

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**CONSTITUCIONALISMO, IGUALDADE E NÃO
DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMENS E MULHERES NA
UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL**

CRISTIANE ROSÁLIA MAESTRI BÖELL

Itajaí-SC, julho de 2021

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: CONSTITUCIONALISMO E PRODUÇÃO DO DIREITO

**CONSTITUCIONALISMO, IGUALDADE E NÃO
DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMENS E MULHERES NA
UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL**

CRISTIANE ROSÁLIA MAESTRI BÖELL

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadora: Professora Doutora Carla Piffer (Univali)

Co-orientadora: Professora Doutora Alessandra Aparecida da Silveira (UMinho)

Itajaí-SC, julho de 2021

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Atagibio e Elvira, referência de caráter, força e perseverança, por terem me proporcionado uma educação permeada de amor e cuidado.

Ao meu querido marido Fernando, companheiro e amigo, pelo amor e apoio incondicionais.

Ao meu filho Bernardo, pelos carinhosos abraços diários, como pelas deliciosas conversas permeadas de questionamentos, a aguçarem em nós dois, a constante busca por respostas, fazendo da nossa convivência uma eterna descoberta.

À minha filha Manuela, que com sua ternura e suas travessuras, entre minhas ausências em razão dos estudos, fez dos momentos entre nós compartilhados, simplesmente únicos, mostrando-me sempre que nosso amor é “do tamanho do universo”.

À irmã Cristina, minha melhor amiga e incansável incentivadora de todos os meus projetos de vida.

A todos os familiares e amigos que me motivaram e estiveram presente nesta jornada, em especial à querida amiga Mariléia que diariamente acalentava meus tantos momentos de estudo com um café quente e um gesto de apoio.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e da Universidade do Minho – UMinho, pelos valorosos ensinamentos.

Ao Orientador Professor Francisco de Oliveira Neto, pelos diálogos e ensinamentos que encorajaram meus estudos sobre democracia e constitucionalismo.

À orientadora Professora Carla Piffer, por ter me acolhido carinhosamente e com maestria sinalizado o caminho a percorrer, como também por ter comigo compartilhado seu destacado saber científico, tornando-se para mim, fonte de inspiração.

À orientadora Professora Alessandra Silveira, pelas ricas e empolgantes aulas na Universidade do Minho, que me conduziram ao admirável mundo novo do Direito da União Europeia e que pelo seu elevado conhecimento científico, proporcionando-me imensurável aprendizado.

Aos funcionários da Universidade do Vale do Itajaí e da Universidade do Minho, pelo carinho e atenção que sempre me dispensaram.

Às amigas queridas Marise, Vanessa e Juliana, que comigo compartilharam estudos e passeios, preocupações e alegrias, por tornarem minha estada em Braga-Portugal, inesquecível.

Ao Ministério Público de Santa Catarina que firme na sua missão constitucional, com vistas à construção de uma sociedade justa e democrática, tem adotado política institucional de estímulo à qualificação e produção científica pelos seus membros e servidores, possibilitou-me a aquisição do conhecimento que aqui se encontra sintetizado.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho de 2021

**CRISTIANE ROSALIA
MAESTRI BOELL:
61357430906**

Assinado digitalmente por CRISTIANE ROSALIA MAESTRI BOELL:
61357430906
DN: C=BR, O=ICP-Brasil, OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil -
RFB, OU=RFB e-CPF A3, OU=(EM BRANCO), OU=Autorizado por AR
VALIDAR, CN=CRISTIANE ROSALIA MAESTRI BOELL, 61357430906
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localização: sua localização de assinatura aqui
Data: 2021-06-23 11:03:41
Font Reader Versão: 9.0.0

Cristiane Rosália Maestri Böell
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de defesa de mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI, em 20/07/2021, às 08 horas, a mestranda CRISTIANE ROSÁLIA MAESTRI BÖELL fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “CONSTITUCIONALISMO, IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMENS E MULHERES NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL”. A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) como presidente, Doutora Carla Piffer (UNIVALI) como orientadora, Doutora Alessandra Aparecida Souza da Silveira (ESCOLA DE DIREITO/UNIVERSIDADE DO MINHO/UMINHO/PORTUGAL) como orientadora e Doutora Joana Rita de Sousa Covêlo de Abreu (ESCOLA DE DIREITO/UNIVERSIDADE DO MINHO/UMINHO/PORTUGAL) como membro. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), 20 de julho de 2021.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI-5	Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CNDM	Conselho Nacional dos Direitos da Mulher
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
ONG	Organização não governamental
TCE	Tratado que instituiu a Comunidade Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Ação Afirmativa: Empregada no mesmo sentido que Discriminação positiva. 1. É “uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”. Pela “desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático”.¹ 2. “As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade”².

Ativismo Judicial: Consiste na participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes³.

Constitucionalismo: É “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”⁴.

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso em: 9 abr. 2021. p. 286.

² GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 283.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 51.

Gênero: 1. “Entendem-se os papéis, comportamentos, atividades e atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens”.⁵ 2. “[...] designa os papéis, os comportamentos, as actividades e as atribuições socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para as mulheres e os homens.”⁶ 3. “Não obstante as várias categorias de análise, pode-se entender gênero como construção social do que é considerado “masculino” e “feminino” e “dos papéis sociais a serem desempenhados pelos indivíduos conforme tal enquadramento, acentuando-se cunho histórico-social de tais representações”⁷.

Não Discriminação: 1. Vernaculamente significa não diferenciação, não distinção, não estabelecimento de diferença, revelando-se, positivamente, como obrigatoriedade de se dispensar a todos igual tratamento, o que implica em afirmar que a Não Discriminação resulta do conceito de igualdade, ao qual se prende umbilicalmente. 2. Consiste em permitir a todos os indivíduos uma perspectiva equitativa e justa de acesso às oportunidades disponíveis numa sociedade, significando, essencialmente, que os indivíduos em situações semelhantes deverão receber tratamento idêntico e não ser tratados de forma menos favorável devido simplesmente a uma determinada característica “protegida” que possuam, como sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.⁸

Políticas Públicas: 1. São formas de ação pública, estatal e não estatal, atinente à resolução de problemas derivados da vida em uma sociedade complexa. 2. “as

⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 1.

⁶ CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica**. Istambul, 11 maio 2011. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168046253d>>. Acesso em: 7 abr. 2021. Art. 3.º, “c”.

⁷ MARCON, Chimelly Louise de Resenes. **Já que viver é [ser e] ser livre: a devida diligência como standard de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 21-22.

⁸ Conforme: NÃO discriminação (princípio de). **EUR-Lex**, Glossário das sínteses, [2021]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html>. Acesso em: 7 abr. 2021. Conforme, ainda, art. 21.º, n. 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, as efetividades do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras”⁹.

⁹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 32.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
ABSTRACT	15
INTRODUÇÃO	17
1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS, A INTERCONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	25
1.1 A INTEGRAÇÃO EUROPEIA - DA COMUNIDADE EUROPEIA DO CARVÃO E DO AÇO À UNIÃO EUROPEIA.....	25
1.2 O CONSTITUCIONALISMO DA UNIÃO EUROPEIA	30
1.2.1 Constitucionalismo Plural	38
1.3 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	42
1.3.1 Da soberania e da limitação de competências	43
1.3.2 Da teoria da interconstitucionalidade.....	47
1.4 O PAPEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS E SUA JURISPRUDÊNCIA PRINCIPALISTA	50
1.5 OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS	59
1.6 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA.....	67
2 A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO BRASIL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DE SUA HERMENÊUTICA.....	79
2.1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NO OCIDENTE	79
2.2 A CONSTITUINTE DE 1987/1988 E O DESABROCHAR DA CIDADANIA PELAS MULHERES.....	83
2.2.1 A Bancada Feminina	86
2.2.2 A participação popular das mulheres	90

2.3	A CONSTITUINTE DE 1987/1988: QUESTIONAMENTOS SOBRE SUA LEGITIMIDADE, SEU PERFIL IDEOLÓGICO E AS CRÍTICAS AO TEXTO CONSTITUCIONAL	96
2.4	AS MULHERES NOS ATUAIS ESPAÇOS POLÍTICOS E A PERSISTENTE SUB-REPRESENTAÇÃO	102
2.5	O CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO NO BRASIL E A BUSCA POR TEORIAS HERMENÊUTICAS PROPULSORAS DOS DIREITOS DE IGUALDADE PELAS MULHERES	106
2.5.1	O desencadear das novas teorias constitucionais interpretativas no Brasil	107
2.5.2	O Constitucionalismo principialista	114
2.5.3	O Constitucionalismo Garantista	120
2.5.4	Debate sobre os Constitucionalismos propostos e o desafio do achamento do método de interpretação da Constituição brasileira frente à necessária efetivação dos direitos de igualdade pelas mulheres	123
3	A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E NÃO DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMENS E MULHERES NA UNIÃO EUROPEIA: IDENTIFICAÇÃO DE BOAS PRÁTICAS PASSÍVEIS DE ADOÇÃO PELO BRASIL	135
3.1	A UNIÃO EUROPEIA E A UNIÃO DE IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES: AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO DERIVADO	135
3.1.1	Políticas, ações e estratégias da União Europeia para a igualdade de Gênero	136
3.1.1.1	A interseccionalidade e o <i>mainstreaming</i> nas políticas da União Europeia	142
3.1.2	A legislação laboral e sua interpretação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres	148
3.1.2.1	A ausência de efeito direto horizontal das normas de igualdade entre homens e mulheres contidas nas diretivas e a força juridicamente vinculante da CDFUE	155
3.1.3	As diretivas nos domínios de igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento em matéria de emprego e trabalho.....	157

3.2	OS DIREITOS DE IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMENS E MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO ..	160
3.2.1	As normas trabalhistas em sede de maternidade e a ausência de previsão de licença parental	163
3.3	A LICENÇA PARENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMENS E MULHERES NO MERCADO LABORAL	168
3.3.1	A União Europeia e a Diretiva (UE) 2019/1158 – Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida	174
3.3.2	As boas práticas da União Europeia na aprovação e implementação da licença parental pela Diretiva (UE) 2019/1158 como inspiração para o Brasil	180
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	192
	REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	199

RESUMO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), inserindo-se na área de concentração “Fundamentos do Direito Positivo”, vinculada à linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”, com dupla titulação pela Universidade do Minho (UMinho) – Portugal, pelo Mestrado em Direito da União Europeia. A composição teórica tem por escopo estudar o Constitucionalismo, tendo em conta a sua evolução constitucional e teorias interpretativas, seja por via da interconstitucionalidade na União Europeia, seja por via do neoconstitucionalismo e garantismo no Brasil, mediante análise de seus contributos para sustentação e realização do direito de igualdade entre homens e mulheres. A pesquisa apresenta-se em três capítulos, sendo que o primeiro trata da constitucionalização dos tratados e da concomitante evolução da teoria da interconstitucionalidade, e que muito pela atuação do TJUE, apresenta uma nova teoria hermenêutica, a qual é analisada, neste campo, com o propósito de identificar em que passo se constitui mecanismo de promoção dos princípios democrático, de respeito aos direitos humanos e de igualdade, intrinsecamente relacionados com o desenvolvimento do princípio e direito de igualdade entre homens e mulheres. O segundo capítulo aborda os caminhos percorridos pelo Constitucionalismo no Brasil no contexto das conquistas democráticas relacionadas à participação feminina na Constituinte de 1987-1988. A investigação perpassa, ainda, frente à necessária efetivação do direito fundamental de igualdade entre homens e mulheres, pelos debates acerca da exegese e achamento do método de interpretação da Constituição Federal de 1988, inclusive no que se refere a atuação do STF tomando-se o neoconstitucionalismo e o garantismo como alternativas hermenêuticas. Por fim, como a teoria da interconstitucionalidade também se preocupa com a intergovernabilidade, traduzindo-se inclusive em uma teoria de interculturalidade constitucional, o terceiro capítulo apresenta as importantes iniciativas políticas e legislativas da União Europeia em sede de igualdade de oportunidades e não discriminação entre homens e mulheres. Dentre elas, destaque é dado para a Diretiva (UE) 2019/1158 – Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, relativa ao equacionamento e partilha das responsabilidades familiares, a qual se constitui, conforme estudo, boas práticas

passíveis de serem adotadas pelo Brasil, no enfrentamento das assimetrias causadas pelas desigualdades entre homens e mulheres nos espaços laborativos. Quanto à Metodologia, foi utilizado o método indutivo e adotadas as técnicas da pesquisa bibliográfica, da categoria e do conceito operacional.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Interconstitucionalidade. Neoconstitucionalismo e Garantismo. Não discriminação. Igualdade entre homens e mulheres na União Europeia e no Brasil.

ABSTRACT

The institutional objective of this Dissertation is to obtain a degree from the University of Vale do Itajaí - UNIVALI. It is inserted with the area of study "Fundamentals of Positive Law," and is linked to the line of research "Constitutionalism and Production of Law," with a double degree from the University of Minho - UMinho/Portugal, through its Master in European Union Law. The general purpose of the theoretical composition is to study Constitutionalism, taking into account its constitutional evolution and interpretive theories, whether through interconstitutionality in the European Union or through neoconstitutionalism and guaranteeism in Brazil, through an analysis of its contributions to the materialization of the right to equality between men and women. This research is presented in three chapters; the first deals with the constitutionalization of treaties and the concomitant evolution of the theory of interconstitutionality. Due to the role of the Court of Justice of the European Union (CJEU), a new hermeneutic theory is presented and analyzed in this field, in order to identify the stage at which the mechanism for the promotion of the principles of democracy, respect for human rights and equality was constituted, these being intrinsically related to the development of the principle and right of equality between men and women. The second chapter addresses the paths taken by Constitutionalism in Brazil in the context of democratic achievements related to female participation in the 1987-1988 Constituent Assembly. Given the necessary realization of the fundamental right of equality between men and women, the investigation also includes the debates on the exegesis and discovery of the method of interpretation of the Federal Constitution of 1988, including with regard to the performance of the Brazilian Supreme Federal Court (STF), taking "neoconstitutionalism" and "guarantism" as hermeneutic alternatives. Finally, as the theory of interconstitutionality is also concerned with intergovernability, translating itself into a theory of constitutional interculturality, the third chapter presents the important political and legislative initiatives of the European Union towards equal opportunities and non-discrimination between men and women. Among them, emphasis is given to EU Directive 2019/11581158 – the Work-Life Balance Directive on equal participation and sharing of family responsibilities, which constitutes, according to the study, good practices that

can be adopted by Brazil to deal with the inequalities between men and women in the workplace. In terms of Methodology, the inductive method was used and the techniques of bibliographic research, category and operational concept were adopted.

Keywords: Constitutionalism. Interconstitutionality. Neoconstitutionalism and Guarantism. Non-discrimination. Equality between men and women in the European Union and in Brazil.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ, do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), inserindo-se na área de concentração “Fundamentos do Direito Positivo”, vinculada à linha de pesquisa “Constitucionalismo e Produção do Direito”, com dupla titulação pela Universidade do Minho (UMinho) – Portugal, pelo Mestrado em Direito da União Europeia.

Os aportes recebidos para a pesquisa foram fruto de um longo caminho de aprendizagem, iniciando-se com as reflexões sobre o tema a ser pesquisado – igualdade entre homens e mulheres e suas intersecções com o Constitucionalismo, durante os estudos na Universidade do Vale do Itajaí (Univali), seguindo-se na busca do conhecimento, na Universidade do Minho (UMinho), sobre a integração europeia, o Constitucionalismo e o Direito da União e a jurisprudência do TJUE, quando o tema da igualdade entre homens e mulheres, direito e princípio, resultou delimitado.

A igualdade entre homens e mulheres é tema que embora faça parte, nas últimas décadas, de muitas das pautas nacionais e internacionais e tenha sido incorporado por vários países em suas legislações, bem como em documentos produzidos por organizações internacionais, ainda se apresenta como um objetivo a ser alcançado.

Assim, desvela o Constitucionalismo contemporâneo o desafio de conformar a forte carga valorativa dos direitos fundamentais e que neles se inserem os direitos de igualdade entre homens e mulheres, uma das características das Constituições modernas do pós-Segunda Guerra Mundial. A União Europeia, pelo Constitucionalismo que decorre de uma infraestrutura constitucional munida dos valores fundantes do Estado de direito e da democracia e provida de denso catálogo de direitos fundamentais, e o Brasil, pelo constitucionalismo que se desenvolveu a partir da Constituição de 1988 e que tem como um dos pilares de sustentação do atual Estado de direito democrático, os direitos fundamentais, estabelecem, por seus acervos constitucionais referidos, o direito fundamental de igualdade e não discriminação entre homens e mulheres.

Apesar disso, esses Constitucionalismos encontram-se em tempos de profunda evolução estrutural. Na União Europeia, pelo desenvolvimento de um direito constitucional europeu (que provoca verdadeira revisão dogmática dos fundamentos não só da Teoria do Direito, como da Teoria do Estado) e no Brasil, ao se propor revisão da Teoria da Norma (em razão da dicotomia norma-princípio).

Surge, pois, o interesse, para o presente trabalho, de se estudar o Constitucionalismo da União e do Brasil, mormente diante dos movimentos instigadores de debates sobre os caminhos hermenêuticos dos respectivos textos constitucionais (na União Europeia alusivos aos tratados constitutivos), por meio das teorias que fundamentam as decisões judiciais pelo TJUE e pelo STF. Afinal, por suas Cartas Constitucionais, mas não somente por elas, também pelas jurisprudências que surgiram a partir delas, que União Europeia e Brasil têm, cada qual, tecido juridicamente o direito de igualdade entre homens e mulheres.

A pesquisa é impulsionada, desse modo, nos Capítulos 1 e 2, também pelo estudo das teorias interpretativas constitucionais, em razão de terem sido elas, na atualidade, influenciadas de forma surpreendente pela complexidade dos fenômenos econômicos, sociais e políticos, como também pela globalização, universo em que as mulheres são impactadas de forma diversa que os homens e por vezes, em situação de desvantagem.

Nessa perspectiva, uma proposta inovadora para o Direito Constitucional é apresentada pela União Europeia por meio da teoria da interconstitucionalidade, que se desenvolveu concomitantemente com a história econômica, política e social local, retratada na constitucionalização dos tratados. A hermenêutica constitucional europeia exerce verdadeira função de integração cultural, compondo as constituições dos Estados-Membros a estrutura do Constitucionalismo da União. É por meio desta rede de interligação dos tratados constitutivos e das cartas constitucionais nacionais que se assenta a teoria da interconstitucionalidade e, por meio da sua aplicação, o TJUE tem desenvolvido sua jurisprudência principialista.

A partir de então, frente à novel teoria da interconstitucionalidade e o seu manejo pelo TJUE, que surge o propósito de, igualmente, identificar métodos interpretativos da Constituição brasileira de 1988, razão pela qual é apresentada uma

reflexão sobre duas teorias hermenêuticas difundidas entre os constitucionalistas brasileiros, o neoconstitucionalismo (Constitucionalismo de princípios) e o garantismo.

Destarte, este exercício de análise das teorias hermenêuticas da Constituição será desencadeado com o propósito de identificar e avaliar a metódica interpretativa utilizada pelo TJUE e pelo STF, com vistas a identificar em que medida a aplicação das referidas teorias são propulsoras da realização dos direitos de igualdade entre homens e mulheres.

Contudo, no universo do atual estágio do Constitucionalismo do União Europeia e do Brasil, cada qual com sua Carta Constitucional que elevam princípios democráticos, de respeito aos direitos fundamentais, detecta-se, ainda, a persistência histórica, mesmo que em níveis diferentes, de segregação de grupos sociais, como o das mulheres, no exercício dos direitos sociais e políticos. Diante de tal realidade, a presente pesquisa objetiva investigar políticas e ações, instrumentos legais e produção jurisprudencial que adota a União Europeia, a fim de identificar perspectivas políticas e jurídicas no âmbito da igualdade de oportunidades e Não Discriminação entre homens e mulheres, como contributo ao fomento de debates e construção de novas concepções legislativas, hermenêuticas e de Políticas Públicas a inspirar outras comunidades políticas, como o caso do Brasil.

Diante disso, o trabalho foi estruturado em três capítulos, em que o primeiro deles apresenta o percurso da constitucionalização dos tratados da União Europeia, campo em que se encontra inserida a interconstitucionalidade, bem com o estudo dos basilares princípios democráticos, de respeito aos direitos humanos e de igualdade, intrinsecamente relacionados com o desenvolvimento do princípio e direito de igualdade entre homens e mulheres. A pesquisa no Capítulo 1 fundamenta-se, ainda, na evolução da teoria da interconstitucionalidade, que se deu par e passo com a constitucionalização dos tratados e que, muito pela atuação do TJUE, apresenta uma nova teoria hermenêutica, a qual é analisada neste campo, com o propósito de identificar em que passo se constitui mecanismo de promoção dos direitos fundamentais e especificamente do direito de igualdade entre homens e mulheres.

Nesse contexto, a evolução sobre igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres no direito originário da União tem seu nascedouro em 1957, com

o Tratado de Roma, edificando-se a partir da integração comunitária do mercado, até culminar na versão resultante das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa que, inclusive, atribuiu força juridicamente vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Consta-se, pois, que, nesse curto espaço de tempo, a igualdade entre homens e mulheres desenvolveu-se como direitos sociais vinculados à eficiência do mercado comum.

A pesquisa proposta consiste, assim, na análise do desenvolvimento do Constitucionalismo da União Europeia e do fortalecimento dos seus princípios de respeito pela dignidade humana, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito aos direitos do Homem, que, dentre outros, justificam o destino comum da Comunidade. A igualdade entre homens e mulheres e a Não Discriminação também como valores identitários da União Europeia, comuns aos Estados-Membros, observado o pluralismo social que a constitui, serão o propósito do presente estudo, com aprofundamento no Capítulo 3, por meio do estudo da sua legislação, jurisprudência e Políticas Públicas atualmente adotadas.

A seguir, a investigação volta-se para o Brasil e sua Constituição de 1988, a qual foi precursora de transformações no Constitucionalismo brasileiro, com mudanças de paradigmas a influenciar os intérpretes jurídicos. Quando a doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, trouxeram novos ares, uma verdadeira reconfiguração do ordenamento jurídico, redefinindo os contornos do princípio da legalidade, ao se propor o afastamento de uma das mazelas do positivismo, a limitação do Direito à lei. As transformações trazidas com vistas à aplicação do direito constitucional a partir da nova Carta constitucional são o reconhecimento da forma normativa à Constituição e a ampliação da jurisdição constitucional, com o advir de diversas categorias de interpretação da Carta Magna.

Nessa senda, o Capítulo 2 investiga os caminhos percorridos pelo Constitucionalismo brasileiro no cenário ocidental e a Constituição de 1988, no contexto dos avanços relacionadas à participação feminina na Constituinte de 1987-1988, com relação à participação feminina na marcha de democratização política e social do país, partindo-se dos fenômenos sociais e políticos das ruas e dos bastidores, como dos processos de decisões relativos à Constituinte de 1987-1988.

Na sequência, a investigação perpassa por debates acerca da exegese e achamento do método de interpretação da Constituição de Federal de 1988, tomando-se o “neoconstitucionalismo” e o “garantismo” como alternativas hermenêuticas, teorias interpretativas estas analisadas e em seguida testadas sob a ótica da promoção dos direitos de igualdade entre homens e mulheres.

Por fim, o terceiro capítulo apresenta as importantes iniciativas legislativas e políticas da União Europeia para o enfrentamento das assimetrias de Gênero nos espaços laborativo, social e político, com destaque à Diretiva (UE) 2019/1158, relativa ao equacionamento e partilha das responsabilidades familiares, mediante análise da pertinência de adotá-la como instrumento de fomento de debates e estratégias, pelo Brasil, com vistas a concretização da igualdade de oportunidades e Não Discriminação entre homens e mulheres.

Para o fim pretendido, apresentam-se os seguintes questionamentos que nortearão a pesquisa:

- a) No contexto do novel Constitucionalismo da União Europeia e da aplicação de sua teoria da interconstitucionalidade, o princípio de igualdade entre homens e mulheres, que teve seu nascedouro concomitantemente com o início da integração europeia, esta então de caráter eminentemente econômico, pode atualmente ser reconhecido como elemento fundamental, não só para o progresso econômico, mas também para a consolidação e autonomia da dimensão social da União?
- b) O Constitucionalismo que se desenvolveu no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, pode ser tido como marco inaugurador de aceleração e materialização de conquistas em matéria de igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres nos espaços políticos e sociais?
- c) A União Europeia, por sua ordem jurídica própria, pelo labor jurisprudencial do TJUE e pela sua política harmônica entre desenvolvimento econômico e social, mormente em matéria de igualdade entre homens e mulheres, apresenta modelo, por seus

elementos e suas ações inovadoras, factível de fomentar no Brasil, debates e iniciativas, tanto por autoridades, representantes políticos e intérpretes jurídicos, como pela sociedade civil, com objetivo de reforçar o combate às desigualdades e promover a igualdade entre homens e mulheres?

As hipóteses que se levantam para tais questionamentos são as seguintes:

- a) A integração econômica é historicamente o principal instrumento de integração política da União Europeia. Foi pela evolução do processo de integração e dos próprios avanços dos tratados constitutivos, que muito se deu pela jurisprudência do TJUE, que sua ordem jurídica fundamental estabelece, atualmente, princípios e valores reconhecedores da igualdade entre homens e mulheres, apresentando-se a igualdade de oportunidades e o combate à discriminação tanto como elemento fundamental para o desenvolvimento econômico quanto para a construção de uma dimensão social da União. Este cenário constitucional, alicerçado pela Teoria da Interconstitucionalidade, mediante reiterada jurisprudência do TJUE e intensa produção de medidas legislativas, tem possibilitado a promoção de justiça social em matéria de igualdade e Não Discriminação.
- b) No Brasil, pelos movimentos sociais e políticos desencadeados pelas mulheres durante a Constituinte e pela entrada em vigor da Constituição de 1988, que incorporou os direitos de igualdade, houve um significativo avanço nas conquistas de igualdade pelas mulheres, persistindo, porém, o desafio de se ver concretizar a igualação de direitos entre homens e mulheres, mediante a efetivação da igualdade de oportunidades e Não Discriminação, tanto no exercício de mandatos e cargos públicos quanto de postos de trabalho, inclusive no que se refere à ocupação de postos de direção, apontando para necessidade da implementação de Políticas Públicas, com eventual adoção de Ações Afirmativas. De outra sorte, as teorias hermenêuticas – neoliberalismo e garantismo – e a produção jurisprudencial produzida a partir delas

pelo STF têm contribuído para se alavancar os direitos de igualdade entre homens e mulheres.

- c) A União Europeia possui amplo e complexo acervo de normas no que se diz respeito ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, a exemplo da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado laboral. Além da proteção dispensada pelos tratados constitutivos, ênfase pode ser dada às diretivas, à rica jurisprudência do TJUE nesse âmbito, esta desenvolvida com supedâneo no princípio do respeito aos direitos fundamentais, sem prejuízo, ainda, das políticas e ações desenvolvidas pela União em sede de igualdade de Gênero. Por intermédio desse arcabouço jurídico e político, é possível identificar elementos e ações de vanguarda, como a Diretiva (UE) 2019/1158 – Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, relativa ao equacionamento e partilha das responsabilidades familiares, a ensejar debates e encorajar tomada de iniciativas nesse âmbito no Brasil.

O presente trabalho se encerra com as Considerações Finais, com exposição de aspectos destacados da Dissertação, seguidos da confirmação ou não das hipóteses e apresentação de estímulos à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres na União Europeia e no Brasil.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹⁰ como na Fase de Tratamento de Dados e elaboração do Relatório final, foi utilizado o Método Indutivo¹¹, sendo que, em ambas as fases da Pesquisa, foram

¹⁰ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.)

¹¹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 114.)

acionadas as Técnicas do Referente¹², da Categoria¹³, do Conceito Operacional¹⁴ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁵, relacionadas ao tema objeto da pesquisa.

Nessa Dissertação, as Categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus Conceitos Operacionais são apresentados rol de categorias¹⁶. A tradução da bibliografia estrangeira ocorreu de forma livre em nota de rodapé.

¹² “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 69.)

¹³ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 41.)

¹⁴ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 58.)

¹⁵ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 217.)

¹⁶ Sobre Categorias e Conceitos Operacionais vide: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p.31-60.

CAPÍTULO 1

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS, A INTERCONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

1.1 A INTEGRAÇÃO EUROPEIA - DA COMUNIDADE EUROPEIA DO CARVÃO E DO AÇO À UNIÃO EUROPEIA

Em um contexto histórico, a União Europeia apresenta a integração econômica como instrumento fundamental de integração política, que se colocou no pós-Segunda Guerra Mundial, como mecanismo de coexistência na paz. Foi assim que, em 1951, França, Alemanha, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo, por proposição daquela e com intuito de diluir a autoridade sobre as políticas relativas ao setor do aço e o carvão, então indispensáveis à guerra, assinaram, em Roma, o Tratado que constituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e que chegou, após célere e densa trajetória, à atual integração de 27 Estados-Membros¹⁷.

Em 01 de julho de 1987, entrou em vigor o Ato Único Europeu, primeira revisão de fundo dos tratados constitutivos, estabelecendo as adaptações necessárias para a realização do Mercado Interno. Em novembro de 1992, deu-se a segunda revisão de fundo, ao se firmar o Tratado de Maastricht, criando instituições comuns e fixando critérios a nortear a política financeira (fixação de relação entre dívida pública e PIB, entre déficit público e PIB e de taxa de inflação entre os países, bem como a criação da “moeda única”), passo importante para a integração econômica, jurídica e política. Posteriormente, os tratados constitutivos foram revistos pelo Tratado de Amsterdã em 1997, com objetivo de fortalecer a integração política e disciplinar as questões relativas à política interna e fronteiras, criando-se o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, instituindo-se maiores garantias em sede de direitos fundamentais dos cidadãos dos Estados-Membros, ampliação da democracia na

¹⁷ Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos (adesão em 01/01/1958); Dinamarca, Irlanda e Reino Unido (adesão em 01/01/1973); Grécia (adesão em 01/01/1981); Espanha e Portugal (adesão em 1/01/1986); Áustria, Finlândia e Suécia (adesão em 01/01/1995); República Checa, Chipre, Eslováquia, Eslovênia, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta e Polônia (adesão em 01/05/2004); Bulgária e Romênia (adesão em 01/01/2007); e, Croácia (adesão em 01/07/2013). Reino Unido deixou a União Europeia em 31/01/2020.

União com a modificação e reforço dos poderes do Parlamento Europeu. Em dezembro de 2000, aprovou-se, em Conferência Intergovernamental, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em fevereiro de 2001, houve a revisão dos tratados constitutivos pelo Tratado de Nice, quando foram reestruturados os critérios de composição e escolha da Comissão Europeia, atribuindo-se votação por maioria qualificada no Conselho Europeu, além de se definir sobre matéria relativa à cooperação reforçada. O Tratado também previu a elaboração de uma Constituição para a União Europeia, que, para tanto, foi formada a Convenção Europeia, da qual fizeram parte deputados nacionais, ministros dos negócios estrangeiros, euro-deputados, ou seja, representantes dos Estados-Membros, dos países que estavam para se tornar membros, bem como das instituições da União Europeia. A referida Convenção “conduziu seus trabalhos de maneira aberta a um público mais amplo, ouvindo representantes de ONGs, de igrejas ou grupos religiosos, etc., assim como cidadãos comuns, que puderam participar de vários fóruns na internet e ao vivo”.¹⁸

A Convenção foi presidida pelo antigo Presidente da República francês Valéry Giscard D’Estaing e por um *Praesidium* restrito, cujo trabalho por ela produzido resultou no texto do “Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa”¹⁹, apresentado pelo Presidente da Convenção em junho de 2003, no Conselho Europeu de Tessalônica²⁰; assinado pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros, em Roma, em 29 outubro de 2004 e publicado em 16 de dezembro de 2004, no Jornal Oficial da União Europeia.

Contudo, a França e os Países Baixos, nesse mesmo ano, por meio de referendo, decidiram por não ratificar o texto constitucional, não obstante ter este sido aprovado por 18 Estados-Membros. Isso porque “a Europa tem de credibilizar o seu respeito pela vontade popular, ainda que tal vontade possa ser meramente aritmética e resultado de falta de informação e de reflexão (...)”²¹

¹⁸ PINZANI, Alessandro. Apresentação à edição brasileira. In: HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo: Unesp, 2012. 2 v. p. XI-XXXI.

¹⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa**. Roma, 29 out. 2004. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

²⁰ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33.

²¹ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 50.

O Tratado Constitucional fora amplamente divulgado, discutido e submetido à participação democrática durante sua elaboração, pois “importava mobilizar as opiniões públicas para aquilo que seria a refundação da Europa então entendida com a transição de uma Europa de Estados para uma Europa de cidadãos”²². O Tratado Constitucional era composto de 448 artigos, que substituiriam os tratados e textos jurídicos equivalentes, e reforçava o papel da União Europeia como entidade autônoma no contexto internacional, empenhando-se, ainda, na defesa substantiva dos direitos dos cidadãos.

Para Alessandra Silveira, o Tratado Constitucional foi, desde sempre, muito mal compreendido, já que, dentre vários aspectos em que as críticas não procediam, a polêmica sobre Tratado e Constituição sequer era original, tendo em vista que nos Estados Unidos da América já se concluía, nos tempos de sua criação, que “a Constituição não seria um tratado, mas consequência de um tratado”, ainda mais porque no caso da União Europeia “não se pretendia criar um super-Estado soberano – pois, entre os europeus, já familiarizados com os imperativos da soberania partilhada, isto é coisa em franco desuso”. Argumentos outros foram tanto justificativas à rejeição do Tratado Constitucional quanto à ausência de legitimidade, diante da inexistência de uma assembleia constituinte eleita democraticamente para a elaboração de um texto constitucional no sentido moderno, além da inexistência de um povo europeu constituinte.

O Tratado Constitucional, como ressalta Ferreira da Cunha, nascera de uma Convenção, Órgão de delegados - Parlamento Europeu e dos próprios Estados-Membros e não deputados dos povos da União para tal eleitos diretamente eleitos. Assim, “o trabalho da Convenção é em grande medida “ilegal” e “inconstitucional à luz da velha racionalidade: mas é revolucionariamente trans-legal à luz da legitimidade que se arvorou. E de novo constitucional. De um novo Constitucionalismo”²³.

De qualquer forma, a propalada falha de legitimidade do Tratado Constitucional foi sendo sanada por toda a parte na Europa, mesmo antes dos

²² SILVEIRA, Alessandra. A transição possível: do Tratado Constitucional ao Tratado Reformador. In: _____. **Tratado de Lisboa**: versão consolidada. Colaboração de: Pedro Madeira Froufe. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 14.

²³ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 194.

referendos, o que se deu, aliás, pelas eleições para o Parlamento Europeu que sucederam a conclusão do texto constitucional pela Convenção. Até porque, se os povos dos estados nacionais tivessem intenção de bloquear o processo constituinte, poderiam ter efetivamente bloqueado esta Constituição. Foi uma boa oportunidade para, “sem quaisquer custos internos nos seus respectivos países, o fazer. Bastaria ter votado nos vários partidos anti-constituição europeia codificada que existiam nos diversos países, e que se espalhavam mais diferentes setores do espectro político”.²⁴

Como não o fizeram, até porque larga maioria, ao menos tacitamente, não se opôs ao processo constituinte que se encontrava em andamento, o “voto nos partidos pró-constituição europeia codificada significou, em grande medida, um voto de confiança nessas políticas.”²⁵

E, desse desdobramento, no dia 12 de janeiro de 2005, confirmando a opinião daqueles que acreditavam no poder constituinte do Parlamento Europeu, este “aprovou o projeto de Constituição, com 500 votos a favor, 137 contra e 40 abstenções.”²⁶

Segue Ferreira da Cunha, no sentido de que os referendos que se sucederam eram detentores, sim, de cunho plenamente democrático e positivos, mas o que se questiona é se seriam, dentro do quadro apresentado, absolutamente indispensáveis, até porque o então alegado déficit democrático já havia sido consideravelmente superado²⁷. Entretanto, o que se deve extrair dos “nãos” da França e dos Países Baixos são algumas reflexões no sentido de que se poderia, então, convocar uma assembleia constituinte democrática já no seu nascedouro, um Parlamento Europeu Constituinte, pois o momento pós-referendo da França e Países Baixos era de não se estagnar, não dividir, mas sim prosseguir, avançar. Afinal, os “nãos” francês e neerlandês “à Constituição Europeia nova só podem constituir uma

²⁴ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 194-195.

²⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 195.

²⁶ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 195.

²⁷ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 194.

catástrofe do ponto de vista psicológico, e do fracasso de um método e de um modelo (entre vários possíveis) para o aprofundamento da União”.²⁸

Com a pretensão de desembaraçar o impasse estabelecido, então, foram introduzidas alterações no Tratado da União Europeia e no Tratado que institui a Comunidade Europeia, mediante a assinatura do Tratado de Lisboa, em 13 de dezembro de 2007, que entrou em vigor em 1 de dezembro de 2009.

Diante do cenário que se estabeleceu, o Tratado de Lisboa, tido como Tratado Reformador, foi a alternativa possível ao Tratado Constitucional, já que recupera consideravelmente conteúdo desse. Os tratados constitutivos, na versão resultante das alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, não contemplaram os símbolos, permanecendo, entretanto, a bandeira e o hino; alteraram a denominação do Ministro dos Negócios Estrangeiros para Alto-Representante da União para Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança; suprimiram a cláusula do primado do Direito da União, permanecendo o princípio nos termos definidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça²⁹, e a Carta dos Direitos Fundamentais deixou de constar do próprio texto dos tratados, sendo substituída, entretanto, por uma referência que lhe atribui força juridicamente vinculativa. O contexto desagregador levou o Reino Unido e a Polónia a não aderirem à Carta de Direitos Fundamentais.³⁰

Neste contexto, bem se pode visualizar o quadro que se pintou, no sentido de que se abriu mão, ao se afastar o Tratado Constitucional, muito da forma, da simbologia constitucional, mas as alterações introduzidas no Tratado da União Europeia e no Tratado que institui a Comunidade Europeia, pelo Tratado de Lisboa, ocuparam-se de resgatar os conteúdos essenciais: o “Tratado de Lisboa despiu-se

²⁸ CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 29.

²⁹ O *primado* ou o *primado do direito* - princípio estruturante do funcionamento do Direito da União, mesmo sem sua previsão expressa no Tratado de Lisboa, é reafirmado no nº 17 das Declarações Relativas a Disposições dos Tratados. A Jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo, durante a construção europeia reafirmando o princípio, chamado por algum princípio do federalismo jurídico, o qual “propõe a prevalência de toda disposição comunitária (*rectius*, do direito da União), sobre as normas nacionais que, com aquela, entrem em contradição – e isto, ainda que as normas internas em questão tenham caráter constitucional.” (FROUFE, Pedro Madeira. Notas de uma primeira leitura... In: SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**: versão consolidada. Colaboração de Pedro Madeira Froufe. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 23.)

³⁰ SILVEIRA, Alessandra. A transição possível: do Tratado Constitucional ao Tratado Reformador. In: _____. **Tratado de Lisboa**: versão consolidada. Colaboração de: Pedro Madeira Froufe. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 13-20.

das vestes constitucionais”. Apesar disso, não é motivo para desprezar tal situação já que o resultado foi globalmente positivo, posto que nele se inseriram muitos dos avanços e inovações do Tratado Constitucional, dentre eles a reestruturação das instituições; a participação dos parlamentos nacionais nos processos decisórios da União, por meio de controle da subsidiariedade; a extinção da estrutura dos pilares; a definição de critérios acerca da repartição das competências entre Estados-Membros e União; a conversão da “codecisão em processo legislativo ordinário, ampliando significativamente as decisões tomadas por maioria qualificada”, distinguindo atos normativos legislativos dos não legislativos. Além disso, a União Europeia registra grande conquista em sede de proteção dos direitos fundamentais, mediante a previsão introduzida no Tratado de Lisboa de sua adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e de conferência de força juridicamente vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais.³¹

1.2 O CONSTITUCIONALISMO DA UNIÃO EUROPEIA

A abordagem sobre a estrutura normativa da União Europeia e o seu Constitucionalismo é temática que fomenta veementes debates, por tangenciar interpelações e argumentos prós e contras a aplicação de uma Teoria do Estado no campo da teorização constitucional dos tratados constitutivos da União Europeia envolvendo, assim, questionamentos quanto a institutos como soberania, poder constituinte, direitos fundamentais, separação de poderes e outros tantos.

Na dicção de Gomes Canotilho, juristas respaldados nas “bondades teóricas” do conceito Estado enfatizam os déficits da teoria da Constituição, atribuindo à “Constituição” da União Europeia a ausência de “consciência profunda” da identidade e unidade do Estado”. Face ao novo paradigma que se estabelece com o crescimento da internacionalização da ordem jurídica, supranacionalização e integração política, privatização, descentralização administrativa e política, a *estabilidade* afirmada pelo Estado é desafiada, passando esse também pelo conceito de *perda*. Ora, se o Estado, no seu conceito “apriorístico-ontológico”, não transita

³¹ SILVEIRA, Alessandra. A transição possível: do Tratado Constitucional ao Tratado Reformador. In: _____. **Tratado de Lisboa**: versão consolidada. Colaboração de: Pedro Madeira Froufe. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2016. p. 13-20.

como conceito operatório no plano da teoria da Constituição, não o fará com relação à União Europeia, apresentando-se a teoria do Estado inapropriada para embasar qualquer discurso teórico acerca da Constituição europeia.³² A propósito, sobre a teoria do Estado tradicionalmente entendida, para o festejado Constitucionalista luso³³:

A União Europeia que, sobretudo desde o Tratado de Maastricht, torna arcaico o esquema concetual de Estado que se revela incapaz de fornecer compreensões juridicamente adequadas aos problemas de um novo fenótipo organizativo [...], aos problemas de aplicação preferente de normas de ordenamentos diferentes, de interconstitucionalidade, de grau mais elevado de proteção de direitos fundamentais, etc. O “constitucionalismo” a vários níveis (*multilevel constitutionalism*) nunca poderá ser um “estatalismo a vários níveis”.

Inegável que a internacionalização e a europeização trouxeram profundas modificações na ordem jurídica dos Estados, que, diante dos novos fenótipos políticos-organizatórios, esses optaram por ceder parte de sua força normativa e de parcela de soberania, emergindo o atual Constitucionalismo europeu “a partir de um misto entre a interdependência propiciada pela globalização e a necessidade de integração regional”, mediante à transferência de parcela de poderes soberano dos Estados-Membros à União.³⁴

A partir da teorização constitucional dos tratados constitutivos, nas palavras de Lucas Pires, a União Europeia, como os Estados-Membros estão em “processo de relativa ebulição constitucional”, direcionando-se para um “novo constitucionalismo,” um Constitucionalismo próprio, diante da invocação de um direito constitucional muito além de comum.³⁵ Mesmo para aqueles que entendem não haver uma Constituição

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2017. p. 227-232.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2017. p. 231-232.

³⁴ PIFFER, Carla; DIAS, Bruno Smolarek. Constitucionalismo europeu e a good governance dos fluxos migratórios na União Europeia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manuel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Coords.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Itajaí: Univali, 2017. (Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, t. 3). Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 8 jun. 2021. p.70.

³⁵ Lucas Pires elucida que principalmente depois de Maastricht, a inovação de um direito constitucional próprio se tornou mais recorrente, como se constata pelo posicionamento do jurista Walter Hallstein, primeiro Presidente da Comissão Europeia em 1976, como de vários autores alemães e italianos, além de alguns franceses. Nessa senda Sabino Cassese se refere a uma Constituição da Europa, conforme La Costituzione Europea in Quaderno Costituzionali, Ano XI, nº 3, Dezembro de 1991,

da União Europeia³⁶, seja pelas questões acima abordadas, ou por outros argumentos, seja porque o Tratado Constitucional não foi abraçado, é necessário admitir que a União Europeia requer um ordenamento político-jurídico único, diverso e muito mais consistente que meros regulamentos internacionais, como é o caso dos demais organismos internacionais. Explicam Piffer e Dias que a pretensão de se enfatizar atualmente para o que se chama Constitucionalismo europeu é no sentido da composição inovadora da ordem jurídica da União, para além dos aludidos tratados constitutivos, pois “define os processos de decisão das instituições comunitárias e regula as suas relações”, mas também em razão de dispor de um sistema de proteção aos direitos fundamentais à luz dos alicerces plasmados no art. 2.º do Tratado da União Europeia e da própria Carta dos Direitos Fundamentais. Além do mais, apresenta outra função clássica do pensamento constitucional, a de limitação do poder, conforme art. 7.º do Tratado da União Europeia, que “diante de eventual lesão aos princípios fundamentais e aos direitos do homem por parte de um Estado-membro, a União pode decidir suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos tratados ao Estado em causa, incluindo o direito do voto do representante do Governo no Conselho”.³⁷

Como dito alhures, a admissão da noção de uma “constituição europeia”, além de não ser corrente é “muito menos objecto de expressa e autónoma teorização e desenvolvimento sistemático”³⁸ de parte considerável dos doutrinadores. Lucas Pires enfatiza, referindo-se às conclusões do juspublicista alemão Peter Häberle, que entre a realidade factual e o Constitucionalismo clássico se encontra o

Bolonha, pág. 487. Sobre a existência de um direito constitucional comunitário, pensa Denys Simon em “Conclusions Gènerales in les Accords de Maastricht et la Constitution de l’União Européene, Paris, 1992, pág. 22. Outros autores que utilizam o conceito de “constituição” para se referir aos tratados também foram citados por Lucas Pires, inclusive comunitaristas espanhóis que também parecem seguir a direção. (PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 21-23.)

³⁶ Para o comunitarista Constantinesco, a concepção de direito diverte da de uma Constituição. Alguns invocam ausência de suportes estatais, de “povo europeu” e de poder constituinte e outros a dúvida, como Helmut Lecherler. (PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 21-23.)

³⁷ PIFFER, Carla; DIAS, Bruno Smolarek. Constitucionalismo europeu e a good governance dos fluxos migratórios na União Europeia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manuel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Coords.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Itajaí: Univali, 2017. (Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, t. 3). Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 8 jun. 2021. p. 65 e 72-73.

³⁸ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 119.

desenvolvimento da história constitucional da União, tratando-se, entretanto, mais de “osmose e harmonização de princípios da ciência jurídico-constitucional à escala pan-europeia, do que um verdadeiro direito comum.”³⁹ Ainda sobre o pensamento de Häberle a respeito da questão, na dicção do Professor Lucas Pires:

Coloca-se a tónica mais numa espécie de teoria da interconstitucionalidade do que num novo constitucionalismo. Demanda-se uma adequada correlação entre as várias Constituições. A unidade a decantar é só a de uma cultura “jurídica” e “constitucional” europeia, não ainda a de uma Constituição e de um Direito Constitucional próprios e unos.⁴⁰

Diante disso, patrimônios da Comunidade são consolidados como direitos fundamentais, separação dos poderes, princípio da legalidade e controle de constitucionalidade, enquanto princípios comuns emergem, revelando o desenvolvimento de um poder político comunitário e uma constitucionalização material transnacional que se apresenta com roupagem mais democrática. Esse novo “estado” constitucional europeu, enquanto europeização de todos os ramos do direito, inclusive constitucional, envereda-se no caminho de um novel “jus commune europaeum”.⁴¹

A relação entre o Constitucionalismo e a União Europeia se apresenta pelo desafio de afastar o conceito de Constituição formal, adotado para as constituições nacionais, pois, conforme Pires Maduro, se defende uma “forma do poder europeu”, já o entendendo predominantemente constitucional, constatação que se dava enquanto o processo de ratificação do Tratado Constitucional se encontrava em suspensão e que culminou na sua rejeição pelos Países Baixos e pela França. Com suporte em Joseph Weiler, Pires Maduro expõe que a “tese constitucional” é defensora, no que diz respeito a determinados conteúdos fundamentais, da ideia de que o seu texto fundador não era governado pelo direito internacional, mas, como traz o Tribunal de Justiça da União, uma Constituição governada por uma forma de direito constitucional.⁴²

³⁹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17-18. Sublinhado no original.

⁴⁰ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17-18. Sublinhado no original.

⁴¹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17-20. Sublinhado no original.

⁴² POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p.7-12.

Trazendo à baila a discussão que tem se travado sobre a União Europeia precisar ou não de uma Constituição, mas que equivocadamente se pauta na “compreensão estática da ideia estatal da Constituição”, Gomes Canotilho, no rastro de Konrad Hesse, chama atenção para a radical mudança de paradigma no tocante à compreensão do Constitucionalismo na atualidade. É indispensável que se supere o “esquema referencial Constituição-Estado”, aprenda-se o sentido do “chamado *constitucionalismo evolutivo*” e substitua-se “o esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por um sistema multipolar de *governance* constitucional”. As mutações que o Constitucionalismo tem apresentado exigem uma visão “dinâmica, capaz de emprestar a agilidade indispensável para se compreender os desafios constitucionais da internacionalização, da globalização e da regionalização”.⁴³

Nessa senda, a arquitetura dogmática do Direito da União Europeia, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, deriva do Constitucionalismo, que independe do reconhecimento de um poder constituinte. Contudo, tal assertiva não impede que um poder constituinte seja reconhecido, desde que diverso daquele dos estados nacionais, já que a “União Europeia constitui hoje uma comunidade política emergente que comporta uma reivindicação de autoridade normativa e política independente”, podendo-se reconhecer, assim, uma autoridade do Constitucionalismo como forma de poder na União.⁴⁴ Ainda quando na expectativa da possível entrada em vigor do Tratado Constitucional, lecionou o Professor Poiares Maduro que:

O facto de a Constituição não ter um poder constituinte não deve ser confundido com falta de autoridade normativa. [...] as normas da União podem e devem ter primazia sobre as normas nacionais, mas isso não implica que a autoridade normativa da União inclua a autoridade para criar uma Constituição independentemente das comunidades políticas nacionais e para a impor a estas. A autoridade constitucional (no sentido do poder constituinte) está ainda, em último termo, nas mãos das comunidades políticas nacionais, mas, uma vez exercida a nível europeu, ela constitui uma comunidade política europeia a quem é conferida autoridade normativa e política.⁴⁵

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e **interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2017. p. 282-283.

⁴⁴ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p.7-12.

⁴⁵ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p. 358.

Não mais um poder constituinte de Estado, mas um poder constituinte de uma comunidade política. Contudo, como alerta Lucas Pires, a ausência de um genuíno poder constituinte resulta afinal na debilidade do poder, “quer como sanção das normas, quer como autoria delas”. Afinal, as normas comunitárias resultam de acúmulo consensual ou consentido, não necessariamente unânime, o que nos remete, em certo prisma, a um poder mais débil e uma liberdade mais forte, o próprio desígnio do Constitucionalismo.⁴⁶ Percebe-se, ainda na dicção de Lucas Pires, que:

O poder constituinte operava no Estado nacional a passagem do Estado pré-constitucional ao constitucional, o que exigia uma considerável concentração de energia. Aqui e agora, tal passagem não é, porém, um acto de tipo revolucionário, como se o constitucionalismo ainda precisasse de um “fórceps”. O seu problema agora é crescer e não nascer⁴⁷.

A distinção clássica entre um “poder extraordinário” que cria uma constituição e um poder “normal” que administra a política em conformidade com a Constituição é questionada diante da “ideia de constituição no sentido de “*acquis*” evolucionário (N. Luhmann)”. Nada impede, entretanto, que surja uma “*constituição evolucionista*”, materialmente integradora assente em *esquemas* retirados dos tratados da Comunidade Europeia e de outros esquemas a criar⁴⁸, como o Parlamento Europeu, o “governo europeu”, pela Comissão Europeia, Conselho Europeu e Banco Central Europeu e o Tribunal de Justiça da União Europeia. Identifica-se, nessa hipótese, o poder constituinte evolutivo, que não requer identificação do ato constituinte.

O pluralismo de ordenamentos superiores surgidos na atualidade tem convergido para uma nova visão do “direito ordenamental do estado” e causado impacto no tocante a teoria da constituição, diante do surgimento de um “novo fenótipo político.” A União Europeia é um dos exemplos, e, sem dúvidas, pela sua complexidade econômica, política, jurídica e cultural, desafia o paradigma clássico da

⁴⁶ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 76.

⁴⁷ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 76.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1356.

teoria da constituição, o que deveras tem dificultado a construção de uma teoria da constituição europeia.⁴⁹

Contudo, para Canotilho, é “possível um desenvolvimento constitucional abrangente dos direitos constitucionais estadualmente centrados e do direito constitucional europeu”. Assim, traz-se a lume duas pré-compreensões, a “posição nacionalista” e a “posição europeísta” (federativa). A primeira que se assenta nos postulados clássicos em que a centralidade do direito constitucional repousa “no estado e no dogma da soberania do estado”. A segunda, “radica em premissas jurídicas e políticas aprioristicamente fixadas por um Tribunal – o Tribunal de Justiça das Comunidades – e numa “*vontade política tendencialmente governamentalizada*”.

As duas posições referidas, para o nobre jurista luso, estabelecem controvérsias, que se apresentam, primeiramente, pelo reducionismo constitutivo, que leva à seguinte questão: qual o fundamento constitucional-democrático para a construção do direito constitucional europeu? A “União Europeia é uma *organização supranacional* fundada em tratados internacionais *sem constituição própria*”, portanto não é Estado, mas, contradizendo-se, entende que a União dispõe de direitos soberanos, ao criar direito europeu que vincula os Estados-Membros. Nesse ponto, há, pela referida teoria, ocorrência de um déficit democrático, posto que os órgãos executivos europeus derivam dos governos dos Estados. A “tese Constitucionalista” possui ainda limitada compreensão das categorias político-constitucionais, sendo uma delas o conceito de “povo do estado” e, assim, a ausência de um “povo europeu” com as mesmas características, o que leva a conclusão “da impossibilidade teórica e prática de uma “democracia europeia”, o que pode ser rechaçado pois a democracia pode alicerçar-se em uma “comunidade *multicultural* de cidadãos”. A outra categoria se refere ao poder constituinte que até então carecia de legitimidade, conclusão que pode ser, pelo menos em parte, afastada, sob o prisma das inovações trazidas pelo Tratado de Lisboa.⁵⁰

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1356

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1351/1361.

Questionando “como se chega a construção de uma ordem jurídica comunitária⁵¹ que ‘produz’ normas dotadas de *aplicação preferente* em relação às normas internas dos Estados-Membros”, temos o reducionismo explicativo. As normas comunitárias possuem aplicação “preferente” o que pressupõe a existência de um direito comunitário, o que é redundante e pode autorizar dois argumentos contrários, um que não existe uma base constitucional para “afirmar uma ‘verdade’ do *supranacionalismo normativo*” e outro que demonstra quem tem a competência da competência (não existe poder na Comunidade Europeia para legitimar a sua existência como ordem jurídica, não lhe sendo facultada alargar o âmbito de competência).⁵²

E do reducionismo teórico se extrai a seguinte questão: “como estruturar a *competência das competências* entre duas ordens jurídicas, em que uma – a nacional – tem uma constituição considerada como norma superior e a outra – a comunitária – , que mesmo sem constituição, afirma-se como ordem de *aplicação preferente*?” Diante da problemática da competência da competência, a Comunidade não pode dispor nem da estabilidade, nem da ordem constitucional do Estados-Membros, levando a conclusão que não se está a falar de um “direito do estado europeu”, mas de um “direito constitucional europeu”. Enquanto o Estado-Membro tornou-se um estado constitucional cooperativo, a Comunidade, que embora não dispõe da competência da competência, possui poder normativo de editar atos jurídicos dotados de eficácia imediata e vinculativamente igual nos países que a compõem.⁵³

Face a complexidade jurídica e política criada com o advento da União Europeia, novo desafio surge pela necessidade de “teorizar ‘a arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma *nova ordem jurídica*”, a qual cria direitos de aplicação aos Estados-membros e aos

⁵¹ As expressões “ordem jurídica comunitária” e “direito comunitário” estão sendo usadas como sinônimo de “ordem jurídica da União Europeia” e “Direito da União Europeia”, respectivamente, a exceção de quando o texto proposto faça a diferenciação. A ordem jurídica da União e o direito da União englobavam o “direito comunitário” que se referia ao pilar fundamental da União Europeia, mas que a rigor circunscreviam os outros dois pilares, estrutura que fora extinta pelo Tratado de Lisboa.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1351-1361.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1351-1361.

cidadãos europeus; possui órgãos e poderes de decisão supranacional; densifica o princípio constitucional comunitário sem descuidar da existência, autonomia e identidade dos Estados-Membros; maneja a supranacionalidade normativa e decisória em observância ao princípio de “atribuição específica de competência”; e vincula-se “a princípios jurídico-material e de competência como os princípios gerais incorporados em *direitos fundamentais* comuns aos estados membros, o *princípio da subsidiariedade* e o *princípio da coesão social*.”⁵⁴

1.2.1 Constitucionalismo Plural

O Constitucionalismo da União Europeia se “assenta numa legitimidade plural que tem um impacto profundo na natureza do seu modelo constitucional”. A integração europeia, por meio da produção do direito, possui muitos atores jurídicos e sociais, tanto no âmbito nacional quanto no supranacional, que cooperaram na produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça, na construção e legitimação da “nova ordem jurídica supranacional dotada de características constitucionais”. O Constitucionalismo da União se assenta em uma pluralidade de fontes constitucionais, diante do diálogo permanente que se trava entre o Tribunal de Justiça e os tribunais constitucionais nacionais, de forma não hierarquizada e descentralizada com relação ao conteúdo e, ainda mais, no tocante aos mecanismos de legitimação e de autoridade normativa. “Não se trata apenas de uma Constituição, mas de um novo constitucionalismo: um constitucionalismo plural”.⁵⁵

Para buscar a compreensão de no que consiste o Constitucionalismo plural da União, nada melhor do que escutinar resposta ao questionamento formulado por Poiares Maduro: “O que distingue a natureza e a legitimidade do ordenamento jurídico europeu e a sua relação com os ordenamentos jurídicos nacionais?”⁵⁶

No que concerne a última instância de autoridade, o Tribunal de Justiça e os tribunais constitucionais nacionais articularam o efeito direito e o primado do Direito

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1351-1361.

⁵⁵ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 9.

⁵⁶ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 15-23

da União, traves-mestras da constitucionalização do direito comunitário, estabelecendo-se uma relação entre as normas comunitárias e os povos da União. A decisão “constitucional” do Tribunal de Justiça em *Van Gend & Loos*⁵⁷ apresenta-se como verdadeira declaração da independência do Direito da União no que se refere à autoridade dos Estados-Membros. Sobre o Acórdão, Poiares Maduro explica que o “tratado é apresentado como muito mais do que um acordo entre Estados - é um acordo entre os povos da Europa, que estabelece uma relação directa entre direito da União Europeia e seus povos”, constituindo-se fonte direta de legitimidade.⁵⁸

O teor da decisão em tela apresenta-se como de extrema importância para o exercício da cidadania europeia, permitindo que os particulares invoquem normas europeias em face de normas internas dos Estados-Membros que estejam em desconformidade com o Direito da União Europeia. Assim, “nesse acórdão de meio século de existência, o Tribunal de Justiça elucida que o direito da União, independente da legislação dos Estados-Membros, não só impõe obrigações aos particulares, mas também lhes atribui direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem tutelar”.⁵⁹

Apesar disso, essa fonte de legitimidade direta estabeleceu uma ligação política autorizadora “de reivindicação de uma autoridade normativa independente”⁶⁰, o que ultrapassa uma soberania partilhada e limitada, de onde emerge a necessidade de adotar-se a noção de soberania concorrente, conforme Poiares Maduro, pois trata-

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo 26/62. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa. Luxemburgo, 5 de fevereiro de 1963. **Portal InfoCuria**, 1963. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. p. 205.

⁵⁸ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p. 18-19.

⁵⁹ SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. De Van Gend & Loos a Maribel Dominguez: reequacionando o efeito direito das disposições europeias à luz das dinâmicas da integração. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Orgs.). **Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 11-37. p. 12.

⁶⁰ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p. 19.

se de uma reivindicação de “soberania de soberania” que compete com a dos Estados.

61

Para Jürgen Habermas, a expressão “soberania dividida” é equivocada, enquanto “poder que emana do povo”, já que esse se ramifica por todos os meandros de uma comunidade democraticamente constituída. No contexto da União Europeia, sobre o tema, é apropriado se falar em “divisão do poder constituinte” que “divide a soberania *na origem da coletividade a ser constituída* e não apenas *na fonte da coletividade constituída*”, ou seja, a fundação da União “[...] é pensada de modo a cindir os cidadãos participantes (ou seus representantes), desde o início, em duas *personae*; assim, toda pessoa que se figura como cidadã europeia no processo constituinte se vê de certa forma como cidadã do povo de um Estado já constituído.”⁶²

Contudo, independente de qual a expressão mais adequada para se definir a reivindicação de “soberania de soberania” que compete com a dos Estados, pode-se afirmar que decorre dos tratados a função jurisdicional partilhada entre o TJUE – tribunal organicamente europeu e os tribunais nacionais – tribunais funcionalmente europeus, nos termos do art. 19º, nº 1, do Tratado da União Europeia (TUE). Como a União não dispõe “de um aparelho jurisdicional difuso nos distintos Estados-Membros, é o juiz nacional que se encontra na primeira linha de aplicação do Direito da União Europeia, a ele sendo confiado um papel chave no cenário jurisprudencial da União [...]”.⁶³ É diante desta dinâmica jurisdicional que muito bem se identifica o princípio da lealdade europeia, o qual se estabelece entre os Estados-Membros e esses com a União e vice-versa, onde indistintamente obrigam-se “a adoptar todas as medidas necessárias ao cumprimento dos objectivos dos tratados e a não adoptar medidas que ponham em causa tais objectivos”.⁶⁴ E que, a partir da consagração do princípio da lealdade europeia nos tratados constitutivos, houve a derivação, pelo Tribunal de Justiça, de outros, a saber, princípio do primado do Direito da União Europeia,

⁶¹ SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. De Van Gend & Loos a Maribel Dominguez: reequacionando o efeito direito das disposições europeias à luz das dinâmicas da integração. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Orgs.). **Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 11-37. p. 12.

⁶² HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v.

⁶³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 103-120.

⁶⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 104.

princípio do efeito direto das normas europeias, princípio da efetividade do Direito da União, princípio da equivalência, princípio da interpretação conforme, princípio da responsabilidade do estado por violação das obrigações europeias, princípio da tutela jurisdicional efetiva que potencializam a legalidade e “revelam-se indispensáveis à própria sobrevivência do sistema federativo europeu.”⁶⁵

O impacto do pluralismo constitucional europeu na criação do ordenamento jurídico, de imediato, pode ser constatado tanto por se distinguir do direito internacional, como por ter estabelecido uma “nova hierarquia jurídica *vis-à-vis* os ordenamentos jurídicos nacionais”, mas é possível também afirmar que foi muito mais longe, pois a ordem jurídica europeia constituiu um “processo de cooperação que envolveu grande número de atores - a comunidade jurídica europeia, que “sustentou” o TJUE e “[...] legitimou a criação deste novo ordenamento jurídico, supranacional ou federal”, e também “[...] influenciou o conteúdo desse ordenamento jurídico e controlou e limitou, em parte, seu primado”⁶⁶. Assim, a ênfase é posta, nas palavras de Poiares Maduro:

[...] na constitucionalização desse ordenamento jurídico (a sua natureza auto-suficiente permeada por conceitos de direito constitucional) e na sua arquitectura federal, pela criação de uma moldura jurídica completa, composta por princípios bem conhecidos, como o primado, o efeito directo, os direitos fundamentais, um sistema de garantias jurisdicionais e um quadro de separação de poderes horizontal e vertical.⁶⁷

O processo de criação do ordenamento jurídico europeu obteve sucesso muito pela aproximação feita pelo Tribunal de Justiça com amplo grupo de atores nacionais e a adesão destes, mediante o incentivo de desenvolvimento de doutrinas, bem como pela promoção da participação e da “subjectivação dos tratados” (não podem tratados serem interpretados apenas como um acordo entre os Estados, mas com vistas a terem sido criados para os “povos da Europa”); além de ser muito receptivo às questões trazidas pelos tribunais nacionais “e amiúde foram estes que sugeriram algumas das interpretações mais originais das normas comunitárias”,

⁶⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 103-120.

⁶⁶ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p. 27.

⁶⁷ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p. 19.

estabelecendo-se, portanto, reforço importante aos tribunais nacionais que buscavam para suas questões prejudiciais obtenção de decisões do TJUE.⁶⁸

1.3 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia se apresenta, não obstante sua gênese federalista, como modelo inovador, pois não constitui um Estado, mas detém poder para estabelecer normas e garantir seu cumprimento, vinculando Estados-Membros e respectivos cidadãos. Detentora de poder público, a União Europeia cria e se vincula ao direito criado, sendo dotada de instituições próprias, de processos conducentes a emitir e interpretar as normas europeias e de instrumentos tendentes a sancionar a sua eventual violação.⁶⁹

No Direito da União, os conceitos jurídicos não têm o mesmo conteúdo que aqueles existentes nos diversos direitos nacionais, conforme exemplifica a Professora Alessandra Silveira: 1) 42 e, 3) O contencioso da União vai além do sentido restrito de “contencioso”, pois é composto inclusive do Reenvio Prejudicial que nada mais é que um meio judicial de “interpretar ou dizer da validade da disposição europeia”, num diálogo entre os tribunais nacionais e o TJUE.⁷⁰

Os tratados constitutivos – a “Constituição da UE” – vinculam todo poder público da União, prevendo os objetivos a serem por ela realizados e “um quadro institucional que obedece ao princípio do equilíbrio de poderes,” mas que difere do princípio da separação de poderes (idealizado a nível nacional), posto que no contexto da União “as decisões resultam tendencialmente do controlo recíproco e do ajuste de posições em busca de consenso”. A União, por seus tratados constitutivos, ainda estabelece “um sistema de contencioso próprio” e “de actos jurídicos/normas que afectam directamente os particulares”, concluindo que “tal supremacia dos tratados

⁶⁸ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 27-28.

⁶⁹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 28.

⁷⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 33-36.

possibilita a anulação, pelo TJUE, dos actos das instituições europeias que lhes sejam desconformes – tudo como se de uma constituição se tratasse”.⁷¹

Como dito alhures, o Direito da União tem como paradigma hermenêutico o direito constitucional e não mais o direito internacional, já que a doutrina e a jurisprudência que dominam a construção dogmática derivam do Constitucionalismo. E esse Constitucionalismo se constrói pela pluralidade de fontes constitucionais, que, nas palavras de Miguel Poiares Maduro⁷², traduz-se pela existência de uma Constituição Plural. A relação entre Constitucionalismo Europeu e nacional envolve a recepção pelas ordens jurídicas nacionais do Direito da União, havendo, por um lado, submissão, em geral, pelos Estados-Membros, do primado do direito comunitário, quando se permite, por outro lado, aos sistemas nacionais, controle constitucional para apreciação da compatibilidade com alterações dos tratados. Assim, a integração europeia apresenta uma nova essência de soberania, pois, ao tempo que a soberania é delegada pelos Estados-Membros, esses passam a exercer em comum a soberania delegada.

1.3.1 Da soberania e da limitação de competências

Os Estados nacionais, em razão da integração a uma comunidade supranacional – União Europeia, procedem abertura da ordem jurídica, mediante autorização para o exercício em comum de alguns poderes soberanos, estabelecendo-se o fundamento jurídico para a participação de cada Estado-Membro na União Europeia. Assim, duas consequências jurídico-constitucionais de relevância são registradas: a soberania exclusiva dos órgãos do poder político no âmbito da validade e a eficácia da Constituição do Estado-Membro sofre restrições em razão da “partilha de poderes”; e a abertura do ordem jurídica do Estado-Membro ao Direito da

⁷¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 29.

⁷² POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006.

União resultante da integração europeia implica a validade e a aplicação direta na ordem interna do Direito da União Europeia.⁷³

Nessa perspectiva, o art. 4.º do TUE estabelece, conforme disposições do art. 5º, que as competências não atribuídas à União nos tratados pertencem aos Estados-Membros, devendo tomar essas todas as medidas adequadas para a garantia da execução das obrigações decorrentes dos tratados ou que resultem dos atos das instituições da União; adotando-se o princípio da cooperação leal (ou da lealdade europeia), a União e os Estados-Membros devem respeito e assistência mútua no cumprimento das missões decorrentes dos tratados.

Na aplicação do Direito da União, tendo como base os tratados constitutivos (direito originário), bem como os demais atos jurídicos emanados das instituições europeias - regulamentos, diretivas, decisões e outros atos atípicos, desde que emitidos em conformidade com os tratados constitutivos (direito derivado), com base no princípio da lealdade e especificamente do primado do direito, “a União respeita identidade nacional dos seus Estados-Membros refletidas nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”, com as funções essenciais do Estado (art. 4º TUE), razão pela qual, se houver invasão de competência dos Estados-Membros definidas nos tratados constitutivos, por ao jurídico da União, este é inválido, cuja declaração cabe ao TJUE. ⁷⁴

As competências da União, nos termos do art. 5.º do TUE, regem-se, quanto à delimitação, pelo princípio da atribuição, ou seja, dentro dos limites que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos tratados, com vistas a atingir os propósitos estabelecidos por estes. No tocante ao exercício das competências da União, rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

De acordo com Gomes Canotilho, o princípio da subsidiariedade, introduzido pelo Tratado de Maastricht, partiu de uma iniciativa alemã apoiada pela Inglaterra, suscitando “muitas dúvidas quanto a sua verdadeira natureza e alcance”.

⁷³ As referências do autor são relativas a Portugal, aplicáveis, entretanto, aos demais Estados-Membros (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 365.).

⁷⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 132-133.

A União, nos domínios que não sejam de suas atribuições exclusivas, nas letras do art. 5.º, n.º 3, do TUE, “intervém apenas e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, [...] podendo, contudo, devido a dimensões ou aos efeitos da ação considerada, mais bem alcançados ao nível da União”. E segue consideração do ilustre Professor luso, no sentido de que, atrás da subsidiariedade proclamada, parece estar a ideia de: “(1) freio e balanço relativamente a um crescente “centralismo europeu”; (2) “regionalizar” mais fortemente os processos de decisão comunitária; (3) encontrar decisões o mais possível próximas dos cidadãos (*democracia da proximidade*)”. Além da ideia de “pluralismo e diferenças culturais e históricas” dos Estados-Membros.⁷⁵

O princípio da subsidiariedade⁷⁶, consagrado no art. 5.º, refere-se, portanto, tão somente a “competências paralelas ou concorrentes entre União e Estados-Membros e não à matéria de competência exclusiva da União, princípio esse que se completa pelo princípio da proporcionalidade, que pela disposição do art. 5.º, n.º 4, do TUE, “o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados”.

As ordens jurídicas da União e Estados-Membros são “autónomas e multiformes”, podendo haver áreas de sobreposição e concorrência com falhas de arbitragem, o que não importa em serem contraditórias ou competitivas, devendo-se levar em conta, porém, que a ordem constitucional nacional é mais densa e mais interiorizada, a única originária. Como diz Lucas Pires, “esta consistência da ordem constitucional nacional compensa em aprofundamento o que lhe falta em alargamento”.⁷⁷

Assim, “se a Constituição europeia fala para baixo, as Constituições nacionais também falam para cima, como se a Constituição europeia se “nacionalizasse”, enquanto a Constituição nacional se “europeíza”,” mas quando fala a Constituição europeia, “todos os valores essenciais das Constituições nacionais têm

⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 366.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 366.

⁷⁷ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 107-108.

de ser respeitados, a começar nos que se podem subsumir na ideia de “identidade constitucional”, nos termos do art. 4º, n.º 1 e n.º 2 do TUE.

Tocqueville, ao discorrer sobre o sistema federativo anglo-americano, afirmava que a soberania da União era ‘nova’ enquanto a dos estados nascia “com o povo”⁷⁸:

A soberania da União é artificial; a soberania dos Estados é natural; existe por si mesma, sem esforços, como a autoridade do pai de família. A soberania da União toca os homens por alguns grandes interesses; representa uma pátria imensa, afastada, um sentimento vago e indefinido. A soberania dos Estados envolve cada cidadão, de certa forma, e a cada dia a toma em detalhe.

Assim, o sistema federativo, para ser exitoso, precisa muito mais do que uma “boa lei”, mas de vários elementos, um deles indispensável, o “espírito que a anima”, segundo Tocqueville que tal requisito faltou ao México, ao tentar estabelecer um sistema federativo, o que também não deixa de ser uma análise interessante de se fazer com relação ao Brasil.⁷⁹

Apesar disso, não nos distanciando da nossa abordagem, pode-se dizer que, com relação à União Europeia, a diversidade linguística e cultural, a obstinação política dos desenvolvidos Estados-Membros no início da Comunidade, com experiência de guerra, e, posteriormente, com diferentes construções tocante aos regimes de bem-estar social⁸⁰, são fatores que a distinguem da forma federativa da América do Norte. Contudo, razão com Tocqueville, de que o êxito de uma Federação reclama um interesse comum que deve ir além dos “interesses materiais”, pois “o homem tem ainda ideias e sentimentos”⁸¹, como a existência de vontade política.

⁷⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 134-138.

⁷⁹ A interpretação do princípio da soberania na Constituição do Brasil deve se dar sob o lume da realidade latino-americana, principalmente nos primórdios da independência, já que esta não levou a construção de um Estado Nacional “soberano”. Trata-se de peculiar história “marcada pela vinculação dos Estados aos interesses das elites do que o propriamente como elemento de identificação popular, pois é necessário aqui lembrar que não foram poucos os viajantes europeus que retrataram o Brasil do Século XIX como um país sem povo”. (MALISKA, Marcos Augusto. Art. 1º, I: princípio da soberania. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 120.)

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. p. 69.

⁸¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. p. 136-137.

Nessa perspectiva, entendendo a União Europeia como uma coletividade federativa, porém atípica⁸², detecta-se o componente acima referido por Tocqueville, tendo em vista que “[n]o começo da unificação europeia, a força civilizatória dessa inovação se expressou, sobretudo, na pacificação de um continente sangrento; entretanto, ela se manifestou na batalha pela construção de capacidades superiores de ação política.”⁸³ Atualmente, como ainda discorre Habermas, pode-se buscar outra mais árdua construção, a de capacidades globais de controle para se preservar o seu ambiente cultural. Ademais, há expectativa de que, “a partir de uma confiança recíproca crescente entre os povos europeus, desenvolva-se entre os cidadãos da União uma forma transnacional ampliada, mesmo que atenuada, de solidariedade civil”⁸⁴.

Embora o Tratado Constitucional não tenha vingado, pelo Tratado de Lisboa, a cidadania europeia continuou na pauta, que pode ser entendida no “sentido de pertença dos indivíduos à União (e, nessa senda, de uma genuína identidade europeia)”⁸⁵, apresentando aquele sentimento que se fazia necessário para, junto com outros interesses, fazer uma federação vitoriosa, de que falava Tocqueville.

1.3.2 Da teoria da interconstitucionalidade

A União Europeia, que produz direito como se fosse um Estado, mesmo não o sendo, estabelece mecanismos administrativos e judiciais que permitem interpretar as normas estabelecidas pela União e julgar, inclusive com poder punitivo, quando do seu descumprimento. O estudo da teoria constitucional da União, pelas próprias peculiaridades, deve dar-se a partir da visão horizontal das

⁸² Abordagem sobre eventuais elementos convergentes entre o federalismo norte-americano e a União Europeia não implicam em classificar esta como uma tradicional federação de Estados, atentando-se, inclusive, que “a União Europeia do Tratado de Lisboa não está tão distante da configuração de uma democracia transnacional” razão pela qual inadequada é a adoção de modelo de Constituição de um Estado Federal. (HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. p. 3.)

⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. p. 65.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. p. 66.

⁸⁵ SILVEIRA, Alessandra. Comunidade Política Europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem? In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 283.

constituições nacionais que coexistem no mesmo espaço político e que não possuem condição hierárquica com relação à “Constituição europeia” (alusivo aos tratados constitutivos), ou seja, deve dar-se por meio da “teoria da interconstitucionalidade” – que emerge atualmente como uma teoria do pluralismo constitucional europeu e “pode dar seu contributo, quer na definição da identidade do Constitucionalismo europeu, quer na teoria do Constitucionalismo em geral”.⁸⁶

Para Gomes Canotilho, “a teoria da interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais, ou seja, concorrência, convergência, justaposição e conflitos das várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”, conceito que tem aplicação, em geral, quando se analisa Constituição federal e estaduais. Contudo, no tocante à União Europeia “a existência de uma *rede de constituições de estados soberanos*” aponta para a postulação de uma articulação entre constituições num espaço político plural.⁸⁷ Afinal, a teoria em questão, para o Constitucionalismo europeu, deve se debruçar sobre sua legitimidade e “na própria natureza da UE enquanto comunidade jurídico-política.”⁸⁸

Aliás, o fenótipo de interconstitucionalidade tem precedentes, como a articulação entre constituições federal e estadual, num sistema federativo ou confederado, mas o que há de novo na teoria da interconstitucionalidade é:

(1) a existência de uma *rede de constituições* de estados soberanos; (2) as *turbulências* produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); (3) a *recombinação* das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; (4) a articulação da *coerência constitucional* estadual com a *diversidade* de constituições inseridas na *rede interconstitucional*; (5) a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbricadas na rede e entre

⁸⁶ SILVEIRA, Alessandra. Comunidade Política Europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem? In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 279.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1407

⁸⁸ SILVEIRA, Alessandra. Comunidade Política Europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem? In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum. 2017. p. 279.

a ‘constituição’ revelada pela organização política de grandeza superior.⁸⁹

Além do mais, a teoria da interconstitucionalidade, que não se preocupa tão somente com a intergovernabilidade, traduz-se também em uma teoria de interculturalidade constitucional, que remete à inserção de conteúdos comunicativos possibilitadores da estruturação de comunidades e direcionam para a ideia de constituição cultural. As Constituições nacionais convertem-se em instrumentos de uma *hermenêutica jurídica europeia* que busca “articular o reconhecimento das identidades nacionais como a formação de uma *identidade cultural europeia*”⁹⁰, conforme disposições do art. 4.º do TUE.

Nessa toada, a interconstitucionalidade não exige “a investigação e descoberta de um conjunto de regras respeitantes à produção e interpretação dos textos constitucionais nacionais e dos respectivos discursos e práticas sociais com eles relacionados” e, portanto, constitui dimensão importante na hermenêutica jurídica da União Europeia. Pelas Constituições dos Estados-Membros, pelos documentos internacionais como tratados e convenções, bem como pela Carta das Nações Unidas e pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, é possível identificar os princípios e normas relativo a um “espaço cultural-constitucional”, perspectiva em que o direito constitucional europeu deve ser descrito como direito materialmente instruído pelos princípios estruturantes dos estados de direito democrático-constitucionais⁹¹, conforme disposto no art. 2º do TUE, e pelos direitos enunciados na Carta de Direitos Fundamentais a que o art. 6º do TUE garante o mesmo valor jurídico dos tratados.

Pode-se concluir, destarte, que a teoria da Constituição pressupõe atualmente o estudo da teoria da interconstitucionalidade⁹², conforme já sugerido por Lucas Pires, ao refletir sobre o reconhecimento de uma cultura constitucional comum.⁹³ A teoria da interconstitucionalidade remete inexoravelmente à permanente

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1407.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1412.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1407-1412.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1407.

⁹³ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 17-20.

deflagração de processos de troca e partilha “entre as várias constituições (com sua história própria e tradições culturais)”, as quais “produzem *uma cultura constitucional* reconduzível a ideais, valores, acções de indivíduos e de grupos”⁹⁴.

Pela evolução e complexidade estabelecida pela dinâmica da interconstitucionalidade, concernente à atividade do TJUE, tem-se que ela se opera tanto pela sua natureza judicial de interpretação e aplicação das normas quanto pela execução de tarefa de natureza política, por seu papel impulsionador da integração. Apesar disso, o direito da União, “como ordem jurídica autônoma e sua constitucionalização exigiram igualmente um trabalho de construção jurídica que ultrapassava o quadro estrito das normas existentes”. Dessa forma, a leitura constitucional dos tratados e invocação de princípios gerais, pelo TJUE, acabaram por introduzir conceitos no direito da União, preenchendo lacunas existentes.⁹⁵

1.4 O PAPEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA NA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS TRATADOS E SUA JURISPRUDÊNCIA PRINCIPIALISTA

Uma nova concepção do direito tem sido reivindicada ao se analisar a relação entre o Direito da União e os direitos nacionais, afastando-se as concepções hierárquicas e abraçando-se os conceitos que hoje dominam a sua construção, os de natureza constitucional. “Nesse sentido, o discurso dominante nos debates europeus é de tipo constitucional, refletindo-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça e refletindo-se nesta”.⁹⁶

A jurisprudência do Tribunal de Justiça, desde os anos sessenta, vem erguendo os pilares da constitucionalização dos tratados. Nas palavras de Lucas

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1410.

⁹⁵ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p. 72-73.

⁹⁶ POIARES MADURO, Miguel. A crise existencial da Constituição Europeia. **FDNUL Working Papers**, n. 2, 1999. p. 5.

Pires, “na falta de uma estrutura democrática forte da CEE, foram os Juízes os “founding fathers” possíveis ou provisórios.”⁹⁷

A função inicial desempenhada pelo Tribunal de Justiça, em grande parte, foi consequência das limitações que lhe foram impostas pelos desafios de assegurar a sua própria eficácia e do direito comunitário, evitando-se, ao mesmo tempo, envolver-se em “conflitos nacionais e políticos que pudessem debilitar a sua credibilidade como órgão judicial ou a do direito comunitário”, construindo, diante deste cenário, o direito comunitário e sua própria legitimidade, a partir de um sistema jurídico próprio, moldando o discurso jurídico europeu, ao mesmo tempo que por ele era moldado. Deu-se, pois, “a criação de uma arquitetura jurídica nova e deu origem à constitucionalização dos tratados como os famosos princípios do primado (ou da supremacia) e do efeito directo, um sistema de garantias jurisdicionais e uma estrutura de separação de poderes horizontais e verticais.”⁹⁸

Várias etapas iniciais foram de suma importância na produção jurisprudencial do Tribunal de Justiça com vistas à constitucionalização do Direito da União. Sem pretender esgotá-las, podem ser identificadas como: a) a construção conceitual de princípios e regras processuais e institucionais; b) a “subjectivização dos tratados”, consistente em interpretá-los “como instrumentos criados pelo e para os povos da Europa” e não como meros acordos entre estados; c) a interação e colaboração com os tribunais dos Estados-Membros – estes solicitando intervenção do Tribunal de Justiça e aplicando seus acórdãos; d) a aplicação de esforços e estratégias comuns entre o Tribunal e a Comissão Europeia, tendo esta guiado aquele para uma maior integração jurídica, com escopo de muito mais do que resolução das violações mais graves do direito comunitário, estabelecer um hábito de obediência àqueles eixos de normas; e e) a adoção de “um modelo de formalismo jurídico” para fundamentação das decisões do Tribunal, respaldando-as no reconhecimento do

⁹⁷ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 25.

⁹⁸ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p. 58-59.

direito e não em atos discricionários próprios de órgãos políticos, estabelecendo-se, assim, sua autoridade enquanto órgão judicial.⁹⁹

Papel crucial na legitimação do Direito da União e na marcha de constitucionalização tem o discurso do Tribunal de Justiça, tanto na estruturação do processo e na definição de seus atores quanto na forma que atuam e que estabelecem suas competências. O contencioso comunitário manejado pelo Tribunal de Justiça, por meio de uma aproximação funcional à integração do mercado, estabeleceu-se como ponto determinante na construção de princípios gerais que vieram a delinear sua atuação, com reflexos imediatos no modelo de Constituição econômica europeia.

O art. 28.º do TCE (atual art. 34.º do TFUE), que prevê a proibição, entre os Estados-Membros, de restrições quantitativas à importação, como as demais regras relativas à liberdade de circulação de mercadorias constituíram um dos princípios gerais de direito comunitário, não só por estabelecer uma “competência geral de supervisão do direito nacional, mas também por definir a hierarquia entre as diversas ordens jurídicas para efeitos de direito comunitário”. O art. 28.º do TCE permitiu que se institísse um discurso direito com os Tribunais e os cidadãos dos Estados-Membros. Dessa forma, em razão do efeito direto e da ampla apreciação de normas de regulação de mercado que o art. 28.º do TCE possibilitou, o Tribunal de Justiça vislumbrou a necessidade de intensificar o relacionamento com as ordens jurídicas nacionais, fazendo-o por meio de uma maior interlocução com os tribunais nacionais e os operadores econômicos, culminando no estabelecimento de um padrão de “reforço positivo com os tribunais nacionais” por meio do reenvio prejudicial.¹⁰⁰

Como uma “trindade com um só objectivo”, três princípios fundamentais que emergem da jurisprudência da Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, com essência constitucional, alavancaram a conversão de “típicos tratados multilaterais

⁹⁹ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p. 57-63.

¹⁰⁰ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p. 81-87.

numa Constituição”: o princípio do primado do Direito da União, o efeito direto e a apropriação de competências¹⁰¹.

Do compromisso cooperativo estabelecido pelos autores políticos envolvidos na integração europeia, no sentido da co-responsabilidade pelo destino do sistema federativo, especialmente pela efetividade do sistema jurídico da União, decorre o princípio da lealdade europeia. O princípio da lealdade insculpido formalmente nos tratados constitutivos embasou muitas das decisões do Tribunal de Justiça, emanadas como propósito de garantir a plena aplicação do Direito da União, muitas delas já decompondo o princípio da lealdade em princípios mais específicos, como o primado do Direito da União e o do efeito direto, dentre outros. A justiça europeia tem atuado desde o início da integração, na proteção dos “poderes da União contra as intromissões indesejáveis dos Estados-Membros”, posto que esses “jogam nos dois campeonatos” – nacional e europeu.¹⁰² Explica ainda a Professora Alessandra Silveira que:

[...] o TJUE, como qualquer tribunal supremo de uma federação, zela pela integração europeia e pelo interesse geral que a move – tem de o fazer, haja vista as vicissitudes/fragilidades do sistema federativo em que estamos inseridos. Em última análise, o que está em causa, é a igualdade jurídica dos cidadãos europeus e a tendencial equiparação das condições de vida em todo o território da federação. E é isso que o TJUE tem ajudado a salvaguardar a partir da lealdade europeia.¹⁰³

O esforço do TJUE ao longo do processo de integração europeia, no que se refere à densificação do sentido da lealdade europeia ou cooperação leal, é cristalino. Como dito alhures, muitas foram as decisões do Tribunal fundamentadas no princípio da lealdade e em princípios dele decomposto. Pode-se citar, a título exemplificativo, ao longo da evolução do princípio da lealdade, o Acórdão Comissão Europeia contra República Francesa de 1969¹⁰⁴, quando o TJUE, ressaltou “a

¹⁰¹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 25-26.

¹⁰² SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 103-128.

¹⁰³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 120.

¹⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processos apensos 6/69 e 11/69. Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa. Luxemburgo, 10 de dezembro de 1969. **Portal InfoCuria**, 1969. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87817&pageIndex=0&doclang=pt&mode=ls>>

relatividade do exercício das competências, inclusive daquelas ditas exclusivas, num sistema informado pela lealdade”, ao reconhecer que em determinadas circunstâncias “o exercício de competências formalmente acometidas pode prejudicar gravemente os interesses de outrem ou do conjunto, em detrimento dos objetivos constitucionalmente acordados.”¹⁰⁵ Sucederam tantos outros julgados, como o Acórdão Van Gend & Loos de 1963 e o Acórdão Costa/ENEL de 1964, que serão abordados no decorrer do presente trabalho.

Já em 2005, pelo célebre Acórdão Maria Pupino¹⁰⁶ o TJUE também invocou o princípio de lealdade à União, decidindo que “os particulares tinham direito de invocar uma decisão-quadro do terceiro pilar com vista a obter, do juiz nacional, uma interpretação conforme do seu direito interno”. Dessa forma, embora o referido princípio estivesse previsto no art. 10.º do Tratado da Comunidade e inexistisse correlação nos mesmos termos no então TUE, os Estados-Membros estariam vinculados à lealdade recíproca com relação à União.¹⁰⁷

t&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>. Acesso em: 8 jun. 2021. Cuidava-se de caso em que a República Francesa, ao contrariar decisão da Comissão, mantendo uma diferença superior a 1,5 pontos entre a taxa de redesconto dos créditos à exportação para os outros Estados-Membros e a taxa normal, não cumprindo uma das obrigações que lhe incumbia por força do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia.

¹⁰⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 107-108.

¹⁰⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-105/03. Processo penal contra Maria Pupino. Luxemburgo, 16 de junho de 2005. **Portal InfoCuria**, 2005. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59363&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021. O pedido de reenvio prejudicial foi apresentado no âmbito de um processo penal contra Maria Pupino, educadora infantil, acusada de ter provocado ofensas à integridade física de alunos com idade inferior a cinco anos. Estava em causa, no processo penal instaurado no Tribunale di Firenze, pedido formulado pelo Ministério Público (MP), de antecipação de produção de prova (oitiva das vítimas crianças), na fase de inquérito preliminar, observado o princípio do contraditório. Maria Pupino opôs-se a esse requerimento alegando que não se verificava no Código de Processo Penal Italiano previsão para tal, pois o dispositivo invocado pelo MP limitava-se a crimes sexuais ou de cariz sexual. Diante deste cenário, o Tribunal italiano suspendeu a instância e pediu ao TJUE que se pronunciasse sobre o âmbito de aplicação da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal. O TJUE declarou que a Decisão-Quadro deve ser interpretada no sentido de que o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de autorizar que crianças de tenra idade, que, como no processo principal, aleguem ter sido vítimas de maus tratos, prestem o seu depoimento segundo modalidades que permitam assegurar a estas um nível adequado de proteção. O acórdão reconheceu que os particulares podem invocar decisão quadro no bojo de procedimento penal que tramita no Estado-Membro.

¹⁰⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 103-128.

Pelo princípio do primado do Direito da União há imposição da prevalência do Direito da União sobre o direito nacional, que se funda na aplicação preferente de uma norma sobre a outra, de fontes distintas, não se questionando, entretanto, sua validade (sendo todas a princípio válidas), o que implica em afirmar que o primado não confronta a supremacia do Estado-Membro. A administração pública e os Juízes nacionais equacionam o problema de convivência de normas nacionais e europeias que se aplicam em um mesmo território e em relação a idênticos destinatários. Além do mais, o princípio do primado não torna a União superior hierárquica dos estados nacionais, pois tem seu nascedouro na própria pluralidade de ordenamentos jurídicos. A “hierarquia se dá entre normas procedentes do mesmo sujeito – e não numa relação entre dois ordenamentos, onde sequer se fala de invalidade, mas de preferência aplicativa em benefício da própria funcionalidade sistêmica.”¹⁰⁸

Depreende-se, portanto, que as autoridades nacionais devem tomar todas as providências para que se efetive o Direito da União, cumprindo-se as obrigações decorrentes da lealdade e em específico do primado, cabendo aos juízes nacionais a interpretação do direito nacional em conformidade com o Direito da União e a desaplicação daquele que se confrontar com este. Vale dizer que assegurar a prevalência do Direito da União sobre o dos Estados-Membros é tarefa da autoridade administrativa ou judicial nacional. “Daqui decorre que além de não aplicarem o direito nacional incompatível com o europeu, as autoridades nacionais devem suprimir (ou pelo menos reparar) as consequências de um acto nacional contrário ao Direito da União,” corrigindo o seu desrespeito.¹⁰⁹

Com a evolução do princípio da lealdade, derivou-se o princípio do primado, encontrando no Acórdão Costa/ENEL de 1964¹¹⁰ seu fundamento. Segundo

¹⁰⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 133.

¹⁰⁹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 134.

¹¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo 6/64. Flaminio Costa contra ENEL. Luxemburgo, 15 de julho de 1964. **Portal InfoCuria**, 1964. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Tratava-se de uma demanda judicial em que Costa, acionista de uma empresa nacionalidade e integrada a *Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*, discutia com essa sobre cobrança de faturas de energia e nesse contexto o Tribunal de Justiça foi instado “a interpretar disposições relacionadas com a instituição de monopólios nacionais de carácter comercial.” O Direito da União não poderia ser limitado por

Alessandra Silveira, o TJUE já havia decidido que a limitação definitiva dos poderes soberanos dos Estados-Membros era derivada da própria transferência de competências efectuada por esses em favor as instituições europeias, andando a decisão imediatamente referida, mas além, reconhecendo que:

Oriundo de uma fonte autónoma, o direito nascido do tratado não pode, em razão da sua específica natureza, encontrar um limite em qualquer disposição interna sem perder o próprio carácter comunitário. Se a efectividade do Direito Comunitário variasse de um Estado para outro em função de leis internas posteriores, isto colocaria em perigo a realização dos objetivos do tratado contemplados no art. 5.º (actual art.º 4.º do TUE) e causaria uma discriminação vetada pelo art.º 7º (actual art.º 18.º do TFUE).¹¹¹

Enquanto na emblemática decisão “constitucional” em *Van Gend & Loos*, emanada pelo Tribunal de Justiça em 1963, da qual já nos referimos no Capítulo 1.2.1, reconhecendo o princípio do efeito direto, a empresa de transportes holandesa *Van Gend* propôs ação de repetição de indébito contra o fisco dos Países Baixos, por terem sido cobrados direitos aduaneiros quando da importação de produto químico da Alemanha, em desconformidade com o Direito da União (atual art. 30.º do TFUE que prevê proibição de cobrança desses direitos entre Estados-Membros ou encargos de efeitos equivalentes). O âmago da questão era saber se o particular poderia diretamente invocar o mencionado dispositivo, o que respondeu afirmativamente o TJUE. Portanto, o mencionado dispositivo cria obrigação de não fazer para os Estados-Membros e estabelece efeitos diretos nas relações jurídicas entre esses e os particulares.¹¹²

Contudo, aos princípios do primado, do efeito direto, da interpretação conforme, da responsabilidade civil do Estado, da autonomia processual, dentre outros, assentes no princípio da cooperação leal e nascidos da jurisprudência do TJUE, por acompanharem “a dinâmica de uma integração em movimento”, estão

disposição nacional, sob pena de colocar em risco a realização dos objetivos da União, causando discriminação vetada pelo atual art. 18.º TFUE. (SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 134-135.)

¹¹¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 109.

¹¹² SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. De *Van Gend & Loos* a *Maribel Dominguez*: reequacionando o efeito direito das disposições europeias à luz das dinâmicas da integração. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Orgs.). **Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 11-37. p. 12-13.

constantemente em evolução, sinalizando o Tribunal de Justiça, por seus recentes julgados, que “algumas dimensões desses princípios e, principalmente, da relação entre eles, ainda podem constituir um “objetivo a atingir, um resultado a conquistar, um enigma a resolver, um mistério a penetrar”¹¹³. Por isso, como dito alhures, o Direito da União Europeia, e em especial seu constitucionalismo, não é estanque, mas está em constante construção.

O TJUE, ocupando papel preponderante na ordem jurisdicional europeia, muito próximo de um tribunal constitucional, embora não atuando como instância de recurso, tem garantido o respeito ao Direito da União na interpretação e aplicação dos tratados. “E o mais impressionante na apreciação da *jurisprudência principialista* do TJUE é que a partir dela é possível perceber para onde caminha a União.”¹¹⁴ Afinal, como refere-se J.J. Canotilho, mencionando a célebre fórmula do juiz americano Hughes, “o direito constitucional é aquilo que os juízes dizem que é”.¹¹⁵

A propósito da jurisprudência principialista, conforme discorre Alessandra Silveira, no rastro de J.J. Canotilho, é aquela que diz do caso concreto, “maneja a aplicação de princípios. Isso não significa que a jurisprudência possa ou deva desprezar as regras jurídicas precisas e densas, porque o direito não pode ser todo de princípios, mas não deve reduzir-se à regra”.¹¹⁶

O ativismo constitucional do TJUE nasceu, em muito, do dilema de situar-se entre a necessidade de firmar sua legitimidade, aderindo um modelo clássico de fundamentação de suas decisões, e “o papel político e estratégico que teve que desempenhar para promover a integração do mercado e a constitucionalização do

¹¹³ Nesse sentido é que o princípio do efeito direto e da interpretação conforme e da responsabilidade civil do Estado, tem avançado pela construção jurisprudencial do TJUE, desde o Acórdão Van Gend & Loos (1963) até o Acórdão *Maribel Dominguez* (2012). (SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. De Van Gend & Loos a Maribel Dominguez: reequacionando o efeito direito das disposições europeias à luz das dinâmicas da integração. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Orgs.). **Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 11-37. p. 14.)

¹¹⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 11-12

¹¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 26.

¹¹⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 11.

direito comunitário”, face à vontade democrática da maioria, contrariando o Ativismo na sua concepção tradicional, que tem como foco a proteção das minorias:¹¹⁷

[...] a nível europeu ele pode ser melhor definido como um “ativismo maioritário”, já que procura antes promover os direitos e as políticas da generalidade da comunidade política europeia (a maioria), contrapondo-se às decisões “egoístas” ou autónomas (consoante o ponto de vista que adoptamos) das comunidades políticas nacionais (as minorias).¹¹⁸

A constitucionalização dos tratados e o desenvolvimento do Direito da União como uma ordem jurídica autónoma exigiram a construção jurídica para além das normas existentes, apontando Poiares Maduro a proteção dos direitos fundamentais como um exemplo em que houve uma leitura constitucional do ordenamento jurídico comunitário e a aplicação de princípios gerais para se dirimir o conflito. Conforme decisão do Tribunal de Justiça no caso Hauer, quando estava em causa “a alegada incompatibilidade de um regulamento com o direito de propriedade e a liberdade de exercício do comércio e das actividades profissionais, ambas protegidas pela lei constitucional alemã”, o TJUE entendeu que uma medida adotada pelas instituições comunitárias só poderia ser decidida com fundamentação no direito comunitário, mas não o fez à luz das normas comunitárias relativas à livre circulação de mercadorias, mas sim à luz dos princípios gerais de direito comunitário, mais especificamente o da proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, o TJUE buscou “inspiração às tradições constitucionais comuns a todos os Estados-Membros e aos tratados internacionais que protegem os Direitos do Homem em cuja elaboração os Estados-Membros colaboraram ou dos quais são signatários”.¹¹⁹

O TJUE foi desenvolvendo e solidificando a sua “jurisprudência direitos fundamentais”, a partir da ideia de que estes direitos, consagrados na generalidade das constituições dos Estados-Membros, constituem princípios gerais do direito comunitário,” muito por pressão do Tribunal Constitucional alemão, como também da Corte Constitucional italiana, entre finais dos anos 50 e finais dos anos 70 do século

¹¹⁷ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 63.

¹¹⁸ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 63.

¹¹⁹ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 69-74.

passado.¹²⁰ “A evolução culminou com a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a sua equiparação ao direito primário pelo Tratado de Lisboa.”¹²¹

1.5 OS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DE RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Com o nascimento de uma sociedade pluralista, partindo-se do pensamento de Bobbio, deu-se o abandono do modelo de sociedade democrática centrípeta, deixando para trás a concepção do indivíduo soberano, quando a doutrina democrática tinha projetado um Estado “sem corpos intermediários”, nos moldes das cidades medievais e do Estados dos estamentos, em que o “povo soberano” traduzia-se em “uma cabeça, um voto”.¹²² A dita pós-modernidade apresenta-se muito mais complexa, tempos em que as necessidades das pessoas são objeto de decisões que transbordam os espaços nacionais, cujos problemas, muitas vezes, “só são curáveis em termos supranacionais”.¹²³ Assim, a atualidade apresenta uma sociedade centrífuga, com consolidação de vários eixos de poder, concluindo o jurista piemontês aqui referido, que “o modelo do Estado democrático fundado na soberania popular, idealizado a imagem e semelhança da soberania do príncipe, era modelo de uma sociedade monística. A sociedade real, subjacente aos governos democráticos, é pluralista”¹²⁴

¹²⁰ Acórdãos Stork c. Alta Autoridade CECA, de 4.2.1959, Sgarlata c. Comissão, de 1.4.1965, Stauder, 12.11.1969, Internationales Handelsgesellschaft, de 17.11.1970, Nold, de 14.5.1974, Rutili, de 28.10.1975, e Hauer de 13.12.1979 (VILAÇA, José Luís da Cruz. O acórdão do Tribunal Constitucional Alemão e o Tribunal de Justiça: cooperação judicial ou diálogo de surdos? **Portal Cruz Vilaça Advogados**, [201-]. Disponível em: <https://www.cruzvilaca.eu/xms/files/O_TC_Alemao_e_o_Tribunal_de_Justica.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021.)

¹²¹ VILAÇA, José Luís da Cruz. O acórdão do Tribunal Constitucional Alemão e o Tribunal de Justiça: cooperação judicial ou diálogo de surdos? **Portal Cruz Vilaça Advogados**, [201-]. Disponível em: <https://www.cruzvilaca.eu/xms/files/O_TC_Alemao_e_o_Tribunal_de_Justica.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021. p. 3.

¹²² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 41-43.

¹²³ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 53.

¹²⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 43.

Nessa perspectiva, de que a democracia pode se expandir para além dos Estados, sem, todavia, ter que reproduzir os mecanismos da democracia nacional, é que se insere a União Europeia. A União constitui-se como um “complexo emaranhado de redes de governação multiformes”, que explica por que a ausência de liderança que caracteriza o esquema decisório europeu, “demanda uma combinação de procedimentos formais e informais de mediação entre representantes públicos, por um lado, e entre estes e os representantes de interesses privados, por outro”. O art. 294.º do TFUE, ao dispor sobre o processo legislativo ordinário para a adoção de atos pelas instituições europeias, é um exemplo de que “tudo é exaustivamente debatido, os vários intervenientes controlam-se reciprocamente, nenhuma decisão é tomada sem que se tenha atingido um amplo consenso sobre a matéria”. E conclui Alessandra Silveira que “[...] a legitimação democrática pode provir de factores alternativos à legitimidade eleitoral, nomeadamente da capacidade de *problem solving* ou de resolução de problemas coletivos através da procura do consenso”.¹²⁵

Debates sobre o déficit democrático europeu derivam de diversas concepções, uma das mais comuns gira em torno do questionamento de “qual é a comunidade política adequada para medir a democracia europeia”, sendo uma das teses mais recorrentes aquela que uma comunidade política democrática “deve estar necessariamente fundada num povo dotado de um elevado grau de coesão e identidade étnica, histórica e/ou cultural”, não existindo, assim, um *demos* que legitime a democracia europeia. Para Poiares Maduro, o referido argumento cai por terra, primeiro porque a comunidade política europeia é fundada em um contrato social, o que não exige um *demos* europeu; segundo, se a democracia e o Constitucionalismo europeu só podem se firmar na presença de um *demos*, que só existe nas comunidades políticas nacionais, estabelece-se um paradoxo da comunidade política na sua relação com o Constitucionalismo e a democracia, pois não é difícil detectar que a democracia nacional também deixa a sua margem muitos indivíduos, pelo mesmo argumento de não pertencerem ao *demos* nacional, ferindo “princípios fundadores do Constitucionalismo democrático que visam uma representação e uma participação plenas”. Além do mais, o controle democrático de processos de decisões, em muito,

¹²⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 55-57.

ocorre fora das fronteiras das comunidades políticas nacionais, por vezes excluído da própria análise constitucional interna, além de que muitas outras decisões nacionais também serão excluídas da participação, pois afetadas por aquelas.¹²⁶

Contra a tese da existência de um déficit democrático europeu por ausência de um *demos*, o primeiro argumento apresentado não deixa de ser uma defesa plausível, mas, partindo-se da tese de que existe um “povo europeu”, o segundo e terceiro argumentos nos parece refletirem melhor a realidade política e social dos Estados-nação, enfraquecidos pela globalização, seja no âmbito econômico, seja no âmbito político, onde fronteiras e capacidade de autodeterminação são colocados à prova, os quais, desta forma, também encontram obstáculos à democracia, nos moldes daqueles detectados por Norberto Bobbio.¹²⁷ A integração da União Europeia, principalmente a partir de Maastricht, tem fomentado uma identidade política europeia e, enquanto construção de democracia num espaço público transnacional, inaugurou o comprometimento com o cidadão quanto à viabilização de um pertencimento, por este, à comunidade política da União (arts. 9.º do TUE e 20.º do TFUE), com o estabelecimento de mecanismos de democracia representativa e participativa.

A representação direta dos cidadãos se dá no Parlamento (art. 14.º, n.º 3, do TUE) e indiretamente no Conselho Europeu (art. 15.º, n.º 2, do TUE), pelos respectivos chefes de Estado ou de Governo e no Conselho, por Ministros que representam o Governo de cada Estado-Membro. Aplicando-se o princípio da subsidiariedade, as decisões são tomadas de “forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível”, e os partidos políticos a nível europeu¹²⁸ contribuirão para a criação de consciência política europeia, resgatando espaço tradicional de participação política (art. 10.º, n.ºs 3 e 4, do TUE). A democracia participativa também é acolhida pela União, na medida em que as suas instituições dão voz pública aos cidadãos e suas associações representativas; estabelecem com ela um diálogo

¹²⁶ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p. 267-273.

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

¹²⁸ “Os partidos políticos que se europeizaram em grande medida, agrupando os contributos nacionais por grandes famílias, de que se destacam, como se sabe, pela sua maior representatividade eleitoral, os Socialistas, Social-Democratas e Trabalhista (Partido Socialista Europeu), os Conservadores, Democratas Cristãos e afins (Partido Popular Europeu) e os Liberais e afins”. (CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 89.)

aberto; procedem amplas consultas às partes interessadas; e pelo menos um milhão de cidadãos da União pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a apresentar proposta em matéria sobre as quais esses cidadãos entendam pela necessidade de ato jurídico da União para a aplicação dos tratados (art. 11º do TUE). O art. 15.º do TFUE estabelece que serão públicas as sessões do Parlamento Europeu, como as reuniões do Conselho que envolva deliberação sobre ato legislativo; garante o acesso a documentos por cidadãos ou residentes nos Estados-Membros (inclusive pessoas coletivas); e o direito das pessoas à proteção de dados. Além disso, a União manterá diálogo aberto, transparente e regular com igrejas, comunidades religiosas e organizações filosóficas e não confessionais.

Sob outra perspectiva, as análises acerca do ventilado déficit democrático espriam-se para além da própria integração europeia, mas encontram raízes na crise democrática detectável, por vezes, no âmago dos Estados-Membros, até porque a crise democrática é uma preocupação constante em todos os Estados-Nação, razão pela qual também será, no contexto da União, pois é “dentro da capacidade de adaptação da Constituição nacional que o destino da democracia se irá forjando”.¹²⁹

O processo de integração da União Europeia tem se sedimentado no acolhimento de diversas culturas e a diversidade tem sido elemento positivo para construção de uma cidadania europeia, com vistas à satisfação, conforme expressões de Lucas Pires, “das *necessidades de convivência* democrática do *indivíduo múltiplo* e também transnacional que é o cidadão moderno.”¹³⁰ Há, pois, um *demos*, uma identidade política europeia em construção, situada em um contexto supranacional, aliás, esse muitas vezes mais democrático e inclusivo, pois desprovido de eventuais nacionalismos tóxicos.

Para Habermas, há uma necessidade de enfrentamento do problema do rápido distanciamento da política dos mercados globais, como se verificou na dificuldade enfrentada pelos Estados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de fomentar o crescimento econômico e

¹²⁹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 67.

¹³⁰ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 66-67.

paralelamente velar por uma distribuição de renda “razoavelmente justa como da segurança social para a maioria da população”. No âmbito da União Europeia, face ao “desequilíbrio entre os imperativos dos mercados e a forma regulatória da política como o verdadeiro desafio,” aliado à ausência de um esclarecimento à população sobre os custos e benefícios do projeto europeu, levanta-se o questionamento do porquê dessa “paralisia”?¹³¹ A resposta “*no demos*”, imposta por uma perspectiva atrelada ao século XIX, tão propalada acerca da inexistência de um povo europeu seria uma falácia: “uma união política que merecesse esse nome seria uma mera construção sobre a areia.” Contrapondo-se a essa leitura, Habermas considera que “a fragmentação política permanente no mundo e na Europa contradiz o crescimento sistêmico unificado de uma sociedade mundial multicultural e bloqueia os progressos na civilização jurídico-constitucional das relações de poder estatais e sociais”¹³². Ora pois, para Habermas, o fortalecimento da União Europeia democrática e preocupada com a realização dos direitos humanos não está atrelada à existência de um *demos*, mas de uma unificação política.

Essa busca incessante de um *demos* é bem definida por Bauman, ao afirmar que “um dos traços mais conspícuos da identidade europeia sempre foi a tendência de perseguir a identidade, enquanto ela se mantém, teimosamente, muito à frente de seus perseguidores”. O que “vale a pena defender” é o chamado “valor”, afinal, “[d]iga-me quais são os seus valores e eu lhe direi qual é a sua “identidade”. Existem, sim, valores distintamente “europeus”, pois forjados e refinados no decorrer da história europeia, abordados por Bauman, a partir de Todorov¹³³. Iniciando-se pela “racionalidade”, consistente em “jamais estar livre da suspeita de que os preceitos da razão foram mal interpretados, mal compreendidos ou mal aplicados – e que é preciso corrigi-los urgentemente; seguindo-se com a “justiça”, o mais “socializante dos valores”, abrindo a mesa para o “diálogo e as negociações orientadas pelo desejo de acordo.” Veredicto da razão pode endossar posturas desumanas, o que nunca será mantido pelo veredicto da justiça. Ainda como um dos valores mais destacados tem-se a “democracia” ao significar “que a tarefa do cidadão nunca está completa. Ela

¹³¹ HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. p. 41-45.

¹³² HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. p. 44-45.

¹³³ Refere-se a Tzvetan Todorov in *Le nouveau désordre mondiale*.

existe em função do interesse perseverante e obstinado dos cidadãos. Quando este interesse é posto para dormir, a democracia expira. Afinal, o debate não pode parar, mesmo que se tenha tomado uma decisão “considerada” boa, pois a liberdade individual, também valor, segue de mãos dadas com a democracia. “Esta se baseia na liberdade de seus cidadãos, e estes baseiam a sua confiança de serem livres na coragem de o serem na democracia de sua *polis*.”¹³⁴ A Europa aprendeu com sofrimento a superar “antagonismos históricos” e de forma pacífica a dirimir conflitos, agregando diferentes culturas e numa dinâmica contínua estimula a pluralidade cultural. Aprendeu a “viver na expectativa de uma permanente diversidade cultural, não mais vista apenas como um fator de irritação temporária”.¹³⁵

A necessidade de um *demos* europeu está superada, frente a uma identidade europeia baseada em valores e em uma união política e social que, ao lado da união econômica, alicerça a integração europeia. Nessa linha, a cidadania, que não implica na existência de um povo europeu e não se vincula a determinada nacionalidade, constitui os fundamentos de um novo espaço político do qual afloram direitos e deveres que são fixados pelo direito União.¹³⁶

No âmbito do direito originário, mesmo que frustrada a Constituição da Convenção de 2004, o Tratado de Lisboa se constituiu na solução possível e que acabou por abraçar grande parte das previsões inovadoras daquele, mediante algumas adaptações. O Tratado da União Europeia, pelo seu art. 2.º, institui que a União funda-se nos valores da democracia, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias (especificando, o respeito pela dignidade humana, liberdade e igualdade), como reconhecendo no art. 6.º os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações introduzidas em 2007, em Estrasburgo, a qual passou a deter plena força jurídica.

¹³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 125-130.

¹³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Europa: uma aventura inacabada**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 130.

¹³⁶ SILVEIRA, Alessandra. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: _____; CANOTILHO, Mariana; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 23-24.

Sobre o enfoque do princípio democrático e dos direitos fundamentais, explica Gomes Canotilho que, como *direitos subjetivos de liberdade*, os direitos fundamentais estabelecem espaço pessoal de defesa em face de exercício de poder arbitrário, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, garantidores “de *organização* e de *processos* com transparência democrática”; enquanto, “como *direitos subjetivos a prestações sociais económicas e culturais*, constituem dimensões impostas para preenchimento intrínseco, através do legislador democrático desses direitos.”¹³⁷

Os direitos fundamentais, elemento constitutivo do Estado de direito – no caso, União de direito –, foram incorporados ao Tratado de Lisboa, mediante a conferência de força juridicamente vinculativa à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por constituírem também elemento básico para a realização do princípio democrático, abarcando a União Europeia importantíssimo instrumento constitucional democratizador. Reza o preâmbulo da Carta que “a União se baseia nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito.”¹³⁸

A Carta dos Direitos Fundamentais, com o Tratado de Lisboa, passou a exercer papel principal na proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia e determina a aplicação do nível de proteção mais elevado, que deve ser avaliado sempre na perspectiva mais favorável ao indivíduo, alargando-se com relação ao Estado. Contudo, ressalta-se que a Carta deve operar apenas nos limites de competência definidos nos tratados, ou seja, quando se aplicar o Direito da União, vinculando apenas as Instituições da União Europeia, excluindo-se os Estados-Membros quando suas atividades não estiverem sendo desenvolvidas no âmbito do Direito da União, isto é, a aplicação do Carta se dará em observância as definições de competências (art. 2.º do TFUE). Mas, como bem enfatiza Maduro, o art. 51.º, n.º 1, da Carta, até porque grande parte dos direitos de cidadania europeia são dirigidos

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 290-291.

¹³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, C 364, p. 1-22, 18 dez. 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

primeiramente aos Estados-Membros, deve ter a expressão “a Estados-membros que *apliquem direito da União*” interpretada “como referindo-se a todos os actores dos Estados-membros que caem no campo de aplicação do Direito da União Europeia (que atuando sob a autoridade ou controlo dessas regras, quer excepcionando delas).”¹³⁹

Antes do advento do Tratado de Lisboa, quando não se encontravam os tratados constitutivos dotados de um catálogo de direitos fundamentais, o TJUE com vistas a cumprir sua missão de assegurar a proteção dos direitos fundamentais, teve que recortá-la jurisprudencialmente na ordem jurídica da União, mediante o reconhecimento desses direitos enquanto “princípios gerais”, logo, “o papel que os princípios gerais desempenharam na proteção dos direitos fundamentais na União Europeia *é único e sem paralelo em qualquer Estado-Membro*, na medida em que deriva, historicamente, da originária ausência de codificação dos direitos fundamentais nos Tratados constitutivos”.¹⁴⁰

O padrão de jusfundamentalidade decorrente dos tratados reúne distintas fontes de direitos fundamentais, que servirão de parâmetro para as decisões do TJUE e dos tribunais nacionais quando aplicarem o Direito da União, quais sejam: as normas europeias, por seus tratados constitutivos em especial a CDFUE; as normas nacionais, constantes das Constituições dos Estados-Membros; e as normas internacionais constantes dos tratados internacionais, em especial a Convenção Europeia de Direitos do Homem.¹⁴¹

No que tange a aplicabilidade da Convenção Europeia de Direitos Humanos, segundo a doutrina, de forma um tanto pacífica, entende-se que as disposições do art. 53º da Carta de Direitos Fundamentais se destina a determinar que, em matéria de direitos fundamentais, aquela “estabelece *standard mínimo*, que pode ser ultrapassado, mas não violado. Sempre que as normas nacionais se revelem mais protetoras de um determinado direitos dos indivíduos deverão prevalecer sobre

¹³⁹ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípa, 2006. p. 323.

¹⁴⁰ SILVEIRA, Alessandra. Artigo 51.º: âmbito de aplicação. In: _____; CANOTILHO, Mariana. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**: comentada. Coimbra: Almedina, 2013. p. 572.

¹⁴¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 81.

as internacionais.”¹⁴² Portanto, o dispositivo do catálogo de direitos fundamentais em comento que inicialmente visava apenas definir qual o nível mínimo de proteção destes direitos no âmbito da União, “acabou por adquirir um significado que vai muito além disso, passando a desenhar-se como verdadeira *garantia do nível mais elevado de proteção possível*, em cada caso”.¹⁴³

Adotando-se a visão do papel dos direitos fundamentais da União, na acepção de alargamento do campo de sua aplicação aos Estados-Membros, com a incorporação nas ordens jurídicas nacionais, seja por via jurídica ou política, “estar-se-á a promover a elevação dos direitos humanos a objectivo primário da integração europeia”. Se uns colocam a Carta como um limite ao acréscimo político da União, concebendo-a tão somente instrumento protetor dos valores constitucionais nacionais, tem-se a outra visão, a ambiciosa, aquela que situa a Carta dos direitos fundamentais “no centro da construção política da Europa e prevê que ela venha a ser um elemento dinâmico de maior constitucionalização”.¹⁴⁴ Não obstante o receio de alguns Estados-Membros, acredita-se que essa dinâmica constitucional possa ocorrer e dotar a Carta de um espírito voltado ao desenvolvimento futuro e ao amplo consenso político, convergindo para a promoção da integração.

1.6 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A história da Humanidade é acompanhada pela construção de um ideal ético da igualdade, desde suas manifestações civilizatórias mais expressivas, como na Grécia antiga e na República Romana, chegando ao Constitucionalismo moderno na configuração jurídica da “igualdade perante a lei”, acepção que sujeita todos os

¹⁴² CANOTILHO, Mariana. Art. 533: nível de Proteção. In: SILVEIRA, Alessandra; ____; FROUFE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e de políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 607.

¹⁴³ CANOTILHO, Mariana. Art. 533: nível de Proteção. In: SILVEIRA, Alessandra; ____; FROUFE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e de políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 607.

¹⁴⁴ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006. p. 331-333.

indivíduos a uma única e mesma lei, sem considerar privilégio ou diferenças arbitrárias.¹⁴⁵

A doutrina, sobretudo a norte-americana, tem reconhecido atualmente que uma das funções dos direitos fundamentais¹⁴⁶ mais acentuada é a que pode ser chamada de “função de não discriminação”, que abrange todos os direitos, tanto de liberdades e garantias pessoais quanto de participação política, aos direitos dos trabalhadores, aos direitos de prestações (saúde, educação etc.), seara em que, para Gomes Canotilho, “discute-se o *problema das quotas* (e.g.: “parlamento paritário de homens e mulheres”)”. Assim, “do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais.”¹⁴⁷

Da igualdade meramente jurídica, com respaldo na própria previsão gravada nos textos constitucionais de aberturas democráticas ou de consolidação de princípios democráticos, nasce a concepção de que, para se atingir a igualdade de fato, necessária é a “correção das desigualdades”. Nas palavras de Ricardo Leite Pinto, nessa trilha dos direitos fundamentais e enveredando para o tema dos direitos fundamentais de categorias, como das mulheres, o paradigma do princípio da igualdade jurídica e formal passa a ter como essência a igualdade de fato:

[e] com isso, a dimensão da igualdade de oportunidade e a superação das discriminações ocuparam o centro da discussão. Estas mudanças marcam, no dealbar do constitucionalismo contemporâneo, o surgimento do Estado Social que tenta associar o princípio da igualdade ao da não discriminação, introduzindo mesmo o debate acerca da diferenciação material de categorias particulares, como as

¹⁴⁵ PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 255-256.

¹⁴⁶ Conforme explica J.J. Gomes Canotilho, as expressões «direitos do homem» e «direito fundamentais» são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista - universalista) **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta. (Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 391.).

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 407.

mulheres [...]. Sinal dessa mudança passou a ser a estreita ligação entre a igualdade, universalismo e não discriminação.¹⁴⁸

No Direito da União, um dos motivos que provavelmente explica a ausência de previsão explícita do princípio da igualdade jurídica nos tratados constitutivos é que os países fundadores e os que se agregavam à Comunidade, por suas Constituições, com expansões sucessivas, consagram tal princípio, o qual, inclusive, fora sempre considerado como um princípio fundamental do direito comunitário pelo TJUE,¹⁴⁹ como, por exemplo, dentre muitos julgados nesse sentido, o posicionamento balizado pela análise do princípio de igualdade de tratamento e Não Discriminação no mercado comum agrícola, no Acórdão *Karlsson*, de 13 de abril de 2000.¹⁵⁰

Assim, a anterior falta de um catálogo de direitos fundamentais não impediu que o órgão jurisdicional comunitário buscasse suprir essa lacuna, tendo começado “por invocar os *princípios gerais de direito*” e findado por remeter simultaneamente para as “tradições constitucionais comuns” dos Estados-Membros e para a Convenção Europeia de Direitos do Homem, cobrindo, de uma assentada e de *lés-a-lés*, toda a hipótese de brecha.¹⁵¹

A legitimação da instância jurisdicional da Comunidade, ao desenvolvimento da noção de Constituição europeia, deu-se pela integração de mercado e pelas disposições relacionadas a este objetivo. O Tribunal de Justiça concedeu à livre circulação caráter de direitos fundamentais e sua aplicação teve também por escopo estender o controle da União sobre a regulamentação nacional do mercado, além de contribuir para a constituição do Direito da União. Muitos dos

¹⁴⁸ PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 256.

¹⁴⁹ PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 256.

¹⁵⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Sexta Secção. Processo C-292/97. Recurso interposto por Kjell Karlsson e o. Luxemburgo, 13 de abril de 2000. **EUR-Lex**, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0292#11>>. Acesso em: 17 out. 2020. Trata-se de Reenvio prejudicial pelo Regeringsrätten – Suécia, em razão de recursos interpostos por Kjell Karlsson, referente à imposição suplementar sobre o leite e o Regime das quotas leiteiras vigente na Suécia, em que o TJUE pronunciou-se no sentido de que o Regulamento (CEE) n.º 3950/92 e as adaptações dos tratados em que se funda a União Europeia, bem como o princípio da igualdade de tratamento, devem ser interpretados no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional, já que a legislação sueca trata de modo igual situações compatíveis.

¹⁵¹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997. p. 37.

direitos em litígio submetidos aos tribunais europeus referiam-se a direitos de liberdades econômicas, como propriedade e livre iniciativa econômica, enquanto os direitos sociais não ocupavam posição de igual importância nos tratados. No que concerne à igualdade entre homens e mulheres, os tratados e a jurisprudência do Tribunal, referiam-se a direitos sociais ligados aos objetivos do bom funcionamento do mercado comum, raramente afirmando os direitos sociais como “princípios fundamentais do direito comunitário”.¹⁵²

Nesse contexto, Maduro aponta três principais consequências desse *status quo*: os direitos sociais com impacto menor no discurso dos direitos fundamentais, direitos sociais analisados a partir das disposições de liberdade de circulação e os valores sociais não constituíam objetivos independentes de uma comunidade política europeia que se projetava. A Carta veio para “corrigir esse déficit social no discurso constitucional da União Europeia”, ao sistematizar os direitos sociais em posição de equivalência aos demais direitos econômicos. Enfim, os valores sociais sob o prisma dos direitos fundamentais, seja como direitos, princípios ou objetivos, são doravante efetivamente incorporados no discurso dos direitos fundamentais da União, com impacto inclusive, como alguns argumentam, no discurso político europeu.¹⁵³

Aliás, no Direito da União, a proibição de discriminação nasceu em razão do receio manifestado por alguns países, como a França, “de que sua avançada legislação em matéria de igualdade de gênero se convertesse num fato passível de distorcer a concorrência no Espaço do Mercado Comum”, o que explica a inclusão de disposição sobre a igualdade de remuneração de trabalhadores masculinos e femininos, no art. 141.º do TCE¹⁵⁴, atual art. 157.º do TFUE.¹⁵⁵

¹⁵² POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 316.

¹⁵³ POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiã, 2006. p. 317.

¹⁵⁴ O princípio da igualdade de tratamento entre mulheres e homens foi adotado pela primeira vez pela Comunidade Europeia no art. 141.º (anterior art.119.º) do Tratado de Roma, como o direito a igualdade de remuneração por trabalho igual.

¹⁵⁵ CANOTILHO, Mariana. Art. 21.º: não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____ (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 260.

A evolução sobre igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres no direito originário da União Europeia tem seu embrião no Tratado de Roma (1957)¹⁵⁶ e, de forma semelhante aos direitos fundamentais, foi construída mediante relações de tensão entre a integração do mercado a nível comunitário e a “ideia de uma Europa social”. Se, na integração econômica, a igualdade e as políticas sociais relacionadas têm como finalidade a eficácia, “no modelo de cidadania social defende-se e prevê-se o desenvolvimento autónomo de tais políticas”¹⁵⁷. Nessa senda é que a igualdade de oportunidades foi sendo tecida pelo Direito da União, em muito fruto do desenvolvimento da jurisprudência do TJUE.

O Tribunal de Justiça no Acórdão Defrenne v. Sabena, em decisão emblemática, indicando relevante avanço na densificação das disposições do art. 119.º do Tratado da CEE – Comunidade Económica Europeia, julgou pedido destinado a obter uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do mencionado dispositivo, reconhecendo o direito de igualdade entre homens e mulheres, para além da finalidade económica, interpretando-o como também detentor de propósitos sociais, reconhecendo ainda o efeito direto. A questão foi suscitada no âmbito do litígio em que Gabrielle Defrenne requeria indenização por ter sido, enquanto trabalhadora de sexo feminino, em matéria de remuneração, objeto de discriminação em relação aos seus colegas do sexo masculino, no desempenho de trabalho idêntico na qualidade de comissários de bordo. O Tribunal de Justiça reconheceu a dupla finalidade, económica e social, da disposição do art. 119.º, do que “resulta que o princípio de igualdade de remuneração faz parte dos fundamentos da Comunidade”. Se por um lado o dispositivo tem por escopo “evitar que na competição intracomunitária as empresas estabelecidas nos Estados que realizaram efectivamente o princípio de igualdade de remuneração não sofram uma desvantagem concorrencial em relação a empresas situadas em Estados que ainda não eliminaram

¹⁵⁶ Conforme disposto no art. 117.º do Tratado de Roma, os Estados-Membros acordaram sobre a necessidade de promover a melhoria das condições de vida, de trabalho e dos trabalhadores, permitindo a respectiva “parificazione nel progresso”; enquanto o art. 119.º previa “[...] l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro”. As disposições foram inseridas originalmente para evitar distorções de concorrência. (POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípiá, 2006. p. 116, nota rodapé.)

¹⁵⁷ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p.885.

a discriminação salarial em detrimento da mão-de-obra feminina”. De outro vértice, o art. 119.º em análise “integra-se nos objectivos sociais da Comunidade, não se limitando esta a uma união económica mas devendo assegurar ao mesmo tempo, através de uma alteração comum, o progresso social e prosseguir uma melhoria constante das condições de vida e emprego dos povos europeus.”¹⁵⁸

A partir de então, o princípio da igualdade e Não Discriminação em razão de sexo foi sendo aprimorado e fortalecido pelo Tribunal de Justiça, que, conforme os arrestos Marshall e Hofmann,¹⁵⁹ centrou-se nas necessidades particulares das trabalhadoras, tendo em vista suas características específicas e incomparáveis enquanto mulheres. Nesse caminhar é que o Tribunal de Justiça também reconheceu uma discriminação direta em razão de sexo, embora poder não se atribuir a uma prática declarada.¹⁶⁰ Contudo, foi nessa mesma linha de interpretação que diferenciações que favoreciam tradicionalmente as mulheres passaram a ser

¹⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-43/75. Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Luxemburgo, 8 de abril de 1976. **Portal InfoCuria**, 1976. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88931&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

¹⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-152/84. M. H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching). Luxemburgo, 26 de fevereiro de 1986. **Portal InfoCuria**, 1986. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93234&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021; e UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-184/83. Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse. Luxemburgo, 12 de julho de 1984. **Portal InfoCuria**, 1984. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92633&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

¹⁶⁰ Entendimento contemplado em: UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-177/88. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Ermingscentrum voor Jong Volwassenen (VJVCentrum) Plus. Luxemburgo, 8 de novembro de 1990. **Portal InfoCuria**, 1990. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96042&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021; UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Quinta Secção. Processo C-32/93. Carole Louise Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd. Luxemburgo, 14 de julho de 1994. **Portal InfoCuria**, 1994. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98909&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021; e UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Segunda Secção. Processo C-232/09. Dita Danosa contra LKB Lizings SAI. Luxemburgo, 11 de novembro de 2010. **Portal InfoCuria**, 2010. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78560&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021, no qual se considera que a possibilidade de despedimento de um membro da direção de uma sociedade de capitais sem restrições a pessoas grávidas, é inadmissível quer a pessoa interessada tenha a qualidade de “trabalhadora grávida” na aceção desta Diretiva 92/85/CEE, quer o não tenha, já que será sempre uma discriminação em razão do sexo, face à Diretiva 76/207/CEE.

eliminadas, o que ocorreu em matéria de atribuição de pensões¹⁶¹, de dispensa laboral¹⁶² e de prêmios e prestações de seguro¹⁶³. Tendo em vista o objetivo de concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego e condições de trabalho, prosseguido pela Diretiva 76/207, o Tribunal de Justiça, no pedido de decisão prejudicial formulado pelo Industrial Tribunal, Truro (Reino Unido), proferiu o Acórdão P./S e Cornwall Council, de 1996, decidindo ser inadmissível o despedimento de um transsexual por um motivo relacionado com a sua mudança de sexo. Assim, o âmbito da aplicação da diretiva em questão não pode reduzir-se às discriminações resultantes do pertencimento a um ou a outro sexo, mas também se aplica às discriminações que tem a sua origem na mudança de sexo:

Com efeito, tais discriminações assentam essencialmente, senão exclusivamente, no sexo da interessada. Assim, quando uma pessoa é despedida porque tem a intenção de sofrer ou porque sofreu uma mudança de sexo, é objecto de um tratamento desfavorável relativamente às do sexo de que era considerada fazer parte antes desta operação.

¹⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo C-559/07. Comissão das Comunidades Europeias contra República Helênica. Luxemburgo, 26 de março de 2009. **Portal InfoCuria**, 2009. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73627&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Cuida-se de Ação por incumprimento, em que o Tribunal de Justiça decidiu pela ocorrência de violação do art. 141.º CE – princípio de igualdade de remuneração entre trabalhadores masculinos e femininos, diante do regime grego das pensões civis e militares de reforma que previa idade de reforma variável consoante o sexo.

¹⁶² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Segunda Secção. Processo C-104/09. Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT S.A. Luxemburgo, 30 de setembro de 2010. **Portal InfoCuria**, 2010. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Trata-se de reenvio prejudicial em que o TJUE declarou que o art. 2.º da Diretiva 76/207/CEE deve ser interpretado no sentido que se opõe a uma medida nacional como a em causa no processo principal. O fato “[...] de recusar o benefício da dispensa em causa no processo principal aos pais com estatuto de trabalhador por conta de outrem, pelo simples facto de a mãe da criança não ter esse estatuto, pode ter por efeito que uma mulher, como a mãe do filho de P. M. Roca Álvarez, que exerce uma actividade independente, seja obrigada a restringir a sua actividade profissional e a suportar sozinha o encargo resultante do nascimento do seu filho sem poder receber uma ajuda do pai da criança” (considerando 37).

¹⁶³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-236/09. Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e outros contra Conseil des ministres. Luxemburgo, 1º de março de 2011. **Portal InfoCuria**, 2011. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80019&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Declara a invalidade do art. 5.º, n.º 2, da Diretiva 2004/113/CE, impedindo que “a derrogação à igualdade de tratamento entre homens e mulheres prevista no art. 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113 seja indefinidamente permitida pelo direito da União”.

Tolerar essa discriminação equivaleria a ignorar, em relação a essa pessoa, o respeito da dignidade e da liberdade a que tem direito e que o Tribunal deve proteger.”¹⁶⁴

Com o Tratado de Lisboa, o art. 2.º do TUE eleva a igualdade como um direito fundamental da União, pois contempla princípios estruturantes da União, como dignidade da pessoa humana, liberdade, democracia, igualdade, Estado de direito e respeito pelos direitos do Homem, incluindo o direito das pessoas pertencentes às minorias, realçando-se que tais valores, pela adesão, são comuns dos Estados-Membros. O pluralismo, a Não Discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres, valores que também são princípios, ladeados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, foram incorporados ao Tratado de Lisboa, alargando o leque de princípios que já vinham insculpidos do art. 6º, n.º 1, do TUE. Em uma leitura ampla, os princípios correspondem aos elementos determinantes da identidade europeia constantes da Declaração sobre a identidade europeia (1973), com a introdução no Tratado de Lisboa da democracia participativa.¹⁶⁵

Com vistas à concretização jurídica do processo de integração da União, o Tratado de Lisboa incorporou ao vasto rol de objetivos já constante dos tratados constitutivos, outros tantos, como a economia social de mercado altamente competitiva, que estabelece para sua consecução o combate à exclusão social e às discriminações e a igualdade entre homens e mulheres. O art. 3.º, n.º 3, do TUE prevê que o mercado interno é instrumento para a realização dos objetivos da União de promoção da paz, os seus valores (referidos no art. 2.º) e o bem-estar de seus povos, reforçando que a integração econômica anda par e passo com a promoção da justiça e da proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos das crianças, combatendo-se a exclusão social e as discriminações.

¹⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-13/94. P. contra S. e Cornwall County Council. Luxemburgo, 30 de abril de 1996. **Portal InfoCuria**, 1996. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Considerandos 21-22.

¹⁶⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de. Artigo 1.º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 27.

Antes mesmo da consagração formal do princípio da igualdade pela CDFUE, certo é que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias desde sempre o considerou como um princípio fundamental do direito comunitário, como se depreende, por exemplo, do Acórdão de *Racke*, de 13 de novembro de 1984, proc. 283/83. Atualmente, por expressa disposição do art. 6.º, n.º 1, do TUE, a Carta dos Direitos Fundamentais tem o mesmo valor que o próprio Tratado da União Europeia e em matéria de igualdade reforça expressamente a ideia de igualdade como “valor nuclear da União Europeia.”¹⁶⁶ A Carta, por seus arts. 20.º e 21.º, reafirma o princípio da igualdade e o da não discriminação, respectivamente. Especificamente, pelos arts. 21.º e 23.º, da CDFUE, proíbe-se toda e qualquer discriminação em função do sexo e exigem, em todos os domínios, que seja garantida igualdade entre homens e mulheres.

O art. 20.º da CDFUE, ao dispor que “todas as pessoas são iguais perante a lei”, conduz interpretação no sentido de que o termo “lei” abrange “o produto de qualquer fonte de direito geradora de normas jurídicas”, constatando-se a simbiose entre a legislação derivada e a originária, pois “lei” é termo proveniente das tradições jurídicas dos Estados-Membros, posto que, no Direito da União, não há fonte de direito denominada “lei”. Apesar disso, a consagração do princípio da igualdade no art. 20.º da Carta e do da Não Discriminação no dispositivo seguinte poderia causar certa preocupação com eventual leitura de que há uma desvalorização jurídica da igualdade, pois o texto apresentaria uma ideia esvaziada quanto ao seu conteúdo. Entretanto, “a igualdade jurídica arrasta a igualdade de facto”, exigindo-se uma ponderação entre o que separa as situações de fato para que não sejam simplesmente sujeitas ao mesmo regime jurídico, ou seja, é imperativo “convocar a Não Discriminação quando se discute igualdade/desigualdade.” Assim, pode ser detectada nas decisões judiciais nacionais, quando se trata de “igualdade determinada”, um controle mais intenso, apresentando-se mais contido quando se refere a “igualdade indeterminada” (igualdade jurídica *tout court*).¹⁶⁷

¹⁶⁶ PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 256-257.

¹⁶⁷ PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 258.

Como a CDFUE, a partir da entrada em vigor Tratado de Lisboa, adquiriu força juridicamente vinculativa, passando “a integrar o bloco de constitucionalidade (ou de jusfundamentalidade) sobre o qual o TJUE pode pronunciar-se”, é facultado ao particular invocar a Carta “[...] junto dos tribunais nacionais contra o Estado-Membro que esteja a aplicar o Direito da União - pois os Estados-Membros são destinatários das disposições da Carta e devem *“respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação”* (art. 51.º, n.º 1, da CDFUE)”¹⁶⁸.

O princípio da igualdade entre homens e mulheres, valor basilar da União Europeia, também vem inscrito nos arts. 8.º e 10.º do TFUE, os quais consideram como objetivos transversais a todas as competências da União igualdade entre os sexos e a Não Discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual. As disposições do art. 8.º dizem respeito à forma ampla de igualdade em razão de sexo, abarcando não apenas as ações antidiscriminatórias, como também de ações de promoção de igualdade, as ações positivas para compensação dos efeitos de condutas tradicionalmente discriminatórias em razão de sexo; enquanto o art. 10.º assenta mais especificamente no princípio da Não Discriminação, “uma das facetas do princípio da igualdade”, não excluindo-se, porém, a possibilidade de implementação de ações positivas.¹⁶⁹ A chave dessa interpretação reside no termo “combater” (ao invés de proibir), originário do art. 13.º do Tratado de Roma, que já franqueava o entendimento de que era possível adotar ações mais amplas que a mera proibição de discriminação. Portanto, possível a promoção de ações positivas, não só com relação a promoção da igualdade em razão de sexo. Registre-se, contudo, que a União dispensa pelos tratados constitutivos incontestemente atenção à promoção de Políticas Públicas promovedoras de igualdade de Género, um objetivo legítimo da União, enquanto a ampliação de ações para os demais critérios apresentados no art. 10.º demanda demonstração em concreto e respeito aos limites estabelecidas no art. 18.º, n.º 2 do TFUE (dispõe sobre medidas de incentivo pela União).¹⁷⁰

¹⁶⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 232.

¹⁶⁹ LOPES, Dulce. Art. 8.º do TFUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 225.

¹⁷⁰ LOPES, Dulce. Art. 8.º do TFUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 230.

O Conselho, por unanimidade (processo legislativo especial), mediante aprovação do Parlamento, “pode tomar medidas para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual,” conforme preceitua o art. 19.º do TFUE. Registre-se que essa previsão do dispositivo referido teve seu nascedouro no art. 13.º do Tratado de Amsterdam, atribuindo à União a competência legislativa específica na matéria, “passo fundamental para a consagração de um princípio geral de não discriminação”¹⁷¹ diante da atribuição de competência legislativa específica na matéria à União. Nesse sentido, “essa alteração ao direito originário teve como consequência o esclarecimento de quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de intervenção das Instituições da União em tais matérias, passando a discutir-se, antes, a forma e o alcance da legislação e das políticas a adotar.”¹⁷²

No que se refere à dimensão social da União Europeia, construída paulatinamente pelo Direito da União, a partir da sua vocação original, a econômica, essa vem insculpada por meio da política social estabelecida no Título X do TFUE, que adota “a relevância formal e material da Carta Social Europeia e da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos trabalhadores”, as quais somam-se à CDFUE, o que nos autoriza afirmar que “a dimensão social da União se encontra atualmente “normativamente consolidada,” solidificando, destarte, uma das funções a ser cumpridas pela União, a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho (art. 153.º, i, do TFUE), e assegurando especificamente pelas disposições do art. 157.º do TFUE a aplicação do princípio da igualdade remuneratória entre trabalhadores e trabalhadoras.

Do exposto, pode-se concluir, em apertada síntese, que a igualdade entre homens e mulheres, no Direito da União Europeia, dimensão da igualdade e não discriminação mais desenvolvida e extensamente regulada, teve seu nascimento na proteção concorrencial, embasada nos tratados fundacionais essencialmente de cunho econômico e seu desenvolvimento concomitante como os direitos sociais, que

¹⁷¹ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 886.

¹⁷² CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 886-887.

em muito advieram do cerne da integração do mercado. A igualdade em razão do sexo teve, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, seu reconhecimento como princípio e sua elevação à categoria de direito social fundamental. Por outro lado, a evolução dos tratados constitutivos que culminou no Tratado de Lisboa e a CDFUE com seu efeito jurídico vinculativo concretizam juridicamente o princípio geral de igualdade e não-discriminação em razão de sexo em vários domínios. A efetivação desse princípio também encontra respaldo em Políticas Públicas e outras fontes normativas da União, as quais serão objeto de análise no Capítulo 3.

CAPÍTULO 2

A IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES NO BRASIL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E DE SUA HERMENÊUTICA

2.1 DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NO OCIDENTE

A democracia foi introduzida nos Estados modernos através de um processo político, social e revolucionário “concedendo ao povo o direito de liberdade”, mediante as revoluções de 1648 e 1688 na Inglaterra, que culminaram no restabelecimento da monarquia parlamentar (com base constitucional) e no triunfo do liberalismo; pela revolução democrática de 1776, nos Estados Unidos da América; e, com a eclosão dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade pela revolução Francesa de 1789.¹⁷³

O Estado Constitucional e a democracia na sua versão moderna, que se traduz em especial pela democracia representativa, solidificam-se a partir das lutas revolucionárias burguesas, de onde emerge o Estado Democrático de Direito. O pensamento político e filosófico liberal e as revoluções permeadas por esses ideários consolidaram primeiramente o signo da liberdade e a seguir o da igualdade (formal), eclodindo-se com a Revolução Industrial a emergência dos direitos sociais, quando, do prisma histórico e político, dá-se a passagem do Estado Moderno para o Contemporâneo¹⁷⁴. “O surgimento das constituições dirigentes [do México 1917 e de Weimar 1919], já na primeira quadra do século XX, delimita um novo marco: a construção da democracia substancial e o desafio da consolidação do Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais, já sob o signo da fraternidade”.¹⁷⁵

¹⁷³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3. p. 173.

¹⁷⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3. p. 45/48.

¹⁷⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3. p. 47.

A crise trazida pelos excessos do Estado de direito liberal, que acabou por apresentar, a par dos inegáveis progressos econômicos, uma sociedade marcada pela desigualdade, passou a exigir a concretização de direitos sociais, culminando no advento do Estado de direito social. O esgotamento do Estado de direito, na versão meramente legislativa, surge da necessidade de equacionar sua estrutura política diante das barbáries praticadas na Segunda Guerra Mundial, já que sua modalidade – Estado Social (por se pautar na forma de Estado Legislativo de Direito), tornou-se compatível com perversos sistemas de organização política. Então, novo período se inaugura com a criação do Estado Constitucional de Direito, “marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade.”¹⁷⁶

Dessa forma, as últimas décadas do Século XX e o início do Século XXI apresentaram-se na história da humanidade como período em que o sistema democrático passa por expressivas movimentações, descortinando-se grandes mudanças políticas e sociais após a Segunda Guerra Mundial, quando “se pôde constatar uma generalizada multiplicação de regimes democráticos¹⁷⁷ e o desprestígio das demais formas de governo.”¹⁷⁸

Nesse caminhar, a Democracia, para Bobbio, pode ser entendida como contraposição às formas de governo autocrático e se caracteriza “por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”. Resumidamente, o processo de democratização não consiste tanto na passagem de uma democracia indireta para a direta, ou da democracia política formal para a social, mas muito mais pela extensão

¹⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 27-28 e 77-79.

¹⁷⁷ A partir da pandemia do novo coronavírus (Sars-Cov-2) enfrentada atualmente pela sociedade mundial, a qual registra poucos precedentes desta magnitude na história, paira grande inquietação no que se refere a possíveis retrocessos das democracias, principalmente as não consolidadas. A crise econômica, social e política decorrente da COVID-19 e o fechamento de fronteiras tem exposto o aprofundamento das desigualdades sociais, a supressões de liberdades e garantias e a intensificação do nacionalismo e da xenofobia, fragilizando os regimes democráticos.

¹⁷⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3. p. 174.

do poder ascendente (aquele que vem debaixo para cima, que se traduz, como poderia ser dito, pelo poder político em sentido material).¹⁷⁹

Partindo do pensamento de Bobbio, em um sistema complexo, como é o caso dos Estados Modernos, não é possível se operar somente com os institutos de democracia direta, ou seja, a partir da “assembleia dos cidadãos deliberantes sem intermediários” e do *referendum*. Assim, para o autor, a democracia não se pode basear no instituto da assembleia dos cidadãos, conforme tinha em mente Rousseau, ainda mais na atualidade em que as sociedades complexas estão ainda mais distantes da concepção de Cidade-Estado de Atenas. O *referendum*, por sua vez, é o único instrumento da democracia direta que possui aplicação na maioria dos Estados democráticos, mas de inviável aplicação para cada decisão cotidiana das democracias avançadas. Destarte, a democracia direta e a democracia representativa não são sistemas que se contrapõem, mas que podem se integrar reciprocamente.¹⁸⁰

Assim, a assertiva não impede que a democracia representativa, malgrado seus tantos obstáculos e as críticas a ela dirigida, siga em frente. A expansão do processo de democratização é visível, agora no que se refere ao “poder ascendente” (exercido em nome e por conta do indivíduo como cidadão) que se dá “da esfera das relações políticas, da esfera em que o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus *status* e de seus papéis”¹⁸¹

Embora o termo *representação* ter sido empregado na antiguidade grega e no Império Romano, não guardava ele correlação com o sentido político empregado na Modernidade (usado primeiramente pela Igreja para designar a incorporação de Deus pelo Papa e pelos juristas medievais como personificação de coletividades). O atual sentido da representação política¹⁸² alicerça-se na possibilidade de controle do

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 35 e 89-91.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 87-89

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 90.

¹⁸² A noção de representação política nasce nos séculos XIII e XIV, “quando os Conselhos eclesiásticos e o Parlamento inglês começaram a exercer funções de representantes, traduzindo, desta feita, a ideia de representação humana de caráter político. [...] O primeiro uso documentado do termo

poder político, atribuída a quem não pode exercer o poder pessoalmente. Nesse contexto e tendo em conta suas finalidades, a representação pode ser definida, conforme Abreu, como um “mecanismo político particular para a realização de controle (regular) entre governados e governantes”.¹⁸³

A ampliação dos direitos políticos com o triunfo do sufrágio universal, com relevância aqui da inclusão do voto feminino, desenvolveu-se juntamente com o Estado representativo, levando a constituição e organização de partidos que foram os responsáveis pela profunda modificação na estrutura do sistema de representação, ao ser ativada pelas vigorosas organizações associativas que recebem “uma delegação em branco dos eleitores”, suplantando o protagonismo do indivíduo singularmente. Contudo, nos atuais sistemas partidários, a propósito do Estado estamental, os acordos que representam as forças sociais (sindicatos) e as frentes políticas (partidos) é que movem as decisões, não mais as votações em que imperava a regra da maioria. Como se pode constatar, o resultado, com base na teoria dos jogos, é positivo, pois não se traduz em a maioria ganhar e a minoria perder, mas, sim, todas as partes ganharem alguma coisa.¹⁸⁴ Arremata Norberto Bobbio que:

[E]m nossas sociedades pluralistas constituídas por grandes grupos organizados em conflito entre si, o procedimento da contratação serve para manter em equilíbrio o sistema social mais do que a regra da maioria: esta última, dividindo os contendores em vencedores e vencidos, permite o reequilíbrio do sistema apenas onde é consentido à minoria tornar-se por sua vez maioria.¹⁸⁵

Sem a pretensão de abordar a dialética entre democracia direta e democracia representativa, importa para o estudo a concepção de que a ampliação da democracia não está atrelada ao retorno para uma democracia representativa acompanhada ou substituída pela democracia direta, pois como esclarece o filósofo

representar deu-se primeiramente na obra de *De Republica Anglorum*, de Sir Thomas Smith, em 1583. Mas foi Hobbes, no *Leviatã*, o responsável pela consolidação definitiva do termo” (p. 191/192). (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3. p 191/192.)

¹⁸³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3. p 192.

¹⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 116-118.

¹⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 118.

político piemontês, tem sido apresentada, muitas vezes como uma exigência, questão que aliás remonta a Rousseau, ao reconhecer que democracia verdadeira, nos moldes por ele idealizada, não existiu e não existirá¹⁸⁶.

Nessa efervescência da democratização no Ocidente, deflagraram-se muitos processos constituintes entre as democracias maduras, os quais também têm sido uma constante entre as sociedades em fase de redemocratização, caso das repúblicas latino-americanas, inclusive o Brasil, possibilitando, também, o surgimento de outras perspectivas para o Constitucionalismo, como é o caso da União Europeia.

No Brasil, a transição do período da ditadura após o Golpe de 1964 para a abertura democrática, principalmente diante da vigência do AI-5, foi dolorosa e arrastou-se por anos até a Nova República. Com a imprensa amordaçada e direitos políticos aviltados, os movimentos pela democracia forma surgindo com o movimento estudantil, esquerda e grupos liberal-democráticos, até se apresentarem mais concretamente, a partir da Carta de Recife lançada pelo movimento de 1971, reivindicando a convocação de uma Assembleia Constituinte e se intensificando com inúmeros outros movimentos da sociedade civil em prol da democracia.

2.2 A CONSTITUINTE DE 1987/1988 E O DESABROCHAR DA CIDADANIA PELAS MULHERES

Se não é possível afirmar que a Constituição de 1988 surgiu, como em outros momentos da sua história, de um ato de independência (1824), da queda de um império (1891), do fim de uma república oligárquica por meio de uma revolução (1934), da queda de uma ditadura (1946), ou de um golpe de estado que devassou uma república legítima (1967), é nos permitido reconhecer que foi ela, sim, fruto de uma ruptura prolongada, produto da ação inquietante da sociedade civil. O “pacote” de 29 de abril de 1977, do presidente Geisel, ainda na vigência do AI-5, promoveu reformas constitucionais e fechou temporariamente o Congresso, estabelecendo uma retomada lenta da abertura política no País. O caminho para a democratização teve muitos percalços, pois não fora ação benevolente do Governo, já que, como dito

¹⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 69.

alhures, sob o pretexto de promulgação de uma legislação que inauguraria novos tempos de abertura política e reconstrução constitucional, fechara temporariamente o Congresso Nacional.¹⁸⁷

Entretanto, a Nação se agigantou e as lutas pela democratização e legitimação constitucional passaram a apresentar pontos culminantes, como a “Carta aos Brasileiros” de agosto de 1977, continuidade ao movimento de abril da OAB, para restabelecimento das instituições democráticas, mediante a convocação de uma Assembleia Constituinte. Mas foi a campanha para a sucessão presidencial pelo voto direto, que desembocou nas “Diretas Já”, em que um novo horizonte se descortinou. Com a escolha de Tancredo Neves para Presidente, pelo Congresso, e o compromisso por ele assumido, mesmo com sua morte anterior a posse, e assunção a Presidência da República do vice-presidente, José Sarney, em 28 de junho de 1985, é que foi remetido ao Congresso Nacional a proposta de convocação de uma Constituinte¹⁸⁸

A partir da Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985, a reunião da Assembleia Nacional Constituinte foi designada para 1º de fevereiro de 1987, deflagrando-se a fase pré-Constituinte. O Brasil, em 15 de novembro de 1986, elegera os membros da Assembleia Nacional Constituinte, que restou composta por 487 deputados e 72 senadores, em sistema unicameral de deliberações, ressaltando-se que desses 72 senadores Constituintes, 23 deles tinham sido eleitos em 1982, sem legitimidade, portanto, para elaborar, discutir e votar a Constituição, cujas impugnações apresentadas ao Congresso Constituinte, em razão dessa questão, foram rejeitadas em plenário da Assembleia, por 394 a 126 votos. “A sessão foi marcada por muita confusão, iniciando-se à tarde e sendo encerrada somente à noite”.¹⁸⁹

¹⁸⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 455-458.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 455-458.

¹⁸⁹ CONSTITUINTE confirma presença dos senadores eleitos em 1982. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 3, 3 fev. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/111812>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

Instalada a Constituinte em 1º. De fevereiro de 1987, foi eleito para presidir, com 425 votos, o deputado Ulysses Guimarães. Promulgado o Regimento Interno, realizou-se a eleição da Mesa Permanente da Assembleia Nacional Constituinte, tendo como Presidente Ulysses Guimarães e apresentando uma componente mulher, Benedita da Silva (PT-RJ), como 1º Suplente de Secretário. Dividindo-se o corpo Constituinte, excluindo-se os seis integrantes da mesa, formaram-se oito Comissões temáticas, respeitando-se a proporcionalidade partidária de cada comitê (I-Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, II-Organização do Estado, III-Organização dos Poderes e Sistema de Governo, IV- Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições, V-Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, VI-Ordem Econômica, VII-Ordem Social e VIII- Família, Educação, Cultura, Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação), sendo cada uma delas subdividida em três subcomissões, quando a Comissão de Sistematização, composta por indicação das lideranças e presidida pelo Senador Afonso Arinos, recebia os textos desenvolvidos pelas Comissões temáticas e suas subcomissões, organizando-o e sistematizando-o para composição do projeto a ser votado no Plenário.

A Constituinte passou por diversas fases, um tanto apreensivas ou conturbadas em razão das discussões, encaminhamentos e decisões políticas: a reforma regimental proposta pelo “Centrão”, questionando os trabalhos da Comissão de Sistematização; a votação em primeiro turno; a opção pelo presidencialismo e o mandato presidencial de cinco anos; e as manifestações públicas do Presidente da República, referindo-se a ingovernabilidade que direitos sociais tratados no projeto desencadearia, como a previdência social e o déficit que seria gerado (cerca de 3% do dívida externa brasileira).

Nos duros períodos vivenciados pela Constituinte, em especial a da reforma regimental, parecia que a população desacreditava a idoneidade dos trabalhos por ela desenvolvidos, narrando Bonavides e Andrade, que Bernardo Cabral, em uma conferência na Universidade Federal do Ceará, lembrou de “referências folclóricas”, como alguém ter “posto na subcomissão que os homens e as mulheres são iguais, exceto na gravidez, no parto e no aleitamento”.¹⁹⁰ Resta o

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 461-462.

questionamento sobre qual seria a intenção de um constituinte fazer proposição dessa natureza e nesses termos na subcomissão. E, foi nesse contexto de progressos e alguns retrocessos nos trabalhos da Constituinte, rumo ao nascimento da Constituição Cidadã, inclusive acerca da garantia dos direitos das mulheres, que verteu a consistente contribuição dessas, dentro e fora do Congresso, marcando a história do Constitucionalismo no Brasil.

2.2.1 A Bancada Feminina

Do total de 559 Constituintes, 26 eram mulheres¹⁹¹, deputadas eleitas pela Bahia, Rio de Janeiro, Amazonas, Pernambuco, São Paulo, Paraíba, Goiás, Espírito Santo, Ceará, Piauí, Rio Grande do Norte, Acre, Roraima, Rondônia, Amapá e Distrito Federal. A bancada que possuía maior número de mulheres era o Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) com onze representantes (42,3%). O Partido da Frente Liberal (PFL) contava com seis deputadas constituintes; o Partido Democrático Social (PDS) e o Partido dos Trabalhadores (PT) com duas cada um; e elegendo uma representante o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) e o Partido Social Cristão (PSC). “A base do governo, formada pelos partidos da Aliança Democrática (PMDB e PFL), correspondia, portanto, a 65,4% da bancada feminina.” Constata-se que os partidos menores elegeram, proporcionalmente às cadeiras ocupadas, mais mulheres. “De fato, um partido como o PT, que elegeu 16 representantes para o Congresso, contava com duas mulheres em sua bancada (12%). O PMDB, por sua vez, o maior partido brasileiro naquele momento, elegeu

¹⁹¹ Bete Mendes (PMDB) licenciou-se do mandato de Deputado Federal Constituinte para exercer o cargo de Secretária da Cultura do Estado de São Paulo de 15 de março de 1987 a 21 de dezembro de 1988, razão pela qual a Bancada Feminina restou composta por 25 mulheres.

onze mulheres num total de 257 cadeiras (4%)”.¹⁹² Foram apresentadas 3.383 emendas pelas mulheres Constituintes, com aprovação de 972 delas.¹⁹³

Algumas falas da mulher Constituinte demonstram que, embora sua participação representasse um grande progresso político e conquista significativa no exercício da cidadania pelas brasileiras, sua presença nos espaços de trabalho da Assembleia Constituinte foi de certa forma inusitada e o ambiente físico e político em que foram inseridas apresentou peculiaridades desafiadoras, posto que a partir da instalação do Congresso Nacional em Brasília, na estrutura da Praça do Três Poderes, em 21 de abril de 1960, até as eleições para a Constituinte de 1987, somente 22 cadeiras foram ocupadas por mulheres no parlamento¹⁹⁴. A voz de cada uma expressou porque ali estavam:

“Nós não tínhamos nem banheiro feminino no plenário quando começamos. Ao que parece, Oscar Niemeyer não havia pensado nisso. Nossa primeira reunião com o Ulysses (Guimarães) foi para reivindicar um sanitário.” (Maria de Lourdes Abadia, deputada constituinte pelo PFL – DF. Correio Braziliense, em 28/10/07).¹⁹⁵

“Aí, eu me lembro da Tribuna Livre da Mulher. Timidamente, vieram nossas feministas. Tão vazio o plenário... tão vazio. A audiência que davam para os temas corporativos, eles não davam às mulheres.” (Rose de Freitas, deputada constituinte pelo PMDB–ES. Correio Braziliense, em 28/10/2007).¹⁹⁶

“Estou presente nesta Assembleia, pela primeira vez, na condição de mulher, de negra e de favelada.” (Benedita da Silva. (PT – RJ). DANC da sessão de 19/2/87, p. 363).¹⁹⁷

¹⁹² SOUZA, Marcius Fabiani Barbosa de. A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno et al. (Orgs.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois: os alicerces da redemocratização**. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 13 jul. 2020. p. 5-6.

¹⁹³ BANCADA Feminina. **Portal da Câmara dos Deputados**, 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html>. Acesso em: 14 jul. 2020.

¹⁹⁴ Totalizando 14 mulheres, posto que algumas foram reeleitas. Não foram computadas as mulheres que exerceram suplência. (VOTO da Mulher. In: PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UnB, 2000. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>>. Acesso em: 20 jul. 2020. Quadro das mulheres eleitas para a Câmara dos Deputados Federais a partir de 1950.)

¹⁹⁵ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (Orgs.). **A sociedade no Parlamento: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1506?_ga=2.124846090.1089889646.1594752125-676745947.1592850299>. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 39.

¹⁹⁶ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (Orgs.). **A sociedade no Parlamento: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1506?_ga=2.124846090.1089889646.1594752125-676745947.1592850299>. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 39.

¹⁹⁷ Benedita da Silva ao ocupar a Tribuna no Parlamento.

Entretanto, a aparente união das mulheres no parlamento constituinte, pelas causas das mulheres, diluía-se quando matérias discutidas e pautadas traziam conteúdos ideológicos, políticos e econômicos defendidos pelas bandeiras partidárias a que se filiavam, em que, por sua vez, o domínio era masculino, além disso, a maioria delas pertenciam a partidos tidos como moderados a conservadores no tocante a essas questões¹⁹⁸. Por outro lado, a própria educação, formação, relações familiares e trajetória pessoal das deputadas constituintes descortinam um panorama do porquê da pouca coalizão entre elas, em alguns aspectos.

Maria de Lourdes Abadia (PSDB/DF), depois de 20 anos da passagem pela Constituinte parlamentar, lembra que, para o sucesso da bancada feminina, foi “necessário muito espírito de cooperação”. Narra que eram muito diferentes entre si. “Entre as 26 havia duas filhas de ex-presidentes, várias esposas de governantes e eu e a Benedita da Silva, que vínhamos de favela”. Contudo, enfatiza que não obstante as diferenças, “[...] encontrávamos o consenso. Mas não era fácil. Eu me lembro dos debates intensos que travamos sobre a legalização do aborto, por exemplo, Cristina Tavares e Sandra Cavalcante protagonizaram embates memoráveis. A primeira era a favor do aborto. Já Sandra era católica fervorosa.”¹⁹⁹

Contudo, impende registrar que a bancada feminina, embora heterogênea do prisma ideológico e político, envidou esforços comuns para a concretização dos direitos de igualdade e Não Discriminação, garantindo paridade de direitos políticos e sociais, inclusive no que se refere a especificidades femininas como a maternidade. As parlamentares constituintes, a despeito das emendas propostas individualmente, apresentaram 34 emendas coletivas que, em sua maioria, tratavam da igualdade de

¹⁹⁸ O que não foi regra, pois algumas deputadas distanciaram-se da linha política partidária, em vários temas, não só com relação a emancipação da mulher, prevalecendo suas convicções ideológicas sobre posicionamentos conservadores partidários, como a Deputada Raquel Cândido. Eleita (PFL/RR) e a Deputada Lúcia Braga (PFL/PA), que defenderam a reforma agrária radical. (SOUZA, Marcius Fabiani Barbosa de. A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno et al. (Orgs.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois: os alicerces da redemocratização**. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 13 jul. 2020. p. 6.)

¹⁹⁹ LIMA, Daniela. Uma luta pela igualdade. **Correio Brasiliense**, Brasília, 28 out. 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Artigo%20CB%20Mulheres%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020. p. 2.

direitos e deveres entre o homem e a mulher, como: igualdade de obrigações domésticas entre homens e mulheres, equiparação das atividades no lar às demais atividades econômicas, direito ao título de propriedade e de domínio às mulheres com mais de 18 anos (independentemente do estado civil), aposentadoria aos 25 anos de serviço, proteção à saúde da mulher; direito das presidiárias a manter consigo seus filhos durante o período de amamentação, flexibilização de regras de dissolução do casamento, proteção contra a violência familiar, etc. A bancada feminina ainda apresentou ao presidente da Assembleia Nacional Constituinte manifesto pontuando defesa de questões cruciais como a concretização da democratização do país.²⁰⁰

Tendo-se que a Bancada é autêntico espaço político de poder, garantiu-se a fala de uma minoria e sua interlocução com as feministas, para êxito das pautas apresentadas, pois exigia-se “[...] uma postura mais progressista das parlamentares em favor dos direitos das mulheres”, além do que, mesmo que na relação entre as integrantes da bancada não haja uniformidade de interesses, “[...] ela é construída a cada legislatura e conjuntura política que permite a abertura de oportunidades políticas.”²⁰¹ Nessa vertente, sem embargo de alguma resistência a posicionamentos progressistas, a Bancada Feminina Constituinte, composta de apenas 25 parlamentares, que representavam menos de 4,5% dos constituintes, sabedora de que, por meio dela, as mulheres tinham maiores possibilidades de expressão na Assembleia Nacional Constituinte, manteve coesão. À vista do exposto, conclui-se que a Assembleia Constituinte e, em especial, a atuação conjunta das parlamentares

“logrou considerável êxito em termos de cooperação suprapartidária nas questões relacionadas ao reconhecimento dos direitos das mulheres, considerando, por exemplo, que 70% das reivindicações

²⁰⁰ SOUZA, Marcius Fabiani Barbosa de. A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno et al. (Orgs.). **Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois: os alicerces da redemocratização**. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 13 jul. 2020. p. 8.

²⁰¹ MIRANDA, Cynthia Mara. **Integração de políticas de gênero no Estado: Brasil e Canadá em perspectiva comparada**. 2012. 245 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais)—Centro de Estudos e Pós-Graduação sobre as Américas, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11148/1/2012_CynthiaMaraMiranda.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 122.

dos movimentos feministas e de mulheres envolvidos foram contemplados pela Constituição Federal de 1988”.²⁰²

2.2.2 A participação popular das mulheres

A sociedade civil já se organizava, por meio de suas instituições, ainda durante a tramitação da Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985 e, antes da instalação da Constituinte congressual, com intuito de mobilizar a população brasileira, o Senado Federal criou o “Projeto Constituição – a voz do cidadão”, disponibilizando, nas agências dos correios de todos os municípios brasileiros, formulários para envio de sugestões à Constituinte. Mais de 72.000 cartas foram recebidas pela Assembleia Nacional Constituinte.²⁰³

O art. 24 do Regimento Interno da Assembleia Constituinte mostrou-se instrumento valioso de participação popular, mediante a apresentação de emendas, as quais deveriam ser subscritas por trinta mil ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por três entidades associativas, no mínimo, legalmente constituídas, mediante condições nele especificadas, o que permitiu a apresentação de “122 emendas populares, das quais 83 cumpriram os requisitos regimentais. Várias das emendas foram aprovadas no texto da Constituição, como a que prevê os mecanismos de democracia direta: iniciativa popular de lei, plebiscito e referendo”.²⁰⁴ Aproximadamente 12 milhões de assinaturas foram colhidas, representando um fenômeno inédito de participação popular na experiência constitucional brasileira, podendo se concluir que um percentual aproximado de 10% dos eleitores brasileiros participaram do processo de apresentação de emendas, se considerado que o

²⁰² SILVA, Danielle Rodrigues. A bancada feminina na Constituinte (1987-1991): apontamentos do contexto sócio-político e da socialização política de mulheres para pensar a atual bancada feminina na Câmara Federal brasileira (2011-2012). **Portal da Compolítica**, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2013/05/GT-06-Cultura-poli%CC%81tica-comportamento-e-opinia%CC%83o-pu%CC%81blica-Danielle-Rodrigues.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 2.

²⁰³ EXPOSIÇÃO no Senado Federal destaca a participação popular. **Jornal da Constituinte**, Brasília, p. 1, 29 out. a 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/Jornal-Constituinte.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

²⁰⁴ A PARTICIPAÇÃO popular na Assembleia Nacional Constituinte. **Jornal da Constituinte**, Brasília, p. 1, 29 out. a 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/Jornal-Constituinte.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

eleitorado era de 70 milhões e cada eleitor podia subscrever três emendas, no máximo.²⁰⁵

No tocante a legitimidade formal da Carta Constitucional de 1988, a etapa se concretizou com o acesso do povo à confecção do texto, para nele se fazer inserir suas aspirações, em uma verdadeira articulação democrática. Bonavides e Andrade destacam que, não obstante as origens comprometidas da Constituinte, esta,

[...] abriu as portas à presença popular e fez a sociedade participar por via de grupos e correntes que ajudaram a formular, com iniciativas de colaboração, o projeto finalmente aprovado e convertido em Lei Magna. Um fato, aliás, cabe acentuar, sem precedentes em toda a história constitucional do Brasil. Colocou-nos ele tão perto da realidade, do instante concreto, que a Constituinte congressional perdendo em parte o traço elitista, típico das Constituintes passadas, soube congrega o povo e ouvir sua palavra, soube auscultar os centros de opinião e dialogar com o País²⁰⁶.

Pelo Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, era permitido o uso da palavra no plenário em defesa da proposta, pelo prazo de vinte minutos, por um dos signatários da emenda popular, indicado quando da sua apresentação. Em agosto de 1987, após análise dos aspectos formais de admissibilidade, foram recebidas 83 emendas populares pela Comissão de Sistematização²⁰⁷ e, entre agosto e setembro de 1987, houve exatas 83 defesas orais das emendas apresentadas.

Algumas emendas populares postulavam a inclusão no texto constitucional de princípios e garantias para assegurar direitos e garantias à mulher, como por exemplo a PE 00019-9 que trazia, em síntese, o direito de aposentaria pela da dona-de-casa, a igualdade entre homens e mulheres na sociedade conjugal, pátrio-poder sobre os filhos, direito de propriedade; e a PE 00020-2, a proibição de discriminação no âmbito do trabalho, vedando diferenças de salários e de critérios de admissões por

²⁰⁵ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (Orgs.). **A sociedade no Parlamento**: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1506?_ga=2.124846090.1089889646.1594752125-676745947.1592850299>. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 80.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 491.

²⁰⁷ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Emendas populares**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

motivo de sexo, cor ou estado civil e descanso remunerado à gestante e outros direitos trabalhistas.^{208 209}

Outra emenda popular apresentada e recebida, a PE 00065, que abordava defesa de direitos das mulheres, sob o argumento, dentre outros, de que o aborto não poderia continuar a ser um caso de polícia,²¹⁰ em razão da temática controvertida e diante de outras emendas contrárias, posto que houve participação efetiva de vários coletivos religiosos no encaminhamento de sugestões e emendas, evidenciando visível influência conservadora com relação ao papel da mulher na família e na sociedade, foi responsável por debates acalorados na Audiência Pública realizada na Comissão de Sistematização no dia 26 de agosto de 1987:

Maria Amélia de Almeida Teles, secretária-geral da União de Mulheres de São Paulo, defendeu a emenda que permitia o aborto até três meses de gestação. A seguir, contrapôs-se à exposição de Francisco Massa Filho, presidente da Comissão Arquidiocesana de Acompanhamento Constitucional do Rio de Janeiro, defendendo uma emenda popular no sentido oposto, que proibia a prática abortiva.²¹¹

Durante o discurso, a secretária, após concessão de aparte, continuou dizendo estar entusiasmada “com o pensamento democrático e progressista que encontro aqui nesta Constituinte”, afirmando que a situação do aborto vivenciada pela sociedade brasileira era uma “perversa prática paralegal ou clandestina”, garantindo somente para poucas mulheres, “o direito à sua opção individual de não ter filhos indesejados, subordinando assim, mais um direito democrático ao poder econômico”.

²⁰⁸ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Emendas populares**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020. p.19-22.

²⁰⁹ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Ata da 12ª reunião ordinária. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte**, supl. B, p. 286-311, 27 jan. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/COMSist12ord27011988.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020. p. 286.

²¹⁰ BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. **Emendas populares**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020. p.64-65.

²¹¹ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (Orgs.). **A sociedade no Parlamento**: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1506?_ga=2.124846090.1089889646.1594752125-676745947.1592850299>. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 86.

Tema, aliás, atualmente recorrente na pauta feminina e palco de discussões sociais acaloradas, sinal de que o debate travado na tribuna da Assembleia Congressual era presságio de novos ares, felizmente democráticos. Foi nessa senda que a oradora continuou na abordagem:

Defendemos a legalização do aborto como um direito humano, social e político e não como uma questão ético-religiosa. Visto assim como um direito, o aborto deve ser retirado do Código Penal. Dessa forma, o nosso direito se aproximará da moderna tendência da ciência penal que, cada vez mais, distingue os conceitos de delito e pecado. Também defendemos a vida. Mas isto só não basta. É necessário defender a qualidade da vida, a luta pela legalização do aborto faz parte da luta pela maternidade livre que, por sua vez, integra a luta pela dignidade da vida humana. Como parte dessa luta é necessário evitar que muitas mulheres tenham que recorrer ao aborto. É dever do Estado, através de seus serviços de saúde, colocar à disposição das mulheres as informações e os meios anticoncepcionais eficazes para evitar a gravidez indesejada. Como parte dessa luta, é necessário coibir o abuso de padrões que não respeitam as leis trabalhistas e dispensam empregadas grávidas, exigem o teste de gravidez antes da admissão e não implantam creches nas suas empresas. Como parte dessa luta, é necessário combater o racismo, bem como as inúmeras discriminações que enfrentam as mulheres negras no seu ingresso no mercado de trabalho.²¹²

O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM²¹³, instituído com objetivo de promoção de políticas nacionais para eliminação da discriminação da mulher, assegurando-lhe condições do exercício da cidadania social e política, foi um grande facilitador da participação feminina na Constituinte e era composto, na sua maioria, por feministas de todo o Brasil que trabalhavam na interlocução com outros coletivos e movimentos de mulheres, no diálogo com o governo e no acompanhamento das Políticas Públicas.²¹⁴ Além da presença de mulheres da classe média, como a Socióloga Jacqueline Pitanguí De Romani e a deputada estadual Ruth

²¹² BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Ata da 12ª reunião ordinária. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte**, supl. B, p. 286-311, 27 jan. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/COMSist12ord27011988.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020. p. 361-365.

²¹³ BRASIL. Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM e dá outras providências. **Portal da Legislação**, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm>. Acesso em: 19 jul. 2020.

²¹⁴ FURTADO, Daniela; PAMPLONA, Danielle Anne. A última constituinte brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas. In: SILVA, Chistine Oliveira Peter de; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018. p.62-63.

Escobar (PMDB), também tiveram participação importante mulheres oriundas de camadas populares.²¹⁵

Assim, no tema participação cidadã pelas mulheres, com vistas a sua emancipação, diante da história de construção social discriminatória de desqualificação feminina para a política e do descortinar da construção de um Estado Democrático de Direito, muitas mobilizações se deram em todo o país. A Carta das Mulheres aos Constituintes, cuja entrega ocorreu em sessão solene em 26 e março de 1987²¹⁶, portava reivindicações específicas na área da família, saúde, educação e cultura, combate à violência contra a mulher, dentro e fora do lar e questões nacionais e internacionais de interesse geral, apresentava lema consolidado: “Constituinte para valer tem que ter palavra de mulher” e “Constituinte para valer tem que ter direitos da mulher”.²¹⁷ Esse lema é oriundo da Campanha lançada pelo CNDM em novembro de 1985, que tinha por meta percorrer o país promovendo espaços de debates em uma frente de luta aliada a outros movimentos e coletivos de mulheres e de feministas. A Campanha também levou ao Congresso Constituinte suas reivindicações em favor dos direitos das mulheres, ficando o movimento conhecido como “Lobby do Batom”.²¹⁸

O Correio Braziliense de 21/7/88 publica: “*Lobby do batom* faz vigília por direitos”, e, na fotografia que acompanha a manchete, vê-se manifestantes sob o cartaz “Filho (não só) da mãe.”²¹⁹ Foram momentos eternizados por registros

²¹⁵ AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul.-dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>>. Acesso em: 19 jul. 2020. p. 76.

²¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Escrevendo a História: Mulher Constituinte. **Entrega da Carta das Mulheres na sessão de 16 de março de 1987**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-constituente/carta-das-mulheres-1>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

²¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. **Carta das mulheres aos constituintes**. Brasília, [1987]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020. p. 972.

²¹⁸ AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul.-dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>>. Acesso em: 19 jul. 2020. p. 77-78.

²¹⁹ Slogan produzido pelo Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo. p. 120.

fotográficos que evidenciaram a intensa presença feminina, ocupando todos os espaços, tanto às portas como nas galerias do Congresso Nacional.²²⁰

A mobilização das mulheres para ver no texto constitucional garantidos seus direitos junto ao Parlamento Constituinte, mediante a união de coletivos de mulheres e de movimentos feministas de diversas matizes, em harmonia com a bancada feminina, como já dito conhecida como *Lobby do batom*. O termo foi entendido como depreciativo, enfatizando-se que a denominação foi dada pelos próprios constituintes “a partir de um amplo recurso à ironia”, uma verdadeira tentativa de apequenar, “senão ridicularizar, as contribuições das mulheres no processo constituinte. Pode ser entendido como uma marca misógina que tentou desqualificar a importância deste momento em nossa história política em relação à atuação das mulheres, reduzindo-as a seus corpos e aos artifícios utilizados para sedução”.²²¹

Para a constituinte Rita Camata (PMDB-ES), “tentaram desqualificar o nosso trabalho. Chamavam de bancada do batom, lobby das meninas, entre outros termos pejorativos”.²²² Mas a denominação e referência ao *Lobby do Batom* também deve ser vista na acepção positiva, pois o próprio Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA teria confeccionado adesivo com um batom em forma do prédio do Congresso Nacional com intuito de divulgação da mobilização. A trajetória desse movimento foi fundamental para a ruptura do *status quo* e para os avanços que as mulheres firmemente estabeleceram e protagonizaram na garantia dos direitos de igualdade e Não Discriminação inscritas na Carta Constitucional de 88.

Assim, a tão esperada e festejada Constituição Federal de 1988, sob o prisma da igualdade entre homens e mulheres, remete-nos a relevantes conquistas,

²²⁰ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (Orgs.). **A sociedade no Parlamento**: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1506?_ga=2.124846090.1089889646.1594752125-676745947.1592850299>. Acesso em: 14 jul. 2020. p. 120 ss.

²²¹ PIMENTA, Fabrícia Faleiros. **Políticas feministas e os feminismos na política**: o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (1985-2005). 2010. 312 f. Tese (Doutorado em História)—Departamento de História, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8424>>. Acesso em: 19 jul. 2020. p. 3.

²²² LIMA, Daniela. Uma luta pela igualdade. **Correio Brasiliense**, Brasília, 28 out. 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Artigo%20CB%20Mulheres%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

como: novo conceito de família, afastando-se institutos como o pátrio poder e direção da sociedade conjugal; reconhecimento da união estável e do divórcio; ampliação da licença maternidade e instituição da licença paternidade; direito à creche e educação gratuita às crianças entre zero e seis anos de idade; combate à discriminação da mulher no mercado de trabalho e criação de direitos para empregadas domésticas; direito à posse da terra e instituição de mecanismos para combate à violência doméstica.

Tem-se, então, que o rol do art. 5º da Constituição Cidadã não é despiciendo, pois a Carta que até então vigorava trazia em seu bojo que todos eram “iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” (art. 150, § 1.º, Constituição de 1967), enquanto a lei infraconstitucional a afrontava vergonhosamente e sem muitas resistências, ao atribuir somente ao homem a chefia do casal, a administração dos seus bens e decisão sobre eles em caso de divergência, colocando a mulher casada em visível condição de inferioridade, mantendo-se a imposição patriarcal histórica. Então, caminharam bem os e as constituintes, mas as conquistas das mulheres no Parlamento Constitucional deflagram novos desafios, já que inegável é a persistência de um *delay* entre os avanços constitucionais e a vida cotidiana das mulheres no Brasil.

2.3 A CONSTITUINTE DE 1987/1988: QUESTIONAMENTOS SOBRE SUA LEGITIMIDADE, SEU PERFIL IDEOLÓGICO E AS CRÍTICAS AO TEXTO CONSTITUCIONAL

Pela história constitucional do Brasil, o poder constituinte originário se apresenta usurpado em três momentos: quando da elaboração da Constituição do Império, cuja titularidade foi exercida pelo Imperador; em pleno regime republicano, com o golpe de Estado protagonizado por Getúlio Vargas, outorgando-se a Constituição de 1937; e com a Constituição de 1967, cuja poder constituído foi convertido em poder constituinte, com a convocação do Congresso pelo então Presidente Castello Branco.

Registre-se que neste último período da história brasileira, a usurpação do poder constituinte originário foi deflagrada com a Revolução de 1964, que levou a

destituição do Presidente João Goulart, e que pelo Ato Institucional de 9 de abril do mesmo ano, buscou legitimar dito poder, com base fática estabelecida pelo movimento revolucionário, mas que a partir do Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, expedido sem nenhuma legitimidade, pelo, então Presidente, Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, o novo golpe de Estado se deu, vilipendiando a legitimidade do poder constituinte originário. O Congresso Nacional, que ainda era aquele de 1964, acabou, sem qualquer respaldo dos governados, por dar à luz à Constituição de 1967, que, não obstante o teor liberal de sua declaração de direitos, trouxe pesada carga de autoritarismo. A retomada da constitucionalização em 1967, quiçá pela legitimidade desprovida de bases sólidas, “em que repousou controvertida desde o berço, e de atmosfera de repressão intimidante que o País ainda respirava”, levando ao descontentamento tanto de liberais e como de detentores do poder,²²³ acabou dando espaço para a promulgação do Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968, que implantou a ditadura, aniquilando eventuais tentativas de exercício da cidadania que a efêmera Constituição de 1967 tentou proteger.

De outra sorte, são furtos de produção constitucional lastreados em exercício de poder constitucional legítimo, na história brasileira, a Constituição de 1891, a Carta Constitucional de 1934, a Constituição de 1946 e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não obstante a Carta de 1988 ser portadora de estabilidade política e expressão das conquistas democráticas tão festejadas, traz questionamentos sobre a legitimidade de origem. A Emenda Constitucional nº. 26, de 1985, que convocou a Assembleia Constituinte, se deu por iniciativa do Poder Executivo, transformando o Congresso Nacional em um “poder constituído e limitado – para transformá-lo em um órgão de soberania.”²²⁴ As eleições ocorridas em novembro de 1986 tiveram por escopo a escolha dos parlamentares que também integrariam a Assembleia Nacional Constituinte, a qual foi instituída, assim, sem caráter exclusivo. Os deputados e senadores eleitos vieram a tomar posse em fevereiro de 1987 como integrantes da Constituinte, sob a presidência de Ulysses Guimarães.

²²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 170.

²²⁴ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 493.

De acordo com o Bonavides e Andrade, a Constituinte congressional não era certamente a forma mais legítima de assembleia para condução do processo e nem de expressão plena do exercício da soberania nacional na sua magnitude, sendo também, como um dos fatores de diminuição do grau de legitimidade, a permanência de 1/3 do senado no Congresso (eleitos em 1982) que integraram a Constituinte, como a sub-representação dos grandes Estados na composição do colégio constituinte. Além do mais:

[u]ma limitação prévia de origem estava na operação eleitoral. Elegeram-se deputados e senadores, e estes últimos, representando o ramo federativo do sistema, significavam já um pressuposto originário do compromisso aparente com a base federativa da organização do Estado, ao mesmo passo que diminuía politicamente a integração de expressão da vontade popular, em virtude da composição partidária do Senado, com relevante inferiorização da manifestação global de vontade do eleitorado.²²⁵

Embora o reconhecimento de que o índice de eficácia que decorreu do consenso e pelo olhar lançado à realidade nacional, aliado a participação popular²²⁶, acabou por espancar a baixa representatividade e o déficit democrático inicialmente constatado, verdade é que a tarefa deveria ter sido delegada a “uma constituinte exclusiva e, se possível, desatada do vínculo federativo prévio, a exemplo da Constituinte de 1933, responsável pela promulgação da Carta constitucional da Segunda República, cujo modelo é de lastimar não ter sido adotado, como cumpria e a Nação decerto aguardava.”²²⁷

Não é fácil traçar um perfil ideológico definido para a Constituinte de 1986-1988, pois os agrupamentos partidários não se apresentaram ideologicamente coerentes, com exceção de alguns partidos pequenos à época, como PT, PCB e PCdoB. Contudo, duas tendências emergiram dos debates e votações relativas às questões sociais; aos direitos trabalhistas; à terra, propriedade e reforma agrária; à

²²⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 494.

²²⁶ Muitos documentos, desde sugestões até propostas de emendas, trazendo milhares de assinaturas, aportaram no Congresso Nacional, os quais foram submetidas à Comissão de Sistematização, possibilitando aos representantes dos movimentos sociais, direito a manifestação em plenário. (BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 479-480.)

²²⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 494.

estrutura sindical (que dividiu o PT), ao direito à greve, à reforma tributária. Valendo registrar que no assunto sistema de governo, o PT e o PDT acabaram por aliar-se aos grupos mais conservadores, sem contar que a interferência dos governos federais e estaduais que chegaram, por vezes, “a apagar a marca doutrinária dos constituintes ou das próprias legendas, conflitando posições pessoais ou partidárias.”²²⁸

Nesse contexto, um estudo sociopolítico dos partidos e deputados foi realizado por Leôncio Martins Rodrigues, que consistiu primeiramente na coleta de dados por meio de aplicação do questionário aos deputados constituintes, chegando à conclusão de que estava a assembleia composta de “quatro grupos político-ideológicos mais relevantes, que assim se autodefiniram: a direita (0% de deputados), centro-direita (37,0%), centro-esquerda (52,0%), esquerda (5,0%). Conforme se observa da maneira que se deu a autodefinição ideológica, “os constituintes mais conservadores tendem a ocultar sua real posição no espectro político (definido em termos tradicionais como esquerda, centro, direita)”.²²⁹

Para Bonavides e Andrade, a despeito da base sólida da pesquisa de Rodrigues (“Quem é quem na Constituinte”) que concluiu que a Assembleia Constituinte foi, preponderantemente, de centro-esquerda ou de esquerda moderada, imperioso registrar que o não envolveu ela toda a Assembleia, pois excluiu os Senadores. Mas o que se constatou é que “a distorção é inevitável [...]. Perguntar, assim, a um político e, particularmente, a um parlamentar, se ele é de direita radical ou de esquerda radical, é o mesmo que lhe solicitar uma resposta inverídica”, diante do temor de se afastar eleitores que se posicionam contrariamente.²³⁰ É então que a pesquisa é criticada pela “metodologia da autoimputação” utilizada, e outra é a limitação da análise do comportamento dos constituintes pelos dados coletados nos questionários, não articulando mais profundamente “as variáveis de recrutamento com variáveis de comportamento político efetivo dos constituintes, limitando-se a postular

²²⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 478.

²²⁹ MARCELINO, Daniel; BRAGA, Sérgio; DOMINGOS, Luiz. Parlamentares na Constituinte de 1987/88: uma contribuição à solução do “enigma do Centrão”. **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 2, p. 239-279, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3844>>. Acesso em: 23 mar. 2020. p. 244.

²³⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 478-479.

uma conexão ou correlação entre estas dimensões, sem demonstrá-la a partir do comportamento efetivamente observado dos parlamentares”.²³¹

Assim, conclui-se que os resultados concernentes ao viés ideológico da Constituinte²³², analisado por Rodrigues, são falhos em razão da metodologia usada, “porquanto a realidade mostra que a maioria direitista e conservadora da Constituinte se tem revelado nas votações de maneira a não deixar dúvidas quanto ao seu posicionamento.”²³³

Contudo, segundo Bonavides e Andrade, a participação popular que se apresentou no período acabou por legitimar a Assembleia Constituinte Nacional, pelo diálogo estabelecido com a sociedade, logrando-se o debate de todas as regras temáticas por variadas correntes sociais. Lobbies e grupos de pressão, tanto empresariais como de classes trabalhistas e organizações sindicais, se fizeram ativamente presentes, trazendo à Constituinte uma nova dimensão de participação. Enfatizam que somente em duas questões esteve o Governo presente, quais sejam, a manutenção do regime de governo e a “preservação do mandato de cinco anos do presidente nos termos impostos por ele mesmo”. Aliás, foram vinte meses de trabalhos da Assembleia que a participação popular intensa a legitimou, inclusive no enfrentamento dos embates que surgiram com o Executivo, cenário em que se inclui a efetiva e valiosa participação das mulheres, tanto na composição da Constituinte quanto nos movimentos populares, embora, ainda, em evidente desproporção numérica em relação aos homens.

²³¹ MARCELINO, Daniel; BRAGA, Sérgio; DOMINGOS, Luiz. Parlamentares na Constituinte de 1987/88: uma contribuição à solução do “enigma do Centrão”. **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 2, p. 239-279, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3844>>. Acesso em: 23 mar. 2020. p. 243 e 244.

²³² Outros trabalhos de pesquisa que trazem elementos sobre o perfil ideológico do Constituinte: FLEISCHER, David. Um perfil sócio-econômico, político e ideológico da Assembleia Constituinte de 1987. In: ENCONTRO ANNUAL DA ANPOCS, 11., 1987, Águas de São Pedro. **Anais...** Águas de São Pedro, 1987. Disponível em: <<http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/11-encontro-anual-da-anpocs/gt-12/gt02-11/6344-davidfleischer-perfil/file>>. Acesso em: 24 mar. 2020; DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. **Quem foi quem na Constituinte**: nas questões de interesse dos trabalhadores. São Paulo: Cortez, 1988. Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/category/32-quem-foi-quem-na-constituente-nas-questoes-de-interesse-do-trabalhadores-1988>>. Acesso em: 24 mar. 2020; COELHO, João Gilberto Lucas; OLIVEIRA, Antonio Carlos Nantes de. **A nova constituição**: avaliação do texto e perfil dos constituintes. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

²³³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 479.

A Constituição foi promulgada em 5 de outubro de 1988, quando a bancada do PT, com uma exceção, votou contra o texto constitucional, sem, porém, deixar de firmá-la, fortes, principalmente no que se refere ao recuo constitucional em matéria de reforma agrária e às funções então estabelecidas às Forças Armadas. De outro lado, diante de avanços sociais e trabalhistas, a direita brasileira rebelou-se, tecendo críticas ácidas contra a Carta Constitucional. Mesmo antes da promulgação do pacto constitucional, o então Presidente da República, José Sarney, afirmou que o Brasil corria risco de se tornar ingovernável. Críticas também não foram poupadas pelo Senador Roberto Campos²³⁴, dentre outros constitucionalistas, as quais também ecoaram no exterior, como menciona Bonavides e Andrade, quando, por exemplo, artigo do *Financial Times* de Londres, afirmou que o Brasil, por sua novel Carta Constitucional, estava na contramão da tendência latino-americana, por restrições às forças de mercado e a capital estrangeiro.²³⁵

Dos pontos que atribuíram ilegitimidade à Constituinte, mas que se dissiparam (pelo menos em parte) pela participação popular (e muito significativa das mulheres), dos momentos de tensão vivenciados durante os trabalhos e de todo andar da Constituinte, chegou-se ao resultado final, o qual pode ser assim sintetizado, conforme Barroso:

É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte - saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil - levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.²³⁶

²³⁴ “Com base em informações como a de que o termo ‘direitos’ é usado 76 vezes enquanto a palavra ‘deveres’ é mencionada apenas quatro, o senador concluiu que a Carta é ‘utópica no seu aspecto social, generosa na política, irrealista na economia e engraçada na parte cultural’.” (ROBERTO Campos ataca a nova Carta. **Jornal da Tarde**, Caderno Política, p. 3, 24 set. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/104025/1988_23%20a%2030%20de%20Setembro_20037a.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 24 mar. 2020.)

²³⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004. p. 498.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 20.

2.4 AS MULHERES NOS ATUAIS ESPAÇOS POLÍTICOS E A PERSISTENTE SUB-REPRESENTAÇÃO

Do ponto de vista dos direitos políticos no Brasil, superada a luta pelo direito ao voto e por tantos outros direitos garantidos pela Constituição Cidadã, persiste a necessidade, pelas mulheres, de participação ativa nos debates e decisões políticas com abrangência nos espaços ligados ao sistema eleitoral e aos canais corporativos de poder.

A igualdade de Gênero vem sendo pauta de planos e ações internacionais há décadas. Em 1979, a Organização das Nações Unidas, por meio da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, subscrita pelo Brasil em 1981, e promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, estabeleceu que a obrigação dos Estados-Partes na instituição de medidas para garantir a igualdade de condições com os homens, eliminando a discriminação contra a mulher nos espaços políticos.

Em setembro de 1995, o Brasil firmou a Plataforma de Ação Mundial da IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, cuja resolução da Organização das Nações Unidas (ONU), naquela Conferência, recomendava Ações Afirmativas para acelerar a diminuição das defasagens de Gênero na participação do poder político. No mesmo ano, diante do quadro de sub-representatividade feminina na política brasileira, foi promulgada a Lei nº. 9.100, de 29 de setembro de 1995, que dispunha em seu art. 11, § 3º, que 20%, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Em 1997, com escopo de unificar o sistema eleitoral, após debates sobre os novos rumos das eleições no país, mormente no que se referia ao Fundo Especial de Financiamento de Campanha destinados aos partidos políticos, promulgou-se a Lei nº. 9.504, de 30 de setembro 1997 - Lei das Eleições, que estabeleceu novas normas para o pleito de 1998, prevendo, então, matéria que nem fora o centro das discussões travadas, as cotas de Gênero para as eleições proporcionais a nível estadual e federal, referente agora não só a Câmara de Vereadores, mas as Assembleias Estaduais e ao Congresso Nacional.

Em 1995, ressaltando-se que nas eleições que se avizinhava (1998) o percentual seria de 25%, passou-se para as eleições subsequentes para 30% de vagas para as mulheres. Pela lei, dever-se-ia aplicar o percentual da cota sobre o número total de candidaturas possíveis, por partido, o que acabou por levar, na prática, somente a reserva deste percentual às mulheres, tornando o objetivo de participação feminina, letra morta. Assim, percebendo-se que as vagas tinham sido apenas reservadas, mas não preenchidas, a Lei nº. 12.034, de 29 de setembro de 2009, estabeleceu que o percentual de 30% de candidaturas femininas deveria incidir sobre o número de candidaturas efetivas, tornando obrigatório o preenchimento do percentual referido.

Contudo, como visto pelos dados apresentados, não houve um grande incremento de candidaturas femininas para preenchimento, pelos partidos políticos, das vagas necessárias às mulheres, dando margem, inclusive, a candidaturas meramente formais (as chamadas de candidatas laranja), pois algumas delas “emprestaram seus nomes” para cumprir a cota do partido ou, pior, sequer sabiam que tinham sido inscritas como candidatas. A baixa adesão às candidaturas femininas, como o insucesso nas urnas podem ser explicados, dentre outros motivos, pelo fato de que muitas candidaturas eram boicotadas pelo próprio partido, pois as mulheres tencionando candidatar-se ou com candidatura consolidada não tinham recursos financeiros para a campanha, como, também, não tinham conhecimento político para implementá-las. Tal cenário levou à necessidade de destinação de recursos específicos para as candidaturas de mulheres. Destarte, a Lei n. 13.165, de 29 de setembro de 2015, previu até 15% de recursos do fundo partidário para as mulheres, percentual aquém daquele necessário de 30% de candidaturas femininas exigidas, evidenciando uma desproporção entre o percentual que então poderia ser utilizados pelas candidaturas masculinas, o que culminou na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5617, oportunidade que o STF, por maioria, julgou o art. 9º inconstitucional, entendendo que o percentual mínimo de recursos do fundo partidário destinado a cada partido político, a ser adotado para as cotas de Gênero, deveria ser de 30%. Havendo candidatas em percentual maior que o mínimo estabelecido por lei, os recursos deveriam, então, ao menos, ser distribuídos igualitariamente. E, pela Emenda Constitucional nº. 97/2017, pondo fim às coligações, a partir de 2020, o percentual da cota de Gênero deve ser cumprido por cada partido.

Nas eleições de 2018, no Brasil, dos 147.918.483 eleitores aptos a votar, 52,5% eram mulheres, enquanto o percentual de candidaturas femininas para o aquele pleito foi de 31,6%. Por outro lado, a porcentagem de votos destinados às candidatas mulheres foi de 15,5% para o Senado, 16,1% para a Câmara de Deputados, 18,6% para as Assembleias Legislativas e 16,5% para a Câmara Legislativa do Distrito Federal.²³⁷

Nesse contexto, das 353 candidaturas para o Senado Federal, 62 foram candidaturas femininas. O número de mulheres que concorreram nessas eleições foi maior do que nas duas últimas. Mesmo assim, nenhuma mulher foi eleita para o cargo em 20 estados, aliás, em três deles, Acre, Bahia e Tocantins, não houve sequer candidatas. As sete senadoras eleitas representam somente 13% dos eleitos para a Casa. O número de eleitas é igual ao das eleições de 2010, a última em que dois terços do Senado foram renovados. Na Câmara dos Deputados, a bancada passou de 51 para 77 deputadas, somando 15% de mulheres na legislatura 2019/2022. O percentual é semelhante ao do Senado, em que as mulheres representam apenas 16% das vagas ocupadas.²³⁸

Ainda analisando os dados das eleições de 2018, em todo território nacional, verifica-se que o percentual de candidaturas femininas ficou no patamar dos 30% do número de candidatos total, nível muito baixo de candidatas para todos os cargos, se comparados ao número de eleitoras que somam mais da metade do eleitorado, situação que coloca o Brasil, em 1º de junho de 2020, conforme ranking em número de mulheres no parlamento, na 140ª posição entre os 193 países que informaram os dados à Inter-Parliamentary Union – IPU, ficando na América Latina somente a frente de Belize e Haiti, que ocupam as posições 169º e 193º.²³⁹

²³⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas eleitorais. **Portal do Tribunal Superior Eleitoral**, 2020. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

²³⁸ COM SETE senadoras eleitas, bancada feminina no Senado não cresce. **Senado Notícias**, 8 out. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/com-sete-senadoras-eleitas-bancada-feminina-no-senado-nao-cresce>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

²³⁹ INTER-PARLIAMENTARY UNION. Monthly ranking of women in national parliaments. **IPU Parline Website**, 2020. Disponível em: <<https://data.ipu.org/women-ranking?month=6&year=2020>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

Por outro lado, o poder político não ocorre apenas no sistema eleitoral e partidário, mas deriva também do exercício de função pública, como da ocupação de cargos nas agências de representação de interesses tais como as organizações, sindicatos e associações profissionais,²⁴⁰ espaços que a presença feminina é menor, principalmente quando se refere a presença em cargos mais elevados, com maior poder de decisão. Por exemplo, o diagnóstico de participação feminina no Poder Judiciário, divulgado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, aponta que entre os magistrados, apenas 38,8% são de juízas, sendo que desde 2009, a participação feminina aumentou apenas 1,2 ponto percentual.²⁴¹ O Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP realizou o estudo “Cenários de Gênero”, registrando nos quatro ramos do Ministério Público percentual de cerca de 39% de mulheres ocupando os cargos de promotores e procuradores, revelando, entretanto, a baixa representatividade feminina nas posições de poder político e decisório na Instituição. Isso porque apenas cerca de 15% dos mandatos de Procurador-Geral de Justiça foram exercidos por lideranças femininas.²⁴²

O aumento da participação política das mulheres no Brasil, com vistas a uma participação igualitária, passa por Ações Afirmativas, as quais já fazem parte da agenda política brasileira. A problemática da sub-representação das mulheres também vem gradativamente sendo assimilada pelos partidos políticos, por vezes mais intensamente que pelos próprios cientistas políticos. Assim, as cotas, bem como outras Ações Afirmativas que vierem a ser implantadas, são importantes instrumentos para corrigir injustiças no que se refere às mulheres, diante do monopólio da representação masculina. Não há dúvidas que homens e mulheres, em geral, detenham os mesmos interesses, mas a heterogeneidade da sociedade demonstra, cristalinamente, que as mulheres hoje ainda são mais dependentes de certas

²⁴⁰ AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira**. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2001. p. 95-96.

²⁴¹ AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Pesquisa avalia presença de mulheres em seleção para magistratura. **Portal do Conselho Nacional de Justiça**, 18 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-avalia-presenca-de-mulheres-em-selecao-para-magistratura/>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

²⁴² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão de Planejamento Estratégico. **Cenários de gênero**. Brasília, [2018]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622_CEN%C3%81RIOS_DE_G%C3%8ANERO_v.FINAL_2.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

necessidades como saúde pública digna, creches, escolas, e transporte escolar etc.²⁴³

Sobre o tema, esclarece a Professora Lucia Avelar:

Reconhecer estas necessidades – o que é diferente de uma política de interesses – não é paternalismo: é avançar no campo das políticas públicas rumo a democratização de um país. É mudar a política de um puro jogo de interesses para atender a necessidades essenciais dos cidadãos, o que leva, em última análise, a mudanças na natureza do jogo e na composição dos jogadores. É aí que se encontram as maiores dificuldades.²⁴⁴

A igualdade requer o reconhecimento das diferenças, o que conduz à igualdade material, que, no processo de democratização, também requer o enfrentamento da discriminação direta e daquela inserida em padrão “complexo de barreiras ocultas”, mediante inserção de medidas compensatórias. “Nessa perspectiva, as cotas não são discriminação (contra os homens), mas compensação por barreiras estruturais que as mulheres encontram no processo eleitoral.”²⁴⁵ Afinal, conforme bem pontua o Professor de Ciência Política da Universidade de Estocolmo, Drude Dahlerup:

O uso de cotas é cada vez mais influenciado por recomendações internacionais e pela inspiração entre países. Parece importante, no entanto, que as cotas não sejam apenas impostas de cima, mas repousam na mobilização das mulheres e na participação ativa das organizações femininas. As cotas em si não eliminam todas as outras barreiras para a cidadania plena das mulheres. Mas sob certas condições as cotas eleitorais de gênero podem levar a saltos históricos na representação política das mulheres.²⁴⁶

2.5 O CONSTITUCIONALISMO PÓS-MODERNO NO BRASIL E A BUSCA POR TEORIAS HERMENÊUTICAS PROPULSORAS DOS DIREITOS DE IGUALDADE PELAS MULHERES

Na perspectiva dos debates sobre os caminhos hermenêuticos dos tratados constitutivos da União Europeia, por meio da teoria da interconstitucionalidade,

²⁴³ AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira**. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2001. p. 76-80.

²⁴⁴ AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira**. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2001. p. 79.

²⁴⁵ DAHLERUP, Drude. Quota. **International IDEA Website**, Gender Quota Database, 2009. Disponível em: <<https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

²⁴⁶ DAHLERUP, Drude. Quota. **International IDEA Website**, Gender Quota Database, 2009. Disponível em: <<https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

apresentados no Capítulo 1, a pesquisa volta-se agora para análise de duas das teorias interpretativas difundidas entre os constitucionalistas brasileiros, o neoconstitucionalismo (Constitucionalismo de princípios) e o garantismo, com propósito de aferir, ao final, em que medida estas se propõem a dar sustentação à proteção e realização do princípio e direito de igualdade entre homens e mulheres.

Daí ser indispensável discorrer sobre o novo Constitucionalismo que se desenvolveu no Brasil, a fundamentação das teorias hermenêuticas propostas, para, a seguir, passar-se à análise de sua aplicação em matéria de concretização da igualdade e não discriminação de Gênero.

2.5.1 O desencadear das novas teorias constitucionais interpretativas no Brasil

Da consolidação do Constitucionalismo, nasce o Estado Constitucional de Direito que pressupõe dois momentos: o primeiro com surgimento do Estado Liberal, pela instituição das liberdades e apresentando-se como condição para se assegurar os direitos individuais, representado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e da declaração de direitos estadunidense – Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776), inaugurando a Modernidade (a partir da metade do Séc. XVII), mas como asseveram Demarchi e Vandresen “de baixa normatividade, o que revelou um hiato entre dogmática e a efetividade da constituição”; o segundo, com o surgimento do Estado Social, derivado de movimentos totalitaristas e voltado para as causas coletivas, caracterizou-se pelo seu intervencionismo, desprezando o sujeito de direitos e levando-o ao distanciamento do Constitucionalismo que a contemporaneidade exige.²⁴⁷

O iluminismo, como movimento artístico, filosófico e político do século XVIII que tem como marca a centralização da ciência e a racionalidade crítica como fundamento, deflagrou a Modernidade e sem embargo dos avanços então ocorridos

²⁴⁷ DEMARCHI, Clóvis; VANDRESEN, Thaís. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Científica Direitos Culturais**, v. 9, n. 19, p. 46-62, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 48.

no âmbito da ciência e do próprio direito e combate em face do domínio religioso, seu esgotamento se deu após a Segunda Guerra Mundial, com a superação dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. E assim, “[a] partir da crise de pressupostos modernos se contrapondo ao dogmatismo e da assunção de novas racionalidades que se propõe a superar vícios da Modernidade, podemos traçar as características de uma nova revolução paradigmática que aponta para uma Pós-Modernidade”^{248 249}

Considerando a polarização entre a complexidade²⁵⁰ pós-moderna e simplificação reducionista em que se fixou o paradigma da Modernidade, Nunes e Pilati, tomando por base as circunstâncias que revelam a nova etapa de transição paradigmática apresentadas pelo pensador contemporâneo francês Edgar Morin, entendem que a abordagem sobre a concepção do paradigma da complexidade no universo jurídico deve se dar pela aproximação entre o objeto em análise e os sujeitos envolvidos na relação jurídica. O paradigma da Modernidade contemplava o direito pela visão monista, legalista, que distancia as relações sociais da leitura do direito, por se limitar esse a “um conjunto de normas de conduta positivada”, situando o intérprete distante do objeto de análise jurídica, o que não quer dizer que a complexidade implica em negação do positivismo jurídico, mas, sim, apenas que se ampliar a dimensão de visão, aproximando-se das plurais relações sociais e culturais.²⁵¹

²⁴⁸ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

²⁴⁹ Para alguns sociólogos há uma continuação da Modernidade. Para o alemão Ulrich Beck, trata-se de uma Segunda Modernidade, enquanto para o polonês Zygmunt Bauman, uma Modernidade Líquida.

²⁵⁰ “A complexidade se propõe a aliar sujeito e objeto, categorias que foram separadas pela concepção positivista, a defender que o objeto, existindo independente do sujeito, poderia ser observado e explicado por si mesmo. No paradigma da complexidade, sujeito e objeto são contrapartes de um mesmo processo, contemplam-se de maneira recíproca, pois, se entregues cada qual a si próprio, são insuficientes.” (NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 188.)

²⁵¹ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 188-189.

O processo de racionalização da dominação com a consolidação do Estado Constitucional e o triunfar do ideário de democracia afluíram para a conformação política “Estado Democrático de Direito”, que tem como essência a constitucionalização dos direitos fundamentais, valioso escudo em defesa do abuso de poder. Esses direitos positivados alicerçam as democracias modernas, cuja implementação é imprescindível para que os governos contemporâneos estejam legitimados aos exercícios de suas funções.²⁵²

Diante dessas mudanças de paradigmas, emergem desafios pela consolidação democrática e pela superação do positivismo legalista constitucional²⁵³, próprio dos primórdios do Constitucionalismo e da idade liberal do século XIX, exigindo-se dos intérpretes jurídicos a problematização do papel do Constitucionalismo e da força normativa da Constituição na ordem jurídica.

Nessa vertente, surge o Constitucionalismo contemporâneo (pós-moderno), que originou-se na Itália em 1947 e na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, tendo seu marco histórico no Brasil o momento de reconstitucionalização, por conta das discussões e questionamentos quando da elaboração e promulgação da Carta de 1988, que, segundo Barroso, chegou ao apogeu em menos de uma geração, por não ser apenas uma Constituição técnica, mas por trazer a capacidade de simbolizar conquistas e mobilizar para novos avanços, sendo portadora de um “sentimento constitucional” que se contrapôs à indiferença que antes vigia. Não obstante eventuais fragilidade do texto e da “compulsão com que tem sido emanada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira

²⁵² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 3-4.

²⁵³ O positivismo constitucional é a redução dessa a uma classificação legalista, tida como ordenamento técnico de organização do Estado e manifestação formal dos direitos, adjetivada também como fechada. “A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organizada e regula juridicamente.” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 174-175.)

bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado Democrático de Direito.”²⁵⁴

Contudo, para Lenio Streck, o Constitucionalismo contemporâneo conduz a um processo de continuidade com novas conquistas, que passam, no período pós Segunda Guerra Mundial, a integrar a estrutura do Estado Constitucional, podendo-se dizer nessa medida,

que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).²⁵⁵

Diante da centralidade atribuída à Constituição no sistema jurídico e do adensamento do seu conteúdo material, detecta-se a incapacidade do positivismo jurídico tradicional em dar respostas aos problemas apresentados, exigindo-se para tanto uma reestruturação desse sistema a envolver a adoção de conhecimentos normativos e novas habilidades metodológicas. Há, pois, o surgimento de um novo paradigma, o Constitucional. Nessa perspectiva, o neoconstitucionalismo²⁵⁶ pode ter várias leituras: o “neoconstitucionalismo teórico” que objetiva “descrever os logros da constitucionalização ocorrida nos últimos anos, o que pressupõe uma constituição invasora e a positivação dos direitos fundamentais, representando, ainda, uma alternativa em relação à teoria juspositivista tradicional”; o “neoconstitucionalismo ideológico”, cujos objetivos convergem para a ampliação e defesa dos direitos, como para o compromisso moral de obediência à Constituição; e, por fim, o

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 3-4.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>>. Acesso em: 9 fev. 2021. p. 29-30.

²⁵⁶ A expressão “neoconstitucionalismo” aqui é utilizada para se referir ao Constitucionalismo pós-moderno ou contemporâneo, mais precisamente como neoconstitucionalismo teórico e não na perspectiva metodológica da ponderação e subsunção defendida pelas correntes neoconstitucionalistas, o chamado neoconstitucionalismo principialista.

“neoconstitucionalismo metodológico” que sustenta “a tese da conexão necessária entre Direito e moral”.²⁵⁷

A superação do modelo liberal de juridicidade constitucional por meio das normas constitucionais vinculantes, transcendem o Estado Legislativo e se convertem em Estado Constitucional de Direito, projetando-se para além do poder estatal. “A emergência e a hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos vêm a delimitar um novo modelo teórico e normativo que se convencionou denominar “modelo pós-positivista” ou neoconstitucionalismo.”²⁵⁸

As transformações trazidas pelo marco teórico com vistas à aplicação do direito constitucional, para Barroso, são a proclamação da normatividade da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e surgimento de diversas categorias de interpretação constitucional. Só na década de 80, o Brasil foi palco de debate consistente acerca da força normativa da Constituição, enfrentando resistências previsíveis, pois, além das complexidades próprias à concretização de qualquer ordem jurídica, a nação brasileira vivenciava sua era de “patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional”.²⁵⁹

Diante disso, uma nova perspectiva sobre o Direito Constitucional é descortinada pela Constituição de 1988, em que o Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, no pluralismo político e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, apresenta como princípio central os direitos fundamentais, os quais podem ser aplicados diretamente, tendo como limite a própria Constituição.

²⁵⁷ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 151-160.

²⁵⁸ CADEMARTORI, Sergio. Controle da administração e legitimidade judicial garantista. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José de et al. (Orgs.). **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. p. 351.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 6.

As Constituições até então tidas como meras cartas políticas de organização dos poderes, desprovidas de aplicabilidade direta, imediata e entregue, acabaram por expor a ausência de proteção aos direitos fundamentais (sua indisponibilidade), passando a apresentar caráter substancialmente normativo com escopo de vinculação máxima aos poderes estatais e a sua produção normativa. Pela Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, como a reconfiguração do ordenamento jurídico redimensionando o princípio da legalidade, remetem à “redefinição inicial de submissão do poder público à lei”, para a “submissão de todo o poder do Estado ao Direito”, o que implica na superação de outra mazela do positivismo, “a redução do Direito à lei e do jurídico ao legislativo”.²⁶⁰

Ao elevar-se a Constituição Brasileira ao papel de norma jurídica fundamental, emergiu significativa corrente juspublicista que optou por abraçar a cultura do neoconstitucionalismo, assente num modelo constitucional com particular “valorização do conteúdo prescritivo dos princípios fundamentais”, um Constitucionalismo de princípios, não obstante as tímidas aberturas para uma cultura cosmopolita, conforme esclarece JJ Canotilho. O neoconstitucionalismo destaca esta perspectiva globalizada, mas, no Brasil, pelo seu apego cultural à soberania e estabilidade do poder, houve certo receio da supra constitucionalidade, o que não impede e não afasta o seu comprometimento com o direito constitucional internacional. Nas palavras do jurista luso, “[d]ir-se-ia que o direito constitucional brasileiro e as constituições do Brasil pertencem àquele núcleo de matérias onde se nota mais a especificidade nacional do “povo”, do “poder” e do “Estado”.²⁶¹

O neoconstitucionalismo fundador, representando a primeira expressão da materialidade da Constituição, originou-se com juristas que acompanharam de perto sua elaboração como José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Dalmo Dallari e Carlos Roberto de Siqueira Freire, que, ao atribuírem centralidade a termos incorporados pela Constituição de 1988, bandeira do Constitucionalismo, como Estado Democrático

²⁶⁰ CADEMARTORI, Sergio. Controle da administração e legitimidade judicial garantista. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José de et al. (Orgs.). **Constituição e estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Ed. Coimbra, 2008. p. 348.

²⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 51.

de Direito, cidadania, dignidade da pessoa humana, separação de poderes, andaram na esteira da salvaguarda das novas dinâmicas da participação política e da justiça social, servindo-se, destarte, da fonte do “neoconstitucionalismo democrático e comunitário”.²⁶²

Do prisma metodológico, o neoconstitucionalismo brasileiro inicial posicionou-se pelo afastamento dos formalismos positivistas, para uma novel interpretação constitucional assente no Estado Democrático de Direito, no sentido de garantir a força normativa da Constituição, enquanto, do ponto de vista dogmático, abraçou a centralidade da Constituição como norma jurídica e como Constituição real [sentido fático, material], com vistas a sua efetivação e implantação. Nesse enfoque, para “imprimir força normativa a uma constituição, é necessário assegurar sua concretização, e a concretização nada mais é que o processo ou procedimento integral de interpretação e aplicação da norma.”

Nesse contexto, o processo de concretização, como estamos a tratar de normas constitucionais, leva em consideração os “esquemas normativos-estruturais e a actualização de sentido das suas regras e princípios que torna incontornável o processo hermenêutico de conhecimento e compreensão dos textos normativos”. Veja-se que os neoconstitucionalistas iniciais, diferentemente de algumas proposições atuais, não convertem “a norma constitucional em um conjunto de princípios incorporadores de uma teoria moral”.²⁶³

Nesse contexto, registra Canotilho que, apesar de algumas resistências, o Constitucionalismo fundador acabou por acolher a proposta teórica da Constituição dirigente.²⁶⁴ Mas preocupações foram apresentadas, dentre elas a insuficiência da

²⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 53-54.

²⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 54.

²⁶⁴ A expressão “Constituição Dirigente” usada pela primeira vez em 1961 por Peter Lerche, teve uma concepção mais ampla e profunda em JJ Canotilho um dos autores que mais influenciaram o direito brasileiro nessa tendência de conferir normatividade à Constituição. “O núcleo da Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da constituição por meio dos fins e tarefas previstos no texto constitucional.” Apesar da Constituição não se limitar apenas a categorias jurídicas, pois ela é também política (moral), a Constituição Dirigente ainda faz sentido, como projeto nacional compartilhado entre seus cidadãos, um “projeto emancipatório”, o qual dever ser realizado não só pela atividade jurisdicional, mas por meio da política democrática. (FACHIN, Luiz Edson; GODOY,

concretização das normas de direitos fundamentais, levando o “programa constitucional” a ser adotado como esquema jurídico para exigência de “políticas públicas concretizadoras dos “mandatos dirigentes”. Assim, o neoconstitucionalismo principialista busca respostas às dificuldades apresentadas pelo positivismo implícito apresentado por alguns neoconstitucionalistas fundadores.²⁶⁵

2.5.2 O Constitucionalismo principialista

O Constitucionalismo principialista, também chamado de “neoconstitucionalismo”, traz como mudança de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição e elaboração de novas categorias de interpretação constitucional, com expansão de jurisdição da Constituição, mediante sua aplicação direta, por meio do reconhecimento da inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis e através de interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição.²⁶⁶ Em suma, para Barroso,

[...] a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a

Miguel Gualano de. A partir da constituição dirigente de J. J. Gomes Canotilho. In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 101-111.)

Constituição Dirigente e a Vinculação do Legislador, obra de JJ. Canotilho, fruto da sua tese de doutoramento, escrita em momento de conservadorismo jurídico e político em Portugal, que teve como pilar normativo a Carta Constitucional portuguesa de 1976. A Constituição Dirigente foi apresentada pelo constitucionalista de Coimbra, não só como uma Teoria da Constituição, posto que as normas programáticas, na contramão das doutrina tradicional, não consistiam em meros preceitos desprovidos de vinculação, mas sim tinham mesmo valor jurídico que as outras normas contidas na Constituição, mas com vistas a problematizar questões, mediante incursões teóricas e metódicas, como “os da proporcionalidade, da interpretação conforme a Constituição e também o da concretização das normas constitucionais”. Não obstante os debates sobre ter ela sucumbindo ou não, importa registrar que a teoria deve ser lida no contexto histórico e teórico em que foi escrita. (GUEDES, Névton. Professor Canotilho e sua constituição dirigente. **Consultor Jurídico**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>>. Acesso em: 3 ago. 2020.)

²⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 54.

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 42.

ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.²⁶⁷

O conceito de neoconstitucionalismo foi formulado sobretudo na Itália e na Espanha e se expandiu no Brasil a partir da obra de Carbonell, “Neoconstitucionalismo”, publicada na Espanha, em 2003. Após a Segunda Guerra Mundial e as décadas subsequentes, as novas constituições surgidas na Europa evidenciaram a constitucionalização do direito e fortaleceram os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais, apresentando-se não como cartas procedimentais, “mas sim documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico,”²⁶⁸ emergindo, entre suas normas relevantes, muitos princípios em detrimento de regras e importando, assim, na sua aplicação direta pelo Poder Judiciário, mediante incorporação de novas técnicas e estilos hermenêuticos, dentre elas a técnica da ponderação e do recurso ao princípio da proporcionalidade. Para Sarmento, a defesa dos valores constitucionais passou a operar-se por concepções mais favoráveis ao Ativismo Judicial, em que o princípio da separação dos poderes possui leitura mais branda em relação ao Poder Judiciário. “No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos.”²⁶⁹

O pós-positivismo é tido como o marco filosófico do neoconstitucionalismo²⁷⁰, que apresenta o ponto de convergência entre os paradigmas do direito, o jusnaturalismo e o positivismo. O jusnaturalismo, que

²⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 22.

²⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. [S.l.: 20--]. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020. p. 2-4.

²⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. [S.l.: 20--]. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020. p. 2-4.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 4.

impulsionou as revoluções liberais e, por sua característica não científica, deu espaço ao positivismo, equiparando o Direito à lei e afastando-se da filosofia, teve de forma emblemática sua derrocada com o final da Segunda Guerra Mundial, em que os regimes fascista e nazista cometeram imensuráveis atrocidades contra o ser humano com suporte na lei. Desse quadro, emergem amplas reflexões, como o questionamento sobre qual é a função social do Direito. Na análise de Barroso, “[o] pós-positivismo busca ir além da legalidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça [...]”, sem, porém, personalismos, principalmente judiciais.²⁷¹

Pela incursão teórica de Bonavides, da passagem do tratamento jusprivativista nos Códigos, para o tratamento juspublicístico das Constituições, na pós-modernidade, emerge a supremacia dos princípios na pirâmide normativa, não apenas formal, mas material, em razão de serem eles compreendidos e equiparados (às vezes confundidos) com os valores,²⁷² sendo a mais alta expressão da normatividade que fundamenta a organização de um poder, na ordem constitucional. Assim, os princípios têm alcance de norma, traduzindo-se por uma maior ou menor dimensão valorativa, reconhecida pela doutrina, que na esfera jurisprudencial principal “tem feito a forma dos princípios e o prestígio de sua normatividade – traço coetâneo de um novo Estado de direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios”.²⁷³

A total supremacia e preeminência dos princípios demonstram a importância vital que estes assumem para o ordenamento jurídico, ainda mais quando sua função e presença são examinados no texto de uma constituição contemporânea,

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 5.

²⁷² “As regras vigem, os princípios valem: o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 295.)

²⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 295.

“onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.”²⁷⁴

O Constitucionalismo principialista parte da concepção normativo-estruturante, ou seja, de que qualquer norma jurídica ou é uma regra ou é um princípio, na trilha de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Além do mais, “[a]plicar regras é, ainda, um esquema metodológico de “subsunção”; concretizar princípios exige um novo modelo – o modelo de ponderação.”²⁷⁵

Alexy, ao instituir a distinção entre regras e princípios, conforme leciona Bonavides, situou ambas como normas, constituindo estes “fundamentos para juízos concretos de dever”, apresentando-se diferença frequente entre regras e princípios, dentre tantas, a generalidade, quando princípios são dotados de alto grau de generalidade relativa, enquanto as regras apresentam grau relativamente baixo de generalidade. A concepção de Dworkin, mantendo a essência da distinção entre regras e princípios apresentada por Alexy, redimensionou a abrangência dos princípios com maior rigor científico. Infere-se das reflexões de Dworkin que se duas regras entram em conflito, uma não pode prevalecer sobre a outra em razão do seu valor, mas porque uma delas não é válida, cuja solução remete a considerações externas a elas próprias, quais sejam: “[...] um sistema legal pode regular tais conflitos por outras regras, de preferência a que for decretada por autoridade mais alta; a regra que houver sido formulada primeiro; a mais específica ou algo dessa natureza e, finalmente, a que tiver o apoio dos princípios mais importantes.”²⁷⁶

Desse modo, princípios diferem das regras, essas constituem comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, enquanto as normas consagram valores ou indicam fins públicos a serem realizados. Ao ocorrer colisão de normas constitucionais, a técnica a ser utilizada é da ponderação, e, para se assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nos “casos difíceis”, ou seja, “quando os casos comportam mais de uma solução possível e razoável”, por

²⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 295.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 55.

²⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 288.

envolverem as decisões atividade criativa do julgador, devem essas ser fundamentadas,²⁷⁷ principalmente em atenção às seguintes considerações:

(i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.²⁷⁸

Para que se possa reconhecer o novo perfil jurídico-político de constitucionalização de um Estado, a expansão de sua jurisdição constitucional com vistas à superação do modelo de supremacia do Poder Legislativo se apresenta como requisito indispensável. Até 1945, discorre Barroso, “vigora na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral”²⁷⁹. Contudo, no final da década de 40, surgiram não só novas constituições, mas um novo modelo constitucional, inspirado na experiência americana de supremacia da Constituição. “A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”. Assim, muitos países europeus adotaram modelo específico de controle de constitucionalidade, além da criação de tribunais constitucionais.”²⁸⁰

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 10-11.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 11.

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 7-8.

²⁸⁰ Iniciando-se em 1951 pela Alemanha a seguir pela Itália (1956), o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por grande parte da Europa: Chipre (1960), Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991). Registre-se que atualmente, na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, na modalidade incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891, sendo, pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, instituída a ação direta de inconstitucionalidade (genérica), destinada ao controle por via principal - abstrato e concentrado, porém a expansão significativa da jurisdição constitucional, ou seja, a existência de garantia jurisdicional da constituição, deu-se efetivamente pela Constituição de 1988, com a ampliação da legitimidade para sua propositura. Se antes cabia ao Procurador-Geral da República a representação, pelo art. 103 da Carta Constitucional de 1988, passamos a ter rol expressivo de legitimados, dele constando além dos poderes executivo e legislativo no âmbito federal e estadual, o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Por outro lado, outros mecanismos de controle concentrado foram assegurados, como a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º), ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).²⁸¹ E, diante do elevado número de recursos extraordinários interpostos para o Supremo, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso.²⁸²

Tocante à nova exegese constitucional pelo neoconstitucionalismo, lembra Barroso que, como modalidade de interpretação jurídica decorrente da força normativa da Constituição, aplicam-se os elementos tradicionais de relação com o Direito, ou seja, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, enquanto “os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral)”. Aplicam-se, ainda, os

Judicial review. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 8.)

²⁸¹ Há ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III), como hipóteses especiais de controle concentrado.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 7-8.

princípios de natureza instrumental: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, da razoabilidade e o da efetividade.²⁸³

Para o neoconstitucionalismo, o sistema de interpretação tradicional, longe de estar superado, apresenta-se insuficiente face à perspectiva constitucional contemporânea, pois as questões jurídicas postas nem sempre encontram conformação na norma abstrata, como, ao interprete insuficiente, é a aplicação da técnica, sendo mister “[...] torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”²⁸⁴

2.5.3 O Constitucionalismo Garantista

Na visão de Luigi Ferrajoli, conforme análise de Nunes e Pilati, o Constitucionalismo se apresenta por duas espécies, o principialista e o garantista. Essa defendida por Ferrajoli, também denominada Constitucionalismo rígido, caracteriza-se por uma “normatividade forte”, partindo-se “da premissa de que a maior parte dos princípios constitucionais se comporta como regras (inclusive os direitos fundamentais), separando o direito da moral, uma vez que tal distinção é um dos corolários do princípio da legalidade”, devendo os juízes se submeterem ao império da lei e não interpretarem o direito como julgam justo.”²⁸⁵ Assim,

[a]o propor um novo modelo positivista que sujeita a validade das normas a critérios de natureza não apenas formal, mas, sobretudo material, o constitucionalismo garantista se distancia da lógica reducionista e hipersimplificadora características do paradigma ocidental. Como já dito anteriormente, a complexidade não consiste na negação do positivismo jurídico, mas na exigência de que este

²⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 8.

²⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020. p. 9.

²⁸⁵ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 192.

supere suas amarras formais e tenha como norte a substância da norma, suas interações com o núcleo do ordenamento jurídico e com as relações socioeconômico-culturais que lhe dão fundamento.²⁸⁶

A propósito do Constitucionalismo garantista, com o intuito de enriquecer o debate, três são as concepções de “garantismo”. A primeira é que a concepção de garantismo que surge a partir de outra concepção do Direito moderno, que é o Estado de direito, nascido com as Constituições modernas, e que, caracterizando-se, segundo Ferrajoli, no plano formal, pela legitimidade formal, subordinando o Estado ao controle de legitimidade (ligada a forma de governo – Democracia Política) e, no plano material, pelo seu conteúdo (legitimidade substancial), vinculada à estrutura de poder – Estado de direito. A segunda concepção de garantismo encontra embasamento no princípio da legalidade, fundamental para o positivismo jurídico, que, transcendendo o aspecto meramente formal, propicia a distinção entre vigência (produzida por sujeito competente) e validade (emanada em consonância com a Constituição) da norma. E a terceira concepção atribuída ao termo “garantismo”, essa no campo filosófico-político, permite “a crítica e a deslegitimação externa das instituições jurídicas positivas, conforme a rígida separação entre o direito e a moral, ou entre validez e justiça, ou ainda, entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo do ordenamento”. Para Ferrajoli, nesse compasso, o Estado é meio para a realização dos direitos fundamentais, já que o ponto de vista externo nada mais é que ponto de vista da sociedade.²⁸⁷

O formalismo, que identificava a validez das normas somente pela sua existência, defendida por teóricos como Kelsen e Bobbio, denominado por Ferrajoli de “paleopositivismo”, é superado pela sua Teoria garantista, ao fazer “[...] distinção entre validez formal e validez substancial, sendo que esta última se configura quando o ato

²⁸⁶ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 193-194.

²⁸⁷ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 119-124.

normativo obedece a um mínimo de coerência para com todas as normas que lhes são superiores.”²⁸⁸

O garantismo e Constitucionalismo encontram sua essência na compreensão moderna da democracia substancial,²⁸⁹ dimensão da democracia constitucional, em que os direitos fundamentais se situam em posição destacada, já que, a partir deles, deixa-se de atribuir legitimação tão somente da vontade da maioria, mediante imposição de limites a essa. Para Ferrajoli, “[...] *una democracia sin derechos primarios, en la que los derechos secundarios de la mayoría y/o del mercado fueran ilimitados y por ello omnipotentes, sería una democracia virtualmente totalitaria, en constante peligro de disolución.*”²⁹⁰ Decorre então, que o Estado Constitucional está submetido ao direito, a ele agregando-se um novo elemento, a rigidez constitucional. Assim, o Estado Constitucional de Direito subordina o legislador ordinário à constituição e mais, impede que, pelo exercício do Poder Constituinte revisional, que os direitos fundamentais, compostos pelas suas quatro dimensões – política, civil, liberal e social, sejam reduzidos ou suprimidos.²⁹¹

Com efeito, a Democracia constitucional, como essência do Constitucionalismo e do garantismo, encontra na rigidez do texto constitucional, consubstanciada na hierarquia do sistema jurídico, e na decorrente supremacia

²⁸⁸ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 193.

²⁸⁹ Para Ferrajoli, o sistema representativo ou indireto, assegurado pelo sufrágio universal e pelo princípio da maioria é a primeira e imprescindível condição da democracia, que é a forma política, que imanada com a civil, integra a dimensão formal, “determinada precisamente por las normas formales que disciplinan las formas de producción de las decisiones” e que previstas, geralmente, na segunda parte das constituições, asseguram a vigência e a validade formal das leis. Os direitos políticos e civis, tidos como direitos secundários ou instrumentais (que propiciam autonomia na vida pública e privada) servem para fundamentar a legitimidade das formas de decisões e operacionalizar o sistema democrático, traduzindo-se como a dimensão formal da democracia; enquanto os direitos primários (direitos fundamentais, de um lado os direitos de liberdade e autonomia e do outro a satisfação dos direitos sociais) fundamentam a democracia substancial, que se traduzem pela validade substancial, pelas normas substantivas, pela razão social e pelas funções de garantia. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e dela democrazia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21-24.)

²⁹⁰ “uma democracia sem direitos primários, em que os direitos secundários da maioria e / ou do mercado fossem ilimitados e, portanto, onipotentes, seria uma democracia virtualmente totalitária, em constante perigo de dissolução” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e dela democrazia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 25. Tradução livre.).

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e dela democrazia. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 21-24 e 41-50.

constitucional, a legitimação do poder, assegurando-se os direitos e garantias das minorias.

O Constitucionalismo, por seus progressos, permite configurar e construir o Direito atual com “um sistema artificial de garantias constitucionalmente preordenadas para a tutela dos direitos fundamentais”. A complexidade específica dos ordenamentos de constituição rígida remete a “uma dupla artificialidade que não resulta somente do caráter positivo das normas produzidas – marca fundamental do positivismo jurídico –, mas também pela sua sujeição ao Direito – marca fundamental do Estado Constitucional de Direito”.²⁹² A dupla artificialidade referida por Ferrajoli, importa-se com vigência e validade das normas, mas também no que se refere à Democracia, com quem decide e como se dá essa decisão política, na dimensão formal e no que pode ou não ser objeto dessa decisão na dimensão substancial ou material.²⁹³

2.5.4 Debate sobre os Constitucionalismos propostos e o desafio do achamento do método de interpretação da Constituição brasileira frente à necessária efetivação dos direitos de igualdade pelas mulheres

Diante do Constitucionalismo forte e com normas jurídicas que manifestam valores morais, de uma Constituição rígida e soberana que agregou *status* de norma jurídica, encontra-se o desafio de compatibilização dessas características com uma ideia de direito constituída na separação entre direito e moral, o que nos remete a “debates a respeito da possível superação do positivismo e surgimento de uma nova

²⁹² OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 114-115.

²⁹³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 130-131.

forma de compreender o direito, um novo paradigma, o constitucional”.²⁹⁴ Assim, o processo de sedimentação de um Constitucionalismo pós-moderno, na perspectiva da existência de um Estado Constitucional de Direito, deriva muito da análise de como e em que proporção deve-se afastar o positivismo jurídico²⁹⁵, para se empreender uma nova leitura constitucional.

No Brasil, a Constituição de 1988 é o marco da passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional de Direito, por trazer em seu âmago os direitos fundamentais, resultante de uma construção social, cultural, política e jurídica, que foi apresentada nesse capítulo por meio de sintética incursão histórica da Constituinte de 1987. Com a entrada em vigor da nova Carta Constitucional, a compreensão de Estado de direito ampliou-se e o ingrediente democracia, na concepção substancial, forjou em terras brasileiras o Estado Democrático de Direito. Nesse descortinar de novos tempos, o “novo Constitucionalismo” chega ao Brasil com uma das missões de concretização dos direitos fundamentais plasmados na Constituição de 1988, que prevê, inclusive por parte de vários legitimados para defesa dos interesses coletivos e difusos, “uma série de mecanismos com essa finalidade, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).”²⁹⁶

²⁹⁴ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 200-201.

²⁹⁵ Enfoque sobre o positivismo como “abordagem ou modo de se aproximar do direito”, pois além dessa forma de apresentação do positivismo, na visão de Bobbio, ainda poderia o positivismo se apresentar como teoria ou como ideologia. (OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 200.)

²⁹⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 205.

Do exposto, decorre que a exegese constitucional que antes se restringia àquela ditada pelo Estado de direito, presa a uma democracia formal em que a situação fática e jurídica apresentada ao judiciário tinha, por parte do julgador, uma resposta unicamente mediadora, no estado constitucional de direito, a figura do juiz meramente mediador “desaparece, já que o sistema impõe uma tomada de posição, um abandono da neutralidade e a tomada de partido na busca da concretização constitucional.”²⁹⁷

Dentre as várias formas apresentadas para enfrentamento desse desafio, temos o Constitucionalismo principialista (que na sua concepção mais difundida é chamada de neoconstitucionalismo) e o Constitucionalismo garantista abraçado por Ferrajoli, sobre os quais nos propomos traçar algumas considerações, sem pretensão de esgotamento do tema, mas com escopo de apresentar possibilidades de leitura constitucional em tempos atuais, inclusive sob a perspectiva da realização dos direitos de igualdade entre homens e mulheres. As teorias referidas, longe se representarem uma solução para a problemática de interpretação constitucional, apresentam-se como contribuições valiosíssimas e caminhos viáveis de interpretação, mas que, por vezes, esbarram em incongruências e riscos, conforme alertam alguns juristas, e, assim, seguem os debates.

Para os neoconstitucionalistas, os Constituintes insculpiram na Constituição brasileira de 1988 primordialmente princípios, argumento que não se sustenta, pois somente no Título I estão presentes os princípios, enquanto no restante do texto constitucional encontramos alguns princípios, mas principalmente regras. Por essa razão, a Constituição cidadã é classificada como analítica, “por revelar um texto longo, minucioso e que, mesmo dotada de normas de caráter principiológico, possui

²⁹⁷ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 173.

mais regras, o que demonstra a clara opção do legislador constituinte em limitar atuação, liberdade de conformação e discricionariedade dos poderes constituídos.”²⁹⁸

Nenhuma das duas teorias constitucionalistas – Constitucionalismo principialista e Constitucionalismo garantista, para Nunes e Pilati, estão aptas ao enfrentamento da complexidade dos conflitos atuais, por trazerem, além de contribuições, vícios, mormente no que tange a questões que versam sobre direitos coletivos e difusos, porque “a própria classificação dualista de bens (públicos e privados) e sujeitos de direito (Estado e indivíduo), compartilhada por ambas as correntes, demonstram-se totalmente inadequadas para o objeto da demanda, de natureza muito mais complexa”, existindo teorias que melhor se adequam às situações que transcendem a esfera individual, apresentadas pela contemporaneidade. “O paradigma da complexidade de que fala Edgar Morin desencadeia-se, no campo do Direito, na dimensão dos bens coletivos, cujos conflitos já não se decidem na esfera autocrática do juiz puramente, mas pela autocomposição”.²⁹⁹

E ainda apontam Nunes e Pilati que a teoria principialista de Alexy sofre crítica de Habermas quando, ao retirar dos direitos fundamentais sua estrutura deontológica e lhes atribuir um sentido teleológico, corre-se o risco do julgador, ao proceder a ponderação, prolatar decisão arbitrária, contrapondo-se a própria afirmação de Alexy de que estruturas mais complexas não devem intimidar as análises jurídicas.³⁰⁰

Entendendo que o Constitucionalismo liberal se adaptou ao modelo do Estado Social, ainda que não tenha cumprido com suas proposições efetivamente,

²⁹⁸ DEMARCHI, Clóvis; VANDRESEN, Thaís. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Científica Direitos Culturais**, v. 9, n. 19, p. 46-62, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 55.

²⁹⁹ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 193-194..

³⁰⁰ NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020. p. 192.

Demarchi e Vandresen refutam a superação do positivismo pelo pós-positivismo, sob o argumento de que a interpretação da constituição por meio dos princípios não afasta o positivismo jurídico, alertando que

o risco da aplicação da teoria do neoconstitucionalismo [...] está no recorte enviesado que é feito de alguns autores, como Ronald Dworkin e Robert Alexy, que acabou por elevar a ponderação a um princípio que se manifesta como arbítrio e que dissemina o Ativismo Judicial em detrimento da segurança jurídica e da democracia representativa.³⁰¹

Na dicção de Canotilho, ao abordar os riscos da sobrecarga principialista, por vezes defendida pelo neoconstitucionalismo, aponta como um deles a pouca atratividade pelos “princípios de governo” (que animaram os principialistas fundadores) diante do esvaziamento das bases de uma filosofia prática de concretização pós-positivista. De outra sorte, a “extrinsecação principialista do direito”, mediante a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana “à qualidade de alavanca de Arquimedes”, na perspectiva metódica, se por um lado é meritória, pois acolhe intensivamente “um dos princípios materialmente fundantes da comunidade”, por outro, inclina-se a restringir “bens e direitos ponderativamente relevantes no contexto de um Estado constitucional democrático.” De acordo com Canotilho, é deveras interessante que, em relação à dignidade da pessoa humana a jurisprudência constitucional brasileira, “[...] escamoteie a autonomização de direitos sociais (ex.: direitos ao salário-mínimo, subsídio de desemprego) e converta a ideia de dignidade em esquema argumentativo de uma cultura jurídico-cultural dos mínimos existenciais (“mínimo de existência condigna”).³⁰²

Diante disso, Sarmiento evidencia três críticas ao neoconstitucionalismo. A primeira é que o seu viés judicialista é antidemocrático, conferindo ao Judiciário, por vezes, “uma espécie de poder constituinte permanente”; a segunda é que a prevalência dos princípios e ponderação, “em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura,” que pode

³⁰¹ DEMARCHI, Clóvis; VANDRESEN, Thaís. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Científica Direitos Culturais**, v. 9, n. 19, p. 46-62, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 49.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 55-56.

facilitar posturas estatais mais benevolentes com os detentores do poder; e a terceira é a possibilidade de promoção da panconstitucionalização do Direito,³⁰³ em prejuízo da autonomia pública e privada dos cidadãos.³⁰⁴

O STF, mediante a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana ou da igualdade entre homens e mulheres, tem favorecido o debate e enfrentado temas afetos à igualdade de Gênero, com julgamentos favoráveis às teses defensoras desses princípios, como a autorização de interrupção da gravidez de feto anencéfalo,³⁰⁵ a equiparação da união homoafetiva à união estável entre homens e mulheres,³⁰⁶ a configuração de conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade a abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto,³⁰⁷ o direito da candidata gestante de remarcação de prova física em concurso público, mesmo sem previsão no edital; e, recentemente, o reconhecimento,

³⁰³ “[...] quem defende que tudo ou quase tudo já está decidido pela Constituição, e que o legislador é um mero executor das medidas já impostas pelo constituinte, nega, por consequência, a autonomia política ao povo para, em cada momento da sua história, realizar as suas próprias escolhas. O excesso de constitucionalização do Direito reveste-se, portanto, de um viés antidemocrático”. (SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. [S.l.: 20--]. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020. p. 18.)

³⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. [S.l.: 20--]. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020. p. 11-19.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 / DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 20 abr. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132 / RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 14 out. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

³⁰⁷ STF. Recurso Extraordinário - RE 845779 RG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 13 de novembro de 2014. Em tramitação com votos dos Ministros Roberto Barroso (Relator) e Edson Fachin, dando provimento ao recurso e vista dos autos ao Ministro Luiz Fux. Trata da possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema com repercussão geral n. 778. Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. Leading case: RE 845.779. Relator: Min. Roberto Barroso. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>>. Acesso em: 26 out. 2020.)

por maioria, da inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade.³⁰⁸ É uma nova e festejada postura de Ativismo Judicial da Suprema Corte, por vezes associada ao neoconstitucionalismo.

Contudo, o Ativismo Judicial impulsionado pelo neoconstitucionalismo apresenta preocupação que se funda na dificuldade de se dissociar a moral pessoal do julgador da moral coletiva. Como o papel da mulher na sociedade em situação de inferioridade ainda está fortemente estabelecido, emerge a preocupação de que posicionamentos e decisões, muitas vezes travestidas de posturas protetivas, acabem por invocar essa matriz cultural patriarcal para fundamentá-las.

E, ao abordar o neoconstitucionalismo denominado judiciário-ativista, Canotilho traz à tona o risco neste percurso do “achamento do político”, do poder judiciário transforma-se em “sistema autorreferencial, fechado numa cúpula”, isento de quaisquer exigências de *accountability*. O neoconstitucionalismo jurisprudencial toma duas diferentes formas de ocultação jurídico-cultural: uma consistente em aproveitar a revelação jurisprudencial do direito para ditar súmulas vinculantes, e outra em “transmutar o controlo abstracto de normas em interpretações autênticas da Constituição”, tanto por Ação Declaratória de Constitucionalidade, quer por Ação Direta de Inconstitucionalidade ou ainda por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. São produções hermenêuticas que podem permitir, por meio do processo interpretativo pelo STF, a introdução de normas a nível de normas constitucionais.³⁰⁹

Aliás, para Canotilho, o STF avança em temas do Legislativo e do Executivo, em um “ativismo judicial exagerado que não é compreendido na Europa,” mas reconhecendo que, assim procedendo, a Corte Suprema brasileira “faz alertas aos outros Poderes, com mensagens positivas e busca de soluções para problemas práticos do Brasil.” Explica que o STF é incompreendido na Europa, pois é “nonsense”

³⁰⁸ STF. Recurso Extraordinário – RE 576967, que julgou o mérito do Tema 72 da Repercussão Geral. Rel. Min. Roberto Barroso (CONTRIBUIÇÃO patronal sobre salário-maternidade é inconstitucional. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Notícias STF, 6 ago. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449079&ori=1>>. Acesso em: 22 out. 2020.).

³⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 56.

um tribunal definir políticas públicas, enfatizando que as súmulas vinculantes “se transformam em direito constitucional enquanto não são revogadas pelo próprio tribunal. Elas não são apenas legislação. São verdadeiras normas constitucionais”. Ou seja, “é como se o STF promovesse novas definições para a Constituição”. Todavia, embora não compreendida na Europa, a Corte suprema brasileira é referida “como um caso paradigmático de evolução na discussão sobre os entendimentos entre os poderes,” já que busca estar em consonância com as demandas da população, que por vezes não são atendidas pelo Executivo e Legislativo. Arremata ser muito positivo que as decisões se convertem, em vários casos, “numa vigilância aos outros poderes de que não podem ficar parados.”³¹⁰

Pelo modelo de constitucionalidade adotado no Brasil pela Carta de 1988, com as alterações da Lei n. 9.868, de 11 de novembro de 1999 (referente ao processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF) e a Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004 (a chamada Reforma do Poder Judiciário, que dentre várias questões tratadas, incorporou na Constituição comandos relacionados ao processo de julgamento das ações específicas do controle do constitucionalidade), houve claramente uma ampliação da autoridade da Corte Superior.³¹¹

A Lei 9.868/99 apresenta duas situações que possibilitam ao Supremo “ir além da mera declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, de modo a afastar ou privilegiar interpretações que ainda possam resultar do comando normativo em discussão”: a primeira consiste na chamada “interpretação conforme a Constituição”, ou seja, na declaração de constitucionalidade da lei, no sentido de que seja interpretada de uma determinada e específica forma, portanto, será constitucional com a interpretação dada pelo STF. A segunda situação alude à

³¹⁰ BASILE, Juliano. STF tem ativismo sem paralelo, diz J. J. Gomes Canotilho. **Jusbrasil**, 4 nov. 2009. Disponível em: <<https://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/1994012/stf-tem-ativismo-sem-paralelo-diz-j-j-gomes-canotilho>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

³¹¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 190-194.

“declaração de nulidade sem redução de texto”, onde não há supressão textual, mas apenas “uma das suas possibilidades interpretativas”.³¹²

A Emenda Constitucional nº 45/2004³¹³, regulamentada pela Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, por sua vez, possibilitou ao STF a aprovação de súmulas com efeitos vinculantes, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, cujos efeitos se estendem em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e administração pública em todas as esferas (municipal, estadual e federal).

A crescente concentração do poder do STF, ao efetuar o controle de constitucionalidade, permite elevá-lo efetivamente a uma verdadeira corte constitucional, sem prejuízo do controle difuso, o que reforça o questionamento sobre a legitimidade das suas decisões. Para arrefecer o déficit democrático, as previsões da Lei n. 9.868/99 também trazem instrumentos importantes de participação democrática, como o que possibilita a obtenção de informações, a designação de perito e a oitiva de *expert* na matéria tratada, bem como a inclusão do *amicus curiae*,³¹⁴ o que vem, entretanto, sendo timidamente abraçado pela sociedade, seja pelas formalidades necessárias exigidas para a contribuição social nas decisões, seja por eventual desconhecimento, pelos cidadãos, do valor dos institutos.

Cumprir observar que para se falar em uma nova dogmática constitucional, especificamente a partir da análise do sistema constitucional brasileiro, formado por um sistema misto de controle judicial (que combina a herança do sistema de *judicial*

³¹² OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 193-194.

³¹³ Art.102, §2º da Constituição Federal: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

³¹⁴ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 193-194.

review com o controle abstrato concentrado), a investigação dos limites e possibilidades da jurisdição constitucional deve ser criteriosa e não apenas absorver teorias elaboradas para ordenamentos jurídicos distintos sem observar nossa singularidade.³¹⁵

Inevitável é a constatação de eventual “descompasso ente os cultivadores da identidade do Brasil e os hermeneutas do texto constitucional”. Os primeiros buscam as “contexturas” vinculadas a observação, descrição e explicação das estruturas sociais, políticas, culturais, econômicas e sociais; enquanto os segundos continuam a dar centralidade ao texto e ao contexto, limitando-se a uma leitura formal da carta constitucional e dos fatos e circunstâncias imediatas que a vinculam, não se permitindo o diálogo dos “sentidos da Constituição para além das premissas dogmáticas” referidas³¹⁶. Assim, nas palavras de Canotilho, o caminho dos intérpretes da Constituição brasileira no “achamento do método” de sua hermenêutica passa sempre por “levar a sério a Constituição, as suas regras e os seus princípios”, procurando-se privilegiar a realidade social, superando-se a constitucionalidade como princípio formal de unidade de ordem jurídica.³¹⁷

O reflexo das teorias interpretativas aqui apresentadas, no contexto brasileiro, muito tem contribuído para o “método de achamento político”, conforme expressa Canotilho, “temos tantos Constitucionalismos! Ainda bem para os cidadãos brasileiros”. E referindo-se à advertência do historiador americano Tony Judt, diz: “o pior que poderá acontecer é a crítica à Constituição poder transformar-se pouco a pouco em “banalidade do bem”. Não podemos abandonar o trabalho daqueles que vieram antes, sob pena de traição dos que nos precederam, como dos que virão no

³¹⁵ DEMARCHI, Clóvis; VANDRESEN, Thaís. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Científica Direitos Culturais**, v. 9, n. 19, p. 46-62, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>>. Acesso em: 20 jul. 2020. p. 59.

³¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 51.

³¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 54.

futuro. “Os métodos do achamento político são a ponte de passagem a outra margem”.³¹⁸

Os Constitucionalismos apresentados como métodos de interpretação constitucional, com vistas a disponibilizar caminhos à nova atuação jurisdicional que se inaugurou, mostram-se meritoriamente como condutores da efetivação dos direitos de cidadania feminina. Contudo, a teoria garantista, por sua forte fidelidade ao princípio da legalidade, tem se evidenciado mais compatível com a segurança jurídica que se almeja, ainda mais quando a legislação infraconstitucional apresenta parâmetros para tanto, propiciando-se maior equilíbrio entre os poderes e municiando o Julgador de critérios mais específicos para o cumprimento da norma constitucional. Por outro lado, a controle de constitucionalidade e os ‘remédios constitucionais’ estão aptos a travar eventuais arbítrios estatais, existindo, ainda, importante ferramenta de controle que concederá maior carga de legitimação ao Poder Judiciário, mediante estabelecimento de critérios democráticos de participação.³¹⁹

Ao se dar conteúdo a normas como as que estabelecem os direitos fundamentais, conforme defende Ferrajoli pelo garantismo, também se pode incorrer em formalismos e em Ativismos. Todavia, não se pode olvidar que a atividade interpretativa nunca deve se afastar dos ideais democráticos defendidos pela teoria garantista. Além do mais, como esclarece Oliveira Neto, “não há como negar que a possibilidade de injustiças e tratamentos desiguais é muito maior na ausência de regulamentação, sendo esta fundamentalmente a principal das vantagens que o princípio da legalidade oferece, redescoberto em meio a estrita legalidade proclamada por Luigi Ferrajoli.”³²⁰

³¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 57.

³¹⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

³²⁰ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 210.

Do ponto de vista de se assegurarem os direitos de cidadania das mulheres, na senda dos países de democracia madura, o Brasil atingiu seu ápice, em termos de reconhecimento formal de igualdade política e social, diante dos direitos de igualdade e da proibição de discriminação inscritos na Constituição, mas o desafio de se verem concretizados estes direitos passa não só pelo achamento do método pelos intérpretes julgadores ao “dizer o direito”, mas também pela “achamento político”, para se “ir além da constitucionalidade, como princípio formal de unidade de ordem jurídica, tendo presente a realidade social.”³²¹

Enfim, essa diversidade de observadores e intérpretes revelam os tantos Constitucionalismos brasileiros e a ebulição da cultura constitucional brasileira contemporânea, momento propício para um amplo debate jurídico e político sobre onde ainda estamos falhando para que mulheres [e homens] sejam livres, livres de toda discriminação de Gênero, pois só assim estaremos mais perto de um Estado Democrático de Direito. É nesse ambiente coletivo fértil que se reconduz “[...] a uma firme tentativa de não aprisionar o direito constitucional numa função simbólica de reserva ética limitada a palavras, em vez de contribuir para a realização do direito, ou seja, para a sua implantação na vida.” ³²²

Do exposto, constatou-se que, além das grandes conquistas ocorridas em prol dos direitos das mulheres, pelo desabrochar da democracia no Brasil, com igualação de direitos políticos, civis e sociais pela Constituição de 1988, o Constitucionalismo brasileiro, por sua história e desenvolvimento teórico, apresenta perspectivas tangíveis para que mulheres e homens, detentores de direitos iguais, busquem materializá-los. Verificou-se, também, que as lutas femininas e feministas desenvolveram-se e aprimoraram-se, por meio de uma leitura legal interseccional, passando-se da defesa dos direitos restritos a mulheres brancas, no Império, a atual defesa de direitos, muito além de igualdade entre os sexos, mas que abarca, além disso, a igualdade de Gênero, raça, classe, identidade sexual e outras categorizações sociais.

³²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 51.

³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 52.

CAPÍTULO 3

A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E NÃO DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMENS E MULHERES NA UNIÃO EUROPEIA: IDENTIFICAÇÃO DE BOAS PRÁTICAS PASSÍVEIS DE ADOÇÃO PELO BRASIL

3.1 A UNIÃO EUROPEIA E A UNIÃO DE IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES: AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO DERIVADO

Conforme estudos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), apresentados na publicação “Perspectivas Sociais e de Emprego no Mundo: Tendências 2018”, a desigualdade entre mulheres e homens no mercado de trabalho não diminuiu nos últimos 27 anos. Em 2018, a probabilidade de uma mulher trabalhar foi 26% menor do que a de um homem, assim, se comparado com 1991, houve uma melhoria de somente 1,9%. Outra situação preocupante que se constatou no relatório é diferença salarial, tendo em vista que a distinção chega a 20% entre mulheres e homens, quando em cargos equivalentes.³²³ Nesse sentido, parcerias globais têm sido articuladas em matéria de igualdade entre mulheres e homens, como é o caso da Agenda 2030, adotada pelos 193 Estados-Membros que compõem a ONU, firmado em Nova York em setembro de 2015, que traça como um dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável para o mundo, alcançar a igualdade de Gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, acabando com todas as formas de discriminação e de violência contra as mulheres.³²⁴

Na União Europeia, embora muitos Estados-Membros tenham bons indicadores de igualdade de Gênero, outros ainda apontam disparidades. Informações da Comissão Europeia em 2017, baseadas no inquérito Eurobarômetro, mostram que “existe um fosso entre a ambição e a realidade”, pois a desigualdade entre homens e

³²³ OIT: participação das mulheres no mercado de trabalho ainda é menor que dos homens. **Portal Nações Unidas do Brasil**, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oit-participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho-ainda-e-menor-que-dos-homens/>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

³²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. [S.l.], 11 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

mulheres ainda é uma realidade. No entanto, 90% dos europeus que responderam à pesquisa afirmaram que é inaceitável que as mulheres recebam um salário inferior ao dos homens, por trabalho idêntico e 64% se disseram a favor da transparência salarial como veículo de mudança.³²⁵

A manutenção de estereótipos de Gênero ainda apontava que as mulheres carregam uma parcela desproporcional do ônus do trabalho doméstico e do cuidado de crianças, idosos e outros dependentes e ainda recebem em média cerca de 16,2% menos que os homens, bem como continuam sub-representadas em posições de liderança, incluindo funções de tomada de decisão na política e nas empresas.³²⁶

3.1.1 Políticas, ações e estratégias da União Europeia para a igualdade de Gênero

A Comissão Europeia, ao longo dos anos, além da proposição de legislação, vem cumprindo decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da UE no domínio de igualdade entre mulheres e homens e Não Discriminação, apresentando planos de ação para eliminar as disparidades salariais por meio de projetos e de viabilização de financiamento, com intuito de diminuir o processo discriminatório nas empresas e em todos os níveis de gestão, incentivando os Estados-Membros e os parceiros sociais a adotarem medidas concretas para contrabalançar essa desigualdade.

Com foco na transversalidade das Políticas Públicas com a perspectiva de Gênero adotada como objetivo estratégico da IV Conferência Mundial sobre a Mulher de Pequim³²⁷, em 1995, a União Europeia aprovou Comunicação da Comissão Europeia de 21 de fevereiro de 1996, instituindo princípio pelo qual a igualdade entre

³²⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Uma Europa igualitária: a Comissão Europeia bate-se pelos direitos das mulheres neste momento conturbado. Bruxelas, 20 nov. 2017. **Portal da Comissão Europeia**, Comunicado de imprensa, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_4711>. Acesso em: 28 jan. 2020.

³²⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Uma Europa igualitária: a Comissão Europeia bate-se pelos direitos das mulheres neste momento conturbado. Bruxelas, 20 nov. 2017. **Portal da Comissão Europeia**, Comunicado de imprensa, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_4711>. Acesso em: 28 jan. 2020.

³²⁷ CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER, 4., 1995, Pequim. **Declaração e plataforma de ação**. Pequim, 1995. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

homens e mulheres, em uma perspectiva de Gênero “*debe tomarse en consideración de manera sistemática en el conjunto de políticas e acciones comunitárias, a partir de su concepción y de forma activa y visible.*”³²⁸ E, de acordo com o Relatório da Comissão sobre as ações de acompanhamento da Comunicação, importante progresso realizado nos domínios das relações externas, emprego e política social, como a educação e formação e a juventude, além de realização em outros setores, porém destacou entraves e lacunas, diante de muitas iniciativas ainda isoladas, sem impacto considerável na igualdade de Gêneros. Entre os obstáculos, foram elencados a ausência de sensibilidade ante a questão de Gênero nos níveis de tomada de decisões, a escassez de recursos humanos e orçamentais para essas tarefas e a ausência de competências em tema de Gênero. Preconizando-se, assim, entre outras necessidades, uma maior sensibilidade em relação à dimensão de Gênero, principalmente dos executivos; o desenvolvimento das competências em matéria de igualdade de oportunidades; uma evolução regular do impacto das políticas sobre igualdade entre homens e mulheres; e a comprovação sistemática de que se tenha em conta a igualdade entre mulheres e homens em toda proposta legislativa ou qualquer outro documento público.³²⁹

Nesse viés da transversalidade das políticas e ações que envolvem questões de Gênero, a Presidente da Comissão, Ursula von der Leyen, eleita para o quinquênio 2019-2024, apresentou, enquanto candidata à função, dentre outras propostas políticas, um plano de igualdade de Gênero, mediante a implementação de uma economia ao serviço das pessoas, que conciliará o social com o mercado, assegurando “a aplicação plena da Diretiva Equilíbrio entre Vida Profissional e Vida Familiar, que incentiva uma melhor partilha de responsabilidades entre homens e mulheres”, propiciando que mais mulheres integrem o mercado de trabalho. Assegurar a igualdade entre mulheres e homens foi apontada como uma das principais

³²⁸ “deve ser considerada de forma sistemática no conjunto de políticas e ações comunitárias, desde a sua concepção e de forma ativa e visível” (CALDERÓN PATIER, Carmen. Políticas fiscales e igualdad de género. In: _____; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 209. Tradução livre.)

³²⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(96) 67 final. Integrar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no conjunto das políticas e das acções comunitárias. **EUR-Lex**, 21 fev. 1996. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10921>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

prioridades da Comissão, em especial na aplicação do “Pilar Europeu dos Direitos Sociais.”³³⁰

Para Von der Leyen, somente se poderá concretizar plenamente o potencial que a União detém, se forem utilizados os talentos e a diversidade, nas empresas, na política e na sociedade em geral, motivando o comprometimento de propor “nova legislação contra a discriminação”. E será no princípio do salário igual por trabalho igual, consagrado nos tratados constitutivos, que se “assentará a nova estratégia europeia para as questões de gênero.”³³¹

No âmbito da ocupação de postos de representação política na União Europeia, essa tem apresentado elevado progresso rumo à igualdade de participação entre homens e mulheres. Von der Leyen vem cumprindo a meta da Comissão Europeia de dar o exemplo, mediante a formação de um Colégio de Comissários com plena igualdade entre homens e mulheres, alcançando um equilíbrio entre homens e mulheres de 50 % em todos os níveis da gestão na Comissão igualdade, até o fim de 2024.³³²

O Parlamento Europeu, que também tem defendido a igualdade de Gênero, apresenta dados positivos sobre a crescente participação das mulheres no parlamento, ou seja, entre 1952 e 1979, ano das primeiras eleições por sufrágio universal direto, apenas 31 mulheres (15,2 %) foram eleitas deputadas, sendo que hoje 40,4 % dos deputados ao Parlamento Europeu são mulheres, superior à média

³³⁰ VON DER LEYEN, Ursula. **Uma União mais ambiciosa**: o meu programa para a Europa: orientações políticas para a próxima Comissão Europeia 2019-2024. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_pt.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.

³³¹ VON DER LEYEN, Ursula. **Uma União mais ambiciosa**: o meu programa para a Europa: orientações políticas para a próxima Comissão Europeia 2019-2024. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_pt.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.

³³² VON DER LEYEN, Ursula. **Uma União mais ambiciosa**: o meu programa para a Europa: orientações políticas para a próxima Comissão Europeia 2019-2024. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_pt.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021; e, COMISSÃO EUROPEIA. Comissários: Colégio (2019-2024). **Portal da Comissão Europeia**, [2021]. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024_pt>. Acesso em: 4 jan. 2021.

mundial dos parlamentos nacionais e superior à média da União nos parlamentos nacionais.³³³

No quadro institucional da União, robustecendo a participação feminina nos cargos de decisão, tem-se ainda a nomeação de Christine Lagarde, primeira mulher a liderar o Banco Central Europeu e na Procuradoria Europeia³³⁴, criada recentemente, Laura Codruța Kövesi foi nomeada a primeira Procuradora-Geral Europeia, por um período, não renovável, de sete anos, com início em 31 de outubro de 2021, conforme Decisão 2019/1798 do Parlamento Europeu e do Conselho, de comum acordo.

Contudo, o domínio em que a União Europeia regista os níveis mais baixos de igualdade de Gênero e de representação das mulheres é no processo de tomada de decisões econômicas. “Os homens continuam a dominar os bancos centrais e os ministérios das finanças, mas o Parlamento tem defendido um maior número de mulheres em cargos de chefia nas áreas econômica e monetária”.³³⁵ Como tem reconhecido o Parlamento Europeu, apesar dos esforços, “ainda as mulheres continuam a estar sub-representadas na política e na vida pública a nível local, nacional e europeu,”³³⁶ o que é indicador de que ainda há um grande trabalho para realizar em termos de políticas da União, rumo à igualdade de Gênero no mercado laboral, na política e na vida social e familiar.

A Comissão Europeia publicou, em abril de 2019, o “Relatório Anual sobre Igualdade entre mulheres e homens na União Europeia”, apresentando os resultados da implementação do “Compromisso Estratégico para a Igualdade de Género 2016-2019”, informando que, apesar das taxas de emprego na UE continuarem melhorando,

³³³ AS MULHERES no Parlamento Europeu (infográficos). **Portal Atualidade Parlamento Europeu**, 27 set. 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20190226STO28804/asmulheres-no-parlamento-europeu-infograficos>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

³³⁴ Que terá como função investigar, instaurar ação penal e atuar até o julgamento de autores de infrações cometidas contra interesses financeiros da União.

³³⁵ AS MULHERES no Parlamento Europeu (infográficos). **Portal Atualidade Parlamento Europeu**, 27 set. 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20190226STO28804/asmulheres-no-parlamento-europeu-infograficos>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

³³⁶ AS MULHERES no Parlamento Europeu (infográficos). **Portal Atualidade Parlamento Europeu**, 27 set. 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20190226STO28804/asmulheres-no-parlamento-europeu-infograficos>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

em conformidade com o crescimento contínuo e as melhores condições do mercado de trabalho, a taxa de emprego para as mulheres também aumentou, porém a alta desigualdade de Gênero persiste no mercado de trabalho, pois, em 2017, a diferença de emprego entre os sexos era de 11.5 pontos percentuais, o mesmo valor nos últimos 3 anos.³³⁷

Embora a União Europeia esteja na vanguarda mundial no que se refere à igualdade de Gênero, posto que 14 dos 20 países melhor classificados em termos de igualdade de Gênero são Estados-Membros da União Europeia³³⁸, “nenhum deles alcançou a plena igualdade de gênero e os progressos são lentos.” Ainda que as disparidades tenham caído no âmbito da educação, persistem no nível do emprego, da remuneração, dos cuidados, dos lugares de decisão e das pensões, razão pela qual a Comissão apresenta novos esforços para impulsionar a igualdade de Gênero, consubstanciados em várias estratégias e ações para o período 2020/2025,³³⁹ conforme Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, emitida em março de 2020.

Dentre as ações que pretende empreender a Comissão, está a eliminação da violência contra as mulheres e meninas, o combate aos estereótipos de Gênero, a correção das disparidades de Gênero no mercado de trabalho e na participação nos diversos setores econômicos, a correção das disparidades salariais e de pensões

³³⁷ EUROPEAN COMMISSION. **2019 report on equality between women and men in the EU**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. Disponível em: <https://cld.pt/dl/download/184867e9-f0a1-404a-8a7b-38b86fbcdaab/annual_report_ge_2019_en_1.pdf>.

Acesso em: 30 jan. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Declaração da Comissão Europeia por ocasião do Dia Internacional da Mulher de 2019. Bruxelas, 7 mar. 2019. **Portal da Comissão Europeia**, Espaço da imprensa, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/STATEMENT_19_1494>. Acesso em: 10 nov. 2020. Ver relatório.

³³⁸ Dinamarca, Finlândia, Suécia, Noruega, Países Baixos, Eslovênia, Alemanha, Canadá, Irlanda, Austrália, Nova Zelândia, Suíça, Áustria, França, Bélgica, Portugal, Reino Unido, Estônia, Itália e República Tcheca, são, pela ordem, os primeiros 20 países no Rank, não fazendo parte da União Europeia apenas Noruega, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Suíça e Reino Unido. Ocupando a 77ª posição encontra-se o Brasil. (2019 SDG gender index. **Equal Measures 2030 Website**, Data Hub, 2019. Disponível em: <<https://data.em2030.org/em2030-sdg-gender-index/>>. Acesso em: 19 fev. 2021.)

³³⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 1-2.

entre homens e mulheres, o equilíbrio entre homens e mulheres na tomada de decisão e na política, a promoção de uma perspectiva de Gênero interseccional nas políticas da União. Ainda apresenta como medida para realização de progresso em matéria de igualdade de Gênero a “integração de uma dimensão de gênero em todo o quadro financeiro”, em especial o Fundo Social Europeu Mais, o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, o programa Europa Criativa³⁴⁰, o Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas, o Fundo de Coesão e o programa InvestEU.

No plano externo, as ações da UE têm por foco o combate à violência contra as mulheres e meninas, a promoção da igualdade de Gênero e a capacitação econômica e social das mulheres, garantindo o cumprimento dos seus direitos humanos, políticos e civis.³⁴¹ O próximo plano sobre o tema se fixará na integração de todos os elementos das estratégias já estabelecidas no plano atual, relativos às ações externas da UE. Medidas a reforçar a igualdade de Gênero também são adotadas em parcerias internacionais, diálogos políticos e sobre direitos humanos com países terceiros, política comercial da União, políticas de alargamento e de vizinhança, como nas negociações de adesão, como nas situações de conflito e emergência. A título exemplificativo, pode-se registrar a dotação de orçamento para as ações externas de apoio aos direitos das mulheres, como 500 milhões de euros para erradicar todas as formas de violência contra a mulher, pela iniciativa *Spotlight*, programa em parceria com as Nações Unidas e compromisso de, nas políticas externas, assegurar que 85% de todos os novos programas contribuam para a igualdade de Gênero e a capacitação das mulheres.³⁴²

³⁴⁰ EUROPEAN COMMISSION. Creative Europe: supporting Europe's cultural and creative sectors. **European Commission Website**, 2021. Disponível em <https://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/node_en>. Acesso em: 4 jan. 2021.

³⁴¹ BRZEZINSKI, Bartosz. EU gender action plan II: how EU delegation contribute to gender equality worldwide. **Capacity4dev Website**, 17 Apr. 2019. Disponível em: <<https://europa.eu/capacity4dev/articles/eu-gender-action-plan-ii-how-eu-delegations-contribute-gender-equality-worldwide>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

³⁴² COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 18-20.

3.1.1.1 A interseccionalidade e o *mainstreaming* nas políticas da União Europeia

Em muito, as disparidades salariais entre homens e mulheres são alimentadas por estereótipos de Gênero, os quais ainda associados a outros estereótipos, reforçando os impactos negativos dos estereótipos, intensificado as desigualdades. Nesse sentido, 44% dos europeus consideram que o papel mais importante da mulher é cuidar da casa e da família, enquanto 43% consideram que o principal papel do homem é ganhar dinheiro, sendo que 10% ainda considera não aceitável o homem chorar.³⁴³

No mercado de trabalho, o aumento da participação das mulheres tem impactado positivamente na economia, “nomeadamente face a uma diminuição da mão-de-obra e uma escassez de competências”.³⁴⁴ Entretanto, a diferença de taxa de emprego das mulheres e dos homens na União Europeia é de 11,7%³⁴⁵, registrando-se que muitas mulheres ainda possuem dificuldades de ingressar e permanecer nos postos de trabalho, o que também resulta de interações entre o Gênero e condições de vulnerabilidade ou marginalização adicionais, como quando pertencentes a minorias étnicas ou religiosas ou a origem migrante, como, por exemplo, apenas 16% das mulheres ciganas tem emprego remunerado.³⁴⁶

³⁴³ Dentre os países com maior adesão a estereótipos de Gênero está a Bulgária e com menor a Suécia. (EUROBAROMETER. **Gender equality 2017: gender equality, stereotypes, and women in politics: summary report**. Special Eurobarometer 465. [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2154>>. Acesso em: 10 nov. 2020. Ver infográficos p. 6-7.)

³⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 8.

³⁴⁵ A disparidade entre as taxas de emprego das mulheres e dos homens diminuiu, por conseguinte, a nível da União Europeia, passando de 16,4% em 2005 para 11,7 % em 2019. passando de 16,4% em 2005 para 11,7%. em 2019. A mesma tendência foi observada em todos os Estados-Membros da União, com exceção da Hungria, da Polónia, da Estónia e da Roménia. A diminuição foi especialmente acentuada em Malta (a disparidade de Gênero no emprego mudou de -24,9 pontos percentuais) devido à subida da taxa de emprego das mulheres. (EMPREGO: estatísticas anuais. **Portal Eurostat**, 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics/pt>. Acesso em: 14 nov. 2020.)

³⁴⁶ AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. **Segundo inquérito sobre minorias e discriminação na União Europeia**: ciganos: resultados selecionados. Luxemburgo:

Por essa razão, a integração da perspectiva de Gênero e a promoção de uma perspectiva interseccional³⁴⁷ também são política da União,³⁴⁸ extensiva às principais iniciativas da Comissão, inclusive com a criação do Grupo de Trabalho para a Igualdade, em atenção ao disposto no art. 19.º, n.º 1, do TUE. Como as mulheres são um grupo heterogêneo, podem enfrentar discriminação interseccional com relação a várias circunstâncias específicas e características pessoais, configurando uma justaposição de distintas discriminações que leva a “consequências desfavoráveis, ou mesmo opressivas, que pode implicar o livre desenvolvimento da personalidade de uma pessoa ou para a sua integração em distintas esferas da vida social,” das quais assume particular importância o mercado de trabalho.³⁴⁹

O relatório da Rede Europeia contra o Racismo (ENAR), que examina a desigualdade racial no mercado de trabalho da UE com uma visão geral de cada Estado-Membro, analisando acesso ao emprego e ao mercado de trabalho, discriminação racial, discriminação institucional e mulheres pretas, apresenta dados concretos de que, na Europa, estas enfrentam múltiplos obstáculos no mercado de trabalho em decorrência da intersecção entre raça, Gênero e classe. “São particularmente vulneráveis a discriminação, exploração e assédio sexual, bem como

Serviço das Publicações da União Europeia, 2018. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-eu-minorities-survey-roma-selected-findings_pt.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

³⁴⁷ “O conceito de interseccionalidade tem origem no pensamento feminista negro. A estado-unidense Kimberlé Crenshaw cunhou o termo para problematizar a complexidade da experiência de violência e discriminação das mulheres negras, demonstrando que “essa experiência não poderia ser adequadamente capturada usando uma estrutura de “eixo único” baseada em raça ou sexo. Em vez disso, a intersecção dos fatores de racismo e sexismo na vida das mulheres negras de maneiras que não podem ser capturadas totalmente olhando para as dimensões de raça ou gênero dessas experiências separadamente. O conceito de Crenshaw permitiu que estudos de discriminação capturassem melhor a experiência dos mais marginalizados dentro de grupos marginalizados e mostrassem o impacto mais severo das formas compostas de discriminação”. (EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM. **Shadow report: racism and discrimination in employment in Europe 2013-2017**. Brussels, 2017. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/enar-shadow-report-racism-discrimination-in-employment-in-europe-2013-2017>>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 59.)

³⁴⁸ Aplicável quando da “definição e execução das suas políticas e ações, a União tem por objetivo combater a discriminação em razão de sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, nos termos das disposições do art. 10.º do TFUE.

³⁴⁹ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 896.

à segregação em setores específicos do mercado de trabalho, em particular ao trabalho doméstico.”³⁵⁰

Assim, com vistas ao combate à discriminação interseccional, a legislação e as políticas da União devem atender às necessidades e circunstâncias específicas das mulheres pertencentes a grupos diversos, razão pela qual “o próximo plano de ação para a integração e a inclusão e os quadros estratégicos da UE em matéria de deficiência, LGBTI+, inclusão dos ciganos e direitos das crianças serão associados a esta estratégia e interligados.”³⁵¹

Além disso, atualmente, com a utilização do princípio transversal, a interseccionalidade é tida em conta na adoção das políticas em matéria de igualdade de Gênero pela União. A aplicação da perspectiva interseccional possui larga abrangência e, como exemplo, pode projetar-se inclusive para as políticas do Pacto Ecológico Europeu, pois as mulheres são impactadas de forma desigual se comparadas com os homens também nesse domínio. As mulheres têm menos possibilidades enquanto migrantes climáticas, são em maior número vítimas de pobreza energética, como em utilizar o transporte coletivo, o que impacta diretamente nas políticas contra as alterações climáticas, de transição para uma economia limpa e transportes sem emissões de poluentes, respectivamente.³⁵²

Das situações de desigualdade entre homens e mulheres, também emerge a necessidade da incorporação transversal da perspectiva de Gênero, o

³⁵⁰ EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM. **Shadow report:** racism and discrimination in employment in Europe 2013-2017. Brussels, 2017. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/enar-shadow-report-racism-discrimination-in-employment-in-europe-2013-2017>>. Acesso em: 17 nov. 2020. p. 5.

³⁵¹ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 18.

³⁵² COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 17.

mainstreaming, que requer, para enfretamento das assimetrias, a intervenção das autoridades estatais, com vistas ao planeamento e execução de Políticas Públicas.

O princípio de *mainstreaming* recebeu reconhecimento à escala global na Quarta Conferência da ONU sobre a Mulher, em Pequim, em 1995, o qual foi desde então,

vivamente defendido pela delegação da UE, [...] como a promoção, por parte de governos e outros agentes, de uma política activa e visível de integração de uma perspectiva de género no conjunto das políticas e programas de modo a que seja efectuada uma análise do seu impacto em mulheres e homens, respectivamente.³⁵³

Os programas estabelecidos à época foram significativos na construção do futuro desenvolvimento da política social europeia, incidente, principalmente, na promoção da igualdade entre homens e mulheres através da estratégia dual de *mainstreaming* e de ações específicas.³⁵⁴

O compromisso assumido pela União em Pequim foi imediatamente repercutido pela Comissão Europeia, mediante a Comunicação “Integrar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no conjunto das políticas e das acções comunitárias” e logo a seguir pelo programa de ação social da Comissão 1998-2003. Ainda em 1998, significativo impulso na implementação da avaliação do impacto no Género foi dado, com a publicação de um pequeno guia, em que foi inserida esta noção nos serviços da Comissão, o Guia de Avaliação do Impacto em Função do Género, quando se considerou que as “decisões políticas aparentemente neutras em termos de igualdade podem repercutir-se diferencialmente em homens e mulheres, mesmo quando tal efeito não foi deliberado nem previsto.” Assim, a avaliação do

³⁵³ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório anual da Comissão**: igualdade de oportunidades entre homens e mulheres na União Europeia: 1998. COM(1999) 106. Bruxelas, 5 mar. 1999. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0106:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 5 mar. 2021. p. 5.

³⁵⁴ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório anual da Comissão**: igualdade de oportunidades entre homens e mulheres na União Europeia: 1998. COM(1999) 106. Bruxelas, 5 mar. 1999. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0106:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 5 mar. 2021. p. 5.

impacto destas políticas em função do Gênero tem por escopo “evitar consequências negativas indesejáveis e melhorar a sua qualidade e eficácia.”³⁵⁵

O *mainstreaming* consistente em técnica de mobilização de todas as áreas de direito e de diversas Políticas Públicas com vistas ao enfrentamento da discriminação e à promoção da igualdade, adotado sobejamente em sede de direitos humanos no plano do direito internacional, foi incorporado constitucionalmente pela União Europeia, a partir do acolhimento constitucional do princípio da igualdade e Não Discriminação, atualmente assente nos arts. 8.º e 9.º do TFUE³⁵⁶, particularmente desenvolvido em matéria atinente às questões de Gênero em todas as áreas de formulação política.³⁵⁷ Para Mariana Canotilho:

Trata-se, no fundo, de uma abordagem sistemática, integrada e global de uma determinada questão de igualdade que, pela sua abrangência, inclui quer mecanismos de *hard law* quer mecanismos de *soft law*. Ou seja, através do *mainstreaming* promove-se a adoção de uma *perspectiva específica* de direitos de igualdade, que deve refletir-se em todas as políticas e medidas adotadas pela União Europeia.³⁵⁸

Para a promoção da visibilidade das políticas da União em matéria de igualdade de ambos os sexos, o *mainstreaming* dessas políticas, em todas as ações abraçadas pela União e pelos Estados-Membros e o monitoramento da sua execução, foi instituído na esfera administrativa da União, pelo Regulamento (CE) do Parlamento Europeu e do Conselho n.º 1922/2006, o Instituto Europeu para a Igualdade de

³⁵⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **Guia de avaliação do impacto em função do género**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1999. Disponível em: <<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/91d046cb-7a57-4092-b5d3-e4fd68097bb2>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

³⁵⁶ A consolidação do princípio do *mainstreaming*, ao abrigo do Tratado da Comunidade Europeia, ao nível de fontes secundárias, se deu pela Diretiva 2002/73, de 23 de setembro de 2002, relativa à igualdade de Gênero no acesso ao trabalho, nas condições de trabalho e na formação profissional, que alterou a Diretiva 76/207, quando se estabeleceu “a exigência de acompanhamento das medidas de promoção da igualdade de gênero e de assistência nesse domínio ao nível nacional por organismos independentes e estabelecido o dever de promoção do diálogo social nesta matéria”. (RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Igualdade de gênero e direito comunitário: notas breves. **ex aequo**, n. 10, p. 51-60, 2004. Disponível em: <<https://exaequo.apem-estudos.org/files/2018-03/artigo-04-maria-r.-ramalho.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2021. p.55-56.)

³⁵⁷ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 894-895.

³⁵⁸ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 894.

Gênero³⁵⁹– EIGE. A agência foi criada em 2010, com sede na Lituânia, e tem por escopo a promoção da igualdade de Gênero na UE e fora dela, incluindo a integração da dimensão do Gênero nas políticas comunitárias e nacionais, apoiando estudos de investigação e a recolha de dados e boas práticas, ajudando as instituições da União Europeia e os Estados-Membros a tomarem decisões fundamentadas com perspectiva de género.³⁶⁰

Contudo, o impacto do EIGE ainda é insuficiente quando confrontados dados mais atuais com as expectativas iniciais, detectando-se como fatores de dificuldades a diminuição de interesse no tema e o abrandamento na evolução para a igualdade de Gênero.³⁶¹ O monitoramento e o financiamento de políticas de igualdade de Gênero deixaram de ser priorizadas face a outras questões também de grande importância, como segurança, crise econômica, refugiados,³⁶² e, atualmente, podendo-se acrescentar a pandemia da COVID-19.³⁶³ Além do mais, “em diversos países da Europa, tem surgido governos e movimentos populares que, invocando

³⁵⁹ LOPES, Dulce. Art. 8.º do TFUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 221 e 225.

³⁶⁰ SCHONARD, Martina. Igualdade entre homens e mulheres. **Portal do Parlamento Europeu**, Fichas técnicas sobre a União Europeia, nov. 2020. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/59/igualdade-entre-homens-e-mulheres>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

³⁶¹ Foram identificados sinais de retrocessos “em particular no uso do domínio do tempo, refletindo um aumento, em média, das assimetrias por género nas atividades domésticas e de cuidar, quando comparado com os dados do início do milénio”. (SCHOUTEN, Maria Johanna. Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE). In: ABREU, Joana Covelo de; REIS, Lilian (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2020.)

³⁶² SCHOUTEN, Maria Johanna. Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE). In: ABREU, Joana Covelo de; REIS, Lilian (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2020.

³⁶³ A pandemia da Covid-19 não só desviou o foco do monitoramento e das Políticas Públicas então estabelecidas para a igualdade de Gênero, como também trouxe consequências nefastas para as mulheres, intensificando a desigualdade. Ao realizar análise dos impactos verificados e estimados da COVID-19 no mercado de trabalho português, evidenciou-se que as mulheres, em famílias com filhos, tiveram maiores dificuldades na gestão do tempo e situação familiar em teletrabalho. “O novo contexto acaba por reproduzir velhas assimetrias de género quanto à distribuição do trabalho doméstico e de cuidado às crianças”. Respostas à pesquisa trazem relatos impressionantes que confirmam a situação: “Na verdade sentimos que falhamos como profissionais, e como mães. Não trabalho todo o tempo que quero ou preciso, e acabo por negligenciar a minha filha em tudo o que não sejam os aspetos físicos básicos (higiene, alimentação)”. (SILVA, Pedro Adão e et al. **Trabalho e desigualdades no grande confinamento**. Lisboa: CoLaBOR, 2020. (Estudos CoLaBOR, n. 2). Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/1587201391664_Estudos_CoLABOR_2.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021. p. 5 e 8.)

‘valores familiares tradicionais’, discordam dos objetivos da UE no domínio do género, e até do uso do termo ‘género’.³⁶⁴

A ideia de *mainstreaming* utilizada em instrumentos e documentos sobre a Não Discriminação de Género na União tem sido por vezes criticada por “indeterminação conceptual e do risco de instrumentalização,” requerendo-se que se tenha em conta distintas dimensões do fenómeno do *mainstreaming*, para sua melhor e mais abrangente aplicação. Uma delas é “a mensagem”, que tem que integrar também o respeito à diversidade, refletindo o equilíbrio de valores e direitos potencialmente conflitantes no contexto da União, sem descuidar, entretanto, da necessária promoção da igualdade de oportunidades no seu âmbito de atuação. Também de igual importância que se estabeleça “a estratégia” a adotar, pois a legislação da União não só tem sido recurso para proteger direitos individuais, mas tem possibilitado pelos Estados-Membros a adoção de políticas e medidas de ação positiva focadas na defesa de direitos de determinados grupos. Por fim, necessária é a adoção de modelo pertinente, seja de participação da sociedade civil na elaboração e avaliação das políticas e normas, seja pela Administração Pública, por meio de corpo técnico-burocrático, que integre a construção e implementação das estratégias de ação.³⁶⁵ Ainda, as estratégias podem ser articuladas conjuntamente pela Administração Pública e sociedade civil.

3.1.2 A legislação laboral e sua interpretação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres

A União Europeia tem como valor e direito fundamental a igualdade entre homens e mulheres, conforme disposições dos arts. 2.º e 3.º, n.º 3, do TUE, dos arts. 8.º, 10.º, 19.º e 157.º do TFUE e dos arts. 21.º e 23.º da Carta dos Direitos

³⁶⁴ SCHOUTEN, Maria Johanna. Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE). In: ABREU, Joana Covelo de; REIS, Lilian (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2020.

³⁶⁵ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 894-895.

Fundamentais da União Europeia, além de ser “princípio-chave do Pilar Europeu dos Direitos Sociais.”³⁶⁶

O princípio da igualdade de remuneração entre homens e mulheres, por trabalho igual ou de valor igual, livre de qualquer discriminação em razão de sexo, constitui importantíssima dimensão do princípio de igualdade e é pilar essencial e indispensável do acervo constitucional comum europeu, que atualmente se encontra bem delineada pelo art. 157.º do TFUE, pela legislação derivada, como também pela jurisprudência do TJUE, no que se refere à discriminação sexual.³⁶⁷

Conforme afirma Ricardo Leite Pinto, a jurisprudência dos Tribunais constitucionais dos Estados-Membros é vasta no que se refere à invocação do princípio da igualdade, constituindo “parte significativa da garantia da defesa dos direitos fundamentais efetuada por aqueles tribunais na sua função de controle da constitucionalidade das leis,” enquanto o TJUE, em razão do próprio campo de atuação da CDFUE (art. 6º do TUE) e da complexidade e controvérsia que o princípio da igualdade é detentor, tem se contido, até hoje, no quadro da verificação causídica das discriminações verdadeiramente arbitrárias (ou seja, sem justificativa adequada, sem causa justificativa ponderosa ou desproporcionada).³⁶⁸

A produção jurisprudencial do TJUE tem papel de grande importância na definição e densificação do princípio da Não Discriminação, muito pelo valor que a distinção traçada entre a discriminação direta e discriminação indireta traz para eficácia do princípio em comento. O TJUE, em sede de “técnica de controlo”, diz da eficácia da aplicação do princípio constitucional de igualdade,

³⁶⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de género 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 1.

³⁶⁷ VICENTE, Joana Nunes. Artigo 157.º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 681-687.

³⁶⁸ PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 258-259.

tratando a análise da existência ou não de discriminação como “questão de facto”, com vistas a aplicação do conceito substancial de igualdade.³⁶⁹

No que se refere a expressão “em razão de sexo” ou “baseada no sexo”, tem o Tribunal Constitucional da União indiciado “a construção de um conceito amplo, não exclusivamente referido ao género.” No paradigmático Acórdão *Liefting/Academisch Ziekenhuis de Universiteit von Amsterdam*³⁷⁰, funcionárias públicas casadas eram discriminadas com relação às contribuições patronais para o regime de pensões. Em que pese não se ter tratado de invocação genérica de discriminação das mulheres, o TJUE considerou tal discriminação em relação a esta categoria de mulheres como compreendida pelas disposições do art. 157.º do TFUE.³⁷¹

A terminologia adotada preferencialmente pelo Direito da União e que tem sido reverberada pelo TJUE é “igualdade entre homens e mulheres” quando “igualdade de Género” tem sido, concomitantemente com “igualdade de sexo,” adotada ao se estabelecer políticas públicas pela União. Contudo, conforme elucida Dulce Lopes, “o conceito de sexo adoptado pelo Tribunal de Justiça não se circunscreve à pertença a um ou outro sexo, mas igualmente às discriminações que têm a sua origem na mudança de sexo (Acórdão *P. contra S* e Acórdão *KB*).”³⁷²

³⁶⁹ CANOTILHO, Mariana. Art. 21.º: não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____ (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 262-263.

³⁷⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-23/83. W.G.M. Liefting e outros contra Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam e outros. Luxemburgo, 18 de setembro de 1984. **Portal InfoCuria**, 1984. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92494&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-13/94. P. contra S. e Cornwall County Council. Luxemburgo, 30 de abril de 1996. **Portal InfoCuria**, 1996. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Considerandos 21/22.

³⁷¹ VICENTE, Joana Nunes. Artigo 157.º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 681-687.

³⁷² 1. LOPES, Dulce. Art. 8.º do TFUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 224.

2. O Acórdão *KB* trata de pedido de decisão prejudicial apresentado no âmbito de um litígio que opõe S. M. Richards, uma pessoa que se submeteu a uma intervenção cirúrgica para mudança de sexo, ao Secretary of State for Work and Pensions por este último ter recusado atribuir-lhe uma pensão de reforma a partir do seu sexagésimo aniversário. O TJUE decidiu que “o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978, relativa à realização progressiva

O princípio da igualdade de remuneração veda a discriminação direta que consiste na utilização de critério do sexo para fundar, diretamente e sem justificação, a diferenciação salarial, é a discriminação ostensiva e manifesta.³⁷³ Em termos legislativos e jurisprudenciais, na definição mais comum, “considera-se que existe discriminação direta apenas quando, em função de uma característica proibida, uma pessoa for sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa em situação equivalente.”³⁷⁴

A discriminação indireta que consiste em uma medida, um critério ou uma prática aparentemente neutra, mas suscetível de colocar grupo de indivíduos, e na situação em análise, de trabalhadores, de outro sexo, em uma situação de desvantagem, também é vedada pelo princípio da igualdade de remuneração. A discriminação indireta, embora baseada em critérios neutros, se manifesta em concreto suscetível de colocar em situação de desvantagem um determinado grupo de pessoas, protegido pela proibição de discriminação.³⁷⁵

Em se tratando de discriminação indireta, a jurisprudência do TJUE tem fixado critérios metodológicos indispensáveis para sua configuração. Primeiramente, “a existência ou não de discriminação, num caso concreto, deve ser tratada como uma *questão de facto*,” quando se avaliam os efeitos que a desigualdade pode causar a uma pessoa, enquanto membro de um grupo de indivíduos. Mariana Canotilho

do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação que recusa atribuir uma pensão de reforma a uma pessoa que, em conformidade com as condições impostas pelo direito nacional, passou do sexo masculino para o sexo feminino, por não ter atingido a idade de 65 anos, quando essa mesma pessoa teria tido direito a essa pensão aos 60 anos se tivesse sido considerada mulher segundo o direito nacional”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Primeira Secção. Processo C-423/04. Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions. Luxemburgo, 27 de abril de 2006. **Portal InfoCuria**, 2006. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56252&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021.)

³⁷³ Há discriminação direta em razão do sexo somente quando uma pessoa for sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é dado a outra pessoa em situação equivalente. Assim, um exemplo de não ocorrência de discriminação direta entre homens e mulheres é a prestação de serviços de saúde, quando para que haja um tratamento igualitário, as diferenças físicas entre homens e mulheres precisam ser observadas.

³⁷⁴ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 891.

³⁷⁵ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 891-894.

ressalta que, não obstante a complexidade metodológica, “a consideração da discriminação indireta enquanto dimensão da não discriminação afigura-se importante como forma de tutela das minorias, em sociedades plurais, permitindo salientar e conservar identidades de grupo”. Ainda, segundo o TJUE, devem ser levados em consideração ao serem apreciados casos dessa natureza, os dados estatísticos,³⁷⁶ a importância dada à dimensão sociológica,³⁷⁷ e a apresentação de rol de “justificações tidas como objetivamente legítimas e ilegítimas, para se afastar a proibição da discriminação”.³⁷⁸

Dentre os tantos julgados que andaram nessa direção metodológica, tem-se o Acórdão Arcelor Atlantique e Lorraine, em que o TJUE decidiu que o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, “excepto se esse tratamento for objectivamente justificado.” Nessa senda, a Corte Constitucional enfatizou que os “elementos que caracterizam situações diferentes, e, portanto, o seu carácter comparável, devem ser determinados e apreciados à luz do objecto e do objectivo do acto comunitário que institui a distinção em causa.”³⁷⁹

Especificamente sobre situação de discriminação indireta em matéria laboral em razão de Género o TJUE, com aplicação dos critérios acima, pode-se citar os Acórdãos Seymour-Smith e Perez³⁸⁰; Allonby e Accrington & Rosendale

³⁷⁶ Nas comparações no caso em julgamento deve se observar a percentagem de pessoas de cada grupo atingido.

³⁷⁷ As questões individuais são analisadas a partir das condições do grupo a que pertence a pessoa afetada.

³⁷⁸ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 892.

³⁷⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-127/07. Société Arcelor Atlantique et Lorraine e o. contra Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Luxemburgo, 16 de dezembro de 2008. **Portal InfoCuria**, 2008. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76074&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021. Considerandos n. 23 e 26, respectivamente. Pedido de decisão prejudicial em matéria ambiental, referente à prevenção e redução gases poluentes, em que estava em causa a exclusão de instalação de setor siderúrgico.

³⁸⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-167/97. Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith e Laura Perez. Luxemburgo, 9 de fevereiro de 1999. **Portal InfoCuria**, 1999. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44408&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

College³⁸¹; e, Ursula Voß e Land Berlin³⁸². Nesse último, estava em causa o pagamento de horas extras a uma professora que trabalhava em tempo parcial e que percebia valor menor que aquelas pagas a professores em tempo integral. O Tribunal de Justiça entendeu que a legislação em análise no processo principal era suscetível de instituir uma discriminação indireta, contrariando o art. 141.º do TFUE, pois a referida legislação instituiu uma diferença de tratamento entre trabalhadores tempo inteiro e a tempo parcial, e esta diferença de tratamento afetou um número consideravelmente mais elevado de trabalhadoras do que de trabalhadores.

Outra questão de grande importância é o estabelecimento de critérios para se determinar se uma conduta ou medida discriminatória pode ser objetivamente justificada, do que tem se ocupado a jurisprudência do TJUE. Cuida-se, essencialmente da compreensão abrangente que se faz do princípio da proporcionalidade (incluindo o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, da necessidade e da adequação), mediante, inclusive, a submissão do caso em análise, aos seguintes questionamentos: as soluções normas questionadas: a) correspondem a uma necessidade real? b) são apropriadas a persecução de determinado objetivo? c) são necessárias para atingir essa finalidade?³⁸³

A discriminação em razão de sexo é vedada, seja por legislação nacional, entidade patronal ou empregador, reconhecendo-se efeito direto vertical horizontal de aplicação do art. 157.º do TFUE. Foi no caso *Bilka-kaufhaus*,³⁸⁴ ao se analisar a necessidade de justificação objetiva em caso de discriminação salarial que o TJUE

³⁸¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-256/01. Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional e Secretary of State for Education and Employment. Luxemburgo, 13 de janeiro de 2004. **Portal InfoCuria**, 2004. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48839&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

³⁸² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Primeira Secção. Processo C-300/06. Ursula Voß contra Land Berlin. Luxemburgo, 6 de dezembro de 2007. **Portal InfoCuria**, 2007. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70786&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

³⁸³ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 891-894.

³⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-170/84. Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz. Luxemburgo, 13 de maio de 1986. **Portal InfoCuria**, 1986. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93347&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

passou a admitir que o dispositivo em comento pode ser invocado para garantir o afastamento de discriminação indireta.³⁸⁵

Ainda no tocante à disposição em apreço, em razão da gravidade das consequências das discriminações proibidas e do dever constitucional de proteção que o Estado tem, houve, durante sucessivos apelos visando intensificar as exigências de justificação das medidas discriminatórias, o reconhecimento de inversão do ônus da prova, atribuindo aos poderes públicos e instituições responsáveis pela medida a obrigação de comprovação de que “esta corresponde ao meio menos gravoso possível para atingir determinado objetivo, e da existência de meios alternativos não (ou menos) discriminatórios, que permitissem alcançá-lo,”³⁸⁶ o que culminou na consagração desse entendimento no âmbito do Direito da União, tanto pela Diretiva 97/80/CE, de 15 de dezembro de 1997, adotada logo após o Tratado de Amsterdã, cujo conteúdo foi incorporado pela Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, como pela jurisprudência do TJUE.

A aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento em matéria de emprego e trabalho, no direito em vigor da União, conforme disposições do art. 157.º, 3, do TFUE, dar-se-á mediante procedimento de codecisão entre o Parlamento Europeu e o Conselho, de acordo com o processo legislativo ordinário, consistente em medidas legislativas e jurídicas comunitárias, ou seja, regulamentos, diretivas e decisões, referido no art. 289.º, 1 e disciplinado pelo art. 294.º, ambos do TFUE.

³⁸⁵ VICENTE, Joana Nunes. Artigo 157.º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012. p. 686-687.

³⁸⁶ CANOTILHO, Mariana. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 891-894.

3.1.2.1 A ausência de efeito direto horizontal das normas de igualdade entre homens e mulheres contidas nas diretivas e a força juridicamente vinculante da CDFUE

As diretivas, conforme entendimento do TJUE, não gozam de efeito direto horizontal,³⁸⁷ o que implica dizer que as disposições de concretização à igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres, contempladas nas diretivas não podem, por si próprias, impor obrigações para o particular. Além do mais, as diretivas, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, não são equiparadas por esse prisma aos regulamentos. Para Alessandra Silveira, “não se pode disfarçar a inadequação e a incompletude da tipologia dos actos jurídicos da União – que o Tratado Constitucional alteraria, mas o Tratado de Lisboa acabou mantendo,” razão pela qual o TJUE tem sistematicamente invocando os princípios gerais para equacionamento da questão.

Precisamente no âmbito da igualdade e Não Discriminação é que o TJUE vem superando a ausência de efeito direto horizontal das diretivas, fundamentando suas decisões em princípios gerais, o que se vislumbra pelos Acórdãos Mangold³⁸⁸ e Seda Kucukdeveci³⁸⁹, quando decidiu-se que o órgão jurisdicional nacional deve

³⁸⁷ Quando se alude que as diretivas não gozam de efeito direto horizontal se está a falar que estas “não criam, por si mesmas, obrigações para os particulares, na medida em que as directivas têm como destinatários apenas os Estados-Membros” (SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 71-79.).

³⁸⁸ Acórdão Werner Mangold contra Rüdiger Helm, de 22 de Novembro de 2005, Processo C-144/04. Diz respeito a pedido de decisão prejudicial formulado pelo Landesarbeitsgericht Düsseldorf – Alemanha, quando estava em questão a Diretiva 1999/70/CE e a Diretiva 2000/78/CE, que em seu art. 6.º previa a igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho, vedando-se a discriminação em função da idade. A celeuma cingia-se à incompatível da lei nacional com o acordo-quadro e a Directiva 2000/78, ainda em fase de transposição. A decisão invocou, dentre outros argumentos, o direito de igualdade perante a lei e proteção contra a discriminação como um direito universal, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos. Enfatizando a necessidade de se “distinguir diferenças de tratamento justificadas, nomeadamente por objectivos legítimos de política de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional, de discriminações que devem ser proibidas”, decidiu o TJUE que cabe ao “órgão jurisdicional nacional garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em razão da idade, não aplicando qualquer disposição da lei nacional em contrário, e isto mesmo que o prazo de transposição da referida directiva ainda não tenha terminado”. (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-144/04. Werner Mangold contra Rüdiger Helm. Luxemburgo, 22 de novembro de 2005. **Portal InfoCuria**, 2005. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56134&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 5 mar. 2021.)

³⁸⁹ Acórdão Seda Kucukdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG, de 19 de Janeiro de 2010. Processo C-555/07. “Princípio da não discriminação em razão da idade - Directiva 2000/78/CE - Legislação nacional relativa ao despedimento, que não tem em conta, no cálculo do prazo do aviso prévio, o

garantir a plena eficácia do princípio geral da Não Discriminação em razão da idade, não aplicando-se disposição legal nacional contrária ao referido princípio.

Portanto, embora o TJUE venha entendendo que as diretivas não podem substituir o direito nacional inexistente ou mal transposto para diretamente impor obrigação a um particular, os princípios gerais têm sido invocados para dirimir os impasses postos à apreciação do TJUE. Com as alterações dos tratados constitutivos introduzidas pelo Tratado de Lisboa e a consequente concessão de força juridicamente vinculativa à CDFUE, quando muito dos direitos previstos nas diretivas são direitos fundamentais contemplados pelo Carta, e, considerando a relevância do Direito da União nas relações entre particulares, cada vez mais o TJUE será demandado, vislumbrando-se, sobre o tema, novos desdobramentos interpretativos pelo órgão jurisdicional.³⁹⁰

Além do mais, não se olvida que a diversidade de fontes de normas de direitos fundamentais “com âmbitos sobrepostos de aplicação” – nacional, da União e internacional, embora possam parecer idênticas no seu âmago, “a cautelosa filtragem exercida pelo TJUE em nome da estrutura e objectivos da ordem jurídica europeia pode provocar resultados diversos na medida em que as diferenças sistemáticas podem produzir distintos *standards*.”³⁹¹ Assim, a proteção dos direitos fundamentais, que em matéria de igualdade entre homens e mulheres encontra-se ancorada principalmente nos arts. 20.º e 21.º do CDFUE, está submetida ao direito – decorre da

trabalho prestado pelo trabalhador antes dos 25 anos de idade - Justificação da medida - Legislação nacional contrária à directiva - Missão do juiz nacional”.

O presente reenvio prejudicial insta novamente o Tribunal de Justiça a delimitar o regime jurídico e o âmbito de aplicação da proibição das discriminações em razão da idade no direito comunitário, em que o litígio opõe dois particulares, mas diferente do caso Mangold, em situação em que já terminou o prazo de transposição da Directiva 2000/78/CE. A decisão é no sentido de que diante da “necessidade de garantir a plena eficácia do princípio geral da não discriminação em razão da idade, como concretizado pela Directiva 2000/78, implica que, perante uma disposição nacional abrangida pelo direito da União, que o juiz nacional considere ser incompatível com o referido princípio e em relação à qual não seja possível uma interpretação conforme com este princípio, o juiz nacional não aplique essa disposição.” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-555/07. Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG. Luxemburgo, 19 de janeiro de 2010. Portal InfoCuria, 2010. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72658&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021.)

³⁹⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 81.

³⁹¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 81.

ideia de União de direito, atento à função integradora do ordenamento jurídico da União e da lógica da interjusefundamentalidade. Nesse cenário, a tendência do TJUE é manter o modelo de proteção dos direitos fundamentais na União, “fundado no reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais e no apelo a normas de distintas fontes, reequacionando a ausência de efeito direito horizontal de diretivas que efetivam direitos fundamentais.”³⁹²

3.1.3 As diretivas nos domínios de igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento em matéria de emprego e trabalho

Na União Europeia, em não adotando um modelo de separação dos poderes e, por consequência, um modelo de freios e contrapesos tradicionalmente abraçados pelos sistemas tradicionais dos Estados-Membros, também não possui um sistema legislativo convencional, podendo a função legislativa ser exercida por várias instituições europeias, conforme previsão nos tratados. Os atos jurídicos europeus - regulamentos, diretivas e decisões podem assumir dimensões legislativas e não legislativas (de caráter geral ou individual). Ressalta-se, contudo, que mesmo antes do Tratado de Lisboa, em que não se distinguia atos legislativos e não legislativos, houve grandioso desenvolvimento do Direito da União jurídica.

E foi assim, assentado na base sólida do Constitucionalismo da União, e como reforçado alhures, muito pela atuação do TJUE, que o direito derivado vem-se consolidando em matéria de igualdade de Gênero e Não Discriminação, evidenciando as especificidades do próprio processo evolutivo sobre a temática no domínio da União, mormente pelos Regulamentos e as diretivas, instrumentos jurídicos essenciais para a comutação da realidade histórica de desigualdades e discriminação que muito atingem as mulheres.

Em sede de direito derivado sobre igualdade de Gênero, o Parlamento Europeu recentemente aprovou a Resolução do Parlamento Europeu 2016/2249(INI), de 14 de março de 2017, sobre a igualdade entre mulheres e homens na União Europeia em 2014-2015; a Resolução do Parlamento Europeu 2019/2855(RSP), de

³⁹² SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 71 e 81.

28 de novembro de 2019, sobre a adesão da União Europeia à Convenção de Istambul e outras medidas para combater a violência baseada no Gênero; e a Resolução do Parlamento Europeu 2019/2870(RSP), de 30 de janeiro de 2020, sobre disparidade salarial entre homens e mulheres.

Nesse fluxo de constante produção do Direito da União Europeia, as diretivas também constituem importantíssima fonte em matéria de proteção e combate às desigualdades de Gênero,³⁹³ com reflexos positivos na vida social das mulheres e no mercado laboral, podem ser citadas entre as mais recentes, como de grande relevância, a Diretiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004; a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006, a Diretiva 2010/41/UE, de 7 de julho de 2010 e a Diretiva 2019/1158, de 20 de junho de 2019.

Dessa forma, a Diretiva 2004/113/CE, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, tendo em vista que instrumentos legislativos já haviam sido adotados no âmbito do combate à discriminação em razão de sexo no mercado de trabalho e vislumbrando-se a necessidade de adoção de medidas também em outras áreas, estabelece pelo Considerando n.º 9 que

[a] discriminação em função do sexo, incluindo o assédio e o assédio sexual ocorrem igualmente em áreas fora do mercado de trabalho. Este tipo de discriminação pode ser igualmente nocivo, agindo como

³⁹³ A partir de 1975, o direito comunitário passou a desenvolver-se intensamente em matéria de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no mercado laboral e proteção social, com aprovação de várias diretivas, quais sejam: Diretiva 75/117/CEE, de 10 de fevereiro de 1975 – aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade remuneratória entre homens e mulheres; Diretiva 76/207/CEE, de 9 de fevereiro de 1976, modificada pela Diretiva 2002/73/CE, de 23 de setembro de 2002 – concretização do princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso ao emprego, na carreira, na formação profissional e nas condições de trabalho; Diretiva 79/7/CEE, de 19 de dezembro de 1979 e Diretiva 86/378/CEE, de 24 de julho de 1986 – igualdade no domínio da segurança social; Diretiva 86/613, de 11 de dezembro de 1986 – igualdade de tratamento dos trabalhadores independentes e da agricultura, prevendo a proteção na maternidade; Diretiva 92/85/CEE, de 19 de outubro de 1992 – medidas para promoção e melhoria da segurança e proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes no trabalho; Diretiva 96/34/CE, de 3 de junho de 1996 – relativa à licença parental (revogada); Diretiva 97/80, de 15 de dezembro de 1997 – ônus da prova nos casos de discriminação baseada em sexo, alterada pela Diretiva 98/52/CE, de 13 de julho de 1998; e, Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000 – estabelece quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, proibindo as discriminações remuneratórias entre trabalhadores com base em outros fatores discriminatórios.

obstáculo à plena e bem-sucedida integração dos homens e das mulheres na vida económica e social.³⁹⁴

Além disso, relativo à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional, reunindo as principais disposições existentes, aprovou-se a Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006. Pelo Considerando nº 2, reforça-se a igualdade entre homens e mulheres como um princípio fundamental do direito comunitário, conforme consagrado nos arts. 2.º e 3.º, n.º 2, do tratado que institui a Comunidade Europeia, posto que esses estabelecem a igualdade entre homens e mulheres como “missão” e “objetivo” da Comunidade e impõem uma obrigação positiva de a promover em todas as suas ações. A jurisprudência do Tribunal de Justiça (então Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias) é amplamente reverenciada, inclusive no que se refere à ampliação da proibição de discriminação para além do sexo, mas também em razão de Gênero (mudança de Gênero); nas questões ligadas à igualdade de remuneração por trabalho igual ou de igual valor; no tocante à garantia de aplicação do princípio da igualdade de tratamento nos regimes profissionais de segurança social e com relação à igualdade de tratamento diante da ocorrência de discriminação sexual relacionadas a gravidez e maternidade.³⁹⁵

No mesmo sentido, a Diretiva 2010/41/UE de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente, revogando a Diretiva 86/613/CEE do Conselho, “estabelece um enquadramento para a aplicação nos Estados-Membros do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente ou que contribuam para o exercício dessa actividade”, abrangendo os “trabalhadores independentes, ou seja, todas as pessoas que exerçam, nas condições previstas pela legislação nacional, uma actividade remunerada por conta própria” e seus cônjuges ou, se e na medida em que forem reconhecidas pela legislação

³⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. **EUR-Lex**, 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0113>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

³⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação). **EUR-Lex**, 2006. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

nacional, as pessoas que com eles vivam em união de facto, e que participem, “de modo habitual e nas condições previstas pela legislação nacional, na actividade do trabalhador independente, executando tarefas idênticas ou complementares”,³⁹⁶ prevendo benefícios de proteção social e prestação de maternidade, dentre outros.

Ainda nos domínios da igualdade entre homens e mulheres, mas com propósito de enfrentamento do desafio de conciliação entre a vida profissional e a vida familiar para progenitores e trabalhadores, a Diretiva 2019/1158/UE, de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, ainda em fase de transposição pelos Estados-Membros e que revoga a Diretiva 2010/18/UE do Conselho, apresenta-se como importantíssimo instrumento jurídico para que as mulheres possam fazer parte do mercado de trabalho em igualdade de condições, a qual será analisada no item 3.3.2 deste Capítulo.

3.2 OS DIREITOS DE IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMENS E MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

Conforme Indicadores Sociais publicados pelo IBGE em 2016, as mulheres, no Brasil, dedicam aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos cerca de 73% a mais de horas do que os homens (18,1 horas contra 10,5 horas) e a situação se agrava com relação às mulheres pretas ou pardas. Verifica-se, ainda, que a maior desigualdade na distribuição de horas dedicadas a estas atividades está na Região Nordeste, onde as mulheres dedicam cerca de 80% a mais de horas do que os homens, chegando-se a 19 horas semanais. Tocante aos rendimentos médios do trabalho, as mulheres recebem cerca de $\frac{3}{4}$ do que os homens recebem. O diferencial de rendimentos é mais elevado na categoria ensino superior completo ou mais, em que as mulheres recebem somente 63,4% dos rendimentos percebidos pelos homens. Em todas as faixas etárias há uma maior proporção de homens ocupando os cargos

³⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente... **EUR-Lex**, 2010. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32010L0041>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

gerenciais, ou seja 60,9% dos cargos gerenciais são ocupados por homens e 39,1% pelas mulheres, o que se agrava nas faixas etárias mais elevadas.³⁹⁷

Há necessidade de se reconhecer, como demonstram alguns dados apresentados, que o desequilíbrio na inserção ocupacional e discriminação salarial das mulheres no mercado trabalho no Brasil apresentam-se ladeadas pelas desigualdades raciais, geográficas, educacionais e econômicas, ampliando-se, assim, os desafios a serem enfrentados.

Mas a desigualdade tem várias faces, uma das tantas é a invisibilidade do trabalho feminino para o mercado. Como dito alhures, o trabalho das mulheres cuidadoras, não só dos idosos, doentes, como de crianças, não obstante de crucial importância para a economia, acabam por excluir as mulheres da vida social e política. Se a desigualdade de Gênero persistir no que respeita a execução das tarefas de cuidados, as mulheres continuam em grande desvantagem, pois, inclusive no Brasil, apesar da diminuição do número de crianças nas próximas décadas, o índice de envelhecimento (relação entre a porcentagem de idosos e de jovens) segundo dados do IBGE, “deve aumentar de 43,19%, em 2018, para 173,47% em 2060.”³⁹⁸

Romper com os padrões de Gênero preestabelecidos e concretizar os direitos fundamentais de igualdade entre homens e mulheres e direito social do trabalho, plasmados na Constituição de 1988, não só guindará as mulheres aos espaços laborais, sociais e políticos a que fazem jus ocupar, mas facultará outras leituras sobre os papéis sociais que também são atribuídos aos homens e que exatamente por reproduzir padrões de dominação e de concentração de poder, às vezes, os submetem a situações de desvantagens. Segundo o IBGE, no Brasil, as mulheres atingem em média um nível de instrução superior ao dos homens em razão da entrada precoce destes no mercado de trabalho. “A maior diferença percentual por sexo encontra-se no nível “superior completo”, especialmente entre as pessoas da

³⁹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil: notas técnicas. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_notas_tecnicas.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

³⁹⁸ PERISSÉ, Camille; MARLI, Mônica. Idosos indicam caminhos para uma melhor idade. **Agência IBGE Notícias**, 19 mar. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

faixa etária mais jovem, de 25 a 44 anos de idade, em que o percentual de homens que completou a graduação foi de 15,6%, enquanto o de mulheres atingiu 21,5%, indicador 37,9% superior ao dos homens”.³⁹⁹

Em uma abordagem econômica e financeira, conforme estudo apresentado por Ratna Sahay e Martin Čihák, as mulheres ainda se encontram sub-representadas em todos os níveis do sistema financeiro mundial, de depositante e mutuários a membros de conselhos de administração de bancos e órgãos reguladores,⁴⁰⁰ todavia, dados demonstram que a sua maior inclusão como usuárias, provedoras e reguladoras de serviços financeiros geraria benefícios muito além do combate à desigualdade de Gênero, fornecendo estabilidade ao sistema bancário e estimulando o crescimento econômico.⁴⁰¹

Segundo resultado de levantamento do FMI em 2016, as mulheres representavam 40% dos depositantes e mutuários dos bancos no mundo. No Brasil, as mulheres somavam 51% dos mutuários, o que indica a participação como usuárias de empréstimos financeiros para aquisição de bens. Exemplos ilustrativos como o do Quênia, onde se constatou que as comerciantes que abriram conta bancária simples, investiram mais em seus negócios, e como o Nepal, onde as famílias chefiadas por mulheres gastaram mais em educação após abrir uma conta poupança, demonstram que o uso intensivo dos serviços financeiros pelas mulheres produz resultados

³⁹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil: notas técnicas. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_notas_tecnicas.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁴⁰⁰ Em 2015, “[...] as mulheres ocupavam menos de 2% dos cargos na diretoria executiva das instituições financeiras e menos de 20% das cadeiras nos conselhos de administração. A proporção de mulheres nas diretorias dos órgãos de supervisão bancária também era baixa: apenas 17%”, o que aponta para a existência de “grandes lacunas entre representação de homens e mulheres em posições de chefia nos bancos e órgãos de supervisão bancária em todo o mundo”. (ČIHÁK, Martin; SAHAY, Ratna. Mulheres nas finanças: um argumento econômico para a igualdade de gênero. **International Monetary Fund Website**, Opiniões e Comentários, 19 set. 2018. Disponível em: <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2018/09/19/blog-women-in-finance>>. Acesso em: 7 ago. 2020.)

⁴⁰¹ ČIHÁK, Martin; SAHAY, Ratna. Mulheres nas finanças: um argumento econômico para a igualdade de gênero. **International Monetary Fund Website**, Opiniões e Comentários, 19 set. 2018. Disponível em: <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2018/09/19/blog-women-in-finance>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

positivos e sistemas mais inclusivos podem ampliar a eficácia das políticas fiscais e monetária.⁴⁰²

Assim, a participação equânime entre homens e mulheres no mercado de trabalho e na vida social, do ponto de vista econômico, apresenta-se também um desafio. Todavia, o quadro de desigualdade de Gênero que o Brasil enfrenta é marcado por fatores relevantes que explicam a dificuldade de as mulheres ocuparem os postos de trabalho e os espaços públicos, como a dupla jornada e a necessidade de superação de eventuais discriminações no ambiente laborativo. Afastadas da vida pública, deixam de participar da construção das Políticas Públicas, transformando a marginalização da mulher em um ciclo vicioso. É discriminada porque não participa e não participa porque a discriminação a exclui, perpetuando-se a desigualdade.

Nessa perspectiva, como a sociedade brasileira ao adotar o modelo patriarcal, “transmite valores e práticas legitimadores de um modelo androcêntrico que perpetua as desigualdades de gêneros, inclusive em relação ao direito social ao trabalho,” entende-se que a mobilização social pelas mulheres, de forma organizada, bem como as Políticas Públicas de promoção de igualdade de Gênero, pode ser consideradas instrumentos eficazes de mudança dessa realidade.⁴⁰³

3.2.1 As normas trabalhistas em sede de maternidade e a ausência de previsão de licença parental

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira que garantiu a igualdade entre homens e mulheres em matéria de direitos trabalhistas, prevendo a proibição de descriminalização quanto ao salário, contudo foi o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, que trouxe a primeira previsão legal disciplinadora das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, proibindo o trabalho entre 22 horas e 5 horas, a remoção de pesos e o trabalho em subterrâneos e tido como perigoso e insalubres, quatro semanas antes e quatro depois do parto; bem

⁴⁰² ČIHÁK, Martin; SAHAY, Ratna. Mulheres nas finanças: um argumento econômico para a igualdade de gênero. **International Monetary Fund Website**, Opiniões e Comentários, 19 set. 2018. Disponível em: <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2018/09/19/blog-women-in-finance>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

⁴⁰³ NICKNICH, Mônica. **Direito, trabalho e mulher**: diálogos com o princípio da fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 356.

como, garantindo repouso de duas semanas em caso de aborto e meia hora duas vezes por dia para amamentação, nos seis meses após o parto. O art. 1.º estabeleceu “sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor corresponde salário igual.”

Somente em 1943 é que a licença maternidade foi prevista pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, pelo período de 84 dias, que por ser pago pelo empregador causava considerável restrição para as mulheres no mercado de laboral. “As décadas seguintes trouxeram um período de grandes conquistas para as mulheres em termos de liberdade e espaço profissional. Para garantir esse movimento, a Organização Internacional do Trabalho recomendava que os custos da licença maternidade passassem a ser pagos pela Previdência Social.”⁴⁰⁴

Quando a Previdência Social passou a arcar com os custos da licença-maternidade outra frente de luta e reivindicação tomou corpo, a necessária estabilidade no emprego, pois mesmo com a transferência dos custos para o Estado, o empregador poderia dispensar as grávidas. Sedimentadas no contexto de conquistas que vinham ocorrendo em outros países mais desenvolvidos no tocante à temática, como pelos movimentos sociais e sindicais, a exemplo de alguns sindicatos paulistas que conseguiram aprovar normas coletivas que garantiam a estabilidade e a ampliação da licença,⁴⁰⁵ edificaram-se as festejadas vitórias nesse campo, contempladas pela Constituição de 1988.

A licença-maternidade com duração de 120 dias e a licença-paternidade e de 5 dias, são direitos constitucionais dos trabalhadores, dispostos no art. 7.º inciso XVIII e XIX, respectivamente, da Constituição Federal. Conforme o art. 392, da CLT, tem a empregada o direito à licença-maternidade de 120 dias no setor privado, podendo chegar a 180 dias, se for empregada de empresa cadastrada no programa Empresa Cidadã ou funcionária do setor público, sem prejuízo do emprego e do salário, enquanto a legislação brasileira manteve a licença-paternidade de apenas

⁴⁰⁴ LESSA, Daniele. Especial licença-maternidade 2: evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil. **Rádio Câmara**, [20--]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁴⁰⁵ LESSA, Daniele. Especial licença-maternidade 2: evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil. **Rádio Câmara**, [20--]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

cinco dias para o empregado, inicialmente estabelecida pelo art. 10, § 1º das Disposições Constitucionais transitórias, podendo chegar, em alguns casos a 20 dias, quando a empresa integrar o programa Empresa Cidadã⁴⁰⁶ ou se for do setor público⁴⁰⁷.

A CLT, por seu art. 391, já previa não constituir justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se grávida. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias). Não há previsão sobre garantia de emprego com relação ao empregado durante ou em razão do gozo do curto período de licença-paternidade.

Não se olvida que a licença-paternidade garantida pela Constituição Federal é uma inovação, não só pelo histórico das cartas constitucionais brasileiras, mas também em nível internacional. A proteção visada pela norma constitucional que instituiu a licença-paternidade “diz respeito à tuteada da família, consagrada em outras passagens constitucionais, dada à inegável importância do nascimento da criança para a unidade familiar,”⁴⁰⁸ permitindo que o pai tenha com o filho recém-nascido, mesmo por curtíssimo lapso temporal, maior convivência. O que se observa é que a licença-paternidade nos moldes apresentada teve como mote a proteção da criança e fortalecimento de vínculos afetivos entre ela e o genitor (que se estendeu para o pai adotivo), não encontrando embasamento na preocupação de compartilhamento de tarefas domésticas.

Assim o Brasil se encontra à margem dos países de economia desenvolvida que apresentam legislação contempladora da promoção de igualdade

⁴⁰⁶ No setor público a licença-maternidade é custeada pela Previdência Social, enquanto a licença-paternidade não é um benefício previdenciário e assim, seus custos são do empregador. Contudo, quando qualquer uma das licenças for prorrogada por mais 60 ou 15 dias adicionais, respectivamente (Lei nº 11.770/2008, com redação dada pela Lei nº 13.257/2016), deve ser levado em conta que o governo federal renuncia a parte do imposto de renda a ser recolhido pelas Empresas Cidadã.

⁴⁰⁷ Os servidores públicos federais podem requerer a prorrogação da licença-paternidade por mais quinze dias conforme dispõe o Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016.

⁴⁰⁸ MALLETT, Estevão; FAVA, Marcos. Art. 7º, XIX: licença-paternidade, nos fixados em lei. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 633-634.

de oportunidades entre homens e mulheres, mediante a corresponsabilização das tarefas domésticas e familiares por ambos os sexos, pela licença parental.⁴⁰⁹

Conforme a 5ª edição do relatório Mulheres, Empresas e o Direito 2018, do Banco Mundial, o Brasil apresentou pontos fortes para as mulheres, como o “fato de haver liberdade de movimento, direito à propriedade e à herança e capacidade jurídica sem limitações.” Não obstante se encontrar o Brasil acima da média da América Latina e Caribe, está bem abaixo da média dos 32 países de alta renda da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.⁴¹⁰

O relatório referido merece atenção quando são detectados fatores que ainda impedem a promoção de ambientes mais igualitários nas empresas e desfavorecem o empreendedorismo feminino, quais sejam: “a lei não prever licença parental, igualdade de remuneração para o trabalho masculino e feminino, trabalho dos pais em regime flexível e não haver lei que proíba a discriminação com base no Gênero ou no estado civil no acesso ao crédito.”⁴¹¹

O estudo Mulheres, Empresas e o Direito 2019: uma Década de Reformas, publicado pelo Banco Mundial, apresenta oito indicadores estruturados com base na forma em que as leis afetam as mulheres na medida em que elas iniciam, avançam e encerram suas carreiras: “Deslocando-se, Começando um Emprego, Recebendo Remuneração, Casando-se, Tornando-se Mãe, Empreendendo, Gerenciando Ativos e Recebendo Pensão.” A abordagem auxilia no alinhamento, por meio de dados, das

⁴⁰⁹ Apenas a Suíça não concede a licença parental, que é assegurada nos seguintes países de economia desenvolvida: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia e Suécia. De acordo com estudo realizado pela OIT nas legislações em vigor em 2013 nos países filiados. (MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p. 13.)

⁴¹⁰ BANCO Mundial apresenta relatório sobre mulheres e mercado de trabalho na FIRJAN. **Portal da Firjan**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://www.firjan.com.br/noticias/banco-mundial-apresenta-relatorio-sobre-mulheres-e-mercado-de-trabalho-na-firjan.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁴¹¹ Segundo o relatório, mais de 50% da população brasileira é feminina e 43% da força de trabalho são compostas por mulheres. Porém, apenas 37,8% dos cargos gerenciais e 10,5% das cadeiras parlamentares são para esse público. A redução das diferenças entre Gêneros poderia avançar em 3,3% ou R\$ 383 bilhões o PIB do país.

diversas áreas da legislação e a tomada de decisões econômicas pelas mulheres nas etapas de suas vidas profissionais.⁴¹²

Desta forma, o indicador “Tornando-se Mãe” examina leis relativas à licença maternidade, paternidade e parental que podem influenciar as decisões econômicas das mulheres. Quando a lei prevê a licença-maternidade as mulheres são mais propensas a retornar ao trabalho. “Embora as evidências sobre o impacto das licenças paternidade e parental sejam mistas, a cobertura da licença parental estimulou as mulheres a voltarem ao trabalho no Reino Unido, nos Estados Unidos e no Japão (Waldfogel, Higuchi e Abe, 1999).”⁴¹³ O desempenho de cada país neste indicador pode servir de referência para impulsionamento das necessárias reformas legais, evitando-se o afastamento das mulheres do mercado de trabalho ao ter filhos.⁴¹⁴ No Brasil, metade das mulheres brasileiras fica desempregada um ano após ter filho, segundo uma pesquisa realizada pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EPGE).⁴¹⁵

A ausência de legislação garantidora de licença parental e regime flexível de trabalho para os pais no Brasil tem sido um obstáculo considerável na promoção da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, pois se um dos primeiros desafios é o ingresso no mercado de trabalho, esse por si só não é fator suficiente para assegurar tal desiderato, fazendo-se necessário também garantir condições iguais de permanência no mercado laboral, igualdade de remuneração e equilíbrio na assunção de cargos de direção, tanto nos setores privado e público, como na política.

⁴¹² BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁴¹³ BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021. p. 7.

⁴¹⁴ BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021. p. 4.

⁴¹⁵ OS PAÍSES com as maiores e as menores licenças-maternidade. **Época Negócios Online**, 13 maio 2018. Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/05/os-paises-com-maiores-e-menores-licencas-maternidade.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

3.3 A LICENÇA PARENTAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMENS E MULHERES NO MERCADO LABORAL

Da necessidade de mão de obra barata e apropriada se deu a inserção da mulher no mercado de trabalho, processo deflagrado com a Revolução Industrial, fazendo eco as lutas que se travavam pela sua emancipação. Todavia, não se pode afirmar que se tratou de uma verdadeira conquista, mas pode-se dizer que, mesmo por caminhos diversos, a mulher saiu do espaço doméstico e passou a partilhar com o homem o espaço público da cadeia produtiva, o que, muito pela forma que se deu essa emancipação, se fez acompanhar de mazelas e de novos movimentos por igualdade, pois para a mulher, mesmo nos dias de hoje, a assimetria nas condições de trabalho e a desigualdade de Gênero as mantém aprisionada a estereótipos e preconceitos e tornam sua vivência no espaço laboral mais árdua e penosa que a dos homens.

No trabalho, mesmo exercendo a mesma função e com igualdade de escolaridade, por muitas vezes, a mulher recebe salários menores.⁴¹⁶ A dupla jornada de trabalho, por ainda ser de sua responsabilidade os afazeres domésticos, os cuidados com os filhos e a função de cuidadora dos demais membros da família, como idosos enfermos, é fator que afasta a mulher do mercado de trabalho. Outro obstáculo ao trabalho feminino é a discriminação por ser mulher, precisando ela provar sua capacidade de desempenhar as mesmas tarefas que o homem, muitas vezes submetendo-se a padrões que lhes são impostos, mantendo-se a imagem do modo como a mulher deve se comportar.⁴¹⁷

⁴¹⁶ Mesmo em número maior com ensino superior completo, as mulheres ainda enfrentam desigualdade no mercado de trabalho em relação aos homens. Segundo Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil, divulgado em 2018 pelo IBGE, entre a população de 25 anos ou mais de idade com ensino superior completo em 2016, as mulheres somam 23,5%, e os homens, 20,7%. Em relação ao rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e razão de rendimentos, por sexo, entre 2012 e 2016, as mulheres ganharam, em média, 75% dos rendimentos percebidos pelos homens. (GANDRA, Alana. IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior. **Agência Brasil**, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior>>. Acesso em 19: fev. 2021.)

⁴¹⁷ NICKNICH, Mônica. **Direito, trabalho e mulher**: diálogos com o princípio da fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 316.

Relatório apresentado 2019-2020, pela ONU Mulheres, mostra que a incorporação das mulheres no mercado de trabalho está crescendo, porém, o casamento e a maternidade reduzem as taxas de participação no mercado de trabalho e, por consequência, renda e benefícios associados à participação. “No mundo inteiro, pouco mais da metade das mulheres com idades entre 25 e 54 anos são economicamente ativas, proporção que sobe para dois em cada três no caso de mulheres solteiras. Por sua vez, 96% dos homens casados estão economicamente ativos, de acordo com os dados do novo relatório.” É apontada como uma das principais causas destas desigualdades a realização do trabalho doméstico e cuidados não remunerados. O relatório destaca alguns elementos positivos importantes no que se refere à licença parental, já que o acesso de pais a esse benefício tem aumentado, “sobretudo em países em que existem incentivos específicos, tais como quotas para pais, que reservam a eles uma parte intransferível da licença; se esta não for utilizada, será perdida.”⁴¹⁸

Inegável que as mulheres enfrentam a necessidade de compatibilizar sua vida profissional e sua carreira com os cuidados da família em escala maior que os homens. Afinal:

[...] no solo se distribuyen las horas de casa día, sino los periodos vitales para distintas metas vitales. El ciclo vital juega un papel determinante en el tema del liderazgo. Se puede ser líder a cualquier edad. Pero hay ciertas decisiones vitales, como tener descendencia, cuidarla o cuidar de familiares dependientes, que tienen límites temporales y espaciales más restringidos.⁴¹⁹

O Relatório ONU Mulheres - “Progresso das Mulheres no Mundo 2019-2020: Famílias em um mundo em mudança” apresenta diagnóstico sobre arranjos

⁴¹⁸ NOVO relatório da ONU Mulheres apresenta diagnóstico sobre arranjos familiares no mundo e recomendações para agenda política para acabar com a desigualdade de gênero nas famílias. **Portal ONU Mulheres Brasil**, 25 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/novo-relatorio-da-onu-mulheres-apresenta-uma-agenda-politica-para-acabar-com-a-desigualdade-de-genero-nas-familias/>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁴¹⁹ Não apenas as horas de cada dia são distribuídas, mas os períodos vitais para diferentes objetivos vitais. O ciclo de vida desempenha um papel determinante na questão da liderança. Você pode ser um líder em qualquer idade. Mas existem certas decisões vitais, como ter filhos, cuidar deles ou cuidar de parentes dependentes, que têm limites de tempo e espaço mais restritos (CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 226. Tradução livre.).

familiares no mundo e recomendações para agenda política para acabar com a desigualdade de Gênero nas famílias, como análise de custo sobre a implementação de tais políticas. Com base em dados globais, dentre outras análises, destaca como tendências observadas que a maioria das famílias monoparentais (cerca de 84%), na proporção de 8% das agregações familiares, é chefiada por mulheres, que tem muitos problemas para conciliar o trabalho remunerado, criar filhos e o trabalho doméstico.⁴²⁰ Pouco mais da metade das mulheres com idades entre 25 e 54 anos são economicamente ativas no mundo, proporção que sobe para dois em cada três no caso de mulheres solteiras, enquanto os homens casados economicamente ativos atingem o percentual de 96%.⁴²¹ Outro indicativo importante que o Relatório apresenta, considerando uma média ponderada com base em dados disponibilizados por um conjunto de 11 países da América Latina, é que a proporção entre o tempo dispendido para tarefas familiares entre homens e mulheres, muito maior com relação a essas, diminui conforme também diminui a pobreza.⁴²² Com supedâneo nos dados colhidos, não obstante o crescimento da incorporação das mulheres no mercado laboral, conclui-se que o casamento e a maternidade reduzem essas taxas de participação.

Constatando o Relatório que uma das principais causas destas desigualdades é que as mulheres continuam a realizar trabalho doméstico triplo e cuidados não remunerados em maior proporção do que aqueles realizados pelos homens, a licença parental é destaca como um elemento positivo no combate à desigualdade de Gênero. O acesso dos genitores ou pais adotivos a este benefício, principalmente em países que possuem incentivos específicos, como quotas para pais, destinando a eles uma parte intransferível da licença, que será perdida se não gozada, apresenta-se como exemplo assertivo, apresentado o Relatório,

⁴²⁰ ONU MUJERES. **El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020**: familias en un mundo cambiante: resumen. New York, 2019. Disponível em <<https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Progress-of-the-worlds-women-2019-2020-Executive-summary-es.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2021. Gráfico 2, p. 6-9.

⁴²¹ ONU MUJERES. **El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020**: familias en un mundo cambiante: resumen. New York, 2019. Disponível em <<https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Progress-of-the-worlds-women-2019-2020-Executive-summary-es.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2021. Gráfico 4, p. 15.

⁴²² ONU MUJERES. **El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020**: familias en un mundo cambiante: resumen. New York, 2019. Disponível em <<https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Progress-of-the-worlds-women-2019-2020-Executive-summary-es.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2021. Gráfico 5, p. 17.

recomendação para que seja considerada a possibilidade de implementação da licença parental remunerada e fornecimento de apoio estatal para o cuidado de meninas e meninos e de pessoas idosas.⁴²³

Uma sociedade em que as lideranças femininas se encontram insuficientemente desenvolvidas pode ser detectada claramente diante do reduzido número de mulheres liderando organizações e projetos, da prole inferior à desejada e da falta de tempo de muitas mulheres na esfera pessoal. Assim, uma inovação em sede de licenças parentais *“se configura como una política pública clave para modificar la actual distribución de recursos dedicada al cuidado infantil.”* Tal reformulação implica que os homens dediquem mais tempo ao cuidado da família, que o Estado destine mais recursos às políticas de cuidado, favorecendo, assim, as mulheres no desempenho de lideranças na esfera profissional pública e privada.⁴²⁴

Acolher debates e projetos políticos e legislativos, com aprovação de lei contemplando a hipótese de uma reforma do sistema de licenças parentais remuneradas, não tão somente permitirá que os homens se envolvam mais com os cuidados dos filhos em sua tenra idade, mas permitirá uma mudança cultural acerca da corresponsabilidade, com vistas à construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

As políticas de licenças parentais variam entre homens e mulheres em quase todos os países e ao longo do tempo em várias dimensões, principalmente no que respeita à existência, extensão, sujeito beneficiário do direito (mãe, pai,

⁴²³ NOVO relatório da ONU Mulheres apresenta diagnóstico sobre arranjos familiares no mundo e recomendações para agenda política para acabar com a desigualdade de gênero nas famílias. **Portal ONU Mulheres Brasil**, 25 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/novo-relatorio-da-onu-mulheres-apresenta-uma-agenda-politica-para-acabar-com-a-desigualdade-de-genero-nas-familias/>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁴²⁴ Se configura como uma política pública fundamental para modificar a atual distribuição de recursos dedicados à creche (CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 227. Tradução livre.).

trabalhador progenitor, outro familiar), nível de remuneração, transferibilidade, flexibilidade no seu gozo e fonte de pagamento.⁴²⁵

Contudo, as licenças parentais não devem guardar paridade apenas formal para se atender o direito de igualdade entre homens e mulheres. Por exemplo, na Suécia, pioneira em aprovar licenças parentais iguais em 1974, a utilização destas licenças não era na prática usufruída pelas mulheres, pois diante da possibilidade de transferir-lhes esses direitos, elas permaneceram nos cuidados dos filhos e da família, mantendo-se a cultura de que as mulheres são as principais cuidadoras.⁴²⁶ Em 1995, a Suécia criou a chamada "cota para papais", quando se passou a prever 30 dias de licença compulsória para os homens. Posteriormente, o período compulsório foi estendido para 60 dias e recentemente para 90 dias. Atualmente, casais recebem 480 dias de licença a partir do nascimento da criança. Nos primeiros 390 dias, quem optar por ficar em casa recebe 80% do salário, custeados pelo Estado.

A ocorrência de significativa redução da média salarial para aquele que optar em ficar em casa é outra questão que deve ser afastada, para que a licença parental tenha impacto positivo e haja efetividade na assunção de responsabilidades nos cuidados familiares, também pelos homens, posto que, em muitos modelos adotados do benefício, o progenitor que gozá-lo tem redução salarial em todo ou em determinado período. Há que se considerar ainda a importância de que o financiamento das licenças parentais se dê por responsabilidade do Estado, seja pela previdência social ou outro fundo público afasta discriminações ou situação de desvantagem laboral.⁴²⁷

⁴²⁵ CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 229-231.

⁴²⁶ Na Suécia somente 14,1% dos casais usaram de forma similar a licença parental em 2013, conforme Duvander Y Hass. (CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 244-245.)

⁴²⁷ CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 229-231.

Além de efeitos sociais e culturais positivos, a licença parental igualitária apresenta, do ponto de vista econômico, embora haja dificuldade de quantificar os benefícios, a diminuição do desemprego feminino e a remoção de obstáculos às mulheres no retorno ao trabalho após o nascimento do filho, contribuindo substancialmente para a igualdade de Gênero, com repercussão positiva no PIB. Além do mais, as problematizações dos cuidados familiares podem ser minimizadas com a corresponsabilização masculina. E como ponto positivo direto, a licença parental usufruída em tempo igual para homens e mulheres reduz distorção no sistema econômico, por não penalizar setores de maior presença de mão de obra feminina.⁴²⁸

A Espanha, na vanguarda, mediante a implementação paulatina da reforma para igualdade de licença parental iniciada em 2017, teve em 2021 sua última etapa concretizada com a entrada em vigor da licença parental 100% remunerada, igualitária e intransferível, para homens e mulheres, de 16 semanas, ou seja, licença maternidade em tempo e remuneração igual à licença paternidade, após processo de discussão parlamentar quando critérios apresentados pela Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción - PPiINA, para equiparação da licença para ambos os sexos foram acatados. Sendo que, ainda na fase de discussão legislativa, tal equiparação *“se apoyaba mayoritariamente en nuestra encuesta donde un 90,4% de los padres encuestados se mostró a favor de esta propuesta.”*⁴²⁹

Assim, a Espanha se coloca à frente dos demais países europeus, inclusive a Islândia ou Suécia, com relação à licença para o pai, onde nesse último país citado, são de 12 semanas e 80% pagas, contudo o total de dias de licença de ambos os pais referidos excede o total espanhol, já que costumam incluir várias semanas que um ou outro podem usufruir. No norte da Europa, como os exemplos acima, existem licenças mais longas, mas, por serem totalmente ou em parte transferíveis, costumam ser

⁴²⁸ CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 249-254.

⁴²⁹ “baseou-se principalmente em nossa pesquisa, em que 90,4% dos pais entrevistados eram a favor desta proposta” (FERNÁNDEZ CORNEJO, José Andrés; ESCOT MANGAS, Lorenzo; CÁCERES RUIZ, Juan Ignacio. La corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos y su efecto positivo sobre la carrera profesional de sus parejas. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 127. Tradução livre.).

utilizadas pelas mulheres, o que no final se torna “uma armadilha”, conforme explica María Pazos, da PPiINA.⁴³⁰

Não obstante a licença paternidade na Espanha ser uma das mais longas e bem remuneradas entre os Estados-Membros da União Europeia, há críticas sobre a licença-maternidade de 4 meses, diante da dificuldade de amamentação até os 6 meses,⁴³¹ além do que, a PPiINA questionou alguns outros pontos, como a disposição legal que prevê que as primeiras seis semanas devam ser simultaneamente usufruídas e que as restantes 10 semanas sejam “em jornada integral ou jornada parcial, conforme acordo prévio com a empresa”, o que segundo a Plataforma não garante o direito dos pais decidirem quando e de que forma o fazer.⁴³²

3.3.1 A União Europeia e a Diretiva (UE) 2019/1158 – Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida

A União Europeia em matéria de igualdade entre homens e mulheres apresentou célere e admirável desenvolvimento, mas desafios ainda se apresentam para concretização desse propósito, consistindo um deles no reconhecimento e na garantia de implementação de estratégias para a conciliação da vida profissional com a vida familiar.

Embora os tratados constitutivos e a legislação derivada da União Europeia protejam a igualdade entre homens e mulheres em todos os âmbitos e os Estados-Membros venham continuamente adaptando e transpondo essas disposições para o direito nacional, a realidade demonstra que ainda têm-se um caminho a trilhar para

⁴³⁰ SALDAÑA, Cristina. Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero. **El País**, Madrid, 1º jan. 2021. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5sqA8J2IGSwJ:https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴³¹ A Organização Mundial da Saúde recomenda a amamentação exclusiva durante os seis primeiros meses de vida. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. Resolution WHA54.2: Infant and young child nutrition. In: WORLD HEALTH ASSEMBLY, 54., 2001, Geneva. **Resolutions and decisions**. Geneva, 2001. p. 1-5. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/260183>>. Acesso em: 8 jun. 2021.)

⁴³² SALDAÑA, Cristina. Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de gênero. **El País**, Madrid, 1º jan. 2021. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5sqA8J2IGSwJ:https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

seu cumprimento e nesse andar, se tornou uma das importantes iniciativas legislativas a aprovação da Diretiva (EU) 2019/1158, conhecida como Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida –, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores, razão pela qual a Comissão Europeia compromete-se a velar pela sua transposição e correta aplicação pelos Estados-Membros, instando-os a irem além destas normas mínimas quando da revisão de suas políticas, além de fornecer orientação sobre a forma de como os sistemas fiscais e de prestações sociais nacionais podem impactar “nos incentivos ou desincentivos financeiros para as pessoas que são a segunda fonte de rendimento familiar”. E, ainda, a Comissão, no interior da sua própria administração, “promoverá o recurso equitativo a regimes de trabalho flexíveis para todos os trabalhadores, assegurando-se acompanhamento da matéria.”⁴³³

A Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida emerge de um movimento jurídico e político que se desenvolveu par e passo com o desenvolvimento econômico, político e social da União, porém foi mais especificamente a partir da aprovação da Diretiva 96/34/CE do Conselho, de 3 de junho de 1996, relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES70,⁴³⁴ que ações por incumprimento em face de alguns Estados-Membros, pela sua não transposição, foram intentadas, motivando alterações em legislações nacionais, pois alguns Estados-Membros, que já possuíam legislação em matéria de licença parental, decidiram melhorá-las a exemplo dos Países Baixos. Outros, onde a licença parental era inexistente ou limitada, anunciaram o calendário de harmonização com a diretiva (Irlanda, Luxemburgo e Reino Unido), enquanto a Itália editou uma lei sobre licença por maternidade, licença parental e horário de trabalho e a Áustria estabeleceu uma disposição conferindo aos pais em licença parental o direito de exercerem um

⁴³³ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 9.

⁴³⁴ Revogada pela Diretiva 2010/18/EU do Conselho de 8 de Março de 2010.

emprego temporário remunerado como forma de os ajudar a reintegrar o mundo do trabalho.⁴³⁵

Dando seguimento ao propósito, a Diretiva 2010/18/EU do Conselho, de 8 de março de 2010,⁴³⁶ que revogou a Diretiva 96/34/CE, diante da revisão total pelos parceiros sociais BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES, do Acordo-quadro de 1995 relativo à licença parental, dá aplicação ao novo Acordo-quadro, que além de estabelecer requisitos mínimos para melhorar a conciliação da vida profissional, privada e familiar dos trabalhadores com filhos e a igualdade entre homens e mulheres quanto às oportunidades no mercado de trabalho e ao tratamento no trabalho, estabeleceu a concessão da licença parental, pelo nascimento ou adoção de um filho, pelo período mínimo de quatro meses e devendo, em princípio, conferida em uma base não transferível (para incentivar uma maior igualdade entre os progenitores no gozo da licença, pelo menos um mês não poderia ser transferido). A diretiva em questão ainda previu a possibilidade de fixação pelos Estados-Membros de sanções em caso de descumprimento e de confiarem a parceiros sociais a aplicação da diretiva, mediante adoção de medidas necessárias para garantia dos resultados.⁴³⁷

A Diretiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho, já previa a licença maternidade obrigatória de, pelo menos, duas semanas, bem como a tomada de medidas necessárias para que as trabalhadoras referidas se beneficiassem de uma licença de maternidade de, pelo menos, 14 semanas consecutivas, com inclusão dos dez dias obrigatórios, a gozar antes e/ou depois do parto em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais. Estipulava também, a diretiva, que os Estados-Membros tomassem medidas necessárias para garantir a proibição de despedimento

⁴³⁵ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório anual da Comissão**: igualdade de oportunidades entre homens e mulheres na União Europeia: 1998. COM(1999) 106. Bruxelas, 5 mar. 1999. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0106:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

⁴³⁶ Revogada e substituída pela Diretiva 2019/1158/UE, de 20 de junho de 2019.

⁴³⁷ UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BUSINESSSEUROPE, a UEAPME, o CEEP e a CES... **EUR-Lex**, 2010. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32010L0018>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

entre a comunicação da gravidez e o término da licença de maternidade, com manutenção de uma remuneração e/ou benefício que garantisse um rendimento pelo menos equivalente ao que a trabalhadora em causa receberia no caso de uma suspensão da sua atividade por razões relacionadas com o seu estado de saúde, eventualmente dentro de um limite determinado pelas legislações nacionais.

Ainda há outras diretivas no âmbito da União, nos domínios da igualdade entre mulheres e homens e das condições de trabalho que também já abordavam algumas das questões que são importantes para a conciliação entre a vida profissional e a vida familiar, a saber, as Diretivas 2006/54/CE e 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e a Diretiva 97/81/CE do Conselho.

Contudo, medidas de promoção de partilha equitativa das responsabilidades de prestação de cuidados entre os progenitores continuavam sendo necessárias, o que levou a União Europeia, com vistas ao estabelecimento de normas mínimas em matéria de licença para assistência à família e regimes de trabalho flexíveis para os trabalhadores e sua harmonização pelos Estados-Membros, a aprovação da Diretiva 2019/1158/UE, de 20 de junho de 2019, a qual deverá ser transposta pelos Estados-Membros até 2 de agosto de 2022 e até 2 de agosto de 2024, no que diz respeito ao pagamento das duas últimas semanas do período mínimo de dois meses de licença parental.

A diretiva em questão inovou, estabelecendo uma regra europeia mínima de 10 dias de licença paternidade para os pais⁴³⁸ após o nascimento de um filho, que deve ser paga ao nível da compensação em caso de baixa por doença. Além disso, reforça o direito existente a quatro meses de licença parental, ao impor a não transferibilidade entre os progenitores de dois meses desse período e ao prever a compensação desses dois meses a um nível a ser determinado pelos Estados-Membros. Por último, mas não menos importante, as novas regras reforçam o direito de os progenitores solicitarem regimes de trabalho flexíveis.⁴³⁹

⁴³⁸ Em havendo reconhecimento pela legislação nacional, um segundo progenitor equivalente.

⁴³⁹ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores... **EUR-Lex**, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1158>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

A legislação acima referida faculta aos progenitores trabalhadores o gozo da licença parental até a criança ter oito anos de idade, bem como, que ao regressarem ao trabalho possam solicitar uma alteração temporária do horário laboral ou organização de trabalho, que comportará recusa do empregador somente com apresentação de justificação válida.

Tendo em vista que a maioria dos pais ainda não fazem uso do seu direito à licença parental ou transferem uma parte considerável do seu direito para as mães, a fim de incentivar os pais a gozar uma licença parental, a Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, embora mantendo o direito de cada progenitor ao mínimo de quatro meses de licença parental atualmente previsto na Diretiva 2010/18/UE, alarga de um para dois meses, no mínimo, o período de licença parental que não pode ser transferido de um progenitor para o outro. O objetivo de garantir que cada progenitor possa usufruir de, pelo menos, dois meses de licença parental em regime de exclusividade, sem possibilidade de transferência para o outro, é incentivar os pais a gozarem do seu direito a essa licença. Além disso, tal iniciativa da União promove e facilita a reintegração das mães no mercado de trabalho após terem beneficiado de um período de licença de maternidade e de licença parental.

Outros dois aspectos de suma importância estabelecidos pela Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida são, primeiro, que os Estados-Membros deverão fixar um valor de remuneração adequado durante a licença, similar ao das mães trabalhadoras, apresentando-se como regra mínima que o subsídio aplicável ao período mínimo de licença de paternidade seja, pelo menos, equivalente ao valor do subsídio de doença a nível nacional. Segundo que, visando atingir o objetivo de que os regimes de licenças adotados pela Diretiva, mantenham e promovam a continuidade do vínculo dos trabalhadores ao mercado de trabalho e a proteção dos seus direitos laborais ao fazerem uso da licença parental, deve-se ser resguardado o direito dos trabalhadores a retomarem o mesmo posto de trabalho ou um posto equivalente após terem gozado tal licença e o direito a não sofrer qualquer desvantagem nos termos e condições do seu contrato de trabalho ou da relação de trabalho, em resultado da sua licença.

Registre-se que, pela Diretiva em análise, o ônus da prova de que o despedimento não foi por motivos relacionados com o pedido de gozo ou pelo gozo,

pelo trabalhador, de licença de paternidade ou licença parental, como referido na presente diretiva, deverá recair no empregador, equiparando à licença maternidade.

Algumas considerações apresentadas pela Comissão Europeia por meio da Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, em 2020, respaldam os fundamentos que levaram a aprovação da Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, reforçando a importância da sua transposição pelos Estados-Membros. Primeiramente, devendo-se ser levado em conta que, embora a taxa de emprego das mulheres na União Europeia esteja em elevação contínua, ainda há obstáculos para que as mulheres ingressem e permaneçam no mercado de trabalho, como tenham oportunidade de nele exercer funções de comando e decisão, a exigir ações imediatas e precisas. Ademais, como os direitos e obrigações em matéria de responsabilidades familiares devem incumbir aos dois progenitores, a melhoria da conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos trabalhadores é uma das maneiras de corrigir as disparidades de Gênero no mercado de trabalho. E, não menos importante, tem-se a constatação de que a economia sofre forte e positivo impacto com o aumento da participação feminina no mercado de laboral, face à diminuição-de-obra e escassez de competências. Afinal, mulheres e homens, em toda a sua diversidade, devem partilhar equitativamente as responsabilidades familiares e financeiras para que possam usufruir de igualdade de oportunidades, terem vida próspera e serem economicamente independentes, receberem a mesma remuneração por trabalho de igual valor, como terem em igualdade de condições acesso a financiamento e a se beneficiarem de pensões justas.⁴⁴⁰

⁴⁴⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021. p. 8.

3.3.2 As boas práticas da União Europeia na aprovação e implementação da licença parental pela Diretiva (UE) 2019/1158 como inspiração para o Brasil

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira que garantiu a igualdade entre homens e mulheres em matéria de direitos trabalhistas, prevendo a proibição de descriminalização quanto ao salário, contudo foi o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, que trouxe a primeira previsão legal disciplinadora das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, proibindo o trabalho entre 22 horas e 5 horas, a remoção de pesos e o trabalho em subterrâneos e tido como perigoso e insalubres, quatro semanas antes e quatro depois do parto; bem como, garantindo repouso de duas semanas em caso de aborto e meia hora duas vezes por dia para amamentação, nos seis meses após o parto. O art. 1.º estabeleceu “sem distinção de sexo, a todo trabalho de igual valor corresponde salário igual.”

Somente em 1943 é que a licença maternidade foi prevista pela CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, pelo período de 84 dias, que por ser pago pelo empregador causava considerável restrição para as mulheres no mercado de laboral. “As décadas seguintes trouxeram um período de grandes conquistas para as mulheres em termos de liberdade e espaço profissional. Para garantir esse movimento, a Organização Internacional do Trabalho recomendava que os custos da licença maternidade passassem a ser pagos pela Previdência Social.”⁴⁴¹

Quando a Previdência Social passou a arcar com os custos da licença-maternidade outra frente de luta e reivindicação tomou corpo, a necessária estabilidade no emprego, pois mesmo com a transferência dos custos para o Estado, o empregador poderia dispensar as grávidas. Sedimentadas no contexto de conquistas que vinham ocorrendo em outros países mais desenvolvidos no tocante à temática, como pelos movimentos sociais e sindicais, a exemplo de alguns sindicatos paulistas que conseguiram aprovar normas coletivas que garantiam a estabilidade e

⁴⁴¹ LESSA, Daniele. Especial licença-maternidade 2: evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil. **Rádio Câmara**, [20--]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

a ampliação da licença,⁴⁴² edificaram-se as festejadas vitórias nesse campo, contempladas pela Constituição de 1988.

A licença-maternidade com duração de 120 dias e a licença-paternidade e de 5 dias, são direitos constitucionais dos trabalhadores, dispostos no art. 7.º inciso XVIII e XIX, respectivamente, da Constituição Federal. Conforme o art. 392, da CLT, tem a empregada o direito à licença-maternidade de 120 dias no setor privado, podendo chegar a 180 dias, se for empregada de empresa cadastrada no programa Empresa Cidadã ou funcionária do setor público, sem prejuízo do emprego e do salário, quando a legislação brasileira manteve a licença-paternidade de apenas cinco dias para o empregado, inicialmente estabelecida pelo art. 10, § 1º das Disposições Constitucionais transitórias, podendo chegar, em alguns casos, a 20 dias, quando a empresa integrar o programa Empresa Cidadã⁴⁴³ ou se for do setor público⁴⁴⁴.

A CLT, por seu art. 391, já previa não constituir justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se grávida. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias). Não há previsão sobre garantia de emprego com relação ao empregado durante ou em razão do gozo do curto período de licença-paternidade.

Não se olvida que a licença-paternidade garantida pela Constituição Federal é uma inovação, não só pelo histórico das cartas constitucionais brasileiras, mas também em nível internacional. A proteção visada pela norma constitucional que instituiu a licença-paternidade “diz respeito à tuteada da família, consagrada em outras passagens constitucionais, dada à inegável importância do nascimento da criança

⁴⁴² LESSA, Daniele. Especial licença-maternidade 2: evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil. **Rádio Câmara**, [20--]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

⁴⁴³ No setor público a licença-maternidade é custeada pela Previdência Social, enquanto a licença-paternidade não é um benefício previdenciário e assim, seus custos são do empregador. Contudo, quando qualquer uma das licenças for prorrogada por mais 60 ou 15 dias adicionais, respectivamente (Lei nº 11.770/2008, com redação dada pela Lei nº 13.257/2016), deve ser levado em conta que o governo federal renuncia a parte do imposto de renda a ser recolhido pelas Empresas Cidadã.

⁴⁴⁴ Os servidores públicos federais podem requerer a prorrogação da licença-paternidade por mais quinze dias conforme dispõe o Decreto nº 8.737, de 3 de maio de 2016.

para a unidade familiar,”⁴⁴⁵ permitindo que o pai tenha com o filho recém-nascido, mesmo por curtíssimo lapso temporal, maior convivência. O que se observa é que a licença-paternidade nos moldes apresentada teve como mote a proteção da criança e fortalecimento de vínculos afetivos entre ela e o genitor (que se estendeu para o pai adotivo), não encontrando embasamento na preocupação de compartilhamento de tarefas domésticas.

Assim, o Brasil se encontra à margem dos países de economia desenvolvida que apresentam legislação contempladora da promoção de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, mediante a responsabilização das tarefas domésticas e familiares por ambos os sexos, pela licença parental.⁴⁴⁶

Conforme a 5ª edição do relatório Mulheres, Empresas e o Direito 2018, do Banco Mundial, o Brasil apresentou pontos fortes para as mulheres, como o “fato de haver liberdade de movimento, direito à propriedade e à herança e capacidade jurídica sem limitações.” Não obstante se encontrar o Brasil acima da média da América Latina e Caribe, está bem abaixo da média dos 32 países de alta renda da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE.⁴⁴⁷

O relatório referido merece atenção quando são detectados fatores que ainda impedem a promoção de ambientes mais igualitários nas empresas e desfavorecem o empreendedorismo feminino, quais sejam: “a lei não prever licença parental, igualdade de remuneração para o trabalho masculino e feminino, trabalho

⁴⁴⁵ MALLET, Estevão; FAVA, Marcos. Art. 7º, XIX: licença-paternidade, nos fixados em lei. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 633-634.

⁴⁴⁶ Apenas a Suíça não concede a licença parental, que é assegurada nos seguintes países de economia desenvolvida: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia e Suécia. De acordo com estudo realizado pela OIT nas legislações em vigor em 2013 nos países filiados. (MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p. 13.)

⁴⁴⁷ BANCO Mundial apresenta relatório sobre mulheres e mercado de trabalho na FIRJAN. **Portal da Firjan**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://www.firjan.com.br/noticias/banco-mundial-apresenta-relatorio-sobre-mulheres-e-mercado-de-trabalho-na-firjan.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

dos pais em regime flexível e não haver lei que proíba a discriminação com base no Gênero ou no estado civil no acesso ao crédito.”⁴⁴⁸

O estudo *Mulheres, Empresas e o Direito 2019: uma Década de Reformas*, publicado pelo Banco Mundial, apresenta oito indicadores estruturados com base na forma em que as leis afetam as mulheres na medida em que elas iniciam, avançam e encerram suas carreiras: “Deslocando-se, Começando um Emprego, Recebendo Remuneração, Casando-se, Tornando-se Mãe, Empreendendo, Gerenciando Ativos e Recebendo Pensão.” A abordagem auxilia no alinhamento, por meio de dados, das diversas áreas da legislação e a tomada de decisões econômicas pelas mulheres nas etapas de suas vidas profissionais.⁴⁴⁹

Dessa forma, o indicador “Tornando-se Mãe” examina leis relativas à licença maternidade, paternidade e parental que podem influenciar as decisões econômicas das mulheres. Quando a lei prevê a licença-maternidade as mulheres são mais propensas a retornar ao trabalho. “Embora as evidências sobre o impacto das licenças paternidade e parental sejam mistas, a cobertura da licença parental estimulou as mulheres a voltarem ao trabalho no Reino Unido, nos Estados Unidos e no Japão (Waldfoegel, Higuchi e Abe, 1999).”⁴⁵⁰ O desempenho de cada país neste indicador pode servir de referência para impulsionamento das necessárias reformas legais, evitando-se o afastamento das mulheres do mercado de trabalho ao ter filhos.⁴⁵¹ No Brasil, metade das mulheres brasileiras fica desempregada um ano após

⁴⁴⁸ Segundo o relatório, mais de 50% da população brasileira é feminina e 43% da força de trabalho são compostas por mulheres. Porém, apenas 37,8% dos cargos gerenciais e 10,5% das cadeiras parlamentares são para esse público. A redução das diferenças entre Gêneros poderia avançar em 3,3% ou R\$ 383 bilhões o PIB do país.

⁴⁴⁹ BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁴⁵⁰ BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021. p. 7.

⁴⁵¹ BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021. p. 4.

ter filho, segundo uma pesquisa realizada pela Escola Brasileira de Economia e Finanças da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EPGE).⁴⁵²

A ausência de legislação garantidora de licença parental e regime flexível de trabalho para os pais no Brasil tem sido um obstáculo considerável na promoção da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, pois se um dos primeiros desafios é o ingresso no mercado de trabalho, esse por si só não é fator suficiente para assegurar tal desiderato, fazendo-se necessário também garantir condições iguais de permanência no mercado laboral, igualdade de remuneração e equilíbrio na assunção de cargos de direção, tanto nos setores privado e público, como na política.

A Convenção n. 156/1981, da OIT – Organização Internacional do Trabalho⁴⁵³, que entrou em vigor em 1985 e tratou do estabelecimento de medidas para garantia de igualdade de oportunidade para homens e mulheres e tratamento para trabalhadoras e trabalhadores com responsabilidades e encargos familiares, poderia ter influenciado de forma mais contundente na promoção da mencionada igualdade, tanto durante os trabalhos da Constituinte quanto posteriormente, quando da elaboração e promulgação de leis complementares e ordinárias. Contudo, a ratificação da Convenção pelo Brasil acabou não acontecendo, embora movimentos sociais e políticos tenham empreendido lutas para tanto, como, por exemplo, a mobilização de movimentos sindicais capitaneados pela CUT⁴⁵⁴ e da bancada

⁴⁵² OS PAÍSES com as maiores e as menores licenças-maternidade. **Época Negócios Online**, 13 maio 2018. Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/05/os-paises-com-maiores-e-menores-licencas-maternidade.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁴⁵³ As convenções Internacionais de Trabalho “são tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam”. A ratificação de uma convenção ou protocolo da OIT por qualquer um de seus 187 Estados-Membros é um ato soberano e implica sua incorporação total ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo do país em questão, tendo, portanto, um caráter vinculante. (NORMAS internacionais de trabalho. **Portal da Organização Internacional do Trabalho**, OIT Brasília, [2021]. Disponível em <<https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2021.)

⁴⁵⁴ A CUT- Central Única dos Trabalhadores – lançou uma cartilha em 2011 com objetivo de esclarecer e mobilizar a população sobre a importância da ratificação da Convenção 156 (CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Secretaria Nacional da Mulher Trabalhadora. **Convenção 156**: igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/acao/download/1224f88570c8c1ef19588ae005d0061b>>. Acesso em: 1º fev. 2021.). Houve também tentativa de aprovação para ratificação no Congresso Nacional, mas também sem êxito (CONVENÇÃO 156 da OIT vai à votação no Congresso Nacional. **Portal da Confederação Nacional dos Metalúrgicos**, 17 dez. 2009. Disponível em: <<https://www.cnmcut.org.br/conteudo/convencao-156-da-oit-vai-a-votacao-no-congresso-nacional>>. Acesso em: 1º fev. 2021.).

feminina no Congresso em 2015, quando esta promoveu debate e postulou a ratificação da Convenção, oportunidade que foi contextualizada a questão da baixa representatividade da mulher no Congresso Nacional.⁴⁵⁵ Essa constatação da bancada feminina nos leva a concluir que um dos fatores que dificultam o acesso das mulheres no mercado de trabalho e nos postos de decisão, inclusive naquela Casa, envolvem sua dupla jornada de trabalho e em consequência a sua menor participação no mercado de trabalho e na política.

A ratificação da Convenção 156 da OIT pelo Brasil teve por parte dos parlamentares da bancada patronal posicionamento contrário, o que bem demonstra que as articulações a respeito de soluções, como a licença parental, para que a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres se concretize, passam muito pelo debate sobre o financiamento e repercussões financeiras da concessão da licença e da corresponsabilidade do Estado sobre a questão:

[...] los sistemas de permisos parentales financiados mediante un seguro social o fondos públicos garantizan que la cobertura sea generalizada y los cambios debidos a las reformas sean mayoritarios, además de reducir la posible discriminación o situación de desventaja laboral de los trabajadores con responsabilidades familiares, al poner en común el riesgo.⁴⁵⁶

Por certo que os custos da implementação da licença parental é um dos grandes obstáculos para sua concretização. A preocupação da União com o não comprometimento do desenvolvimento das micro, pequenas e médias empresas, que representam a grande maioria das empresas nela existentes, apresenta-se latente no considerando 48, da Diretiva (UE) 2019/1158, ao prever que, nesse processo de implementação dos benefícios, dentre eles a licença parental, deverão as aludidas

⁴⁵⁵ PARLAMENTARES pedem ratificação da Convenção 156. **Portal do Senado Federal**, Procuradoria Especial da Mulher, 12 nov. 2015. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/parlamentares-pedem-ratificacao-da-convencao-156>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

⁴⁵⁶ Os sistemas de licença parental financiados através da segurança social ou de fundos públicos garantem que a cobertura é generalizada e que as alterações decorrentes das reformas são majoritárias, além de reduzir possíveis discriminações ou situação de desvantagem laboral dos trabalhadores com responsabilidades familiares, colocando em risco comum (CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019. p. 231. Tradução livre.).

empresas ser protegidas de excessivos encargos administrativos, financeiros e jurídicos.

A licença parental comporta uma variação de possibilidades, tanto no que respeita à extensão do período a ser usufruído e às formas de compartilhamento, quanto em relação ao *quantum* a ser pago, havendo também exemplos em que não há contrapartida financeira em parte ou durante toda a licença parental. Contudo, grande parte dos custos de implantação da licença parental nos países que a adotam e a remuneram, o pagamento do benefício fica a cargo Estado, pela Seguridade Social.⁴⁵⁷

Na Finlândia, são 105 dias úteis (18 semanas) de licença-maternidade e 54 dias úteis de licença-paternidade, ambos remunerados com 70% até o teto, mais 40% de um valor adicional e 25% de outro valor adicional, além da licença parental a ser custeada pela Seguridade Social, de 26 semanas (158 dias úteis) para mãe e pai com 70% de remuneração.⁴⁵⁸

Em Portugal, a licença-maternidade e a licença-paternidade fazem parte da licença parental, tudo a ser custeado pelo Instituto de Segurança Social. A licença parental inicial tem duração de 120 dias (100% da remuneração) ou 150 dias (80% da remuneração). Assim, a licença parental inicial partilhada corresponde a 150 dias (120+ 30), com 100% da remuneração ou 180 dias (150 + 30), com 83% da remuneração, devendo-se levar em conta que 6 semanas (pós-natal) são obrigatórias para as mães e 20 dias obrigatórios e mais 10 dias facultativos para os pais. Dessa forma, o que acontece muito comumente é que a mãe goza os primeiros 120 ou 150 dias e posteriormente o pai goza imediatamente os 30 dias consecutivos.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ Dentre países que tem a licença parental custeada pela Seguridade Social pode-se citar: Coréia do Sul, Austrália, Áustria, Bélgica, Bulgária, Canadá, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, França, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, República Tcheca e Suécia. (MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p. 18-24 e 39-40.)

⁴⁵⁸ MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p. 20 e 39-40.

⁴⁵⁹ PORTUGAL. Instituto de Segurança Social. **Guia prático**: subsídio parental. [S.l.], 21 maio 2021. Disponível em: <http://www.seg-social.pt/documents/10152/23362/3010_subsidio_parental/0bd0fafb-9e8d-4613-8bb4-xc7e5f1>. Acesso em: 1º fev. 2021.

Na Alemanha, a título de licença parental, oferecem-se 52 semanas de benefício, que são pagas em 67% do salário dos pais, sendo que a licença pode ser estender por mais dois anos, porém sem remuneração.⁴⁶⁰ A Alemanha também tem um sistema de bônus, o Partnerschaftsbonus (Bônus de parceria), pelo qual, quando ambos os pais reivindicam dois meses de benefícios, ambos recebem mais dois meses de licença remunerada, visando incentivar o pai a tirar a usufruir da licença.⁴⁶¹ Já na Noruega, a título de licença parental são ofertados aos pais até 101 semanas de licença remunerada, 10 semanas das quais são reservadas para cada pai. Nas primeiras 52 semanas, os pais podem ganhar entre 80% e 100% de seus salários, dependendo de quanto tempo eles ficarem fora. Na Noruega, somando-se todos os períodos (a licença à gestante, a licença de nascimento e o período compartilhado), a licença parental varia entre 49 (100% da remuneração de referência do beneficiado) ou 59 semanas (80% da remuneração de referência limitado a seis vezes o salário de benefício), a critério dos pais, o que influenciará no valor do benefício parental. Após o nascimento, dez semanas são obrigatoriamente concedidas à mãe e dez semanas ao pai. As restantes 26 ou 36 semanas podem ser usufruídas indistintamente, tanto pelo pai como pela mãe, mas não há nenhum sistema de bônus que estimule o uso igualitário do tempo pelos pais. Acordos coletivos podem prever que os empregadores paguem eventual diferença entre a remuneração e o benefício. Tanto na Alemanha quanto na Noruega a fonte do benefício é a Seguridade Social.⁴⁶²

Na América Latina e Caribe, temos apenas Chile e Cuba prevendo em sua legislação a licença parental, sendo que em ambos os custos são de responsabilidade da Previdência Social. No Chile, são 18 semanas de licença-maternidade, remuneradas com 100%, até o teto; 5 dias de licença-paternidade, remunerados com 100%; e, 12 semanas de licença parental, 100% remunerada até o teto, sendo 6 semanas reservadas para a mãe. Em Cuba, são 18 semanas de licença-maternidade,

⁴⁶⁰ MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p.18.

⁴⁶¹ GOMES, Karina. Alemanices: "bolsa-filho" e licença paternidade. **Portal DW**, Colunas, 22 set. 2017. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/2kXuv>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁴⁶² MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p. 44-46.

remuneradas com 100% e 39 semanas (para a mãe ou o pai) com remuneração de 60%, como licença parental.⁴⁶³

A licença parental vem constando da agenda internacional como uma das formas para as mulheres conciliarem o trabalho remunerado e as responsabilidades familiares, refletindo preocupações como desenvolvimento infantil, taxa de fecundidade, oferta de mão-de-obra, igualdade de Gênero e distribuição de renda.⁴⁶⁴ Assim, a partir dessas preocupações, e pelo histórico das licenças parentais pelo mundo, pode-se concluir que a licença parental apresenta como benefícios o aumento do período de amamentação e o envolvimento de ambos os pais no cuidado com os filhos, com impacto positivo no desenvolvimento físico, social e cognitivo da prole; e a promoção da igualdade de Gênero com a partilha de tarefas domésticas e familiares. Todavia, a concessão desse tipo de benefício a mães e pais trabalhadores, para que tenha adesão e produza efeitos positivos depende da disponibilização de condições financeiras à família, preferencialmente a ambos os pais enquanto houver o afastamento do trabalho por um ou ambos, quando a remuneração integral ou parcial nesse período é essencial.

Nessa senda, as iniciativas legislativas da União Europeia, em especial a Diretiva (EU) 2019/1158, denominada de Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, e políticas estabelecidas com vistas à sua implantação pela Comissão Europeia, com respaldo das demais instituições da União, apresentam-se como boas práticas⁴⁶⁵ hábeis a

⁴⁶³ MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021. p. 27.

⁴⁶⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Notas da OIT sobre trabalho e família 6: licenças e responsabilidades familiares**. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229658.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁴⁶⁵ Conceituada pelo Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa como “conjunto das técnicas, processos, procedimentos e atividades identificados, utilizados, comprovados e reconhecidos por diversas organizações, em determinada área do saber, como sendo os melhores quanto ao mérito, eficácia e sucesso alcançados pela sua aplicação na realização de uma tarefa”. (BOAS-PRÁTICAS. In: PORTO EDITORA. **Dicionário Infopédia da língua portuguesa**. Porto, 2003-2021. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/boas-praticas>>. Acesso em: 9 fev. 2021.)

O CLP – Centro de Liderança Pública entende que Boas Práticas, dentro do conceito de Políticas Públicas, as “atividades governamentais que devem necessariamente gerar resultados e alto impacto. Assim, elas devem ser replicáveis, consistentes, adaptáveis e com a facilidade de utilizar novos recursos e metodologias”. (LEITE, Natália Almeida. O que são boas práticas? **Portal Centro de Liderança Pública**, Notícias, 16 out. 2019. Disponível em: <<https://www.clp.org.br/cpt3-o-que-sao-boas-praticas/>>. Acesso em: 9 fev. 2021.)

gerar resultados de impacto positivo e perfeitamente replicáveis no Brasil, promovendo-se as devidas adaptações.

A Diretiva 2019/1158/UE é precursora de normas mínimas para a implantação da licença parental, privilegiando a proibição de “transferência” entre os genitores, de dois meses dos quatro meses de benefício, garantindo-se que cada um possa usufruir de, ao menos, dois meses de licença parental em regime de exclusividade, assim como possibilitando que ambos possam se beneficiar de regime de trabalho flexível, impulsionando e incentivando a reintegração das mães no mercado de trabalho após terem permanecido em licença pelo nascimento do filho.

Com objetivo de assegurar a integral transposição da Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, várias são as ações políticas e sociais adotadas pela União, dentre as quais as seguintes apresentam-se de grande valia para que mulheres e homens, em toda a sua diversidade, usufruam de igualdade de oportunidades, todas passíveis de serem incorporadas como boas práticas, observadas as devidas adequações: a) a utilização do Programa de Apoio às Reformas Estruturais para ajudar os Estados-Membros a integrarem a perspectiva de Gênero na administração pública; b) a elaboração de orientação aos Estados-Membros sobre a forma como os sistemas fiscais e de prestações sociais nacionais podem ter impacto nos incentivos ou desincentivos financeiros para as pessoas que são a segunda fonte de rendimento da família; c) apresentação de medidas vinculativas em matéria de transparência salarial, facilitando a detecção das disparidades e discriminações nos ambientes laborativos; e d) promoção, pela Comissão Europeia para a adoção junto ao Parlamento, de proposta de Diretiva relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres nos conselhos de administração das empresas.⁴⁶⁶

Considerando-se que o gozo da licença parental conduz, geralmente, a uma perda de rendimento familiar e que a pessoa da família que percebe maiores rendimentos, com vistas à manutenção de um nível de vida decente, só usufruirá da

⁴⁶⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

licença parental se for suficientemente bem remunerada, a Diretiva em questão também estabelece regramento mínimo acerca da necessidade de remuneração do benefício, determinando que os Estados-Membros fixem a um nível adequado a remuneração ou o subsídio do período mínimo de licença parental não transferível, de dois meses.

No Brasil, pode-se constar que há poucas propostas legislativas em tramitação que privilegiam a partilha de responsabilidades entre os progenitores, contemplando a licença parental, cenário que exsurge-se a Proposta de Emenda à Constituição nº 229, de 2019, de iniciativa e autoria da Senadora Eliziane Gama (CIDADANIA/MA), que altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. A proposição legislativa visa substituir a licença gestante pela licença parental compartilhada, com duração de cento e oitenta dias, aos genitores e àqueles que adotarem ou obtiverem a guarda judicial.

Nessa toada, a proposta de emenda constitucional referida, que ainda deve ser discutida e lapidada,⁴⁶⁷ se vislumbra promissora, contudo, sua aprovação tem longo caminho a trilhar, apresentando-se a Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida exemplo inspirador nessa trajetória, não só pela fundamentação que garantiu sua adoção, mas também pelo atual estágio de inserção do instituto da licença parental para igualdade de Gênero pelo Estados-Membros, pois grande parte dos seus ordenamentos jurídicos já o possuem, necessitando com a transposição da diretiva, apenas readequações.⁴⁶⁸ Afinal, o desenvolvimento do Direito da União andou par e passo com as conquistas legais, jurisprudenciais e de políticas em sede de igualdade de

⁴⁶⁷ A proposta de Emenda Constitucional, por exemplo, contempla 180 dias de gozo de licença parental a ser compartilhada pelos progenitores, incorporando a licença-maternidade de licença-paternidade, quando a Organização Mundial da Saúde recomenda a amamentação exclusiva durante os seis primeiros meses de vida. (WORLD HEALTH ORGANIZATION. Resolution WHA54.2: Infant and young child nutrition. In: WORLD HEALTH ASSEMBLY, 54., 2001, Geneva. **Resolutions and decisions**. Geneva, 2001. p. 1-5. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/260183>>. Acesso em: 8 jun. 2021.) Há possibilidade também, com a aprovação da Emenda constitucional, de lei ordinária vir a estipular regime flexível de trabalho e/ou outros direitos para melhor consecução da licença parental.

⁴⁶⁸ A Suíça não possui licença parental. O país apresenta perfil conservador e somente aprovou no referendo realizado em 27/09/2020 a licença-paternidade de duas semanas, com 60% dos votos, período era de no máximo dois dias.

Gênero no trabalho, levando os Estados-Membros não só pautados no direito nacional, mas também no direito comunitário que se desenvolveu desde o Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia, de 1957 - Tratado de Roma, a estabelecer mecanismos para se alcançar a igualdade de tratamento entre homens e mulheres no espaço laborativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo proposto, pode-se concluir, em apertada síntese, que a igualdade entre homens e mulheres, no Direito da União Europeia, teve seu nascimento na proteção concorrencial, embasada nos tratados fundacionais essencialmente de cunho econômico e seu desenvolvimento concomitante como os direitos sociais, em muito advieram do cerne da integração do mercado. Pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, a igualdade entre homens e mulheres teve seu reconhecimento como princípio e sua elevação à categoria de direito social fundamental. Por outro lado, a evolução dos tratados constitutivos e a CDFUE, por seu efeito jurídico vinculativo, concretizam juridicamente o princípio geral de igualdade e não-discriminação entre homens e mulheres em vários domínios. Além do mais, a efetivação desse princípio também encontra respaldo nas fontes normativas derivadas e nas Políticas Públicas da União.

Assim, o desenvolvimento do princípio e do direito de igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres, cuja semente fora lançada no Tratado de Roma (1957), e que, de forma semelhante aos direitos fundamentais, foi sendo tecida mediante relações de tensão entre a integração do mercado a nível comunitário e uma Europa social, é atualmente reconhecido como elemento fundamental de integração da União Europeia e paralelamente ao progresso econômico, apresenta-se com igual importância para a consolidação da dimensão social da União.

Neste cenário da evolução da integração europeia, o percurso da investigação sobre a constitucionalização dos tratados constitutivos da União Europeia nos conduz ao reconhecimento da complexidade que as suas interpretações apresentam, muito em razão de se assentar o Constitucionalismo da União na pluralidade de fontes constitucionais e no constante diálogo que se opera entre o Tribunal de Justiça e os tribunais constitucionais nacionais, de forma não hierarquizada e descentralizada com relação ao conteúdo. É o “Constitucionalismo Plural” nas palavras de Pires Maduro. Estes desafios à interpretação dos tratados são colocados à prova pelo TJUE, tanto é que esta elevada corte, que em muito se aproxima de um Tribunal Constitucional, diante da exigência da construção de uma ordem jurídica autônoma, tem optado por uma leitura constitucional do ordenamento

jurídico comunitário e pela aplicação de princípios gerais para se dirimir conflitos, dentre eles relacionados à proteção dos direitos fundamentais.

É nessa ebulição constitucional na União Europeia que a teoria da interconstitucionalidade emerge, convertendo-se as constituições dos Estados-Membros em instrumentos de uma hermenêutica jurídica europeia que busca articular o reconhecimento das identidades nacionais [política, econômica, linguística, cultural e social], contribuindo para a estruturação de uma identidade cultural europeia. Neste espaço constitucional cultural europeu, princípios estruturantes como o democrático e de respeito aos direitos fundamentais, de onde deriva o direito de igualdade entre homens e mulheres, são postulados pelo TJUE na interpretação dos tratados constitutivos. Esse modelo interpretativo constitucional único conduz e legitima a jurisprudência principialista e por vezes ativista, do TJUE, como também rege as políticas públicas desenvolvidas pela União, conforme demonstrado nos Capítulos 1 e 3 do presente estudo, o que nos permite afirmar que a teoria da interconstitucionalidade constitui importante mecanismo jurídico e político de promoção de justiça social em matéria de igualdade e Não Discriminação, bem como de impulsionamento do desenvolvimento e consolidação dos direitos de igualdade entre homens e mulheres.

Eis a resposta à primeira pergunta,⁴⁶⁹ confirmando-se a primeira hipótese.

A segunda hipótese proposta para o segundo questionamento⁴⁷⁰ também se confirma. O Constitucionalismo que se desenvolveu no Brasil, a partir da

⁴⁶⁹ No contexto do novel Constitucionalismo da União Europeia e da aplicação de sua teoria da interconstitucionalidade, o princípio de igualdade entre homens e mulheres, que teve seu nascedouro concomitantemente com o início da integração europeia, esta então de caráter eminentemente econômico, pode atualmente ser reconhecido como elemento fundamental, não só para o progresso econômico, mas também para a consolidação e autonomia da dimensão social da União?

⁴⁷⁰ Questionamento: O constitucionalismo que se desenvolveu no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, pode ser tido como marco inaugurador de aceleração e materialização de conquistas em matéria de igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres nos espaços políticos e sociais?

Hipótese: No Brasil, pelos movimentos sociais e políticos desencadeados pelas mulheres durante a Constituinte e pela entrada em vigor da Constituição de 1988, que incorporou os direitos de igualdade, houve um significativo avanço nas conquistas de igualdade pelas mulheres, persistindo porém o desafio de se ver concretizar a igualação de direitos entre homens e mulheres, mediante a efetivação da igualdade de oportunidades e Não Discriminação, tanto no exercício de mandatos e cargos públicos, como de postos de trabalho, inclusive no que se refere a ocupação de postos de

Constituição Federal de 1988, remete-nos a importantíssimas conquistas em sede de igualdade entre homens e mulheres, tanto no que se refere aos direitos civis e políticos quanto aos direitos sociais, possuindo destacado papel nesse processo os movimentos sociais desencadeados pelas mulheres durante a Constituinte, firmando-se o Constitucionalismo que se construiu, um divisor de águas na história política e jurídica do país, transpondo-o de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito.

Doravante outras desafiadoras lutas são travadas com vistas a solidificação da democracia e a superação do positivismo legalista, quando o papel do Constitucionalismo passou a ser questionado pelos intérpretes da Carta Constitucional de 1988. Nessa efervescência hermenêutica, uma nova perspectiva sobre o Direito Constitucional emerge, quando a proteção e a indisponibilidade dos direitos fundamentais apresentam seu caráter normativo substancial, reconfigurando-se a doutrina e a jurisprudência, mostrando-se o neoconstitucionalismo (principialista) e o garantismo como correntes teóricas interpretativas hábeis a enfrentar os desafios propostos, contribuindo para o processo de materialização dos direitos fundamentais e, conforme recorte proposto por esse estudo, do direito de igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres nos espaços políticos, sociais e laborais.

De outro vértice, de um breve cotejo dos primeiro e segundo capítulos se extrai que o TJUE, pelo seu papel na integração europeia, na constitucionalização dos tratados constitutivos, na adoção da teoria da interconstitucionalidade e tendo em conta sua jurisprudência principialista, e o STF, por meio da adoção, dentre outras, de duas teorias hermenêuticas do Constitucionalismo contemporâneo, o Constitucionalismo garantista e o Constitucionalismo principialista (também denominado neoconstitucionalismo) e os Ativismos Judiciais que todas essas leituras constitucionais podem promover, vêm, por ora, de forma positiva imprimindo crescentes conquistas em sede de igualdade e Não Discriminação de Gênero.

direção, apontando para necessidade da implementação de Políticas Públicas, com eventual adoção de Ações Afirmativas. De outra sorte, as teorias hermenêuticas – neoliberalismo e garantismo – e a produção jurisprudencial produzida a partir delas pelo STF têm contribuído para se alavancar os direitos de igualdade entre homens e mulheres.

Evidente que ambas as teorias – principialista e garantista - guardam interesse na concretização dos direitos fundamentais e especificamente, da igualdade entre homens e mulheres, insculpidos no texto constitucional brasileiro, pois a hermenêutica proposta por cada uma delas possibilita problematizar o histórico déficit democrático fundado na dominação política e cultural que vitimiza as mulheres no país. Contudo, o Constitucionalismo pós-moderno deve observar os limites entre direito, política e moral e as decisões judiciais devem guardar respeito às decisões políticas tomadas em consonância com o sistema de garantias constitucionais, o que permite afirmar que, na perspectiva traçada pelo Estado Democrático de Direito, o garantismo apresenta-se como a teoria hermenêutica que preza pela autonomia do direito e que não se confunde com a discricionariedade judicial levada pela ponderação.

Além do mais, ainda que haja algum risco de surgimento de decisões decorrentes da aplicação do garantismo que impliquem em ampliação da autoridade judicial, ou seja, da ocorrência de Ativismo, se poderá pela constitucionalidade que vincula o Estado Democrático de Direito, como pela autonomia dos direitos fundamentais em face do poder público, se demover eventual arbítrio, salvaguardando-se o equilíbrio do sistema democrático.

Portanto, ao se cotejar o Constitucionalismo neoconstitucionalista como o garantista, exsurge-se que àquele é atribuída certa banalização dos princípios e o enfraquecimento das regras, atingindo eventualmente patamares de Ativismo indesejáveis, enquanto este, apresentando maior compatibilidade com o Estado de direito e a democracia constitucional, não prescinde dos valores, mas atém-se ao reforço do positivismo. Nessa senda e considerando que o direito não se constitui só de princípios, mas não se reduz à regra, entre o Constitucionalismo principialista (neoconstitucionalismo) e Constitucionalismo garantista, *mutatis mutandis*, este guarda maior similitude como o Constitucionalismo principialista imprimido pelo TJUE e compatibilidade com a Teoria da interconstitucionalidade.

Por fim, a teoria da interconstitucionalidade também se preocupa com a intergovernabilidade, traduzindo-se inclusive em uma teoria de interculturalidade constitucional, que conduz a inserção de conteúdos comunicativos ensejadores da

estruturação de comunidades, no rumo de uma constituição cultural. Nesse trilho é que o Terceiro Capítulo apresentou as políticas e os instrumentos legais adotados pela União, demonstrando que a Comissão Europeia, no propósito de construção de um mundo melhor para as mulheres e as meninas e de alavancar a economia, vem além da proposição de legislação, cumprindo decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, no domínio de igualdade entre homens e mulheres e Não Discriminação, motivando os Estados-Membros e os parceiros sociais a adotarem medidas concretas para combater as desigualdades. As políticas adotadas pela União Europeia que envolvem a defesa da igualdade de Gênero se encontram estruturadas pela utilização do princípio transversal, seja pelo viés da interseccionalidade, seja do *mainstreaming*.

Partindo-se do princípio do salário igual por trabalho igual, consagrado no Tratado de Roma, é que a União Europeia constrói a nova estratégia para as questões de Gênero. Para a Comissão Europeia, a materialização plena do potencial da União está atrelada à inclusão de toda diversidade de atores, nas empresas, na política e na sociedade como um todo. Destarte, as ações desenvolvidas têm foco direcionado para os domínios em que a União Europeia contabiliza maiores disparidades de Gênero, dentre elas, a menor participação da mulher no mercado de trabalho, a desigualdade salarial e a sub-representação das mulheres no processo de tomada de decisões econômicas e na política, apresentando-se a transparência salarial, o ensino e a formação profissionais e a divisão de tarefas domésticas e cuidados com os familiares, eficientes instrumentais de enfrentamento dessas desigualdades.

Dentre muitas das políticas da União, um importante plano de igualdade de Gênero é proposto, mediante a implementação de uma economia ao serviço das pessoas, que conciliará o social com o mercado, mediante a aplicação da Diretiva (UE) 2019/1158 - Diretiva Equilíbrio entre Vida Profissional e Vida Familiar, propondo-se uma melhor partilha equitativa de responsabilidades e tarefas domésticas entre homens e mulheres, possibilitando que essas integrem o mercado de trabalho e assumam postos de decisão. A diretiva fixa requisitos mínimos, facultando aos Estados-Membros a introdução ou a manutenção de disposições mais favoráveis aos trabalhadores e trabalhadoras, não autorizando, porém, um dos progenitores a transferir para o outro mais de dois dos quatro meses de licença parental. Nessa

senda é que a Diretiva (UE) 2019/1158 e as ações que garantem sua implementação, em especial o acolhimento do instituto da licença parental, se apresentam como boas práticas a inspirar o Brasil, plenamente replicáveis, observando-se as devidas adequações, o que confirma a terceira hipótese⁴⁷¹.

Considerando-se que o cenário exposto no presente estudo, inclusive com base nas estatísticas compiladas, está a evidenciar que a União Europeia, por seus tratados constitutivos, seu direito derivado, sua jurisprudência e suas políticas, a colocam, bem como seus Estados-Membros, em posição muito mais próxima da consolidação dos direitos de igualdade pelas mulheres que países em desenvolvimento como o Brasil, surge a necessidade desafiadora de que este estabeleça ou aperfeiçoe mecanismos que venham a colmatar as disparidades de Gênero.

Vital, pois, que o Brasil inclua na sua agenda política debate sobre as necessárias mudanças constitucionais⁴⁷² e/ou legislativas, como a formulação de Políticas Públicas eficazes para a transformação dessa realidade, inclusive voltadas para conscientização e mobilização social, com vistas ao reconhecimento de que, para se alcançar a plena igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, faz-se mister alterar os papéis sociais tradicionalmente desempenhados, tanto pelos homens como pelas mulheres, nos espaços privados e públicos.

Impende registrar que a pesquisa sobre a igualdade entre homens e mulheres, como princípio e direito, contextualizada em comunidades políticas que

⁴⁷¹ A União Europeia possui amplo e complexo acervo de normas no que dizem respeito ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, como especificamente à igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no mercado laboral. Em atenção à proteção dispensada pelos tratados constitutivos, ênfase pode ser dada às diretivas, além da rica jurisprudência do TJUE nesse âmbito, esta desenvolvida com supedâneo no princípio do respeito aos direitos fundamentais, sem prejuízo, ainda, das políticas e ações desenvolvidas pela União em sede de igualdade de Gênero. Por intermédio desse arcabouço jurídico e político é possível identificar elementos e ações de vanguarda, como a Diretiva (UE) 2019/1158 – Diretiva Equilíbrio Trabalho-Vida, relativa ao equacionamento e partilha das responsabilidades familiares, a ensejar debates e encorajar tomada de iniciativas nesse âmbito, no Brasil.

⁴⁷² Tramita no Congresso Nacional a PEC - Proposta de Emenda à Constituição nº 229, de 2019, que altera a Constituição Federal para dispor sobre a licença parental compartilhada (BRASIL. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição n. 229, de 2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. **Portal do Senado Federal**, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140271>>. Acesso em: 8 jun. 2021.).

possuem jurisdição própria para o Constitucionalismo – União Europeia e Brasil, tema de amplitude e complexidade, que apresenta vasto material bibliográfico a respeito, teve como norte as lições das aulas ministradas e os estudos correlacionados realizados durante o Mestrado em Direito da União Europeia, da Escola de Direito da Universidade do Minho (UMinho) – Portugal e o Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí (Univali), e a valorosa orientação das Professoras Orientadoras da Dissertação de ambas as Universidades.

Destaca-se, por fim, que o presente estudo foi realizado com objetivo de promover reflexão acerca da hermenêutica constitucional a partir das teorias da interconstitucionalidade (adotada na União Europeia) e neoconstitucionalista e garantista (adotadas no Brasil), como dos impactos de toda essa produção interpretativa na concretização do princípio de igualdade e Não Discriminação entre homens e mulheres na União Europeia e no Brasil, com vistas, ainda, à ampliação dos debates sobre Políticas Públicas promovedoras do direito de igualdade ora versado, sem intuito de esgotar, mas com propósito de estimular o prosseguimento de novas pesquisas sobre o tema.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

2019 SDG gender index. **Equal Measures 2030 Website**, Data Hub, 2019. Disponível em: <<https://data.em2030.org/em2030-sdg-gender-index/>>. Acesso em: 19 fev. 2021.

A PARTICIPAÇÃO popular na Assembleia Nacional Constituinte. **Jornal da Constituinte**, Brasília, p. 1, 29 out. a 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/Jornal-Constituinte.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito, 2011. v. 3.

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Pesquisa avalia presença de mulheres em seleção para magistratura. **Portal do Conselho Nacional de Justiça**, 18 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-avalia-presenca-de-mulheres-em-selecao-para-magistratura/>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. **Segundo inquérito sobre minorias e discriminação na União Europeia**: ciganos: resultados selecionados. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2018. Disponível em: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-eu-minorities-survey-roma-selected-findings_pt.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2020.

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. “Lobby do batom”: uma mobilização por direitos das mulheres. **Revista Trilhas da História**, Três Lagoas, v. 3, n. 5, p. 72-85, jul.-dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/444>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

AS MULHERES no Parlamento Europeu (infográficos). **Portal Atualidade Parlamento Europeu**, 27 set. 2019. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20190226STO28804/as-mulheres-no-parlamento-europeu-infograficos>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira**. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2001.

BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de (Orgs.). **A sociedade no Parlamento**: imagens da Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1506?_ga=2.124846090.1089889646.1594752125-676745947.1592850299>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BANCADA Feminina. **Portal da Câmara dos Deputados**, 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/copy_of_index.html>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BANCO Mundial apresenta relatório sobre mulheres e mercado de trabalho na FIRJAN. **Portal da Firjan**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://www.firjan.com.br/noticias/banco-mundial-apresenta-relatorio-sobre-mulheres-e-mercado-de-trabalho-na-firjan.htm>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

BANCO MUNDIAL. **Mulheres, empresas e o direito 2019**. Washington, 2019. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/452081564753722018/WBL-DECADE-OF-REFORM-2019-Portuguese-WEB.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 3 ago. 2020.

BASILE, Juliano. STF tem ativismo sem paralelo, diz J. J. Gomes Canotilho. **Jusbrasil**, 4 nov. 2009. Disponível em: <<https://direito-publico.jusbrasil.com.br/noticias/1994012/stf-tem-ativismo-sem-paralelo-diz-j-j-gomes-canotilho>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Europa: uma aventura inacabada**. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. Título original: Europe: an unfinished adventure.

BOAS-PRÁTICAS. In: PORTO EDITORA. **Dicionário Infopédia da língua portuguesa**. Porto, 2003-2021. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/boas-praticas>>. Acesso em: 9 fev. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. Título original: Stato, governo, società: frammenti di un dizionario politico.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de: Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017. Título original: Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 5. ed. Brasília: OAB, 2004.

BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Ata da 12ª reunião ordinária. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte**, supl. B, p. 286-311, 27 jan. 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/COMSist12ord27011988.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Assembléia Nacional Constituinte. **Emendas populares**. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, jan. 1988. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-258.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação. Escrevendo a História: Mulher Constituinte. **Entrega da Carta das Mulheres na sessão de 16 de março de 1987**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/mulher-constituente/carta-das-mulheres-1>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Portal da Legislação**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jun. 2019.

_____. Decreto n. 8.737, de 3 de maio de 2016. Institui o Programa de Prorrogação da Licença-Paternidade para os servidores regidos pela Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Portal da Legislação**, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8737.htm>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Portal da Câmara dos Deputados**, 2008. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11770-9-setembro-2008-580284-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Lei n. 7.353, de 29 de agosto de 1985. Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM e dá outras providências. **Portal da Legislação**, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7353.htm>. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. **Carta das mulheres aos constituintes**. Brasília, [1987]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição n. 229, de 2019. Altera o inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal e revoga o inciso XIX da Constituição Federal e o § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para dispor sobre a licença parental compartilhada. **Portal do Senado Federal**, Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140271>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tema com repercussão geral n. 778. Possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente. Leading case: RE 845.779. Relator: Min. Roberto Barroso. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4657292&numeroProcesso=845779&classeProcesso=RE&numeroTema=778>>. Acesso em: 26 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 / DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 20 abr. 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132 / RJ. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 14 out. 2011. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Estatísticas eleitorais. **Portal do Tribunal Superior Eleitoral**, 2020. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRZEZINSKI, Bartosz. EU gender action plan II: how EU delegation contribute to gender equality worldwide. **Capacity4dev Website**, 17 Apr. 2019. Disponível em: <<https://europa.eu/capacity4dev/articles/eu-gender-action-plan-ii-how-eu-delegations-contribute-gender-equality-worldwide>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

CADEMARTORI, Sergio. Controle da administração e legitimidade judicial garantista. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José de et al. (Orgs.). **Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Ed. Coimbra, 2008.

CALDERÓN PATIER, Carmen. Políticas fiscales e igualdad de género. In: _____; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres: tempos de soluciones**. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Brançosos**” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. Os métodos do achamento político. In: _____ et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, Mariana. Art. 21.º: não discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____ (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Art. 533: nível de Proteção. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUFE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e de políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação. In: SILVEIRA, Alessandra; _____; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016.

CASTELLANOS SERRANO, Cristina. Una reforma del sistema de permisos parentales liderada por mujeres. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres**: tempos de soluciones. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. Secretaria Nacional da Mulher Trabalhadora. **Convenção 156**: igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/acao/download/1224f88570c8c1ef19588ae005d0061b>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

ČIHÁK, Martin; SAHAY, Ratna. Mulheres nas finanças: um argumento econômico para a igualdade de gênero. **International Monetary Fund Website**, Opiniões e Comentários, 19 set. 2018. Disponível em: <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2018/09/19/blog-women-in-finance>>. Acesso em: 7 ago. 2020.

COELHO, João Gilberto Lucas; OLIVEIRA, Antonio Carlos Nantes de. **A nova constituição**: avaliação do texto e perfil dos constituintes. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

COM SETE senadoras eleitas, bancada feminina no Senado não cresce. **Senado Notícias**, 8 out. 2018. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/10/08/com-sete-senadoras-eleitas-bancada-feminina-no-senado-nao-cresce>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório anual da Comissão: igualdade de oportunidades entre homens e mulheres na União Europeia**: 1998. COM(1999) 106. Bruxelas, 5 mar. 1999. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1999:0106:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comissários: Colégio (2019-2024). Portal da Comissão Europeia**, [2021]. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024_pt>. Acesso em: 4 jan. 2021.

_____. Comunicação COM(96) 67 final. Integrar a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres no conjunto das políticas e das acções comunitárias. **EUR-Lex**, 21 fev. 1996. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10921>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

_____. Comunicação COM(2020) 152 final. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: uma União da igualdade: estratégia para a igualdade de gênero 2020-2025. **Publications Office of the European Union**, Bruxelas, 5 mar. 2020. Disponível em <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4ed128c0-5ec5-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-pt>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

_____. Declaração da Comissão Europeia por ocasião do Dia Internacional da Mulher de 2019. Bruxelas, 7 mar. 2019. **Portal da Comissão Europeia**, Espaço da imprensa, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/STATEMENT_19_1494>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. **Guia de avaliação do impacto em função do gênero**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1999. Disponível em: <<https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/91d046cb-7a57-4092-b5d3-e4fd68097bb2>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

_____. Uma Europa igualitária: a Comissão Europeia bate-se pelos direitos das mulheres neste momento conturbado. Bruxelas, 20 nov. 2017. **Portal da Comissão Europeia**, Comunicado de imprensa, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_4711>. Acesso em: 28 jan. 2020.

CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE A MULHER, 4., 1995, Pequim. **Declaração e plataforma de ação**. Pequim, 1995. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção do Conselho da Europa para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica**. Istambul, 11 maio 2011. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168046253d>>. Acesso em: 7 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão de Planejamento Estratégico. **Cenários de gênero**. Brasília, [2018]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622_CEN%C3%81RIOS_DE_G%C3%80NERO_v.FINAL_2.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

CONSTITUINTE confirma presença dos senadores eleitos em 1982. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 3, 3 fev. 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/111812>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CONTRIBUIÇÃO patronal sobre salário-maternidade é inconstitucional. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Notícias STF, 6 ago. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449079&ori=1>>. Acesso em: 22 out. 2020.

CONVENÇÃO 156 da OIT vai à votação no Congresso Nacional. **Portal da Confederação Nacional dos Metalúrgicos**, 17 dez. 2009. Disponível em: <<https://www.cnmcut.org.br/conteudo/convencao-156-da-oit-vai-a-votacao-no-congresso-nacional>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Novo direito constitucional europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.

DAHLERUP, Drude. Quota. **International IDEA Website**, Gender Quota Database, 2009. Disponível em: <<https://www.idea.int/data-tools/data/gender-quotas/quotas>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

DEMARCHI, Clóvis; VANDRESEN, Thaís. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo: aplicabilidade da teoria ao ordenamento constitucional brasileiro. **Revista Científica Direitos Culturais**, v. 9, n. 19, p. 46-62, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tcche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1494>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR. **Quem foi quem na Constituinte**: nas questões de interesse dos trabalhadores. São Paulo: Cortez, 1988. Disponível em: <<https://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/category/32-quem-foi-quem-na-constituente-nas-questoes-de-interesse-do-trabalhadores-1988>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

EMPREGO: estatísticas anuais. **Portal Eurostat**, 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Employment_-_annual_statistics/pt>. Acesso em: 14 nov. 2020.

EUROBAROMETER. **Gender equality 2017**: gender equality, stereotypes, and women in politics: summary report. Special Eurobarometer 465. [S.l.], 2017. Disponível em: <<https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2154>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. **2019 report on equality between women and men in the EU**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. Disponível em: <https://cld.pt/dl/download/184867e9-f0a1-404a-8a7b-38b86fbcdaab/annual_report_ge_2019_en_1.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2020.

_____. Creative Europe: supporting Europe's cultural and creative sectors. **European Commission Website**, 2021. Disponível em <https://ec.europa.eu/programmes/creative-europe/node_en>. Acesso em: 4 jan. 2021.

EUROPEAN NETWORK AGAINST RACISM. **Shadow report: racism and discrimination in employment in Europe 2013-2017**. Brussels, 2017. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/migrant-integration/librarydoc/enar-shadow-report-racism-discrimination-in-employment-in-europe-2013-2017>>. Acesso em: 17 nov. 2020.

EXPOSIÇÃO no Senado Federal destaca a participação popular. **Jornal da Constituinte**, Brasília, p. 1, 29 out. a 8 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/Jornal-Constituinte.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FACHIN, Luiz Edson; GODOY, Miguel Gualano de. A partir da constituição dirigente de J. J. Gomes Canotilho. In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERNÁNDEZ CORNEJO, José Andrés; ESCOT MANGAS, Lorenzo; CÁCERES RUIZ, Juan Ignacio. La corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos y su efecto positivo sobre la carrera profesional de sus parejas. In: CALDERÓN PARTIER, Carmen; MATEOS CABO, Ruth (Dirs.). **Barreras e impulsores del desarrollo profesional de las mujeres: tempos de soluciones**. Valencia: Tirantes Humanidades, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del diritto e dela democrazia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FLEISCHER, David. Um perfil sócio-econômico, político e ideológico da Assembleia Constituinte de 1987. In: ENCONTRO ANNUAL DA ANPOCS, 11., 1987, Águas de São Pedro. **Anais...** Águas de São Pedro, 1987. Disponível em: <<http://anpocs.com/index.php/encontros/papers/11-encontro-anual-da-anpocs/gt-12/gt02-11/6344-davidfleischer-perfil/file>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FROUFE, Pedro Madeira. Notas de uma primeira leitura... In: SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa: versão consolidada**. Colaboração de Pedro Madeira Froufe. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2016.

FURTADO, Daniela; PAMPLONA, Danielle Anne. A última constituinte brasileira, as bravas mulheres e suas conquistas. In: SILVA, Chistine Oliveira Peter de; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; FACHIN, Melina Girardi (Coords.). **Constitucionalismo feminista**. Salvador: JusPodivm, 2018.

GANDRA, Alana. IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior. **Agência Brasil**, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior>>. Acesso em 19: fev. 2021.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Karina. Alemanices: "bolsa-filho" e licença paternidade. **Portal DW**, Colunas, 22 set. 2017. Disponível em: <<https://p.dw.com/p/2kXuv>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

GUEDES, Néviton. Professor Canotilho e sua constituição dirigente. **Consultor Jurídico**, 12 nov. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-12/constituicao-poder-professor-canotilho-constituicao-dirigente>>. Acesso em: 3 ago. 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Tradução de: Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúion Melo. São Paulo. Unesp, 2012. 2 v. Título original: Zur Varfassung Europas: ein essay.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas de gênero**: indicadores sociais das mulheres no Brasil: notas técnicas. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_notas_tecnicas.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. Monthly ranking of women in national parliaments. **IPU Parline Website**, 2020. Disponível em: <<https://data.ipu.org/women-ranking?month=6&year=2020>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

LEITE, Natália Almeida. O que são boas práticas? **Portal Centro de Liderança Pública**, Notícias, 16 out. 2019. Disponível em: <<https://www.clp.org.br/cpt3-o-que-sao-boas-praticas/>>. Acesso em: 9 fev. 2021.

LESSA, Daniele. Especial licença-maternidade 2: evolução das leis e costumes sobre licença-maternidade no Brasil. **Rádio Câmara**, [20--]. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/radio/programas/293878-especial-licenca-maternidade-2-evolucao-das-leis-e-costumes-sobre-licenca-maternidade-no-brasil-0602/>>. Acesso em: 2 fev. 2021.

LIMA, Daniela. Uma luta pela igualdade. **Correio Brasiliense**, Brasília, 28 out. 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Artigo%20CB%20Mulheres%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

LOPES, Dulce. Art. 8.º do TFUE. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012.

MALISKA, Marcos Augusto. Art. 1º, I: princípio da soberania. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALLET, Estevão; FAVA, Marcos. Art. 7º, XIX: licença-paternidade, nos fixados em lei. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARCELINO, Daniel; BRAGA, Sérgio; DOMINGOS, Luiz. Parlamentares na Constituinte de 1987/88: uma contribuição à solução do “enigma do Centrão”. **Revista Política Hoje**, v. 18, n. 2, p. 239-279, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3844>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MARCON, Chimelly Louise de Resenes. **Já que viver é [ser e] ser livre**: a devida diligência como standard de proteção dos direitos humanos das mulheres a uma vida sem violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MELO, Cláudia Virgínia Brito de. **Proteção à maternidade e licença parental no mundo**. Brasília: Câmara dos Deputados, jul. 2019. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/38219>>. Acesso em: 4 fev. 2021.

MIRANDA, Cynthia Mara. **Integração de políticas de gênero no Estado**: Brasil e Canadá em perspectiva comparada. 2012. 245 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais)—Centro de Estudos e Pós-Graduação sobre as Américas, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11148/1/2012_CynthiaMaraMiranda.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

NÃO discriminação (princípio de). **EUR-Lex**, Glossário das sínteses, [2021]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html>. Acesso em: 7 abr. 2021.

NICKNICH, Mônica. **Direito, trabalho e mulher**: diálogos com o princípio da fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NORMAS internacionais de trabalho. **Portal da Organização Internacional do Trabalho**, OIT Brasília, [2021]. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

NOVO relatório da ONU Mulheres apresenta diagnóstico sobre arranjos familiares no mundo e recomendações para agenda política para acabar com a desigualdade de gênero nas famílias. **Portal ONU Mulheres Brasil**, 25 jun. 2019. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/novo-relatorio-da-onu-mulheres-apresenta-uma-agenda-politica-para-acabar-com-a-desigualdade-de-genero-nas-familias/>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

NUNES, Francisco Pizzetti; PILATI, José Isaac. O constitucionalismo sob o viés da pós-modernidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 181-197, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/24065>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

OIT: participação das mulheres no mercado de trabalho ainda é menor que dos homens. **Portal Nações Unidas do Brasil**, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oit-participacao-das-mulheres-nomercado-de-trabalho-ainda-e-menor-que-dos-homens/>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização**: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela constituição federal. 2011. 268 f. Tese (Doutorado em Direito, Política e Sociedade)—Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/94761>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ONU MUJERES. **El progreso de las mujeres en el mundo 2019-2020**: familias en un mundo cambiante: resumen. New York, 2019. Disponível em: <<https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Progress-of-the-worlds-women-2019-2020-Executive-summary-es.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Tradução de: Centro de Informações das Nações Unidas para o Brasil. [S.l.], 11 fev. 2016. Título original: Transforming our world: the 2030 agenda for sustainable development. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Notas da OIT sobre trabalho e família 6**: licenças e responsabilidades familiares. [S.l.], 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_229658.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

OS PAÍSES com as maiores e as menores licenças-maternidade. **Época Negócios Online**, 13 maio 2018. Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2018/05/os-paises-com-maiores-e-menores-licencas-maternidade.html>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

PARLAMENTARES pedem ratificação da Convenção 156. **Portal do Senado Federal**, Procuradoria Especial da Mulher, 12 nov. 2015. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/parlamentares-pedem-ratificacao-da-convencao-156>>. Acesso em: 1º fev. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PERISSÉ, Camille; MARLI, Mônica. Idosos indicam caminhos para uma melhor idade. **Agência IBGE Notícias**, 19 mar. 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade>>. Acesso em: 13 ago. 2020.

PIFFER, Carla; DIAS, Bruno Smolarek. Constitucionalismo europeu e a good governance dos fluxos migratórios na União Europeia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manuel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Coords.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Itajaí: Univali, 2017. (Coleção Principiologia Constitucional e Política do Direito, t. 3). Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 8 jun. 2021.

PIMENTA, Fabrícia Faleiros. **Políticas feministas e os feminismos na política**: o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (1985-2005). 2010. 312 f. Tese (Doutorado em História)—Departamento de História, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8424>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

PINTO, Ricardo Leite. Art. 20.º: igualdade perante a lei. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada**. Coimbra: Almedina, 2013.

PINZANI, Alessandro. Apresentação à edição brasileira. In: HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. Tradução de: Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. 2 v. Título original: Zur Varfassung Europas: ein essay.

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao direito constitucional europeu**: seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997.

POIARES MADURO, Miguel. **A constituição plural**: constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Princípia, 2006.

_____. A crise existencial da Constituição Europeia. **FDNUL Working Papers**, n. 2, 1999.

PORTUGAL. Instituto de Segurança Social. **Guia prático**: subsídio parental. [S.l.], 21 maio 2021. Disponível em: <http://www.seg-social.pt/documents/10152/23362/3010_subsidio_parental/0bd0fafb-9e8d-4613-8bb4-xc7e5f1>. Acesso em: 1º fev. 2021.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Igualdade de género e direito comunitário: notas breves. **ex aequo**, n. 10, p. 51-60, 2004. Disponível em: <<https://exaequo.apem-estudos.org/files/2018-03/artigo-04-maria-r.-ramalho.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2021.

ROBERTO Campos ataca a nova Carta. **Jornal da Tarde**, Caderno Política, p. 3, 24 set. 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/104025/1988_23%20a%2030%20de%20Setembro_%20037a.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 24 mar. 2020.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 33, n. 131, p. 283-295, jul./set. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176462>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

SALDAÑA, Cristina. Espanha equipara licença paternidade e maternidade, e avança na igualdade de género. **El País**, Madrid, 1º jan. 2021. Disponível em: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5sqA8J2IGSwJ:https://brasil.elpais.com/internacional/2021-01-01/espanha-equipara-licenca-paternidade-e-maternidade-e-avanca-na-igualdade-de-genero.html+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. [S.l.: 20--]. Disponível em: <http://cpu007782.ba.gov.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf>. Acesso em: 21 out. 2020.

SCHONARD, Martina. Igualdade entre homens e mulheres. **Portal do Parlamento Europeu**, Fichas técnicas sobre a União Europeia, nov. 2020. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/59/igualdade-entre-homens-e-mulheres>>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SCHOUTEN, Maria Johanna. Instituto Europeu para a Igualdade de Género (EIGE). In: ABREU, Joana Covelo de; REIS, Lilian (Coords.). **Instituições, órgãos e organismos da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2020.

SILVA, Danielle Rodrigues. A bancada feminina na Constituinte (1987-1991): apontamentos do contexto sócio-político e da socialização política de mulheres para pensar a atual bancada feminina na Câmara Federal brasileira (2011-2012). **Portal da Compolítica**, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2013/05/GT-06-Cultura-poli%CC%81tica-comportamento-e-opinia%CC%83o-pu%CC%81blica-Danielle-Rodrigues.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SILVA, Pedro Adão e et al. **Trabalho e desigualdades no grande confinamento**. Lisboa: CoLaBOR, 2020. (Estudos CoLaBOR, n. 2). Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/1587201391664_Estudos_CoLABOR_2.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

SILVEIRA, Alessandra. A transição possível: do Tratado Constitucional ao Tratado Reformador. In: _____. **Tratado de Lisboa**: versão consolidada. Colaboração de: Pedro Madeira Froufe. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2016.

_____. Artigo 51.º: âmbito de aplicação. In: _____. CANOTILHO, Mariana. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**: comentada. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Comunidade política Europeia e razão pública: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem? In: PINTO, Hélio Pinheiro et al. (Coords.). **Constituição, direitos fundamentais e política**: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum. 2017.

_____. Igualdade de oportunidades e não discriminação. In: _____. CANOTILHO, Mariana; FROUPE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e políticas da União. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Princípios de direito da União Europeia**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

_____. FERNANDES, Sophie Perez. De Van Gend & Loos a Maribel Dominguez: reequacionando o efeito direito das disposições europeias à luz das dinâmicas da integração. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Orgs.). **Estudos em comemoração dos 20 anos da Escola de Direito da Universidade do Minho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 11-37.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. Artigo 1.º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012.

SOUZA, Marcius Fabiani Barbosa de. A participação das mulheres na elaboração da Constituição de 1988. In: DANTAS, Bruno et al. (Orgs.). **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois: os alicerces da redemocratização. Brasília: Senado Federal, 2013. v. 1. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-a-participacao-das-mulheres-na-elaboracao-da-constituicao-de-1988>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, p. 27-41, out. 2014. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>>. Acesso em: 9 fev. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de: Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010. Título original: De la démocratie en Amérique.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, C 364, p. 1-22, 18 dez. 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

_____. Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional. **EUR-Lex**, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0078&qid=1623196176995>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. **EUR-Lex**, 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32004L0113>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à actividade profissional (reformulação). **EUR-Lex**, 2006. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32006L0054>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

_____. Directiva 2010/18/UE do Conselho, de 8 de março de 2010, que aplica o Acordo-Quadro revisto sobre licença parental celebrado entre a BUSINESSEUROPE, a UEAPME, o CEEP e a CES... **EUR-Lex**, 2010. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32010L0018>>. Acesso em: 16 jan. 2021.

_____. Directiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho de 2010, relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente... **EUR-Lex**, 2010. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/ALL/?uri=CELEX%3A32010L0041>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

_____. Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de fevereiro de 1975, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros no que se refere à aplicação do princípio da igualdade de remuneração entre os trabalhadores masculinos e femininos. **EUR-Lex**, 1975. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31975L0117&qid=1623196443477>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de fevereiro de 1976, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho. **EUR-Lex**, 1976. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31976L0207&qid=1623196527576>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de dezembro de 1978, relativa à realização progressiva do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de segurança social. **EUR-Lex**, 1978. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31979L0007&qid=1623196622652>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Directiva 86/378/CEE do Conselho de 24 de julho de 1986 relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres aos regimes profissionais de segurança social. **EUR-Lex**, 1986. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0378&qid=1623196735894>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Directiva 86/613/CEE do Conselho de 11 de dezembro de 1986 relativa à aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma actividade independente incluindo a actividade agrícola, bem como à protecção da maternidade. **EUR-Lex**, 1986. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31986L0613&qid=1623196838851>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Directiva 92/85/CEE do Conselho, de 19 de outubro de 1992, relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho... **EUR-Lex**, 1992. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0085&qid=1623196940151>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Directiva 96/34/CE do Conselho de 3 de junho de 1996 relativa ao Acordo-quadro sobre a licença parental celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES. **EUR-Lex**, 1996. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0034&qid=1623197010465>>. Acesso em: 2021.

_____. Directiva 97/80/CE do Conselho de 15 de dezembro de 1997 relativa ao ónus da prova nos casos de discriminação baseada no sexo. **EUR-Lex**, 1997. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0080&qid=1623197089791>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2019/1158 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, relativa à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar dos progenitores e cuidadores... **EUR-Lex**, 2019. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1158>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. **Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa**. Roma, 29 out. 2004. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: versão consolidada. **Jornal Oficial da União Europeia**, C 202, p. 47-199, 7 jun. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF>. Acesso em: 7 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-105/03. Processo penal contra Maria Pupino. Luxemburgo, 16 de junho de 2005. **Portal InfoCuria**, 2005. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59363&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-127/07. Société Arcelor Atlantique et Lorraine e o. contra Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie. Luxemburgo, 16 de dezembro de 2008. **Portal InfoCuria**, 2008. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76074&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-144/04. Werner Mangold contra Rüdiger Helm. Luxemburgo, 22 de novembro de 2005. **Portal InfoCuria**, 2005. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56134&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-236/09. Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e outros contra Conseil des ministres. Luxemburgo, 1º de março de 2011. **Portal InfoCuria**, 2011. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=80019&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Grande Secção. Processo C-555/07. Seda Küçükdeveci contra Swedex GmbH & Co. KG. Luxemburgo, 19 de janeiro de 2010. **Portal InfoCuria**, 2010. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72658&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Primeira Secção. Processo C-423/04. Sarah Margaret Richards contra Secretary of State for Work and Pensions. Luxemburgo, 27 de abril de 2006. **Portal InfoCuria**, 2006. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=56252&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Primeira Secção. Processo C-300/06. Ursula Voß contra Land Berlin. Luxemburgo, 6 de dezembro de 2007. **Portal InfoCuria**, 2007. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70786&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo 26/62. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contra Administração Fiscal neerlandesa. Luxemburgo, 5 de fevereiro de 1963. **Portal InfoCuria**, 1963. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87120&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo 6/64. Flaminio Costa contra ENEL. Luxemburgo, 15 de julho de 1964. **Portal InfoCuria**, 1964. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87399&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=985257>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-13/94. P. contra S. e Cornwall County Council. Luxemburgo, 30 de abril de 1996. **Portal InfoCuria**, 1996. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99622&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-152/84. M. H. Marshall contra Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching). Luxemburgo, 26 de fevereiro de 1986. **Portal InfoCuria**, 1986. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93234&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-167/97. Regina contra Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith e Laura Perez. Luxemburgo, 9 de fevereiro de 1999. **Portal InfoCuria**, 1999. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44408&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo C-170/84. Bilka-Kaufhaus GmbH contra Karin Weber von Hartz. Luxemburgo, 13 de maio de 1986. **Portal InfoCuria**, 1986. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93347&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-177/88. Elisabeth Johanna Pacifica Dekker contra Stichting Ermingscentrum voor Jong Volwassenen (VJVCentrum) Plus. Luxemburgo, 8 de novembro de 1990. **Portal InfoCuria**, 1990. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96042&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-184/83. Ulrich Hofmann contra Barmer Ersatzkasse. Luxemburgo, 12 de julho de 1984. **Portal InfoCuria**, 1984. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92633&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-23/83. W.G.M. Liefing e outros contra Directie van het Academisch Ziekenhuis bij de Universiteit van Amsterdam e outros. Luxemburgo, 18 de setembro de 1984. **Portal InfoCuria**, 1984. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=92494&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-256/01. Debra Allonby contra Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional e Secretary of State for Education and Employment. Luxemburgo, 13 de janeiro de 2004. **Portal InfoCuria**, 2004. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48839&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processo C-43/75. Gabrielle Defrenne contra Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Luxemburgo, 8 de abril de 1976. **Portal InfoCuria**, 1976. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88931&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Processos apensos 6/69 e 11/69. Comissão das Comunidades Europeias contra República Francesa. Luxemburgo, 10 de dezembro de 1969. **Portal InfoCuria**, 1969. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=87817&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Quinta Secção. Processo C-32/93. Carole Louise Webb contra EMO Air Cargo (UK) Ltd. Luxemburgo, 14 de julho de 1994. **Portal InfoCuria**, 1994. Disponível em:

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98909&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Segunda Secção. Processo C-104/09. Pedro Manuel Roca Álvarez contra Sesa Start España ETT S.A. Luxemburgo, 30 de setembro de 2010. **Portal InfoCuria**, 2010. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83738&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Segunda Secção. Processo C-232/09. Dita Danosa contra LKB Lizings SAI. Luxemburgo, 11 de novembro de 2010. **Portal InfoCuria**, 2010. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78560&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Secção. Processo C-292/97. Recurso interposto por Kjell Karlsson e o. Luxemburgo, 13 de abril de 2000. **EUR-Lex**, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0292#I1>>. Acesso em: 17 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. Terceira Secção. Processo C-559/07. Comissão das Comunidades Europeias contra República Helênica. Luxemburgo, 26 de março de 2009. **Portal InfoCuria**, 2009. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73627&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=990374>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

_____. Versão compilada do tratado que institui a Comunidade Europeia: tratado de Roma. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, C 325, p. 33-159, 24 dez. 2002. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

VICENTE, Joana Nunes. Artigo 157.º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coords.). **Tratado de Lisboa**: anotado e comentado. Coimbra: Almedina, 2012.

VILAÇA, José Luís da Cruz. O acórdão do Tribunal Constitucional Alemão e o Tribunal de Justiça: cooperação judicial ou diálogo de surdos? **Portal Cruz Vilaça Advogados**, [201-]. Disponível em: <https://www.cruzvilaca.eu/xms/files/O_TC_Alemao_e_o_Tribunal_de_Justica.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2021.

VON DER LEYEN, Ursula. **Uma União mais ambiciosa**: o meu programa para a Europa: orientações políticas para a próxima Comissão Europeia 2019-2024. [S.l.], 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_pt.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.

VOTO da Mulher. In: PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: UnB, 2000. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/glossario/termos/voto-da-mulher>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Resolution WHA54.2: Infant and young child nutrition. In: WORLD HEALTH ASSEMBLY, 54., 2001, Geneva. **Resolutions and decisions**. Geneva, 2001. p. 1-5. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/260183>>. Acesso em: 8 jun. 2021.