

O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE GÊNERO EM JUÍZO

Ana Paula Guimarães¹
Luísa Faria²

Sumário: 1 Introdução. 2 As gerações – ou dimensões – de direitos fundamentais. 2.1 Igualdade de gênero no contexto das gerações de direitos fundamentais: o descompasso temporal entre os direitos de homens e mulheres. 2.2 A incorporação da luta contra a discriminação à ordem jurídica brasileira. 2.3 Igualdade de gênero: dimensão individual e difusa. 3 Tutela jurídica de direitos transindividuais. 3.1 Processo coletivo na confluência das ondas de democratização da justiça. 3.2 Aspectos essenciais do processo coletivo: conceito e disciplina. 3.3 O direito à igualdade de gênero em juízo. 4 Estudo de caso: ACP n. 5014547-70.2020.4.03.6100. 5 Conclusão.

1 • INTRODUÇÃO

O estudo proposto trata do direito fundamental à igualdade de gênero enquanto pretensão juridicamente tutelável no âmbito do processo coletivo. O artigo busca elucidar o modo como direitos fundamentais e processo coletivo relacionam-se segundo o binômio direito-garantia fundamentais, já que somente com o adequado acesso à justiça pode-se assegurar, com efetividade, a proteção do direito material de titularidade transindividual.

A justificativa para a investigação científica empreendida escora-se em pelo menos três argumentos. O primeiro, de ordem circunstancial, consiste na situação de maior fragilidade imposta às mulheres por ocasião da pandemia de Covid-19 no Brasil. Conforme dados compilados pelo Fórum de Segurança Pública no documento “Violência doméstica durante a Covid-19”, o número de feminicídios entre março e abril de 2020 experimentou um crescimento de 22,2% se comparado com o mesmo período de 2019. No mesmo contexto, o número de denúncias recebidas pelo canal Ligue-180 cresceu, apenas em abril, 37,6%.³

Sabe-se que a violência física se insere num contexto maior de discriminação de gênero que se reflete, em nossa sociedade, pelos mais diferentes meios, desde campanhas publicitárias até a composição de órgãos de cúpula do Estado, revelando

-
- 1 Assistente Técnica do Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).
 - 2 Assistente Técnica da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
 - 3 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante pandemia de Covid-19* Edição 02. 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/violencia-domestica-durante-pandemia-de-covid-19-edicao-02/. Acesso em: 3 set. 2020.

estruturas que, intencionalmente ou não, relegam a mulher a uma posição de vulnerabilidade, violência e preconceito. Nesse sentido, o crescimento de dados sobre violência doméstica durante a crise sanitária chama a atenção para a necessidade de se repensar – ou de se pensar mais seriamente – as políticas e instrumentos capazes de interferir e alterar esse quadro, evitando a caminhada trágica que desemboca em agressões físicas e no feminicídio.

O segundo argumento, notadamente pedagógico, diz respeito à necessidade de pulverizar, na comunidade jurídica, iniciativas disruptivas, que apresentam novos padrões de atuação para os operadores do direito. Nesse sentido, a propositura de ação civil pública com fundamento em violação ao direito à igualdade de gênero e à proteção da mulher é evento significativo ao passo que demonstra a existência de nexos de causalidade entre condutas discriminatórias e danos sofridos por um grupo específico titular desse direito transindividual, especialmente prejudicado, além de lesão, ainda que indireta, a toda a sociedade.

A relevância de se discutirem essas iniciativas no mundo acadêmico é duplamente benéfica por democratizar o debate ora travado, que passa a ser acrescido da contribuição de outros atores do meio científico, além de contribuir para a “pavimentação” de novos caminhos a serem seguidos por operadores do Direito na proteção desse importante direito transindividual.

A terceira razão diz respeito à necessidade de se proceder a uma denúncia científica da violação sistemática que o direito fundamental à igualdade de gênero sofre na sociedade brasileira, a despeito dos diversos compromissos assumidos por nossa República no combate a esse tipo de violação.

Nesse contexto, o itinerário traçado pelo trabalho se inicia com a apresentação do direito fundamental à igualdade de gênero, suas origens históricas e transformações, desde o reconhecimento até a assunção da feição dúplida de direito individual a transindividual. Paralelamente, observa-se como foi a incorporação desse direito fundamental ao ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda seção destina-se ao estudo do processo coletivo em sua interface com o direito à igualdade de gênero, com enfoque em aspectos da técnica processual especialmente desenvolvidos para assegurar o adequado acesso à justiça nessas demandas. Neste ponto, frisa-se que identificar os conflitos de gênero com uma categoria própria de processos contribui para a construção de uma cultura jurídica capaz de reunir o binômio direito e processo, visualizando, assim, o direito à igualdade de gênero acoplado à garantia processual das ações coletivas, sem o que essa prerrogativa permanece um mero aforismo do ordenamento jurídico.

Na terceira seção, apresenta-se um breve estudo de caso da ACP 5014547-70.2020.4.03.6100, com destaque para o modo como a ação proposta costura os diversos elementos trabalhados na exposição sobre o direito à igualdade de gênero e sua tutela pelo processo coletivo.

Na conclusão, reforça-se a necessidade de leitura conjunta do direito à igualdade de gênero e do processo coletivo como elementos imprescindíveis e indissociáveis para a efetividade do direito fundamental em questão.

2 · AS GERAÇÕES – OU DIMENSÕES – DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Padrões de comportamentos são esperados de todo e qualquer ser humano desde seu nascimento. Nossa própria estrutura de raciocínio é criada de modo a estabelecer estereótipos e fazer associações, para que consigamos responder a estímulos e comportamentos de forma mais rápida, gastando menos energia para tanto (KAHNEMAN, 2012).

Para além disso, os padrões de comportamento impostos e esperados socialmente podem ser modificáveis a depender de uma série de fatores: o lugar onde se nasce, a classe social a que se pertence, a cor de pele que se possui, a orientação sexual que se entende adequada e aceitável dentro de um contexto, e, é claro, o gênero a que se pertence, característica à qual daremos enfoque ao longo deste estudo. À medida que a sociedade foi-se modernizando, no entanto, os padrões de comportamento esperados começaram a ser questionados e, junto com esse questionamento, assistimos à ruptura de limitações impostas e, consequentemente, a uma leva de conquistas de direitos sociais e civis básicos.

Como exemplo desse movimento, é possível citar os relatos que, desde a Grécia antiga, retratam que as mulheres eram proibidas de votar, uma vez que não eram consideradas cidadãs, conquanto no mundo ocidental moderno o direito de voto feminino seja a regra. Mais que isso, a sociedade moderna é calcada na busca de uma pretensa igualdade, capaz de permitir que algumas mulheres até consigam se alçar ao papel principal no âmbito político de importantes países, como é o caso de Ângela Merkel, chanceler da Alemanha.

É bem verdade que as conquistas civis relativas às mulheres e à igualdade de gênero foram alicerçadas no reconhecimento dos direitos fundamentais de modo geral, e, portanto, foram sendo construídas à medida que foram surgindo as gerações de direitos fundamentais como um todo. Nesse sentido, a fim de que seja possível entender o direito à igualdade de gênero, faz-se necessário entender o contexto de reconhecimento dos direitos fundamentais em geral nas sociedades ocidentais.

A primeira geração de direitos seria aquela relativa à liberdade, a segunda à igualdade e a terceira à fraternidade, nos moldes dos ditames da Revolução Francesa do século XVIII. Nesse momento histórico, de transição para a sociedade moderna e dos regimes absolutistas para as repúblicas (HUBERMAN, 1981), consagraram-se os direitos ligados à liberdade e à prestação negativa estatal, ou seja, os direitos relativos às limitações de intervenções estatais em demasia. Assim, reconheceram-se os homens como livres e iguais perante a lei, como detentores de legitimidade como possuidores de propriedade, privacidade e segurança.

Os direitos de segunda geração ou dimensão, no entanto, passam por momento histórico de entendimento de um papel estatal modificado, no qual entende-se que este deve ser mais ativo, além de funcionar como fiscal do cumprimento das regras jurídicas estabelecidas, se abstendo do papel de promotor de uma vida digna aos cidadãos. A partir da propagação das doutrinas socialistas, o medo de que, se o Estado tomasse um papel ativo diante dos cidadãos acabaria por minar as liberdades individuais conquistadas, cedendo espaço ao reconhecimento do fato de que a igualdade e a liberdade formais, ou seja, somente postas nos diplomas legais sem

que houvesse qualquer ação do Estado no sentido de promovê-las, não as fazia produzir resultados no mundo factual, real.

Embora os direitos de segunda geração sejam entendidos como titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado, passou-se a reconhecer que as condições materiais para a concretização destes eram dever estatal. Nessa seara, para que os direitos fundamentais reconhecidos pela primeira dimensão (especialmente aqueles ligados à igualdade) pudessem ser levados a cabo, o Estado deveria promover as condições materiais para que até mesmo as camadas mais miseráveis da população tivessem acesso a eles. Constituem esses direitos aqueles ligados ao direito à saúde, à educação, à previdência social, ao acesso à justiça, entre outros.

Como ensina Paulo Bonavides (2004, p. 572), junto com a segunda geração dos direitos fundamentais também nasceu a teoria objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual os valores e as garantias institucionais seriam o alicerce para a universalidade concreta desses direitos. Segundo essa concepção, tão importante quanto a proteção dos indivíduos é a proteção das instituições. Nessa geração, houve o reconhecimento das seguintes garantias institucionais: as destinadas a independência, estabilidade e autonomia do funcionalismo público, a independência dos juízes, a exclusão de tribunais de exceção, entre outras.

Mais tarde, especialmente no período relativo à segunda metade do Século XX, entendeu-se pelo surgimento dos direitos de terceira geração, relativos à fraternidade – ou solidariedade – entre as pessoas, e, portanto, dotados de sentido coletivo, de titularidade coletiva ou difusa. Caracterizados por elevado teor humano (BONAVIDES, 2004, p. 569), tais direitos dizem respeito à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, a um meio ambiente equilibrado, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

O ordenamento brasileiro, vale dizer, traz uma diferenciação acerca dos direitos de titularidade difusa, coletiva e individuais homogêneos. Tais definições e diferenciações foram inseridas no ordenamento brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e são importantes para que possamos entender o tipo de compensação bem como a natureza processual e a ação relativa e respectiva a cada um dos tipos de direitos violados. Nessa seara, traz o art. 81 do CDC:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Alguns autores, no entanto, para além das três gerações de direitos fundamentais, entendem já ter havido uma quarta ou até mesmo uma quinta geração de direitos. Norberto Bobbio (2004), por exemplo, em seu livro *A era dos direitos*, entende

que os limites éticos e os avanços de pesquisas biológicas fundamentam uma quarta geração de direitos fundamentais, que impõem limites às manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo. Paulo Bonavides, por sua vez, entende que a quarta geração de direitos diz respeito à proteção e à positivação da democracia, que, segundo afirma, corre risco de ser corroída pelos avanços da globalização econômica e informacional. O mesmo autor também reconhece uma quinta geração de direitos, relativa ao direito à paz, indispensável à manutenção das democracias (BONAVIDES, 2008).

2.1 · IGUALDADE DE GÊNERO NO CONTEXTO DAS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESCOMPASSO TEMPORAL ENTRE OS DIREITOS DE HOMENS E MULHERES

Entendendo as vitórias atinentes a cada uma das gerações de direitos fundamentais, podemos compreender o que o direito relativo à igualdade de gênero consegue endereçar – de direitos civis e liberdades a ações afirmativas estatais e tutela jurídica de direitos transindividuais. Isso porque, infelizmente, o reconhecimento de direitos fundamentais se deu em momentos temporais bastante distintos para homens e mulheres.

Com relação aos direitos de primeira geração, por exemplo, apesar de a liberdade dos homens ter sido concretizada ainda no contexto da Revolução Francesa, no final do século XVIII, esta não foi estendida às mulheres – que, no âmbito da história inglesa, por exemplo, só conquistaram direito ao voto em 1918, após a 1ª Guerra Mundial. A Constituição americana, na mesma seara, previa o direito ao voto desde que foi promulgada, em 1787, mas o direito de voto feminino somente foi incorporado em 1919 (KARAWEJCZYK 2013). No Brasil, muito embora movimentos de mulheres tenham se iniciado desde os anos de 1850, a questão do voto feminino somente passou a um amplo debate no contexto do nosso Congresso Nacional em 1891, conquanto o direito ao voto só passasse a contar com previsão legal definitiva em 1932, por meio do Código Eleitoral decretado durante a Era Vargas (D'ALKMIN; AMARAL, 2006).

O atraso relativo à concessão de direitos iguais a ambos os gêneros demonstra a assimetria de participação nas estruturas de poder por cada um, e, portanto, reflete as bastante substanciais barreiras que ainda hoje se colocam ao pleno desenvolvimento, autonomia, liberdade, reconhecimento e sucesso feminino nos mais diversos âmbitos, sejam públicos ou privados. Nesse sentido, muito embora não só tenhamos a igualdade de gênero como direito constitucionalmente consagrado como ainda consigamos compreender se tratar de um direito difuso, individual homogêneo, do modo como é estabelecido pelo nosso ordenamento, e que – como os direitos de segunda geração – acaba por depender de ação concreta do Estado para que possa de fato ser alcançado, fato é que esse descompasso nos impede de classificar essa igualdade. Somente é possível, portanto, entender a absorção das características das diversas gerações e dimensões de direitos fundamentais como sendo atinentes aos direitos relativos à igualdade de gênero, não sendo possível, desta feita, classificar esse direito fundamental como pertencente a uma ou outra geração, visto que o contexto histórico das conquistas sociais e civis femininas não é correspondente ao alcance dessas mesmas conquistas por todos os demais cidadãos.

Faz-se necessário, contudo, entender acerca das gerações de direitos para que seja possível ilustrar a complexidade relativa ao direito à igualdade de gênero e a abrangência referente aos inúmeros âmbitos de conquistas que essa pretensa igualdade permite. No entanto, assim como existem as gerações de direitos, do ponto de vista da luta feminista tais gerações corresponderam às ondas do aludido movimento.

A conquista do sufrágio feminino – fruto da primeira onda do movimento feminista – é apenas um entre uma série de outros direitos que foram negados às mulheres ao longo tempo, e que, a depender do contexto sociocultural em que se vive, ainda permanecem distantes de muitas. Há não muitos anos atrás, a ativista paquistanesa pela educação Malala Yousafzai ficou mundialmente conhecida após tomar um tiro na cabeça, com apenas 15 anos, em consequência do exercício de uma luta pela educação feminina ante o Talibã,⁴ e ainda há setenta países em que meninas são agredidas pelo simples fato de quererem estudar.⁵ Na Índia, a ocorrência de estupros coletivos é bastante frequente,⁶ e há até mesmo países em que houve a descriminalização de agressão doméstica contra mulheres – como a Rússia, em 2017.⁷ De acordo com estudo realizado pelo Banco Mundial,⁸ em 104 países as leis apresentam alguma restrição ao exercício do trabalho feminino.

Embora a situação relativa à igualdade de gênero ao redor de todo o mundo seja absolutamente estupefacente, o enfoque escolhido pelo presente artigo diz respeito tão somente ao contexto no Brasil, que, embora conviva com diversos problemas de ordem cultural e estrutural referentes a esses direitos, os têm incorporado ao ordenamento, especialmente a partir do Século XX. É acerca dessa incorporação de direitos que trataremos adiante.

2.2 · A INCORPORAÇÃO DA LUTA CONTRA A DISCRIMINAÇÃO À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

A despeito de a igualdade de gênero ser um direito constitucionalmente reconhecido – de forma expressa por meio do art. 5º, I, e ainda por meio dos arts. 6º e 7º, que tratam do amparo à maternidade e ao aleitamento, das ações afirmativas na proteção do mercado de trabalho da mulher, da proibição da diferença salarial, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo, entre outros, de sexo ou estado civil –, é fato que a incorporação desse direito nos demais normativos de nosso ordenamento bem como na sociedade como um todo é quesito no qual ainda temos muito a avançar.

Como mencionado, dentro do contexto brasileiro, a conquista do voto feminino deu-se legalmente a partir do Código Eleitoral da Era Vargas, em 1932. No mesmo

4 Fonte: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/10/saiba-quem-e-malala-yousafzai-paquistanesa-que-ganhou-nobel.html>. Acesso em: 30 ago. 2020.

5 Fonte: <https://news.un.org/en/story/2015/02/490542-un-rights-report-points-increasing-regularity-attacks-girls-seeking-education#.VNjchPnF-FE>. Acesso em: 30 ago. 2020.

6 Fonte: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-50656946>. Acesso em: 30 ago. 2020.

7 Fonte: <https://www.theguardian.com/world/2017/feb/07/putin-approves-change-to-law-decriminalising-domestic-violence>. Acesso em: 30 ago. 2020.

8 Fonte: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32639/9781464815324.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

sentido da primeira onda do Movimento Feminista europeu, o primeiro passo para a emancipação das mulheres foi o direito ao voto e, portanto, à participação nas decisões políticas da comunidade a que pertencem. Conforme lecionado por Deborah Duprat (2015),

A participação das mulheres no cenário político institucional é realmente indispensável para a efetiva transformação das estruturas sociais. Enquanto minoritárias no Parlamento, leis são votadas sem que, de um lado, valores, perspectivas e reivindicações das mulheres sejam levadas em consideração, e, de outro, se incorporem suas várias formas de abordar o político.

Antes disso, no entanto, as lutas feministas do Brasil, especialmente ainda durante o Império, foram centralizadas no direito à educação, com a fundação da primeira escola para meninas no Brasil pela norte-rio-grandense Nísia Floresta.

A segunda onda do movimento feminista tratou da conquista dos direitos de ordem trabalhista e previdenciária, direitos que dependiam de uma prestação positiva estatal. No Brasil, em 1979, houve a aprovação da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e seu Protocolo Facultativo, consagrando os direitos à liberdade e à igualdade femininas. Os artigos que incorporam a convenção elencam não só o direito a uma remuneração sem distinção entre homens e mulheres, mas também se referem ao recebimento de previdência social, como asseguram o direito de obter empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, bem como garantem direito à livre escolha sobre nome, profissão e ocupação, além de assegurar que os direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução fossem igualitários. A despeito de essa convenção ter sido aprovada em 1979 e assinada pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981, apenas passou a ter validade no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação do Decreto n. 4.377 de 2002, que a regulamentou.

Por fim, a terceira onda do movimento feminista, surgida durante a transição para o Século XXI, trouxe para o debate o papel e a função da mulher na sociedade, bem como a forma de retratação da mulher na mídia e a linguagem usada para com o gênero feminino. Nesse sentido, para além da consolidação dos direitos formalmente conquistados e incorporados ao ordenamento, têm-se a necessidade de igualdade no tratamento entre homens e mulheres, a mudança de estereótipos e o fim da exigência a um determinado padrão comportamental que seja baseado somente no gênero.

No ano de 1996, houve a incorporação de outro tratado internacional de suma importância no avanço do direito das mulheres: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, por ter sido assinada nessa cidade em 9 de junho de 1994. Trata-se do primeiro tratado internacional legalmente vinculante que criminaliza as formas de violência contra a mulher, com especial enfoque sobre a criminalização da violência sexual. Apesar de a Declaração Universal de Direitos Humanos, assinada em 1948, reconhecer o direito à igualdade de gênero, a Convenção de Belém do Pará atribui determinados tipos de violência à condição de ser mulher e estabelece uma ampla gama de agressões possíveis, incluindo as psicológicas. Os países signatários da convenção, portanto, via seu artigo 7, se comprometeram a

tomar todos os tipos de medidas de âmbito jurídico, administrativo e legislativo para coibir a ocorrência de violência por razões de gênero. *In verbis*:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

Embora o Brasil tenha se engajado e assinado o referido tratado internacional, fato é que a efetiva implementação das previsões dos artigos não foi imediata. O caso de Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica após uma tentativa de homicídio, golpe final dos trinta e dois anos que passou sofrendo agressões por parte do então marido, ganhou repercussão internacional. Maria da Penha entrou com denúncia contra o Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o País acabou sendo responsabilizado pela negligência e omissão em combater a violência doméstica, resultando na edição da Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha.

Assim, o ordenamento brasileiro passou a contar com previsão de sanção específica para as diversas violências e agressões infligidas às mulheres, sejam de ordem física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. Com base na Lei Maria da Penha, ainda, o Código Penal foi alterado, de modo a incluir na agravante genérica da pena o cometimento do crime com violência contra a mulher, e o Código de Processo Penal passou a contar com a possibilidade de instituição de medidas protetivas de urgência, como aquelas que exigem que o agressor mantenha uma distância mínima da vítima, inéditas no ordenamento. Após a Lei Maria da Penha, outras normas foram inseridas a fim de auxiliar na criminalização da violência de gênero, como as Leis n. 13.104 e 13.142, ambas de 2015, que tipificam e tornam crime hediondo o feminicídio.

Com relação ao aborto, no Brasil, a primeira previsão de penalização a quem incorresse na prática ocorreu no Código Criminal do Império, em 1830. Nessa

ocasião, no entanto, não se condenava a gestante, mas quem houvesse realizado o procedimento. Em 1890, passou-se a também criminalizar a gestante, havendo maior detalhamento acerca dos tipos penais no Código de 1940. Esse normativo, no entanto, excetua duas ocasiões em que pode ser realizado aborto no Brasil sem que sejam criminalizados a mulher ou o médico: segundo os incisos do art. 128, a prática é permitida para salvar a vida da mulher ou na hipótese de ser a gestação uma consequência de violência sexual, ou seja, se a gravidez ocorreu como resultado de um estupro. Em 2012, o STF, por meio da DPF n. 147, ampliou os casos de não punibilidade também para a realização do aborto de bebês anencéfalos. A despeito disso, existem projetos de lei em trâmite no Congresso para criminalização do aborto também para os casos de malformação do feto⁹ – contra a decisão de 2012 do Supremo Tribunal Federal, portanto.

Além do projeto para criminalizar o aborto de fetos com malformação, tramitam no Congresso diversos outros projetos, tanto para aumentar quanto para reduzir as restrições às práticas que atualmente se encontram vigentes no País. Com relação aos projetos que preveem aumento de restrições, propostos somente no ano de 2020, tem-se, em suma:

- I. O Projeto de Lei n. 1.444, de 2020, que busca proibir, em todas as suas formas, o aborto realizado em locais que prestem serviços de acolhimento institucional às mulheres.¹⁰
- II. O Projeto de Lei n. 1.552, de 2020, que busca proibir a utilização de recursos na aquisição ou manutenção de equipamentos, em serviços ou em quaisquer outros tipos de atividade que tenham relação, direta ou indiretamente, com o aborto provocado.¹¹
- III. O Projeto de Lei n. 1.945, de 2020, que busca alterar dispositivo do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para fins de inclusão de causa de aumento de pena em caso de aborto realizado em razão de microcefalia ou qualquer outra anomalia ou malformação do feto.¹²

9 Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/04/30/projeto-criminaliza-aborto-nos-casos-de-malformacao-do-feto>. Acesso em: 30 ago. 2020.

10 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 1.444/2020. Altera as Leis n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e n. 13.982, de 2 de abril de 2020, para estabelecer medidas excepcionais de proteção à mulher e a seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2242763>. Acesso em: 14 out. 2020.

11 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 1.552/2020. Dispõe sobre medidas de proteção à mulher em situação de violência durante a vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, ou, transcorrida sua vigência, enquanto durarem as medidas de quarentena e de restrições de atividades no contexto da pandemia da Covid-19. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2243066>. Acesso em: 14 out. 2020.

12 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 1.945/2020. Altera dispositivo do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para fins de inclusão de causa de aumento de pena em caso de aborto realizado em razão de microcefalia ou qualquer outra anomalia ou malformação do feto. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2249319>. Acesso em: 14 out. 2020.

IV. A Indicação n. 443/2020, que sugere ao então presidente do Supremo Tribunal Federal, José Antonio Dias Toffoli, o arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581, que trata da “interrupção de gravidez nas políticas de saúde do País para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zica”.¹³

V. O Projeto de Lei n. 518, de 2020, que busca instituir o dia 22 de janeiro como dia de Homenagem à Vida Humana, desde a concepção.¹⁴

Além disso, impende ressaltar que, após enorme polêmica nacional relativa a autorização para que uma menina de 10 anos vítima de violência sexual pudesse realizar aborto,¹⁵ em 27 de agosto de 2020,¹⁶ o presidente Jair Bolsonaro editou a Portaria n. 2.282, que impõe uma série de barreiras às vítimas de violência sexual que optem por abortar. De acordo com a portaria, para conseguir realizar o procedimento, é obrigatório que a equipe médica notifique uma autoridade policial acerca do ocorrido, bem como realize a coleta de possíveis provas do crime de estupro, como fragmentos do feto ou do embrião, e ouça a narração em detalhes do crime por parte da vítima. Além disso, é exigida a assinatura, por parte da vítima, de termo de responsabilidade no qual ela reconhece que, ao realizar o procedimento, pode sofrer com sangramentos, infecções e até mesmo vir a óbito.

Exemplos de ações governamentais como a corporificada por essa portaria nos fazem lembrar da famosa frase atribuída a Simone de Beauvoir, dirigida a todas as mulheres: “Nunca se esqueça que basta uma crise política, econômica ou religiosa para que os direitos das mulheres sejam questionados. Esses direitos não são permanentes. Você terá que manter-se vigilante durante toda a sua vida”.

2.3 · IGUALDADE DE GÊNERO: DIMENSÃO INDIVIDUAL E DIFUSA

Os direitos relativos à igualdade de gênero, nessa seara, após a constatação de todas as ondas que levaram à sua conquista, devem ser entendidos como transcendentais a uma classificação simplista, no sentido de que se trata de direitos fundamentais apenas de uma dimensão individual ou de que são um direito de abrangência coletiva. Aliás, essa múltipla abrangência, no sentido de que tanto diz respeito aos indivíduos isoladamente considerados quanto a um grupo social, a uma coletividade, já encontra respaldo na doutrina.

Conforme leciona Bernardo Gonçalves, há direitos que podem ser invocados tanto de uma perspectiva individual quanto coletiva. É o caso do direito de

13 BRASIL. Câmara Legislativa. Indicação INC 443/2020. Sugere ao Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Antonio Dias Toffoli, o arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.581, que trata da “interrupção de gravidez nas políticas de saúde do País para mulheres grávidas infectadas pelo vírus zica”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2249951>. Acesso em: 14 out. 2020.

14 BRASIL. Câmara Legislativa. Projeto de Lei PDL 518/2020. Institui o dia 22 de janeiro como dia de Homenagem à Vida Humana, desde a concepção. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238404>. Acesso em: 14 out. 2020.

15 Fonte: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>. Acesso em: 3 set. 2020.

16 Fonte: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-28/cruzada-antiaborto-tem-nova-vitoria-com-portaria-que-dificulta-o-procedimento-legal-as-vitimas-de-estupro.html>. Acesso em: 3 set. 2020.

vizinhança, do o direito a um meio ambiente saudável ou até mesmo do direito atinente a toda uma categoria profissional: sua dimensão depende da perspectiva argumentativa, se individual coletiva, social ou difusa de quem o defende em juízo.

Outra questão bastante relevante diz respeito à desnecessidade de que o direito à igualdade de gênero esteja expressamente posto com tais palavras na Constituição Federal. O próprio *caput* do art. 5º, o qual estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, já enseja interpretação nesse sentido, e, ainda que não o fizesse, não seria o primeiro caso de direito fundamental que não consta do rol do art. 5º. Os direitos econômicos, ambientais, à educação e à saúde são tutelados por outros dispositivos da Carta Constitucional. Há direitos fundamentais que, inclusive, sequer constam da redação atual da Constituição Federal, embora sejam reconhecidos como tais: o direito a proteção de dados pessoais, por exemplo, é um direito fundamental que escapa a esse rol.

Desta feita, não há que se falar em discussão relativa à existência e validade do direito relativo à igualdade de gênero, que, além de ser expresso, está sedimentado em diversos outros normativos, editados justamente para garantir o seu cumprimento. Trataremos, a partir de agora, da procedimentalização necessária à assunção desse direito fundamental, ou seja, dos diversos caminhos processuais possíveis para que se possa pleitear o efetivo cumprimento do direito à igualdade de gênero.

3 · TUTELA JURÍDICA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Conforme abordado na seção anterior, o direito à igualdade de gênero caracteriza-se por sua dupla dimensão, ora individual, ora transindividual. Nesta seção, daremos enfoque a esta segunda dimensão, tratando especificamente do processo coletivo como técnica processual adequada para a tutela, em juízo, dos direitos dessa natureza.

3.1 · PROCESSO COLETIVO NA CONFLUÊNCIA DAS ONDAS DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Em uma contextualização histórica e cronológica, podemos dizer o que o processo coletivo pertence à chamada segunda onda renovatória do processo civil. A teoria das ondas renovatórias é atribuída aos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, juristas que, já na década de 1970, tratavam do problema do acesso à justiça.

Para os autores, o direito à jurisdição permaneceu durante quase todo os séculos XVIII e XIX com feição excessivamente liberal, típica dos Estados burgueses então vigentes. Somente a partir do século XX, com a ascensão do chamado Estado de bem-estar social e com o início das discussões sobre direitos de segunda geração, vocacionados à garantia de igualdade material e direitos de prestação dos indivíduos contra o Poder Público, é que se passa a encarar o acesso à justiça em sua dimensão efetiva, e não meramente formal (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 9-12).

É nesse contexto que o acesso à justiça é alçado a uma posição cada vez mais central no ordenamento jurídico, por consistir em “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Ao tratar dos obstáculos que impedem a construção de um sistema processual civil democrático e apto a cumprir um papel essencial de garantia de direitos nos Estados democráticos, os autores identificam o problema dos interesses difusos. Em linha de conceituação, Cappelletti e Garth (1988, p. 26) aduzem que:

Interesses “difusos” são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. *O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.* (Grifo nosso).

Constatados os obstáculos que impedem o efetivo acesso à justiça dos Estados modernos, os autores sistematizam a existência de posicionamentos que emergem, a partir de 1965, em sequência mais ou menos cronológica e que buscam superar os problemas identificados. Esses posicionamentos constituem o que se convencionou chamar de ondas renovatórias.

De forma sintética, essas ondas podem ser assim identificadas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31): (I) Primeira onda renovatória: assistência judiciária, superação do obstáculo de custos financeiros para acesso à justiça de grupos hipossuficientes. (II) Segunda onda renovatória: instrumentalização do processo para permitir a tutela de interesses difusos na via jurisdicional. (III) Terceira onda renovatória: tentativa de reestruturar o processo para a superação das barreiras de acesso de forma articulada e compreensiva, no que os autores chamam de “enfoque de acesso à justiça”.

O que nos interessa mais de perto, enquanto objeto de estudo desta seção, é justamente a segunda onda renovatória, que tem como ponto focal a instrumentalização do processo civil para a tutela de interesses difusos. Nesse sentido, explicam os autores:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas duas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Como visto, a discussão sobre a necessidade de se desenvolver um processo coletivo está intimamente ligada ao movimento de reconhecimento de direitos fundamentais de feição não individual protegidos pelo ordenamento jurídico, o que acentua a função instrumental do processo. Isso porque o reconhecimento dos direitos fundamentais de 3ª geração pelo Estado exige, paralelamente, a disponibilização de formas adequadas para sua tutela. É nesse contexto que se identifica uma correspondência entre direitos fundamentais transindividuais e o processo coletivo.

Quanto a essa correspondência, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015) explicam que o advento da chamada “teoria das liberdades públicas” rendeu ensejo ao surgimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais, inconfundíveis com os direitos de primeira geração (liberdades negativas) e de segunda geração (exigência de prestações positivas), fundando, portanto, a categoria própria dos direitos de terceira geração.

Essa terceira geração, conforme tratado em seção anterior deste trabalho, caracteriza-se pelos dogmas da solidariedade e transindividualidade, e fundamenta o reconhecimento de direitos subjetivos incorporados ao patrimônio de seus titulares (coletividade). Essa nova percepção sobre direitos fundamentais tornou necessária, na visão dos autores, uma “*reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade*”. Nesse cenário, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 378) ensinam que

[...] não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurar concretamente as novas conquistas da cidadania. E, como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* do *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes ao sistema político-jurídico de cada país. E nesse campo o Brasil foi precursor e pioneiro entre os países de *civil law*.

Em síntese, a leitura do processo coletivo à luz do problema do acesso à justiça e das ondas renovatórias do processo coloca em perspectiva duas principais questões. A primeira é a necessidade das técnicas processuais adequadas como forma de garantia de efetividade ao direito material reconhecido pelos ordenamentos jurídicos. Isso porque o mero reconhecimento de direitos – sua declaração –, desacompanhado da previsão dos poderes necessários para a efetividade – e exigibilidade – do bem da vida protegido, torna inócuo – ou com efetividade muito reduzida – um direito fundamental.

Não por acaso nosso modelo constitucional, com respaldo na doutrina constitucionalista, reconhece um sistema de direitos e garantias, ou seja, reconhece-se uma prerrogativa material e, ao seu lado, uma forma de acesso e concretização do direito assegurado. É nesse cenário que podemos identificar um binômio direito-garantia na relação entre direitos transindividuais e processo coletivo.

A segunda questão diz respeito ao caráter essencialmente instrumental do processo coletivo, do que podemos inferir que não há como pensar o processo coletivo senão com base nas peculiaridades e necessidades inerentes ao direito material que essa técnica processual visa a tutelar. Com efeito, é a partir do paradigma da instrumentalidade que se deve pensar o conceito e a disciplina jurídica do processo coletivo, temas que passaremos a abordar.

3.2 · ASPECTOS ESSENCIAIS DO PROCESSO COLETIVO: CONCEITO E DISCIPLINA

Sem a pretensão de apresentar exhaustivamente as normas de regência do processo coletivo, esta seção volta-se a responder duas questões de acentuada importância para os fins colimados neste trabalho: (I) o que se entende por processo coletivo; (II) quais contornos de sua disciplina jurídica constituem modulações voltadas a aperfeiçoar a tutela ao direito à igualdade de gênero em seu caráter transindividual.

3.2.1 · A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO POSSÍVEL

A proposta de se construir um “conceito possível” busca evitar uma abordagem excessivamente ontológica. Consequentemente, o que se busca aqui não é perscrutar uma suposta natureza própria, constante e indelével do fenômeno processual, mas a feição que ele assume em contextos de nosso interesse.

Tendo como tônica a função instrumental do processo, adotamos aqui o conceito de Didier, para quem o processo coletivo é aquele cujo objeto consiste em relação jurídica litigiosa coletiva. Por sua vez, entende o autor:

Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe, etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo. (DIDIER JR., 2016, p. 29-30).

A definição de processo coletivo a partir da relação jurídica que constitua seu objeto, e não com base em características desse tipo de processo (regime de formação da coisa julgada, legitimidade, competência etc.), deve-se à constatação de que não podemos confundir o regime próprio de garantias processuais desse tipo de ação ou mesmo sua disciplina jurídica especial com seu conceito, o que importaria uma subversão da relação de causa e consequência.

Em outras palavras, não é pela disciplina especial do processo que se chega ao seu conceito, mas sim a partir do conceito que se justifica a aplicação de um regime próprio. Nessa ordem de ideias, tendo em vista o caráter instrumental do processo, que se volta a permitir uma tutela jurisdicional de determinados direitos materiais, o objeto próprio do processo coletivo (relações coletivas) é que exigirá do legislador e do operador do direito o desenvolvimento de estratégias e regras peculiares, que contribuam para a garantia de tutela efetiva.

É daí que podemos inferir a seguinte relação de causa-consequência: o reconhecimento de direitos de terceira geração, de titularidade transindividual, é causa para o desenvolvimento de uma técnica processual adequada a tutela desses interesses, o chamado “processo coletivo”, que se particulariza, justamente, em razão da relação jurídica especial cuja proteção busca-se assegurar na via jurisdicional. Vocacionado a atender esses direitos de feição não individual, o processo coletivo conta com características singulares quanto a aspectos como legitimidade, coisa julgada e competência, que se configuram como consequência do imperativo da instrumentalidade da matéria processual.

Em suma, o direito material tutelado, o conceito de processo coletivo e as características jurídico-processuais são fenômenos que se relacionam segundo o binômio função/forma, ou seja, o conceito de processo coletivo não extrai características especiais dessa relação jurídica, na verdade, são estas últimas que decorrem do objeto próprio do processo coletivo, a partir do qual chegamos a seu conceito.

Em síntese, a existência de direitos com feição própria é a causa para o desenvolvimento de uma técnica processual diferenciada, que terá como consequência características próprias de elementos do processo (partes, legitimidade, competência, coisa julgada etc.).

3.2.2 · A DISCIPLINA DO PROCESSO COLETIVO

Conforme buscou-se frisar na seção anterior, o desenvolvimento do processo coletivo como categoria própria, com disciplina especial, justifica-se pela necessidade de se criarem formas adequadas à proteção de direitos transindividuais. Nesse sentido, Didier ensina (2016, p. 53):

A tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, forçando o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos e das situações em que os direitos seriam mais bem atendidos se compreendidos como coletivos para fins de tutela [...].

Quanto a esse regramento próprio, importa dizer que, no Brasil, não existe uma disciplina específica – lei ou código – acerca do processo coletivo. Houve uma tentativa de inserção dessa matéria no Código de Processo Civil de 2015, no art. 333 – Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), Título I (Do procedimento comum), Capítulo IV (Da conversão da ação individual em coletiva)¹⁷ – que, no entanto, foi integralmente vetado.¹⁸

Diante da ausência de disciplina legal específica, as regras do processo coletivo são extraídas de um conjunto de leis que conformam o chamado “microssistema de tutela coletiva”. Conforme aduz Didier (2016, p. 52), o microssistema é formado por um núcleo composto pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei da Ação Civil

17 “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

18 Razões do veto: da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Pública e Lei da Ação Popular, que, portanto, são os diplomas que tratam de forma mais ampla e mais completa da disciplina desses processos; perifericamente, regras complementares do microsistema poderiam ser extraídas da Lei de Improbidade Administrativa, da Lei do Mandado de Segurança Coletivo e de outros diplomas avulsos (podemos exemplificar com a Lei de Defesa da Concorrência, Estatuto da Igualdade Racial etc.).

A existência do microsistema de tutela coletiva goza, outrossim, de reconhecimento na jurisprudência, o que se confirma pelo seguinte julgado de lavra do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...] 8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (REsp 510.150/MA, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.2.2004, DJ 29 mar. 2004, p. 173).

Com efeito, as normas que tratam de temas do processo coletivo como legitimidade, competência, coisa julgada, execução, litisconsórcio, desistência, entre outras, encontram-se dispersas entre diversas leis, bem como no próprio CPC e na Constituição Federal, conformando, portanto, o sobredito microsistema. A relação que se estabelece entre cada um desses diplomas legais quanto à incidência no processo coletivo explica-se pela chamada “teoria do diálogo das fontes”.

Trata-se de teoria introduzida no Brasil por Cláudia Lima Marques e que defende uma interpretação voltada ao “diálogo sistemático de coerência” entre normas de aplicação simultânea que regulam o processo coletivo (DIDIER JR., 2016, p. 109). Nesse cenário, Didier propõe a seguinte sistematização:

Assim, pensando na aplicabilidade e operabilidade destas teorias e considerações, adota-se a seguinte diretriz: para solucionar um problema de processo coletivo o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico (Ex.: sendo uma ação popular na Lei nº 4. 717 /1965). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no núcleo do microsistema, soma da Lei da Ação Civil Pública com o Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão em coordenação com as normas do CPC-2015 que não conflitem com a lógica e os princípios próprios do microsistema e com a Constituição.

3.3 • O DIREITO À IGUALDADE DE GÊNERO EM JUÍZO

Muito embora a pretensão deste trabalho não seja perscrutar a disciplina de regência do processo coletivo, de forma geral, mostra-se pertinente o estudo de determinados aspectos processuais que assumem feição particular nas ações envolvendo o direito à igualdade de gênero. Nessa esteira, a presente seção destina-se a elucidar determinados elementos presentes nessas ações, com enfoque sobre o modo como o direito material em litígio reflete-se na conformação das regras processuais.

3.3.1 · INTERESSE VS. DIREITO SUBJETIVO

Uma primeira discussão importante é saber se as situações jurídicas coletivas, difusas e individuais homogêneas consubstanciam, em nosso ordenamento, direitos subjetivos ou interesses. O imbróglcio resulta da opção legislativa que, na redação do art. 81 do CDC, referiu-se a “interesses ou direitos dos consumidores” e “interesses ou direitos” difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A distinção entre interesse e direito subjetivo jaz na doutrina estrangeira, notadamente no direito italiano, em que a dualidade de jurisdição justifica a existência de direitos subjetivos e interesses legítimos como categorias distintas, cuja tutela deve ser provocada em vias jurisdicionais diversas. Isso porque, conforme ensina Fredie Didier (2016, p. 66), “[o]s primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); já os interesses legítimos são julgados perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante)”.

Com base na terminologia legal, parte da doutrina passou a defender que sua utilização proposital denotaria a intenção do legislador de conferir a essas posições jurídicas uma estrutura diferente daquela pertinente aos direitos subjetivos, de feição marcadamente individualista e, portanto, supostamente inadequada para subsidiar a tutela, em juízo, de prerrogativas de titularidade transindividual.

Em oposição a essa corrente, Didier (2016, p. 63-69), adotando entendimento ao qual nos filiamos, explica que os direitos transindividuais são direitos subjetivos, tendo como única particularidade o fato de que sua titularidade pertence a um grupo – determinado ou indeterminado de indivíduos –, e não a um único sujeito.

Advogar pelo contrário seria forma de limitar a possibilidade de proteção dessas prerrogativas pela via jurisdicional, já que, não sendo direitos subjetivos, parte da doutrina acredita que os direitos transindividuais não poderiam, por exemplo, ser objeto do mandado de segurança coletivo, o que parece ir de encontro à intenção do ordenamento brasileiro de conferir a proteção mais ampla possível para tais direitos.

É como ensina o autor:

A melhor solução passa, não por admitir a categoria dos “interesses” tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar as diversas “posições jurídicas judicializáveis” que decorrem do direito subjetivo *prima facie* (portanto, não expressas) e que merecem igualmente guarda pelo Judiciário. (DIDIER, 2016, p. 68).

Essa visão do direito transindividual como direito subjetivo é especialmente importante quando tratamos do direito à igualdade de gênero. Isso porque, muito embora esse direito tenha inclusive assento constitucional, sua exigibilidade em juízo ainda parece ideia pouco difundida no meio jurídico. Com efeito, se as últimas décadas testemunharam um aumento exponencial na propositura de ações civis públicas tratando de temas ambientais, proteção do patrimônio histórico e cultural, direito do consumidor, proibidade administrativa, etc., o mesmo não se pode dizer de ações que tutelam questões relacionadas à igualdade de gênero. A proteção jurídica à mulher, em nosso ordenamento, tem um caráter marcadamente penal, sendo raras e pontuais as ações, na esfera cível, que buscam em juízo a proteção a determinado direito nessa seara.

Entender o direito à igualdade de gênero como direito subjetivo, e não como mero interesse – ou mera promessa de índole constitucional, despida de verdadeira força normativa e eficácia –, é passo necessário para a construção lógico-jurídica de que a lesão a esse direito – como a qualquer outro direito subjetivo em nosso ordenamento – autoriza o socorro na via jurisdicional, havendo aqui também a estrutura obrigacional de credor-devedor que determina a coercibilidade da pretensão.

3.3.2 · A CLASSIFICAÇÃO DO LITÍGIO COMO TRANSINDIVIDUAL DE INTERESSE LOCAL

Ainda tratando da feição processual da proteção ao direito à igualdade de gênero, pertinente apresentar a visão de Edilson Vitorelli (2019) sobre o tema. O autor inseriu na doutrina brasileira, em matéria de processo coletivo, a classificação desses litígios de acordo com os critérios de conflituosidade e complexidade. Trata-se de concepção inovadora, já que parte de um paradigma diverso daquele proposto pelo art. 81 do CDC, que classifica os litígios de acordo com a natureza do direito transindividual envolvido (coletivo, difuso ou individual homogêneo).

Didier (2016, p. 83), ao comentar a classificação proposta por Vitorelli, sustenta que sua principal virtude é corrigir uma lacuna do CDC, que, embora tenha previsto as diferentes espécies de direito transindividuais, não logrou conferir-lhes disciplina processual própria, mais bem adaptada à natureza de cada um deles. Nesse toar, ao propor uma classificação fundada no tipo de conflito, Vitorelli oferece a possibilidade de diferenciar o tipo de procedimento mais apto à abordagem de cada espécie de direito.

A importância da categorização ora apresentada repousa em seu potencial de resgatar o “referencial humano” associado às violações do direito à igualdade de gênero. Isso significa dizer que ficam mais perceptíveis o bem jurídico lesado e o titular afetado, tornando mais fáceis e claros o acesso ao judiciário e ao processo, bem como a definição de aspectos essenciais da ação como legitimidade e pedidos.

Na sistematização proposta por Vitorelli (2020, p. 77-78), parte-se de dois elementos básicos dos litígios coletivos: (a) complexidade: atributo do conflito relativo à lesão com variadas possibilidades de tutela, sendo possível obter a recomposição ou a proteção ao bem violado por diferentes formas, com resultado prático equivalente. Nas palavras do autor, “[q]uanto mais variados forem os aspectos da lesão e as possibilidades de tutela, maior será o grau de complexidade do litígio” (VITORELLI, 2019, p. 77); (b) conflituosidade: atributo endógeno ao grupo que titulariza o direito violado e relaciona-se com a heterogeneidade de posições de seus integrantes em relação ao litígio. Conforme aduz o autor, “[...] quanto menor for a uniformidade do impacto da lesão sobre as pessoas, ou seja, quanto mais variado for o modo como forem atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade” (VITORELLI, 2019, p. 77).

Com bases nesses dois aspectos, o autor identifica as ações coletivas pela igualdade de gênero na categoria de litígios transindividuais de difusão local. Isso porque, segundo destaca Vitorelli (2019, p. 85-88), as mulheres compõem uma minoria social distinguível e especialmente afetada por determinadas violações que, portanto, não afetam igualmente todos os membros da sociedade (homens e mulheres).

Para o autor, litígios transindividuais de difusão local decorrem de violações que atingem, de forma específica e grave, uma comunidade determinada, sendo,

portanto, peculiares a um grupo. Vitorelli identifica que o grau de vinculação entre os membros desse grupo determinado poderá ser mais ou menos tênue, constatando, nesse segundo caso, uma subespécie dos litígios locais. Essa subespécie é marcada pelo fato de que a comunidade especialmente afetada se define a partir da posição social de dadas pessoas na sociedade, e não propriamente de um laço especial de natureza histórica, cultural, territorial etc.

Nesse sentido,

O segundo círculo dos litígios locais engloba pelo menos quatro níveis distintos de solidariedade, que podem ser expressos na seguinte ordem, do maior para o menor grau: 1) litígios coletivos relativos ao direito do trabalho; 2) litígios coletivos atinentes a vítimas de um mesmo acidente; 3) litígios coletivos relativos aos tratamentos de saúde disponíveis para pessoas portadoras da mesma doença; 4) litígios coletivos que envolvem minorias sociais em geral, tal como as minorias raciais, de gênero, de orientação sexual etc. (VITORELLI, 2020, p. 85).

É nessa categoria que se localizam os litígios pela garantia do direito à igualdade de gênero:

Finalmente, a perspectiva social mais tênue, mas ainda pertencente aos litígios locais, refere-se aos integrantes de uma minoria. Não parece difícil sustentar, por exemplo, que os direitos relativos à igualdade de gênero pertencem às mulheres. Ainda que homens se interessem em viver em uma sociedade em que não haja tal desigualdade, o interesse feminino nos conflitos transindividuais a ela relacionados é tão mais pronunciado que torna o masculino irrelevante. [...]

Conquanto se reconheça que esse grupo é o que exibe o vínculo mais tênue, quando se assume o ponto de vista do litígio, não se pode imaginar que os homens tenham tanto a dizer quanto as mulheres na definição dos rumos da tutela do direito à igualdade de gênero. Não cabe ao grupo majoritário impor ao grupo minoritário sua visão sobre o litígio ou sobre o melhor caminho para a obtenção da tutela do direito. Do contrário, o grupo minoritário seria vítima de autoritarismo ou paternalismo (que nada mais é que um “autoritarismo adocicado”), por parte da maioria. Dessa maneira, o interesse das mulheres em que a igualdade de gênero seja tutelada de acordo com suas visões é tão mais pronunciado que o dos homens que, por comparação, torna as posições masculinas irrelevantes. É por essa razão que as mulheres, assim como as demais minorias, podem ser consideradas titulares dos direitos relativos à condição que lhes faz minoritários. (VITORELLI, 2019, p. 87-88).

Nessa perspectiva, nota-se como a teoria proposta pelo autor representa um avanço significativo na tutela de direitos transindividuais, ao permitir identificar em minorias sociais um sujeito titular de determinados direitos, conferindo-lhe posição própria e adequada para levar às vias competentes as pretensões geradas por sua violação.

Um bom exercício para se entender a relevância da classificação ora proposta pode ser encontrado no trabalho de dissertação de Deice Teixeira (2014), em que, abordando a questão da reprodução de estereótipos de gênero discriminatórios contra mulheres, a autora enxerga nos produtos publicitários uma violação ao direito, previsto na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a uma educação livre de “padrões estereotipados de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de

inferioridade ou subordinação”.¹⁹ Essa liberdade, no entanto, é desrespeitada diante de uma publicidade que “reproduz pensamentos e atitudes machistas e patriarcais” (TEIXEIRA, 2014, p. 131).

A denúncia feita no trabalho científico ganha consistência jurídica quando subsumida à categoria dos conflitos transindividuais de difusão local, permitindo, portanto, sua visualização enquanto pretensão juridicamente tutelável por meio do processo. Localizar os conflitos de gênero em uma categoria própria de processos contribui para a construção de uma cultura jurídica capaz de reunir o binômio direito e processo, visualizando, assim, o direito à igualdade de gênero acoplado à garantia processual das ações coletivas, sem o que essa prerrogativa permanece um mero aforismo do ordenamento jurídico.

3.3.3 · OS TIPOS DE TUTELA CONFERIDAS

De acordo com os ensinamentos clássicos de Teoria Geral do Processo, as ações de conhecimento, de acordo com a natureza da tutela requerida pela parte, podem dar origem a sentenças declaratórias, constitutivas e condenatórias. Correntes mais modernas apontam ainda mais dois tipos de provimentos possíveis nas ações de conhecimentos, resultando em classificação quinária dessas ações que passariam a contar com as modalidades de tutela mandamental e executiva em sentido amplo (DIDIER, 2016, p. 346-354).

Em síntese, as sentenças declaratórias são aquelas que se limitam a afirmar a “existência, inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica”, dicção prevista no art.19, I, do CPC, servindo também para declarar a falsidade ou a autenticidade de um documento (art. 19, II, do CPC). Os provimentos constitutivos, por sua vez, são vocacionados a criar nova situação jurídica ou modificar e/ou extinguir situação já existente.

As tutelas condenatórias, mandamentais e executivas merecem tratamento conjunto, já que todas implicam a imposição, ao requerido, do cumprimento de determinada prestação. Nesse cenário, as ações condenatórias são aquelas que buscam a efetivação de uma prestação de fazer, de não fazer ou de dar.

O cumprimento da prestação, por sua vez, poderá ser realizado de forma direta – hipótese em que há a sub-rogação na posição do devedor pelo Poder Judiciário, que efetiva a prestação independentemente da colaboração do requerido –, caracterizando, assim, uma ação executiva em sentido amplo. Há casos, no entanto, em que essa sub-rogação não é possível, exigindo a atuação do devedor para a satisfação da prestação. Vê-se, dessa forma, que o Poder Judiciário dispõe apenas de meios indiretos para forçar o cumprimento da prestação, caracterizando a tutela mandamental (DIDIER, 2016, p. 354-356).

Entender os diferentes provimentos possíveis em uma ação de conhecimento é importante para identificar as potencialidades do processo coletivo enquanto instrumento reparatório e preventivo de lesões contra o direito à igualdade de gênero. Nessa perspectiva, é possível vislumbrar situações em que o mero provimento

¹⁹ Artigo 6 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 9 de junho de 1994.

declaratório é suficiente para a afirmação desse direito – caso da declaração de constitucionalidade de uma lei que promova uma ação afirmativa de gênero, como é a Lei Maria da Penha. Em outros casos, no entanto, é necessário associar as determinações judiciais condenatórias, sendo que apenas sua aplicação combinada poderá oferecer resposta idônea para a tutela do direito material.

A título de exemplo podemos pensar na situação em que determinado empregador adota critérios discriminatórios, com base no gênero, para a admissão de seus empregados e para a promoção interna desses obreiros. Nesse caso, uma tutela efetiva do direito pode condutar com a condenação em obrigação de não fazer – não adotar critérios discriminatórios com base no gênero na seleção e promoção de empregados –, de fazer – promover ações de capacitação para evitar ou coibir discriminação de gênero no espaço de trabalho – e de dar – pagar quantia indenizatória em razão de prática ilícita violadora do direito à igualdade de gênero.

Importante ainda dizer que o entendimento mais recente e pacífico no âmbito do STJ é que as ações coletivas podem cumular pedido condenatório com prestações de dar e fazer. O precedente paradigmático diz respeito a ação civil pública em matéria ambiental e enfrenta especificamente a redação do art. 3º da LACP, que, ao falar sobre o objeto da condenação nessas ações, utiliza-se da expressão “ou”, o que poderia levar a uma interpretação equivocada de exclusão entre os dois tipos de prestação referidos.

As conclusões firmadas no precedente em apreço são de todo válidas para qualquer ação coletiva, já que em tudo compatíveis com a noção do microsistema de processo coletivo, além de materialmente adequadas a promover a “integral reparação” dos bens coletivos lesados.

Por fim, quanto à obrigação de dar nas ações coletivas, é oportuno discorrer sobre a “teoria do dano social”, que oferece suporte a pretensões indenizatórias em pecúnia relacionadas a lesões ao bem-estar coletivo e ao patrimônio moral de dada sociedade, afetada por tais atos ilícitos.

A teoria do dano social, no Brasil, tem como fundamento os estudos de Antônio Junqueira de Azevedo. Em síntese, o autor propõe que, ao lado das formas tradicionais de dano – material, moral, estético –, há uma modalidade que se volta às “lesões à sociedade no seu nível de vida”, reprimindo condutas que importem o rebaixamento do patrimônio moral da sociedade (TARTUCE, 2018, p. 488). Cuida-se de teoria recente, mas que já ganha espaço no ambiente forense, a exemplo do enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil²⁰ e de precedentes dos Tribunais de Justiça de São Paulo²¹ e do Rio Grande do Sul.²²

20 A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

21 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Estadual. Apelação Cível n. 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator (a): Teixeira Leite; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo – 3ª Vara Cível. Data do julgamento: 18.7.2013. Data de registro: 19.7.2013.

22 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça Estadual. Recurso Cível n. 71001281054, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, julgado em 12.7.2007.

Para Tartuce (2018, p. 496-500), a possibilidade de dano social já teria sido reconhecida inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, embora sob a alcunha equivocada de “*dano moral coletivo*”, caso dos Recursos Especiais n. 1.101.949/DF,²³ n. 1.487.046/MT²⁴ e n. 1.517.973/PE.²⁵

Diversos autores já se pronunciaram sobre a teoria de Junqueira de Azevedo. Ana Frazão (2016, p. 284) traz o tema do dano social na perspectiva do direito do trabalho, situando-o nos casos de violação de normas e direitos trabalhistas que “transcendem situações individuais, ofendendo interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos”. Para a autora, o dano social localiza-se ao lado do dano moral e estético pela natureza extrapatrimonial, os quais “exigem respostas eficazes do Poder Judiciário, normalmente traduzidas em indenizações que, diante do seu forte componente preventivo-pedagógico e punitivo, tornam-se verdadeiros instrumentos para assegurar a legislação trabalhista”.

Nessa esteira, Frazão (2016, p. 284-285) aduz que o reconhecimento dessa nova categoria de dano é fruto da concepção de “dano injusto” como noção fundamental da responsabilidade civil. Por tratar-se de espécie de cláusula geral, o “dano injusto” é uma noção dotada de plasticidade que permite “a criação de novos direitos, interesses e situações subjetivas”. Para Frazão, a noção de “dano moral coletivo”, hoje admitida pelo STJ, coincide com a definição de dano social proposta por Antônio Junqueira de Azevedo.

Outros autores situam ainda o surgimento dessa teoria diante da inadequação do paradigma dos “danos morais coletivos” como fundamento para a reparação de danos transindividuais. Nessa ordem de ideias, aduzem Friede e Aragão (2016, p. 15) que, ao afastar a incidência de dano moral coletivo na tutela de interesses transindividuais, o STJ teria aberto a porta para a aplicação da teoria do dano social. Com efeito, os autores defendem que, sempre que houver lesão ao bem-estar coletivo, entendido como “interesse difuso tutelado pela ordem jurídico-constitucional”, restará configurado o dano social.

A importância dessa teoria para a tutela processual do direito à igualdade de gênero é a possibilidade de permitir a quantificação – apreciação pecuniária – dos danos causados pela lesão a esse bem. Certamente, a indenização financeira é incapaz de recompor o dano causado, servindo de mera reparação compensatória. No entanto, a possibilidade de sua utilização serve de dissuasão à prática ilícita nessa seara, além de tornar mais atrativo o ajuizamento de ações de reparação por violações à igualdade de gênero, o que faz supor maior fortalecimento na tutela dessa prerrogativa.

Ademais, o dano social foi usado como fundamento da Ação Civil Pública n. 5014547-70.2020.4.03.6100, de autoria do Ministério Público Federal, que será tratada na próxima seção.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1101949/DF, Relator: Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.5.2016, *DJe* 30 maio 2016.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1487046/MT, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28.3.2017, *DJe* 16 maio 2017.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1517973/PE, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16.11.2017, *DJe* 1º fev. 2018.

4 • ESTUDO DE CASO: ACP N. 5014547-70.2020.4.03.6100

A ação, protocolada em 5 de agosto 2020, tem por objeto a

condenação da União (pessoa jurídica de direito público) à reparação e também o pagamento de indenização por danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, ou ainda, danos sociais, conforme prevê o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, em razão de atos praticados, dolosa e culposamente, por agentes públicos, mais especificamente declarações públicas carregadas de preconceito e discriminação contra as mulheres, bem como ações administrativas que afrontam o ordenamento jurídico em razão dessa condição (de mulher), declarações essas levadas a efeito no exercício e na representação das funções públicas.

Por tratar-se de iniciativa bastante recente, não parece possível traçar, por ora, quais serão seus reais efeitos, seja na perspectiva jurídica – análise dos aspectos relacionados à admissibilidade e ao mérito da demanda – ou na social – a visão com a qual ações dessa natureza são recebidas pelo corpo social, sobretudo pelo grupo que titulariza o direito invocado. No entanto, alguns elementos da ação reforçam os argumentos até o momento trabalhados acerca da importância da relação entre direito material e direito processual na proteção de direitos transindividuais, bem como da importância da técnica do processo coletivo como meio essencial à efetivação desses direitos.

Iniciando pela análise dos pedidos, interessa notar que a abrangência da pretensão levada a juízo – que incluía a reparação pecuniária destinada ao cumprimento de obrigações de fazer relativas a divulgação de campanhas publicitárias e estruturação de políticas públicas – foi delimitada à luz dos preceitos de direito material albergados no núcleo dos direitos fundamentais, a saber, os postulados da vedação à proteção insuficiente, da vedação ao retrocesso e à dignidade humana. Essa correlação confirma o pressuposto apresentado de que a relação entre processo coletivo e direito à igualdade de gênero se dá numa perspectiva direito-garantias fundamentais.

Ganha destaque também na ação o fato de que o direito transindividual à igualdade de gênero consubstancia verdadeiro direito subjetivo, porquanto previsto não só na Constituição mas em diversos documentos normativos com os quais se obrigou a República Federativa do Brasil – caso da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, recepcionada pelo Decreto n. 4.377/2002, e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994) – Decreto n. 1973/1996.

Tais diplomas normativos representam a face material da proteção a esse direito, que se soma ao arcabouço legal do microsistema de tutela coletiva, já apresentado, permitindo, portanto, uma tutela efetiva por meio do acesso ao processo. É assim que se destaca como grande contribuição dessa ACP a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta de discriminação de gênero e as lesões suportadas pelos titulares coletivos:

Mas o problema não é só de simples infidelidade ao compromisso assumido (o que aliás já é gravíssimo), já que no tocante ao tema aqui tratado as consequências são funestas, pois mensagens que compactuam (com) e incentivam esse ambiente adverso às mulheres, esse vezo machista e misógeno, colaboram para que não se avance, ou para que seja prejudicado o avanço, no combate à violência e discriminação em relação a elas. [...] Ora, parece indiscutível que a discriminação das

mulheres – seja pela objetificação, pelo assédio, pelo menosprezo, pela subvalorização ou pela convivência (direta e indireta) com a violência contra elas praticada – atinge de modo superlativo a dignidade humana dessa parcela da população.

Em síntese, a ação proposta pelo Ministério Público Federal tem a grande vantagem de amarrar diversos conceitos que já vinham sendo trabalhados na doutrina processualista, oferecendo, assim, sua visualização em situação concreta de aplicação. Dessa forma, parece seguro afirmar que, independentemente do desfecho da ação, os avanços por ela obtidos já compõem nosso patrimônio jurídico e social.

A utilização da teoria do dano social como fundamento do dever de indenizar também merece destaque, visto que reconhece a possibilidade de existência de lesões fora da dicotomia de danos morais e danos materiais. Muito embora atualmente, em matéria de responsabilidade civil, já haja uma visão mais ampliada do tema, com a grande aceitação dos chamados danos estéticos e, em menor medida, do dano moral coletivo, a discussão ainda é incipiente quando se fala em danos sofridos de forma difusa por uma coletividade.

Ainda nesse ponto, importante lembrar a ressalva feita por Frazão (2016, p. 286) quanto às conclusões de Joseph Stiglitz, laureado com o Prêmio Nobel, para quem o empoderamento de minorias sociais – no caso, tratava-se dos trabalhadores – inclui não só recursos para assegurar a repressão pelo descumprimento de normas protetivas como também a imposição de penalidades financeiras como forma de punição em caso de violação.

Nesse sentido, a utilização da teoria do dano social permite a visualização de que determinadas condutas, muito embora não interfiram explicitamente na esfera individual de cada sujeito de direito, importam prejuízo a todos – na dicção de Junqueira de Azevedo, um rebaixamento moral –, promovendo um dano perceptível e potencialmente letal e reforçando estruturas que, em última análise, conduzem à violência física contra determinadas minorias sociais.

Ainda nesse ensejo, a ação, ao elencar diversos indicadores de aumento da violência – física ou simbólica, mas sobretudo a primeira – relacionada a questões de gênero, deixa importante lição para os estudos jurídicos no sentido de enxergar, de forma ampliada, o nexo de causalidade entre conduta e ação nas lesões a direitos transindividuais. Com efeito, nessas ações, a percepção do dano frequentemente não será imediata e diretamente imputável a determinados sujeitos passivo e ativo. Isso, no entanto, não deve representar barreira ao acesso à justiça para demandar reparação contra violações dessa natureza. Vejamos:

É preciso ainda não olvidar o poder da comunicação dessas manifestações intolleráveis (considerado o marco legal vigente) e seus efeitos sobre a realidade social e a persuasão do público, com potencial para reforçar estereótipos e posturas misóginas e discriminatórias, notadamente quando advindas de pessoas com poder de influência, que têm, *ipso facto*, efeitos para gerar danos concretos, conforme reconheceu o Relator Ministro Luiz Fux, em passagem de seu relatório/voto, quando do recebimento da denúncia em face do então parlamentar, atual Presidente Jair Messias Bolsonaro [...].

A questão da liberdade de expressão é também fortemente tratada na ação, sob a ótica de que determinadas condutas não se encontram abrigadas dentro do escopo de proteção ao direito fundamental de cada indivíduo manifestar-se livremente.

Nesse sentido, quando se fala em discriminação de gênero, não merece acolhida esse argumento frequentemente levantado como forma de obstar a ilicitude da conduta e o consequente dever de indenizar.

Ademais, a ação em comento chama a atenção para o fato de que, não raro, violações ao direito de igualdade de gênero estarão acompanhadas de lesões a outros bens jurídicos – como moralidade administrativa, dignidade humana, apologia ao preconceito e à desigualdade social etc. –, que poderão incrementar os fundamentos da ação coletiva.

Por fim, a ACP torna-se paradigma, ainda, por fornecer um panorama amplo e atualizado sobre os dados de violência e discriminação contra a mulher no Brasil, o que, sem dúvida, poderá servir de subsídio tanto à propositura de novas demandas no âmbito do processo coletivo – principalmente orientando os pedidos em cada ação – quanto à estruturação de políticas públicas que, ao lado da tutela judicial, promovam o enfretamento desse problema.

5 · CONCLUSÃO

Em um quadro de violação sistemática de direitos fundamentais, pensar estratégias para atribuir-lhes maior proteção e efetividade é não só uma contribuição científica, mas verdadeiro dever dos operadores de qualquer ciência, sobretudo do Direito, em relação à sociedade em que atuam. É nesse contexto que, em linha de conclusão, este artigo reafirma a necessidade de se pensar o direito à igualdade de gênero ao lado de sua necessária garantia, a saber, o processo coletivo.

Enxergar nas violações ao gênero feminino uma pretensão juridicamente tutelável por meio de ações coletivas é concretizar a evolução histórica dos direitos fundamentais em sua vertente transindividual da solidariedade. Ademais, reconhecer a titularidade metaindividual desses direitos e sua possibilidade de garantia em juízo serve de instrumento ao empoderamento de minorias sociais, além de contribuir para o reconhecimento da legitimidade na persecução desses interesses aos sujeitos particularmente afetados.

Em síntese, o artigo é concluído confirmando (I) a existência de um relação necessária entre direito transindividual à igualdade de gênero e sua garantia materializada no processo coletivo; (II) essa relação quase simbiótica é o que explica aspectos próprios da técnica processual coletiva voltados a imprimir maior proteção e efetividade ao direito material tutelado; (III) o acesso à justiça, pressuposto para qualquer outro direito reconhecimento pelo ordenamento, é especialmente importante na proteção à minoria de gênero, considerando o quadro sistemático de violação que o Brasil vive; (IV) a existência de iniciativas como a ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal confirma a possibilidade e as potencialidades associadas à utilização da via jurisdicional como meio de reparação a lesões provocadas ao direito de igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 560-572.
- BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, n. 3, p. 82-92, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- D'ALKMIN, S. M. A conquista do voto feminino no Brasil. *Encontro de Iniciação Científica (ETIC)*, Presidente Prudente, v. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1219>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- D'ALKMIN, Sônia Maria; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. A conquista do voto feminino no Brasil. *Encontro de Iniciação Científica (ETIC)*, Presidente Prudente, v. 2, n. 2, 2006.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 4.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento*. 10. ed. Salvador: JusPodivm: 2019. v. 1.
- DUPRAT, Deborah. Igualdade de gênero, cidadania e direitos humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FRANÇA, Karoline Veiga; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Interfaces entre bioética e direito acerca da regulamentação e descriminalização do aborto em defesa da consolidação dos direitos femininos no Brasil. *Revista de Gênero, Sexualidade e Direito*, v. 3, n. 2, p. 100-119, 2017.
- FRAZÃO, Ana. Dano social e dumping no direito do trabalho: perspectivas e limitações. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 284-300, mar. 2016.
- FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. Dos danos sociais. *Revista da Esmesc*, v. 23, n. 29, p. 13-44, 2016.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- JÚNIOR, Diógenes; NOGUEIRA, José Eliaci. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais? *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, p. 571-572, maio 2012.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KARAJCZYK, M. As suffragettes e a luta pelo voto feminino. *História: imagem e narrativas*, Rio de Janeiro, n. 17, out. 2013. Disponível em: <https://docplayer.com.br/4887448-As-suffragettes-e-a-luta-pelo-voto-feminino.html>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista Estudos Feministas*, v. 12, n. 2, p. 35-50, 2004.

SILVA, Saete Maria da. Constitucionalização dos direitos das mulheres no Brasil: um desafio à incorporação da perspectiva de gênero no direito. *Interfaces Científicas – Direito*, v. 1, n. 1, p. 59-69, 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, Jaíse Marien Fraxe *et al.* Evolução dos direitos das mulheres e desafios para alcançar a igualdade de gênero no século XXI. *Revista de Direito da Amazônia*, v. 1, n. 2, 2020.

TEIXEIRA, Deice da Silva. *A propaganda é a alma (arbitrária) do negócio: violência simbólica e discriminação contra as mulheres na publicidade brasileira*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF. 2014. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/16863>. Acesso em: 3 set. 2020.

TILLY, Louise A. Gênero, história das mulheres e história social. *Cadernos Pagu*, n. 3, p. 28-62, 1994.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuter, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2020.