movimentar o fio de linha (dos argumentos) é tão necessária quanto determinante para que a narrativa crie e fixe um padrão (decisório) a servir de referência da jurisdição constitucional. Mas a

²⁴ Mota, Fernanda Ferreira e Biroli, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. Dossiê O Gênero da Política: feminismos, estado e eleições. *Cadernos Pagu* (43), julho-dezembro de 2014:197-231, p. 210.

²⁵ Fachin, Luiz Edson. Voto na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357/DF.

²⁶ Cruz, Álvaro Ricardo de Souza e Andrada, Bonifácio José Suppes de. Igualdade e discriminação. In: Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. (O) Outro (e) (o) direito. Vol. II., Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 120.

técnica não é suficiente. A agulha do real não movimentada mecanicamente o fio de linha. Pessoas fazem isso e o fazem no enfrentamento, no face-a-face e na sua infinita responsabilidade com o Outro. O constitucionalismo feminista (nos) faz esse chamado ético, assim como Fanny Wright.

Referencias bibliográficas:

- Fachin, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 06.
- Fachin, Luiz Edson e Ruzyk, Carlos Eduardo Pianovski. Orincipio da dignidade humana (no direito civil). In: Torres, Ricardo Lobo, Kataoka, Eduardo, Galdino, Flávio. (Orgs) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 211, p. 314.
- Wright, Frances. *Views of Society and Manners in America*. Londo: Printed for Longman, Hurst, Rees, Orme and Brown, 1821.
- Wright to Lafayette, February 11, 1822, quoted in Lloyd S. Kramer, *Lafayette in Two Worlds: Public Cultures and Personal Identities in an Age of Revolutions*. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1996.
- Warner, Michael. *Público, públicos, contrapúblicos*. Trad. Victoria Schussheim. Mexico: Fondo de Cultura Economico, 2012.
- Mota, Fernanda Ferreira e Biroli, Flávia. O gênero na política: a construção do “feminino” nas eleições presidenciais de 2010. Dossiê O Gênero da Política: feminismos, estado e eleições. *Cadernos Pagu* (43), julho-dezembro de 2014:197-231.
- Cruz, Álvaro Ricardo de Souza e Andrada, Bonifácio José Suppes de. Igualdade e discriminação. In: Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. (O) Outro (e) (o) direito. Vol. II., Belo Horizonte: Arraes, 2015.
- Critchley Simon. Introdução a Emmanuel Levinas. In: Haddock-Lobo, Rafael. *Da existência ao infinito. Ensaios sobre Emmanuel Levinas*. Rio de Janeiro: Editora PUC e Edições Loyola, 2005.