

Políticas de ação afirmativa e a atuação do Supremo Tribunal Federal na inclusão da mulher no processo eleitoral

Nicolly Jacob e Luiz Gustavo de Andrade

Resumo

Este artigo busca discorrer sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 5617/DF referente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei 13.165/2015. Porém, como a medida adotada trata-se de uma ação afirmativa, é necessário antes conceituar igualdade e políticas de ação afirmativa. Nesse aspecto, será possível perceber que, apesar de a Constituição Federal não mencionar de forma explícita sobre medidas afirmativas, ela adotou uma série de ações afirmativas que buscam concretizar os direitos das mulheres. Na sequência, a análise volta-se para o julgamento da ADI 5617, procura debater sobre a importância dessa decisão e entender se o STF possui a competência para estabelecer, de forma diversa do legislador, um limite mínimo do fundo partidário a ser destinado em campanhas femininas. Neste ponto, se conclui que apesar de a atuação da Corte Constitucional Brasileira ser essencial para a concretização dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário não pode, em suas decisões, atuar como legislador positivo, usurpando as competências típicas do Poder Legislativo, fato que restou evidente no julgamento da ADI 5617. Portanto, se entende que forma mais democrática de inserção das mulheres na política, deve ser realizado por meio da

Sobre os autores

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Integrante do Grupo de pesquisa “Hermenêutica Constitucional e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade”. Monitora de direito constitucional. Desenvolve pesquisa na área do direito constitucional com ênfase nos seguintes temas: ativismo judicial, democracia, hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. E-mail: nicollyjacob@hotmail.com

Professor da Faculdade de Direito de Curitiba, do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba. Possui Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Unicuritiba. Pós-graduado pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Unicuritiba. Atualmente é professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Integra a Comissão de Gestão e Controle da Administração Pública da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraná (OAB-PR). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política (ABRADEP). Membro Fundador do Instituto Mais Cidadania. É advogado militante no Paraná. E-mail: prof.luiz.gustavo@hotmail.com

atuação do próprio Poder Legislativo na criação de medidas eficazes no combate à desigualdade. Para a realização do artigo científico foi utilizado o método dedutivo, somado a revisão bibliográfica e a pesquisa de jurisprudência do STF.

Palavras-chave: ações afirmativas; fundo partidário; campanhas femininas; cotas de gênero; supremo tribunal federal.

Abstract

This article seeks to discuss the recent decision of the Supreme Federal Court in ADI n. 5617DF, referring to the request for declaration of unconstitutionality of art. 9 of Law no. 13,165 / 2015. However, as the measure adopted in article 9 of the referred law is an affirmative action, it is necessary to conceptualize equality and affirmative action policies. In this regard, it will be possible to realize that, although the Federal Constitution does not expressly mention the term affirmative measures, it adopted a series of affirmative actions that seek to concretize women's rights. Then, the analysis turns to the judgment of ADI 5617. At this point, we seek to debate the importance of this decision and understand whether the STF has the competence to establish, in a different way from the legislator, a minimum limit of the party fund to be used in women's campaigns. At this point, it is concluded that despite the performance of the Brazilian Constitutional Court is essential for the realization of fundamental rights, the Judiciary Branch cannot, in its decisions, act as a positive legislator, usurping typical powers of the Legislative Branch, a fact that was evident in the judgment of ADI 5617. Therefore, it is understood that the most democratic form of insertion of women in politics should be carried out through the actions of the Legislative Power itself in the creation of effective measures to combat inequality. In order to carry out the scientific article, the deductive method will be used, in addition to the bibliographic review and the case study of the Federal Supreme Court

Keywords: affirmative actions; party fund; women's campaigns; gender quotas; supreme federal court .

Artigo recebido em 01 de fevereiro de 2021 e aprovado pelo Conselho Editorial em 10 de fevereiro de 2021.

Introdução

O artigo procura discorrer sobre a recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5617 Distrito Federal (DF), de relatoria do Ministro Edson Fachin, referente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade

do artigo 9º da Lei 13.165/2015, que estabelecia uma minirreforma eleitoral.

Porém, antes de adentrar nessa problemática, é necessário reconhecer que a medida adotada pelo Legislador no art. 9º da Lei 13.165/2015 é uma política de ação afirmativa. As políticas de ação afirmativa, em tese, visam promover uma igualdade fática entre as pessoas.

Com base nisso, discorre-se, primeiramente, sobre o surgimento e o conceito da igualdade formal, igualdade material e das ações afirmativas. Posteriormente, busca-se analisar se a Constituição Federal de 1988 estabeleceu medidas afirmativas que possam legitimar a criação delas em âmbito infraconstitucional.

Após discorrer sobre essas questões, analisa-se a decisão da ADI 5617/DF. Nesse ponto, procura-se evidenciar a importância da adoção das medidas afirmativas para incluir as mulheres no processo eleitoral e as limitações da atuação da Corte Constitucional.

Do surgimento das políticas de ação afirmativa

As Revoluções do século XVIII se deram por conta de uma série de arbitrariedades cometidas pelo Monarca, que concentrava em suas mãos todo o poder social. Era ele quem organizava a sociedade, quem dizia e fazia a lei, quem restringia direitos e concedia privilégios.

Com a ascensão da burguesia, principalmente na França, “[...] as lutas contra a negação ou incerteza dos direitos e a insegurança dos que não compartilhavam do Poder Político”, isto é, que ficavam subordinados à constante intervenção do Monarca “em suas atividades pessoais, em sua vida familiar, no exercício de seus ofícios e profissões, na manutenção e no uso de seu patrimônio e no desenvolvimento de suas atividades econômicas e financeiras” (Dallari, 2013, 99), elas tornam-se frequentes.

Deste modo, tão logo se proclama a Revolução, o principal objetivo foi o de assegurar a liberdade contra toda e qualquer tentativa de restrição ou intervenção estatal. Para isso, cria-se um documento jurídico que positivava a liberdade do homem e do cidadão, passando a ser dever do Estado respeitar e não interferir na liberdade de escolha, de locomoção, de manifestação, de organização familiar, profissional e patrimonial dos indivíduos.

Defende-se, assim, que “todos” nasce em livres (França, 1789), e o Estado ao desrespeitar essa garantia, além de agir de maneira

arbitrária e desigual – vez que só restringe a liberdade de alguns –, estaria infringindo o pacto social, e ainda, uma ordem emanada por uma autoridade divina.

Para dar sustentação a esse Estado de liberdades, os institutos jurídicos da época – Declaração de direitos do homem e do cidadão (França, 1789) e Declaração de direitos do bom povo de Virgínia (Estados Unidos, 1776) – proclamam também a igualdade como um direito natural e fundamental dos cidadãos.

A Declaração de direitos do homem e do cidadão positiva nos artigos 1º e 6º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”; a lei “[...] deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir”; todos são igualmente admitidos “a lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade [...]” (França, 1789).

Já a Declaração de Direitos de Virgínia determina no artigo 1º que “todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes [...]” e nenhum tipo de lei poderá privar “o gozo da vida e da liberdade ” (Estados Unidos da América, 1776).

Essa igualdade positivada nos documentos jurídicos do pós-revolução é chamada de igualdade formal ou estatística (Rocha, 1996, 287), isto porque deve ser aplicada de forma abstrata e neutra a uma generalidade de pessoas, sem qualquer discriminação ou privilégio por parte do Estado. De acordo com Joaquim B. Barbosa Gomes (2001b, 2),

O Estado Moderno, informado pelo constitucionalismo desencadeado pelas revoluções do século dezoito, especialmente a francesa e a americana, presenciou a emergência da ideia de igualdade como princípio incontornável dos documentos constitucionais então nascentes. Com efeito, foi a partir dessas duas experiências institucionais pioneiras que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais [...].

Assim, a lei deve ser a mesma para todos, o privilégio a determinado grupo ou a discriminação a determinada classe social não é, em regra, aceita. Para exemplificar de forma mais clara: se uma lei determina que as alíquotas de imposto serão de 20% ao mês, todos,

sejam eles ricos ou pobres, deverão desembolsar mensalmente esses 20% para o pagamento da referida alíquota de imposto (Cruz, 2011, 26).

Conforme Joaquim Barbosa descreve, o conceito meramente formal de isonomia foi concebido “para o fim específico de abolir privilégios do *ancien régime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no “rang” na rígida e imutável hierarquização social por classes [...]” (Gomes, 2001a, 130).

Além disso, a igualdade formal, tal como foi positivada, possuía como finalidade assegurar o exercício do direito à liberdade, ou seja, a participação na vida pública e privada de maneira igual, sem nenhum embaraço a todos aqueles considerados cidadãos.

Todos que não eram considerados cidadãos e que “[...] não dispusessem de meios para viver segundo os princípios liberais” não seriam efetivamente livres, e a desigualdade a que eram implicitamente submetidos era justa por ser “[...] resultante de relações estabelecidas e desenvolvidas com liberdade.” (Dallari, 2013, 104).

Em outras palavras, o direito à igualdade, nesse período, é um direito secundário (Dallari, 2013, 104), sendo de extrema relevância para assegurar a liberdade somente daquele que fez a Revolução: o homem branco e burguês. É, dessa forma, um tanto quanto ilusório discorrer que as Revoluções do século XVIII serviram para conceder ao trabalhador, ao negro, ao estrangeiro e à mulher o direito à livre e igual participação no seio da sociedade.

Diante disso, é necessário reconhecer que a igualdade formal, exigindo certa neutralidade estatal, por si só, não foi e não é capaz de reduzir os constantes desequilíbrios existentes na sociedade. Chega assim o momento em que o Estado reconhece que deve atuar de maneira positiva para concretizar os direitos fundamentais igualmente.

Como a igualdade formal não foi suficiente para garantir a todos o acesso igual e digno nos diversos rumos políticos e econômicos da sociedade, surge uma nova concepção de igualdade, a material ou, como também é chamada, substancial (Cruz, 2011, 26) ¹.

1. Luis Felipe Mendonça Cruz disserta que o conceito de igualdade material surgiu no Estado Liberal, para ele “a verdade é que ambas as dimensões de igualdade [igualdade formal e igualdade material] coexistem e sempre coexistiram, ainda que de forma menos ou mais evidente”. O autor aponta como exemplo a própria Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, que, no artigo 1º,

Por ela, o Estado de mero agente passivo passa a ser um agente ativo, devendo não mais se abster, mas agir de forma direta ou indireta na criação de mecanismos para garantir que as minorias² políticas, sociais e econômicas tenham a oportunidade de concretizar efetivamente o direito e a garantia à igualdade.

Esse conceito, presente também em alguns trechos bíblicos, tem como objetivo “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam [...]” (Rocha, 1996, 288), isto é, os agentes políticos devem analisar a situação de determinada pessoa ou grupo perante a sociedade e, caso estejam em situação de fragilidade e desfavorecimento, (Gomes, 2001a, 131) estabelecer um tratamento que vise diminuir ou erradicar essa conjuntura de vulnerabilidade.

Assim, segundo Joaquim Barbosa, essa é uma discriminação positiva, constitucionalmente legítima, vez que “cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão ” (Gomes, 2001b, 131).

Cármén Lúcia Antunes Rocha também narra que “a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante da sociedade” (Rocha, 1996, 286).

Seguindo os exemplos de Luis Felipe Ferreira Mendonça Cruz, a igualdade material estabelece que, por exemplo, nem todas as pessoas pagarão alíquota de imposto de 20% ao mês. Os mais ricos pagarão proporcionalmente mais impostos do que aqueles que são mais pobres, tendo em vista que, se a lei estabelece o mesmo

além de utilizar a expressão de que todos são naturalmente iguais , também descreve que “as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Diante disso, é possível afirmar que, se os Estados proclamaram a igualdade material no século XVIII, eles somente se valeram dess e conceito a partir do final do século XIX e início do XXI (Cruz, 2011, 26).

2. Importante deixar claro que, conforme a Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia destaca, a expressão *minoría* não quer dizer *minoría* em um sentido quantitativo, mas em relação à distribuição de poder na sociedade. A *minoría* pode ser formada por “um contingente que supera em número (mas não na prática, no respeito etc.)” (Rocha, 1996, 285).

imposto, um grupo de pessoas será prejudicado, quais sejam, os mais pobres terão o seu nível de vida significativamente afetado, enquanto o outro grupo será privilegiado, vez que não terão seu nível de vida significativamente afetado (Cruz, 2011, 26).

Da mesma forma, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que a igualdade material pode estabelecer, por exemplo, diferenças no tratamento das sociedades empresárias para as sociedades civis, do servidor estatutário para o celetista, do advogado para as demais profissões, entre outras. Essas diferenças são aceitas pelas características diferentes que as sociedades empresárias, os servidores públicos e os advogados apresentam em relação às sociedades civis, aos celetistas e às demais profissões (Mello, 2000, 33) ³.

Neste sentido, para concretizar a igualdade material, surgem as ações afirmativas. Elas são políticas públicas ou privadas que, com o objetivo concretizar a igualdade material (Gomes, 2001a, 132), tentam reduzir as desigualdades existentes em razão da raça, cor, gênero, sexo, orientação sexual, nacionalidade, entre outros.

Dess e modo, correspondem a “um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas [do Estado ou de agentes privados] que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas [...]” (Menezes, 2001, 27).

Conforme destaca Mendonça Cruz (2011, 77),

As políticas de ação afirmativa se distinguem das demais políticas que visam aos mesmos objetivos mediatos pelo seu *modus operandi*: operam-se pelo estabelecimento de tratamentos juridicamente desiguais e portanto, mediante o estabelecimento de restrições ao

-
3. Celso Antônio Bandeira de Mello descreve que não se admite a discriminação de pessoas ou coisas por características que são alheias a elas. Dess a forma, o traço que as diferencia deve ser encontrado em si mesmas. De acordo com o autor, “o que se põe em pauta, nuclearmente, portanto, são sempre as pessoas, fatos ou situações, pois só neles podem residir diferenças. Uma destas diferenças é a reintegração maior ou menor. É a sucessão mais dilatada ou menos dilatada; é, em suma, a variação da persistência. Esta variação demarca-se por um período, por uma data, mas o que está sendo objeto de demarcação não é, obviamente, nem o período em abstrato nem a data em abstrato, mas os próprios fatos ou situações contemplados e demarcados”.

princípio da igualdade jurídica. Não se deve negar a existência de outros gêneros de políticas públicas que visam a alguns dos objetivos mediatos também visados pelas medidas de ação afirmativa. No caso do combate a discriminações, por exemplo, além da adoção de certas medidas de ação afirmativa, pode-se procurar coibir ou suprimir práticas discriminatórias por meio de normas proibitivas ou inibitórias. Contudo, em muitos casos, como se verá oportunamente, as medidas inibitórias ou universalistas são insuficientes, o que justifica, em certos casos, os tratamentos jurídicos desiguais estabelecidos pelas medidas de ação afirmativa.

Assim, o Poder Público e os agentes privados além de criarem normas que proíbam qualquer tipo de discriminação (igualdade formal), é essencial que estipulem determinadas estratégias e incentivos de tratamento desigual, para impelir pessoas, empresas e a própria Administração Pública a incluir, na sociedade, os grupos que foram e ainda são marginalizados (ações afirmativas que buscam concretizar a igualdade material). As cotas sociais são um clássico exemplo de ação afirmativa. Por meio delas, algumas vagas de emprego, e até mesmo em instituições privadas de ensino, são destinadas a minorias.

Entretanto, as ações afirmativas não se reduzem a cotas sociais (Menezes, 2001, 31). Elas também consistem na concessão de bolsas de estudos às pessoas mais pobres ⁴, nos incentivos fiscais destinados às instituições públicas e privadas que reservem vagas a determinados grupos, e entre outras medidas.

Geralmente, as medidas afirmativas são tidas como “temporárias” (ONU, 2019), uma vez que, quando a igualdade fática entre, por exemplo, brancos e negros, pobres e ricos, mulheres e homens for eliminada, a ação afirmativa, por perder seu objeto, deve deixar de existir. Contudo, Mendonça Cruz explica que existem exceções a essa regra: “Um exemplo seria reserva de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência [...], já que esses indivíduos têm

4. A exemplo, no caso brasileiro, o Programa Universidade para Todos (ProUni) em que, preenchidos todos os requisitos, o Estado disponibiliza às pessoas mais pobres bolsas de estudo de 100% e 50%. E o Financiamento estudantil (FIES) que consiste basicamente em um empréstimo estatal a juros menores aos estudantes de curso superior.

desvantagens permanentes na competição pelas vagas ofertadas a todos, o que exige atenção permanente”. Assim “[...] a característica da ‘temporiedade’ perde seu caráter definidor das medidas de ação afirmativa e passa a ser apenas contingente” (Cruz, 2011, 84).

Além disso, Paulo Menezes (Menezes, 2001, 33) descreve que as ações afirmativas não são um remédio único e exclusivo do Poder Judiciário.

Pode-se dizer que os Estados Unidos é considerado o país precursor das ações afirmativas. O termo *affirmative action* foi utilizado pela primeira vez em 1961, quando o Presidente Kennedy expediu a *Executive Order* 10.925 que proibia o Poder Público de deixar de contratar funcionários ou de analisar o currículo dos candidatos a uma vaga de emprego por conta da raça, credo, cor ou nacionalidade.

Segundo ela, a ação afirmativa deveria ser adotada pelo contratante “para assegurar que os candidatos sejam empregados, como também tratados durante o emprego sem consideração de sua raça, seu credo, sua cor ou nacionalidade”. Além disso, garantiria “sem limitação, o seguinte: emprego; promoção; rebaixamento ou transferência; recrutamento ou anúncio de recrutamento; dispensa ou término de índice de pagamento ou outras formas de remuneração; e seleção para treinamento; inclusive aprendizado” (Menezes, 2001, 88).

Outrossim, para garantir que as contratações fossem realizadas pelo Poder Público sem nenhuma discriminação, a *Executive Order* 10.925/61 criou *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) – Comissão de Igualdade de Oportunidade de Emprego. Uma agência governamental independente que servia para fiscalizar os agentes públicos e como uma via administrativa pela qual a suposta vítima de discriminação poderia realizar a sua denúncia (Gomes, 2001b, 156).

Essa ordem emanada pelo Poder Executivo norte-americano representou o início do combate às desigualdades e possibilitou que novas medidas fossem adotadas, questionadas e, posteriormente, declaradas constitucionais pela Suprema Corte norte-americana.

Mais precisamente em relação às questões de gênero, no final do século XX, a Corte Constitucional também chegou a enfrentar algumas problemáticas relacionadas à igualdade formal e às ações afirmativas sobre o tema.

Um dos primeiros casos relacionados a medidas afirmativas para incluir mulheres, que chegou para a apreciação da Suprema

Corte norte-americana, foi o de *Reed v. Reed* de 1971, em que ficou reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei do estado de Idaho “[...] que concedia preferências aos homens, em detrimento das mulheres, para serem indicados como inventariantes” (Menezes, 2001, 120).

Já na decisão de *Price Whaterhouse v. Hopkins*, Ana Hopkins, gerente sênior do escritório Price Whaterhouse, foi cogitada a ocupar o cargo de *partner* na empresa, porém, o tempo passou, e ela continuou exercendo a mesma função de gerente sênior. Diante disso, Hopkins ingressou com uma ação judicial e alegou que a empresa havia violado o título VII do Estatuto de Direitos Civis de 1964.

O caso chegou a Suprema Corte que, após realizar amplas pesquisas, descobriu que, juntamente com a autora da ação, havia mais 88 mulheres concorrendo ao cargo de *partner*, destas, 47 foram promovidas. A princípio não havia nenhuma violação ao Estatuto dos Direitos Civis e, portanto, a empresa não tinha praticado nenhum ato de discriminação em razão do sexo.

A Corte decidiu aprofundar o estudo sobre o caso e acabou percebendo, através de documentos da própria empresa, que Hopkins não conseguiu a promoção porque os membros da comissão avaliadora esperavam que ela fosse “mais feminina”, “mais arrumada”, “mais comportada” (Gomes, 2001b, 156). Comprovou-se assim que a discriminação por parte da comissão avaliadora de fato ocorreu.

Sobre discriminação de gênero, também é possível citar a decisão proferida em *United States v. Virgínia*, que se refere a uma instituição de ensino militar dos Estados Unidos que era mantida com recursos públicos. E só aceitava, como alunos, homens. Para isso, a universidade declarava que a educação da instituição era voltada para a formação de cidadãos soldados, e isso acabava por demandar dos estudantes esforços físicos e psicológicos que as mulheres não possuíam.

O Governo Federal ingressou, no ano de 1990, com uma ação judicial contra a universidade. A corte decidiu que houve a violação da 14ª Emenda Constitucional. Assim, para tentar se adequar à decisão do Poder Judiciário, a instituição criou, separadamente, um instituto de formação específico que admitia apenas mulheres, entretanto ele possuía uma qualidade de educação inferior à dos homens.

O caso continuou sendo apreciado pela corte de apelação e, quando chegou a Suprema Corte, reconheceu-se que a prática de criar uma instituição de ensino somente para as mulheres não

solucionou o problema, vez que a educação fornecida era inferior e, com isso, acabou perpetuando a desigualdade de gênero.

Em 1982, a Suprema Corte julgou o caso *Mississippi University for Women v. Hogan*. Em síntese, tratava-se de uma faculdade de enfermagem que era beneficiária de programas do governo e que só admitia, como alunas, mulheres. Ao analisar os fatos, a Suprema Corte entendeu que o critério de discriminação adotado pela universidade não era constitucional. Nas palavras da Juíza Sandra Day O'Connor da Suprema Corte (1982, apud. Menezes, 2001, 120-121)

[...] Longe de constituir uma compensação pelas barreiras discriminatórias enfrentadas pelas mulheres, a medida adotada pela Universidade do Mississippi para Mulheres tende a perpetuar a visão estereotipada da Enfermagem como uma ocupação exclusiva para mulheres. Além do mais, o Estado-membro não logrou demonstrar que o discrimen fundado no gênero é substancial e diretamente relacionado à meta compensatória anunciada [...]

Em 1987, a Suprema Corte julgou o caso *Johnson v. Transportation Agency Santa Clara County*, Califórnia, em que a empresa de transporte, ao entender que as mulheres estavam sendo sub-representadas nesta área, começou a adotar medidas de inclusão.

O funcionário Johnson, ao ter a vaga de promoção indeferida pelo fato de que a nomeação levou em conta o critério sexo, ingressou com uma ação judicial. A ação foi julgada improcedente. A Corte entendeu que essa medida visava dar uma “atenção especial às minorias (étnicas e raciais), às mulheres e aos deficientes físicos existentes entre os funcionários, que tivessem disponibilidade e aptidão profissional [...]”.

Além do mais, conforme Menezes cita o voto do Relator, havia constitucionalidade da medida porque (1987, apud. Menezes, 2001, 123-124)

[...] a) nenhuma pessoa era automaticamente excluída de qualquer apreciação por parte de seus superiores; b) os candidatos ao cargo em disputa não tinham direito absoluto ao mesmo, visto que o diretor do órgão municipal tinha discricionariedade para escolher entre os sete funcionários aprovados nos testes de classificação; c) o autor da ação não tinha perdido o seu emprego, salário ou tempo de serviço (seniority), mantendo-se em condições de disputar outra promoção;

d) o órgão municipal visara corrigir uma desigualdade entre os sexos, e não manter um desequilíbrio já existente.

Assim, pode-se dizer que os Estados Unidos da América foi o berço pre cursor das ações afirmativas, propiciando a eventual positividade dessas medidas em grande parte dos países ocidentais.

Feita esta breve conceituação e análise, o foco da pesquisa retoma à Carta Constitucional Brasileira de 1988.

Constituição brasileira de 1988 e a positivação de ações afirmativas

O princípio da igualdade foi positivado em todas as Constituições Republicanas do Brasil. A Carta Constitucional de 1934, por exemplo, além de estipular a igualdade, vedou a concessão de privilégios e distinções “por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões ou dos próprios pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticos Pesquisar.” Essa redação foi suprimida pelos textos constitucionais de 1937 e 1947, reaparecendo apenas na Constituição de 1967, no seu art. 150, § 1º, que além de os privilégios e distinções, estipulava a punição do preconceito.

O texto constitucional de 1988 por sua vez, ao estabelecer que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, reconheceu que ainda existem discriminações, e o Estado tem o dever de adotar medidas para eliminá-las.

Além disso, pela primeira vez, preceitua, no artigo 5º, inciso I a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. De acordo com Renato Bernardi e Raquel Neves, a intenção do Legislador Constituinte ao positivar esse artigo foi a de “[...] suprimir toda forma de discriminação de gênero, alçando a mulher a um status de plena capacidade identificando-a ao homem.” (Bernardi e Neves, 168).

No mesmo sentido, Alexandre Ribeiro descreve que a “[...] preocupação do legislador constituinte foi a de assegurar o princípio da igualdade de forma ampla e abrangente, com o objetivo de proteger os cidadãos contra práticas discriminatórias em relação ao gênero” (Ribeiro, 2019, 40).

Já José Afonso da Silva descreve que esse dispositivo “[...] resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações”. Significando que onde “[...] houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional” (Silva, 2007, 217).

Em decorrência desse dispositivo, a Lei Maior garante o direito à igualdade de gênero no âmbito familiar, trabalhista, de posse e propriedade.

Porém, apesar de garantir a igualdade de gênero, em nenhum dos seus artigos, a Carta Constitucional adotou expressamente o termo *ações afirmativas*, em consequência disso, poder-se-ia descrever que ela não adotou medidas afirmativas. Entretanto, tal conclusão seria um tanto quanto equivocada pelos fatos a seguir expostos.

Quando a Carta Magna, no seu artigo 3º, inciso III e IV, estipula que a República Federativa do Brasil tem como objetivo “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “prover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, reconhece que esses preceitos ainda não foram atingidos.

Assim, reconhece também que a igualdade formal, apesar de ser um mecanismo de extrema importância para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e para a efetivação do Estado Democrático de Direito, não foi, por si só, capaz de eliminar a pobreza, a marginalização, o preconceito e as desigualdades sociais e regionais existentes. Desse modo forma, passa a entender que o Estado tem o dever de um agir positivo, isto é, interferir na economia e nas relações privadas, criando mecanismos para que os seus objetivos sejam efetivamente cumpridos.

Mas além disso, a própria Constituição estabelece medidas afirmativas quando, a título de exemplo, concede tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas em obrigações administrativas, tributárias e creditícias (art. 179); determina a criação de lei para reservar percentual de cargos e empregos públicos pessoas portadoras de deficiência (art. 37, inciso VIII); estipula que parte dos precatórios alimentícios cujos titulares tenham 60) anos ou mais, de doença grave com deficiência, e sejam pagos com preferências sobre os demais débitos (art. 100, § 2º, vide Emenda constitucional. 94/2016);

estipula a gratuidade dos transportes coletivos urbanos a pessoas maiores de sessenta 65 (art. 230, § 2º), e entre outros.

Em relação às questões de gênero, também estabelece medidas afirmativas ao prescrever a criação de uma lei que proteja o mercado de trabalho da mulher inserida no mercado (art. 7º, inciso XX); licença à gestante com duração de 120 (cento e) dias (art. 7º, inciso XVIII); estabilidade da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, alínea “b” do ADCT); licença paternidade (art. 7º, inciso XIX); isenção do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º); aposentadoria com menor tempo de serviço e de idade que o homem (art. 40, § 1º, inciso III e art. 201, § 7º, inciso I), e a obrigatoriedade de criação, pela legislação infraconstitucional, de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações domésticas e familiares (art. 226, § 8º).

Esses dispositivos propiciaram que, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186 declarasse a constitucionalidade das medidas afirmativas, legitimando a adoção pela Legislação infraconstitucional dessas políticas, como é o caso do art. 10, § 3º da Lei das Eleições que procurou, por meio de ações afirmativas, incluir mais mulheres no espaço político.

Leis de n. 9.504/95 e n. 13.165/2015 e a tentativa (frustrada) de inclusão da mulher no processo eleitoral

Diante do quadro de sub-representação da mulher na política Estatal, o Brasil, seguindo os onze países latino-americanos (Campos, 2019, 601), adotou a ação afirmativa de quotas de gênero, isto é, estipulou, no § 3º do artigo 10 da Lei 9.504/95, que cada partido ou coligação partidária deveria preencher, “no mínimo 30% e no máximo 70% para candidaturas de cada sexo.”

Segundo este artigo, ao menos 30% das candidaturas lançadas pelo partido ou coligação partidária deveriam ser femininas. Com esse dispositivo esperava-se que a desigualdade entre homens e mulheres, no âmbito político, fosse reduzida.

Porém, de acordo com Lígia Campos, o dispositivo legal não foi capaz de reduzir expressivamente o quadro sub-representação política das mulheres, tendo em vista que ele foi “[...] convenientemente

interpretado pelos partidos políticos como uma determinação para que 30% das vagas fossem meramente reservadas para este fim, e não necessariamente ocupadas por candidatas” (Campos, 2019, 603).

Do mesmo modo, a autora narra que a política de quotas não apresentou melhores resultados na América Latina, posto que “[...] a representação feminina aumentou de uma média de 9% em 1990, para 15% em 2002, e no mesmo período, de 5% para 12% no Senado” (Campos, 2019, 603).

De acordo com pesquisa realizada pelo Senado Federal intitulada de *Mais Mulher na política; Mulher, tome partido*, no ano de 1986, as mulheres ocupavam cerca de 5,4% da Câmara dos Deputados e 0,0% do Senado Federal. Já ano de 1990, ocupavam cerca de 6,0% nas duas casas. No ano de 1998, representavam cerca de 5,7% na Câmara dos Deputados e 7,0% no Senado (Brasil, 2016, 21).

Desta forma é possível perceber que, após 13 anos (2010) de vigência da lei que estabelece quotas de gênero, o quadro de sub-representação não se altera profundamente, vez que mulheres chegam a representar, apenas cerca de 9,0% na Câmara e 13% no Senado Federal (Brasil, 2016, 21).

Diante da manutenção da desigualdade, a Lei n. 12.034/2009, alterou a redação do § 3º do artigo 10, para, agora determinar, que cada partido ou coligação partidária deveria preencher, no mínimo 30% e no máximo 70% com candidaturas de cada sexo.

Contudo, as mudanças esperadas não ocorreram. No ano de 2013, por exemplo, em um estudo realizado com 188 países o Brasil ocupou a 156ª posição, no ranking de participação feminina no Parlamento (Brasil, 2016, 21). Já no ano de 2017, um Estudo da ONU mulheres analisando 174 países, demonstrou que o Brasil ficou na 154ª colocação de participação feminina no Parlamento. Já na América Latina e Caribenha, o Brasil ocupou a 32ª colocação, ficando atrás apenas de Belize (Tribunal Superior Eleitoral, 2019).

Nas eleições de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral apontou que as mulheres representavam cerca de 52,5% das eleitoras, mas que apenas 31,6%, cerca de 9.204 mil delas concorreram a algum cargo eletivo e, apenas 290 (duzentos e noventa) foram eleitas. Os dados do TSE apontam que houve um aumento de 52,6% de eleitas, se comparado com o ano de 2014. (Tribunal Superior Eleitoral, 2019).

Entretanto, os resultados ainda apontam uma desigualdade substancial na política⁵.

Uma das causas para tamanha desigualdade consiste no fato de que, apesar da Constituição reconhecer o direito a igualdade e a proibição de discriminações por razões de sexo, no Brasil ainda

-
5. Em razão destes índices de sub-representação da mulher na política, no Município de Curitiba, existe um projeto de lei que pretende incluir mais mulheres na política. O projeto de alteração na Lei orgânica municipal é encabeçado pela vereadora Maria Letícia Fagundes (PV), que pretende acrescentar o parágrafo único ao artigo 17 para determinar que “[...] A representação no parlamento municipal será dividida igualitariamente entre homens e mulheres, considerando-se a distribuição de vagas a cada partido segundo a legislação eleitoral”. Desta forma, o projeto pretende destinar metade das vagas – 19 cadeiras - da câmara de vereadores do Município de Curitiba, a candidatas mulheres. De acordo com site informativo da Vereadora Maria Letícia, políticas de ação afirmativa como essas, são necessárias para que grupos sub-representados, como o de mulheres “[...] assumam o espaço a que têm direito nos espaços públicos.” Destaca ainda que o que está se reivindicando é a paridade de participação “[...] Considerando que as mulheres são hoje 52% do eleitorado, é justo que tenham ao menos metade da representação no Poder Legislativo de Curitiba.” Aparentemente, esse projeto de lei sofre um vício de inconstitucionalidade formal por violar a competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral (art. 21, inciso I da CRFB). Em relação a essa preocupação, o site da vereadora informa que o projeto não incide em violação ao disposto no art. 22, inciso I da CRFB, tendo em vista não legisla propriamente sobre direito eleitoral, apenas estabelece novas regras de organização da Câmara de Vereadores, sendo está uma competência Municipal, decorrente de sua autonomia prevista no art. 18 da CRFB. De fato, o artigo 18 da Constituição estabelece que os Municípios possuem capacidade de auto-organização, de autogoverno, de autoadministração e capacidade normativa própria. A Capacidade normativa se limita as matérias de natureza comum da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 23 da CRFB), assuntos de interesse local e legislação suplementar aos atos normativos federais e estaduais. Já a capacidade de auto-organização, a competência da criação da própria lei orgânica, dentro dos parâmetros da Constituição Federal e da Constituição Estadual. O projeto de lei apresentado, aparentemente não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses, isto porque, ele altera toda uma lógica positivada no Código Eleitoral e na própria Constituição Federal (art. 14 da CRFB). Além do mais o problema da falta de representatividade feminina na política não é algo único de um ou outro Município, mas é, conforme os dados apresentados acima, algo nacional, que deve ser debatido pelo Congresso Nacional, ente legítimo para a criação de uma possível medida afirmativa que reserve cadeiras na política para mulheres. Assim, se a medida for aprovada, é possível que sua constitucionalidade possa vir a ser questionada mediante ação em controle difuso, ou ADPF, haja vista a possível violação de preceitos constitucionais (art. 60, § 4º, inciso I da CRFB). MANDATO MARIA LETÍCIA, 2020.

predomina o discurso de que o ambiente público, e por assim dizer, a política, não é um espaço natural da mulher. Conforme Lígia Campos (2019, 601), descreve

Um dos aspectos que contribui para essa desigualdade é a existência de diversas barreiras sociais e psicológicas, resultantes do discurso da diferença e dos espaços ‘naturalmente’ apropriados para cada sexo. Esse discurso contribuiu fortemente para a aceitação de não interferência da mulher na coisa pública e, por consequência direta de supostas características e aptidões que lhe seriam inerentes. Com a ideologia de sua vinculação ‘natural’ à esfera privada (e doméstica) as mulheres ficam alheias aos espaços de poder, que eram então ocupados por homens. Internalizam obrigações domésticas e familiares, o que torna, por exemplo, a sua disponibilidade de tempo, muitas vezes, limitada em relação às demandas de dedicação quase exclusiva de campanhas políticas [...].

Outro problema é o de que os partidos políticos tendem a burlar o sistema de quotas estabelecido, isto é, eles lançam candidaturas femininas, mas não destinam recursos suficientes para que elas consigam efetivamente concorrer ao pleito eleitoral. Essas são as chamadas “candidaturas laranjas”.

Um outro aspecto contribuiu para a manutenção dessa desigualdade. Em 2015, foi aprovada a lei de n. 13.165 de 2015, que estabelecia a minirreforma no âmbito eleitoral, alterou as “[...] Leis de nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 [...]. Possuía como objetivo, “[...] reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.”

Segundo o Congresso Nacional, a norma incentivava a participação política feminina porque em seu artigo 9º estipulava que nas eleições de 2016, 2018 e 2020, os partidos políticos deveriam destinar, no mínimo 5% e no máximo 15% do fundo partidário para o financiamento de campanhas de candidatas.

Isto, em síntese significava que, as candidatas, teriam acesso a, no máximo 15% do fundo partidário para o financiamento de suas campanhas, enquanto o restante, cerca de 85%, seria destinado ao financiamento de campanhas masculinas.

Diante da evidente inconstitucionalidade da medida, por violação da igualdade formal e material, o Procurador-Geral da República,

propôs, no STF, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, do referido dispositivo. O Julgamento desta ação, representou o início da construção de uma jurisprudência que busca proteger e concretizar os direitos políticos das mulheres, como será demonstrado a seguir.

Atuação do Supremo Tribunal Federal na ADI 5617

Contra o disposto no art. 9º da Lei de 13.165/2015, a Procuradora Geral da República propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade sob a alegação de que violava o disposto nos artigos 1º, incisos II e V e parágrafo único; 3º, inciso I; 5º, inciso I; 17, § 1º; e 37, caput, ambos da CRFB.

O dispositivo impugnado violava o art. 5º inciso I, vez que não protegia suficientemente o direito à participação feminina na política. Ainda sobre a participação feminina no Congresso Nacional, destacou que, no ano de 1997, o Brasil adotou o sistema de cotas de gênero, obrigando o preenchimento de no mínimo 30% e no máximo 70% das vagas para candidaturas de cada sexo. Entretanto, essa medida não foi e não tem sido suficiente para garantir a igualdade de gênero na política. (Brasil, 2018).

Para o autor da ação, os altos índices de sub-representação feminina na política brasileira decorrem de diversos fatores, entre eles, preconceitos e estigmas culturais, dificuldade da mulher conciliar a dupla jornada de trabalho (afazeres domésticos e emprego) com a vida pública, falta de incentivos e até mesmo falta de destinação de recursos financeiros para campanhas femininas, e entre outros.

Ressaltou que a participação da mulher na política é de extrema importância, uma vez que temas como aborto, violência no ambiente doméstico e familiar, discriminação no ambiente de trabalho, não podem ser discutidos, tão pouco solucionados de forma satisfatória sem a participação das mulheres.

Destacou que a fixação do limite máximo (15%) de gastos nas campanhas femininas, não apenas violava o princípio da igualdade, mas também invertia o sistema de cotas eleitorais, vez que as candidatas, cerca de 30%, ficariam com no máximo 15% do fundo partidário para o financiamento de suas campanhas, enquanto os homens, ficariam com o restante, cerca de 85%.

Destacou que as medidas de ação afirmativa são necessárias, porque ajudam na eliminação de desigualdades culturais, políticas

e econômicas, produzindo a justiça social. Porém, o limite máximo estabelecido pela lei, ao contrário do objetivo das ações afirmativas, acabava produzindo maior desigualdade.

Em relação ao limite mínimo (5%) para o financiamento de campanhas femininas, discorreu que da mesma forma viola o princípio da igualdade. Porém, como a norma é parte de um sistema de cotas eleitorais, defendeu que ela deveria ser interpretada de acordo com o disposto no art. 10, § 3º da Lei de n. 9.504/97, no sentido de que no mínimo 30% do fundo partidário teria que ser destinado as campanhas femininas.

Por fim discorreu que o prazo de vigência das ações afirmativas estabelecido de 3 eleições (2016, 2018 e 2020), também deveria ser considerado inconstitucional vez que o legislador não teria o direito de estipular um prazo para a duração de uma medida afirmativa, sem juntar estudos técnicos.

Diante do exposto pediu a (i) a declaração de inconstitucionalidade dos limites mínimo e máximo prescritos no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) a interpretação conforme à Constituição para equiparar o limite mínimo do fundo partidário a ser destinado com campanhas femininas ao previsto no art. 10, § 3º da Lei n. 9.504/97, ou seja, de 30%; (iii) declarar a expressão “nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei” como inconstitucional (Supremo Tribunal Federal, ADI 5617, 2019).

Após ser comunicado, o Congresso Nacional apresentou informações sobre o artigo questionado, defendendo a constitucionalidade do mesmo sob a alegação de que respeitou todos os ditames constitucionais referentes ao processo ordinário de criação da lei (Brasil, 2018).

Destacou que, após discussões prolongadas entre os parlamentares, foi possível atingir um mínimo de verbas para as candidaturas femininas. Este, “[...] foi o acordo possível, e apesar de não ser o melhor cenário, sem este mínimo a situação seria muito pior (Brasil, 2018).

Defendeu que a interpretação que o autor requereu na petição inicial – no mínimo 30% das verbas do fundo partidário ao financiamento de candidatas -, acabaria violando o princípio da separação dos poderes.

Em caráter subsidiário pediu a aplicação, pelo Supremo, da técnica da “norma ainda constitucional”, em que a Corte reconhece a validade temporária da norma que a princípio seria declarada

inconstitucional, para não causar um dano maior ao bem jurídico protegido pela Carta Política (Brasil, 2018).

Também pediu em caráter subsidiário, a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei, sem a pronúncia da sua nulidade, tendo em vista que a retirada da lei do mundo jurídico, de imediato, acarretaria a falta de proteção as candidatas.

Por fim, Fernandes e Nelson, ressaltaram que com o advento do neoconstitucionalismo (2017, 18. apud. Brasil, 2018) no Brasil, houve uma significativa expansão do Poder Judiciário, “[...] que não mais aplica as normas contidas nas leis, mas se investe do poder de criar as normas jurídicas a partir de diversos métodos de interpretação de textos legais.” Porém, ressaltou que a expansão da jurisdição levada ao extremo, “[...] propiciará ao Poder Judiciário investir-se da função de realizar escolhas entre as concretizações politicamente possíveis [...], aparentemente desconsiderando a legitimidade democrática ínsita ao corpo legislativo” (Brasil, 2018).

Advertiu que o objetivo do autor da demanda foi o de “[...] alterar a decisão prevalecente no Congresso Nacional, transformando o Supremo Tribunal Federal em instância revisora do político”. Sendo assim, o dever do STF seria o de reconhecer a necessidade de autocontrole, sob o risco de ser investido em um suprapoder (Brasil, 2018).

A Advogada Geral da União, por sua vez, cumprindo a obrigação legal de defender a constitucionalidade da norma impugnada na petição inicial, em preliminar, alegou que se o pedido fosse julgado procedente haveria o esvaziamento da norma de ação afirmativa de inclusão da mulher no processo político (Brasil, 2018).

Ademais ressaltou que se o STF estipulasse o patamar mínimo de 30% para o financiamento de campanhas femininas, violaria o princípio da separação dos poderes atuando como legislador positivo.

No mérito, apontou que o art. 9º da Lei n. 13.165/15 “[...] inovou ao determinar a criação de conta específica destinada ao financiamento das candidaturas femininas, estabelecendo limites mínimo e máximo de aporte de recursos do Fundo Partidário [...]” (Brasil, 2018)”.

Depois da manifestação de todos os interessados nos autos do processo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordaram, por maioria, nos termos do voto do relator do processo em (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três”; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo impugnado para destinar no mínimo 30% dos recursos ao financiamento de campanhas de candidatas femininas

nas eleições proporcionais e majoritárias; (iii) declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/1995 (Supremo Tribunal Federal, ADI 5617, 2019).

O Ministro Luiz Fux relator do processo rejeitou as preliminares arguidas pelo Congresso Nacional e pela Advogada-Geral da União.

No mérito do processo demonstrou que, apesar das mulheres representarem mais da metade do eleitorado brasileiro, ainda estão sub-representadas no âmbito político e que essa sub-representação necessita ser eliminada pela adoção de cotas constitucionalmente legítimas. Demonstrou que os limites de cotas, mínimo e máximo estipulados pela Lei 13.165/2015, não eram legítimos.

O Ministro Alexandre de Moraes por sua vez, destacou que os índices de sub-representação feminina são elevados tanto no âmbito do Poder legislativo quanto no âmbito Poder executivo. E, em razão disto, demonstrou que a norma impugnada não era razoável, nem adequada, estando assim em desacordo com o art. 10, § 3º da Lei 9.504/94 e com os preceitos da igualdade, cidadania e pluralismo político.

Para ele a participação da mulher dentro do processo político sempre se fez necessária, e poderia ajudar a diminuir a violência doméstica contra a mulher, e outras desigualdades existentes no seio da sociedade brasileira.

A Ministra Rosa Weber, votou junto com o relator do processo, iniciando o seu voto argumentando que as mulheres precisam de voz, e esta voz deve ter o mesmo peso da voz masculina. A participação feminina, para a referida relatora só aumentará por meio de políticas públicas, incentivos e cotas. Ela explicitou que a desigualdade estrutural e institucional referente a falta de participação feminina na política justificariam a adoção de medidas afirmativas para garantir de fato, o adimplemento dos direitos fundamentais.

Ressaltou que as medidas afirmativas de cotas devem ser adotadas em casos como esses, e que, elas já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 168. Portanto, segundo a Ministra, não há motivos para questionar a adoção ou não de medidas afirmativas de cotas sociais, porque “os valores públicos e direitos fundamentais concorrentes na análise da proporcionalidade de políticas públicas afirmativas já foram deliberados e decididos, cabendo a sua observância [...]” (Brasil, 2018).

Informou que a Lei de 9.504/97, estabeleceu no § 4º do art. 10, a chamada cota partidária, obrigando os partidos políticos e

convenções partidárias a preencher, no mínimo 30% e no máximo 70% com candidaturas femininas. Porém, demonstrou que a medida não foi suficiente para reduzir, de maneira suficiente, o déficit de sub-representação feminina. Consequentemente, argumentou que as cotas partidárias não são suficientes, por si sós, para implementar a igualdade de gênero na política, sendo necessária a “[...] criação de recursos ou mecanismos coletivos para incrementar a efetividade da própria política afirmativa (Supremo Tribunal Federal, ADI 5617, 2019).”

Em relação ao art. 9º da Lei 13.165/2015, alertou que os percentuais mínimo e máximo e o tempo de duração da medida, que foram estabelecidos acabaram por resultar no estímulo ao financiamento desproporcional entre homens e mulheres, acarretando assim, a “[...] situação de agravamento da desigualdade e discriminação entre candidaturas (Brasil, 2018).”

Concluiu que existem outras maneiras além das cotas sociais que, se tomadas, podem aumentar a representação política das mulheres, algumas dessas medidas cabem aos partidos políticos porque eles “[...] são os guardiões do equilíbrio de gênero na tomada de decisão política porque eles controlam as nomeações e diretrizes dos procedimentos internos, de acordo com sua autonomia (Brasil, 2018).”

O Ministro Dias Toffoli também votou no mesmo sentido do relator e ainda argumentou que a decisão do Supremo Tribunal Federal não estava “[...] a fazer, de maneira nenhuma, um ativismo judicial ou, então, estabelecendo uma técnica de solução em que se estaria a pronunciar uma normativa em substituição àquilo que o Congresso Nacional editou”. Ao contrário, a decisão estaria “[...] dando enfornecemrnt à igualdade de gênero prevista no art. 5º, I, da Constituição, que dispõe sobre que os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações dentro do processo político-eleitoral e, em especial, partidário (Brasil, 2018).

Ressaltou, também, que a decisão tomada pelo STF, de destinar no mínimo 30% do fundo eleitoral com campanhas femininas “[...] é uma decisão que, a meu ver, é inclusive, impassível de ser alterada por emenda constitucional, porque nós estamos aqui a dar uma decisão quanto a direitos e garantias fundamentais, de procura da igualdade de gênero [...] (Brasil, 2018).”

O Ministro Ricardo Lewandowski votou no mesmo sentido do Relator, porém incluiu no seu voto, o entendimento de que as

verbas a que o inciso V do art. 44 da Lei 9.096/95, se refere, não deveriam serem destinadas ao financiamento de campanhas femininas. Neste último ponto, seu voto foi vencido.

O Ministro Marco Aurélio e o Ministro Gilmar Mendes, julgaram parcialmente procedente o pedido. O Marco Aurélio concordou que os limites estabelecidos pela Lei são inconstitucionais, porém discordou do voto do relator que destina no mínimo 30% do financiamento do fundo partidário ao financiamento de campanhas femininas. Segundo ele, fixar a porcentagem mínima de 30%, acabaria violando o princípio da separação dos poderes.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio e ressaltou a preocupação do argumento de que a decisão do Supremo, neste caso, seria definitiva e não poderia, nem mesmo ser alterada pelo Congresso Nacional, isto porque, a decisão em controle concentrado de constitucionalidade, em tese, não produz efeitos vinculantes ao Legislador.

Deste modo, os Ministros do Supremo Tribunal Federal por maioria acordaram que o disposto no art. 9º da Lei 13.165/2015 que estipulava que

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. 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Deveria, então, ser interpretado conforme à Constituição no sentido de que nas eleições que seguirem a publicação desta Lei, os partidos políticos reservarão em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 30% (trinta por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para a aplicação 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.

Após o julgamento desta ação, o TSE foi questionado, por meio de consulta de n. 0200252/TSE, se a decisão, em sede da ADI n. 5617, que conferiu interpretação conforme à Constituição

seria também aplicada para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, devendo-se equiparar o mínimo de recursos e tempo “[...] destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97” E se, “havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido” e do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, “destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção? (Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 0200252/2019, 2019).”

Ao examinar o questionamento, a relatora da consulta, Ministra Rosa Weber, explicitou que “[...] as estatísticas demonstram que os reflexos espaço político feminino ainda se mostram tímidos, evidenciando-se a urgência da adoção de práticas afirmativas que garantam o incremento da voz ativa da mulher na política brasileira [...]” fazendo-se assim necessária a atuação mais proativa da Justiça Eleitoral (Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 0200252/2019, 2019).

Destacou que, apesar da decisão do Supremo ter se resumido a distribuição de recursos ao fundo partidário, ela deverá ser interpretada no sentido de que o mínimo de 30% deve também ser destinado ao Fundo Especial de Financiamento de Campanhas e ao tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão de candidaturas femininas.

Por fim, a Ministra ressaltou que esse entendimento não violaria a autonomia partidária prevista no art. 14 da Carta Constitucional, mas ao contrário, estaria amparando o “fortalecimento da democracia interna da própria grei, contribuindo para o desenvolvimento da política (Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 0200252/2019, 2019).”

Portanto, a consulta foi respondida afirmativamente no sentido de determinar que os partidos e coligações partidas a destinem, no mínimo 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão as candidatas femininas. E, “[...]. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção (Tribunal Superior Eleitoral, Consulta n. 0200252/2019, 2019).”

Diante dos fatos narrados acima, pode-se descrever que o Supremo Tribunal Federal, ao destinar 30% do montante do fundo

partidário ao financiamento de campanhas femininas, criou uma política de ação afirmativa que, posteriormente teve o seu âmbito de incidência ampliado pelo TSE.

Deste modo revela-se a importância da atuação do Poder Judiciário na concretização da igualdade material e assim, inclusão das mulheres no processo eleitoral.

Todavia, é necessário atentar-se para o fato de que, a Corte Constitucional, ao criar uma medida afirmativa atuou como se legislador fosse usurpando as competências constitucionais que lhe foram incumbidas.

Apesar de a Corte atuar como guardiã da Constituição, as suas decisões devem estar de acordo com o princípio da separação dos poderes, o que não ocorreu na decisão da ADI 5617.

Conclusão

Diante do exposto acima, é possível concluir que as políticas de ação afirmativa são essenciais para que os objetivos estabelecidos nos artigos 1º e 3º da Carta Constitucional Brasileira, sejam de fato cumpridos.

Em relação ao ambiente político, é evidente que, no Brasil, existe um quadro de sub-representação das mulheres e, em razão disto, é fundamental a adoção de medidas afirmativas.

Porém, apesar de a atuação da Corte Constitucional Brasileira ser essencial para a concretização dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário não pode, em suas decisões, atuar como legislador positivo, usurpando as competências típicas do Poder Legislativo, fato que restou evidente no julgamento da ADI 5617.

Neste sentido, entende-se que a forma mais democrática de inserção das mulheres na política, deve ser realizado por meio da atuação do próprio Poder Legislativo na criação de medidas eficazes no combate à desigualdade.

Referências

- BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/2ZyQdWM>. Acesso em: 1 fev. 2021.
- _____. (1997). **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/37xu8MG>. Acesso em: 1 fev. 2020.
- _____. (2002). **Decreto nº 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/2Zv8BQi>. Acesso em: 1 fev. 2020.
- _____. (2006). **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/3pF1K1s>. Acesso em: 29 nov. 2019.
- _____. (2015). **Lei nº 13.165**, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/37q7Uwf>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- _____. (2016). + *Mulheres na política*: retrato da sub-representação feminina no poder. Brasília, DF: Senado Federal, Procuradoria Especial da Mulher.
- _____. (2018). Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5617. Relator: Ministro Edson Fachin. *Diário de Justiça*, Brasília, DF. Disponível em: <https://bit.ly/2OLnY56>. Acesso em: 4 ago. 2019.
- _____. (2019). Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta de n. 0200252/2019*. Rel. Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/>. Acesso em: 12 abr. 2020.
- _____. (2019). Tribunal Superior Eleitoral. *Número de Mulheres Eleitas em 2018 cresce 52,6% em relação a 2014*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em: 5 fev. 2020.

- CAMPOS, L. F. (2019). Litígio estratégico para igualdade de gênero: o caso das verbas de campanha para mulheres candidatas. *Revista Direito e Práxis*. vol. 10, n. 1, p. 593-629.
- CRUZ, L. F. F. M. (2011). *As ações afirmativas e o princípio da igualdade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.
- DALLARI, D. A. (2013). *A constituição na vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. (1776). *Declaração de direitos do bom povo de Virgínia*. Disponível em: <https://bit.ly/3dxTiP9>. Acesso em: 2 fev. 2020.
- FRANÇA. (1789). *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. Disponível em: <https://bit.ly/2Nq4Ysu>. Acesso em: 16 ago. 2019.
- GOMES, J. B. B. (2001a). A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 38, n. 151, p. 129-52.
- _____. (2001b). *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar.
- MELLO, C. A. B. (2000) *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Editores Malheiros.
- MENEZES, P. L. (2001). A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher*. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br>. Acesso em: 7 set. 2019.
- RIBEIRO, A. G. (2019). A evolução do trabalho da mulher e as inovações jurisprudenciais na proteção deste direito fundamental. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, Curitiba, ano IX, n. 83, Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=83&edicao=11220#page/1>. Acesso em: 4 fev. 2020.
- ROCHA, C. L. A. (1996). Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, n. 131, p. 283-95.
- SILVA, J. A. (2007). *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Editores Malheiros.