

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
DOUTORADO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO

PAULA LOUREIRO DA CRUZ

**(DES) IGUALDADE E DIREITO DE GÊNERO**

2016

São Paulo

C955d

Cruz, Paula Loureiro da

(Des) Igualdade e direito de gênero. / Paula Loureiro da Cruz. – 2016.

246 f.; 30 cm

Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade  
Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016.

Orientador: José Carlos Francisco

Bibliografia: f. 219-229

1. Gênero. 2. Igualdade. 3. Liberdade. 4. Público. 5. Privado. I. Título

CDDir 323.42

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
DOUTORADO EM DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO

PAULA LOUREIRO DA CRUZ

**(DES) IGUALDADE E DIREITO DE GÊNERO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do Prof. Dr. José Carlos Francisco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Político e Econômico.

2016

São Paulo

PAULA LOUREIRO DA CRUZ

**(DES) IGUALDADE E DIREITO DE GÊNERO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, sob orientação do Prof. Dr. José Carlos Francisco, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 03 de Agosto de 2016.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. José Carlos Francisco – Orientador  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof<sup>ª</sup>. Dra. Zélia Luiza Pierdoná  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. José Marcos Lunardelli  
Universidade de São Paulo

---

Prof. Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho  
Escola Superior do Ministério Público da União

À minha família, com amor, porque sem eles a vida não teria o mesmo sentido.

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e à minha família Rogério, Tiago e Pedro Henrique, por fazerem parte dos meus sonhos, projetos e ideais.

Ao Professor Dr. José Carlos Francisco, com imensa gratidão, pela paciente orientação deste trabalho, pelos valorosos e prudentes ensinamentos, pela oportunidade de aprendizado e confiança em mim depositada.

Aos Professores Dr. Robério Nunes dos Anjos Filho, Dra. Zélia Luiza Pierdoná e Dr. José Marcos Lunardelli, pelos precisos apontamentos, de valor imensurável, essenciais ao aprimoramento deste trabalho.

Às Professoras Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida e Dra. Patrícia Tuma Martins Bertolin, pelos apontamentos bibliográficos e fundamental direcionamento de meus estudos no exame de qualificação.

Ao Professor Dr. Mairan Gonçalves Maia Júnior, pelo apoio, incentivo e confiança em mim depositados, desde a época da graduação em Direito.

Ao amigo Jorge William Permaguani Valinha pelo incondicional apoio, imprescindível para a realização deste projeto.

Ao amigo Thiago Rodrigues Cardin, por ter propiciado com suas palavras e exemplo de pessoa, a motivação necessária para o meu constante aprimoramento.

Às amigas Taciana Spirandelli de Freitas, pela torcida, colaboração e incentivo, desde o processo seletivo para preenchimento da vaga no programa.

Às bibliotecárias Cristiane Gomes Toledo e Maristela Strefezza Lopez, pelo imensurável auxílio na localização das obras aqui utilizadas.

A história revela que as grandes causas, benéficas especialmente aos contingentes discriminados e a quase todos os demais, obtiveram sucesso, apesar de terem sido conduzidas por pequenas minorias. E as brasileiras têm razões de sobra para se opor ao machismo reinante em todas as instituições sociais, pois o *patriarcado* não abrange apenas a família, mas atravessa a sociedade como um todo. Não obstante o desânimo abater certas feministas lutadoras, quando assistem a determinados comportamentos de mulheres alheias ao sexismo, vale a pena levar esta luta às últimas consequências, a fim de se poder desfrutar de uma verdadeira democracia.

HELEIETH SAFFIOTI

## RESUMO

Há mais de dois séculos, as mulheres lutam no mundo por igualdade, e faz cerca de trinta anos que as mulheres galgaram posição de igualdade formal na Constituição brasileira. Mas ainda há um longo caminho a ser seguido para a realização da igualdade de gênero, pois se percebeu, com o passar do tempo, que a desigualdade é muito mais fruto da imposição de padrões comportamentais diferenciados para homens e mulheres, denominados *papéis de gênero*, do que de diferenças biológicas existentes entre os sexos.

O papel público desempenhado pelas mulheres no âmbito doméstico privado as coloca em situação de inferioridade, a qual se irradia para a esfera pública não-doméstica, de forma que a persistência das distorções de gênero pode ser sinal indicativo da ineficácia do sistema normativo nessa seara. Enquanto o Poder Público não adentrar na esfera privada do indivíduo, com vistas a corrigir as distorções de gênero no âmbito doméstico privado, pouco se avançará no âmbito público não-doméstico, especialmente no meio social e no mercado de trabalho. Essa ponderação perpassa pela delimitação do conteúdo da liberdade e da privacidade constitucionalmente previstas, quando voltadas à proteção das mulheres.

A transformação das licenças maternidade e paternidade, com a instituição da licença parental, a publicização dos afazeres domésticos e cuidados com a família, por intermédio de ações conjuntas entre empregadores e empregados no mercado de trabalho, além do direcionamento de ações estatais no combate aos fatores de opressão no âmbito doméstico são importantes passos nesse caminho, sem os quais não conseguiremos avançar no processo de construção da igualdade de gênero.



## ABSTRACT

For over two centuries, women have been fighting for equality in the world, and it's been about thirty years that women achieved formal equal position in Brazilian Constitution. However, there is a long path to be taken in relation to the achievement of gender equality, since it was noticed that, over the course of time, inequality has much more to do with the imposition of differentiated behavior patterns to men and women, denominated gender patterns, than with biological differences existent between the genders.

The domestic role performed by women in the private life puts them in an inferior situation, which radiates to public and non-private realm, in such a way that the maintenance of gender distortions may be an indicative of the inefficiency of the normative system in this area. While State authority does not interfere in the individual domestic field, little will change in the public and non-private realm, especially in social environment and in labor market. This weighting passes by the content of freedom and of constitutionally guaranteed privacy delimitation, when directed towards women protection.

The transformation of maternity leave and paternity leave, with the establishment of parental leave, the publicization of chores and family care, by means of joint actions between employers and employees in labor market, besides the direction of state actions in order to fight off oppression factors in the domestic realm are important steps in this path, without which will not be possible to go further on the process of constructing gender equality.

## RESUMÉ

Depuis plus de deux siècles, les femmes luttent pour l'égalité dans le monde, et il y a une trentaine d'années que les femmes ont franchi une position d'égalité formelle dans la Constitution brésilienne. Mais il y a encore un chemin considérable à parcourir pour atteindre l'égalité de genre, car on s'est aperçu, au fil du temps, que l'inégalité est davantage le résultat de l'imposition de modèles de comportement différenciés pour les hommes et les femmes – les rôles dits de genre – au lieu des différences biologiques qui existent entre les sexes.

Le rôle public joué par les femmes dans la sphère domestique privée les places dans une condition inférieure qui se propage à l'esphère publique non- domestique, de façon que la persistance des distorsions de genre puisse avertir de l'inefficacité du système juridique dans ce domaine. Si les pouvoirs publics n'interviennent pas dans l'espace privé de l'individu, peu de progrès sera accompli dans la sphère publique non domestique, notamment dans le milieu social et dans le marché du travail. Cette pondération concerne la délimitation du contenu de la liberté et de la vie privée constitutionnellement prévues, ce qui vise à la protection des femmes.

La fin des congés maternité et paternité, avec l'établissement du congé parental, la publicisation des tâches ménagères et les soins de la famille, par des actions conjointes entre les employeurs et les employés sur le marché du travail, outre que le redressement des actions de l'Etat pour combattre les facteurs d'oppression dans la sphère domestique, tout cela comprend d'importantes étapes sur ce chemin, sans lesquelles nous ne pouvons pas avancer vers le processus d'édification de l'égalité de genre.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	14
<b>I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE</b>	16
<b>1.1. A igualdade na Constituição Federal de 1988.</b>	17
1.1.1. Igualdade civil e igualdade real	21
1.1.2. Igualdade na lei e igualdade perante a lei	23
1.1.3. Sobre a validade da fórmula aristotélica	26
1.1.4. “Sem distinção de qualquer natureza” e as discriminações juridicamente toleráveis	28
1.1.5. A igualdade e o respeito às diferenças	33
<b>1.2. Igualdade material e a responsabilidade por sua concretização</b>	36
1.2.1. A igualdade e a inexistência de direito absoluto	36
1.2.2. A problemática eficácia dos direitos fundamentais	37
1.2.3. O mínimo vital e a igualdade de oportunidades	46
1.2.4. Ações afirmativas, discriminações positivas e a política de cotas	49
<b>1.3. Princípio fundamental da liberdade</b>	60
1.3.1. O conceito de liberdade	60
1.3.2. Liberdade e dignidade da pessoa humana	63
1.3.3. Liberdade e igualdade	66
1.3.4. Liberdade e legalidade	66
1.3.5. As dimensões negativa e positiva da liberdade e a responsabilidade por sua concretização	68
1.3.6. A liberdade de trabalho, ofício e profissão	73
1.3.7. As liberdades públicas da privacidade e da intimidade	75
<b>II – (DES) IGUALDADE DE GÊNERO</b>	77

<b>2.1. A proteção constitucional de 1988 conferida às mulheres</b>	78
2.1.1. A igualdade entre homens e mulheres na Constituição de 1988	79
2.1.2. Os diferentes critérios de aposentadoria	80
2.1.3. As licenças maternidade e paternidade	84
2.1.4. O polêmico tratamento constitucional diferenciado: Art. 225, §5º, da Constituição de 1988	85
<b>2.2. Desigualdade de gênero: definição e panorama histórico</b>	89
2.2.1. Ondas do movimento feminista brasileiro	90
2.2.2. Alcance da expressão desigualdade de gênero	91
2.2.3. Panorama histórico da desigualdade de gênero	96
<b>2.3. O patriarcado e suas definições</b>	98
<b>2.4. Divisão sexual do trabalho: conceito e implicações</b>	100
2.4.1. <i>Divisão sexual do trabalho</i> : conceituação	101
2.4.2. <i>Trabalho doméstico</i> : conceituação	102
2.4.3. Acúmulo do trabalho doméstico sobre as mulheres e suas implicações.	104
2.4.4. São as mulheres retribuídas pela execução do trabalho doméstico?	112
2.4.5. A Emenda Constitucional 72/2013: acertos e desacertos	114
<b>2.5. A maternidade e os efeitos sociais sobre a mulher</b>	118
<b>2.6. Dupla moral: virtudes de gênero e sexualidade</b>	121
<b>2.7. As demandas por redistribuição e reconhecimento em Nancy Fraser</b>	123
2.7.1. Política de identidade <i>versus</i> política de igualdade	124
2.7.2. A propositura de um modelo abrangente de reconhecimento e redistribuição	125
2.7.3. O reconhecimento como uma questão de justiça	128

2.7.4. As políticas de gênero e o Plano Nacional de Educação	129
2.7.5. A paridade participativa como modelo de reconhecimento e redistribuição	132
<b>2.8. Obstáculos à participação política das mulheres</b>	135
<b>2.9. Violência doméstica e feminicídio</b>	141
<b>2.10. A dicotomia entre o público e o privado</b>	145
<b>2.11. Gênero e família.</b>	149
<b>2.12. As liberdades jurídicas e a desigualdade de gênero</b>	158
2.12.1. O direito à privacidade e à intimidade e a moral	158
2.12.2. O âmbito doméstico privado e a proteção conferida à vida privada	161
2.12.3. Os diferentes alcances da privacidade e intimidade para homens e mulheres em sua eficácia horizontal	162
2.12.4. A privacidade e o papel público feminino desenvolvido no âmbito privado	165
2.12.5. O direito à privacidade facilita a manutenção da desigualdade de gênero?	166
2.12.6. O direito geral de liberdade às mulheres	168
<b>2.13. O mercado de trabalho feminino</b>	170
2.13.1. Proteção à mulher e à maternidade no mercado de trabalho	173
2.13.2. O sistema de quotas para proteção das mulheres	177
2.13.3. A flexibilização e a desregulamentação no mercado de trabalho feminino	181
2.13.4. O perigo da regulamentação excessiva	188
<b>III – DESAFIOS PARA O ESTADO, O DIREITO E A SOCIEDADE</b>	191
<b>3.1. Novéis parâmetros orientadores na construção da igualdade de gênero</b>	192
<b>3.2. Os direitos à privacidade e à intimidade e o direito geral de</b>	195

<b>liberdade</b>	
<b>3.3. A divisão sexual do trabalho na igualdade de gênero</b>	196
3.3.1. As relações compartilhadas	197
3.3.2. A publicização dos afazeres domésticos	199
3.3.3. A automação no âmbito doméstico e a concessão de incentivos fiscais	203
<b>3.4. A transformação das licenças maternidade e paternidade: a licença parental</b>	204
<b>3.5. A regulamentação e a desregulamentação em prol das mulheres</b>	208
3.5.1. Sobre o rigor legislativo em face dos empregadores	208
3.5.2. Um repensar sobre as ações afirmativas femininas	210
<b>3.6. A transversalidade nas contradições de gênero</b>	212
<b>CONCLUSÃO</b>	215
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	219
<b>ANEXOS</b>	230

## INTRODUÇÃO

A presente tese tem por objetivo aferir a insuficiência do sistema normativo e a ineficácia de medidas voltadas a viabilizar a igualdade de gênero. Há mais de dois séculos as mulheres lutam no mundo por igualdade, e faz cerca de trinta anos que as mulheres galgaram posição de igualdade formal na Constituição brasileira. Entretanto, persistem distorções de gênero, o que pode ser um sinal indicativo da ineficácia do sistema normativo nessa seara, possivelmente porque o Poder Público não adentra no âmbito doméstico privado. Pode ser essa razão pela qual pouco se tem avançado no âmbito público não-doméstico, especialmente no meio social e no mercado de trabalho, de modo a tornar necessárias novas medidas normativas, políticas públicas e ações no âmbito privado (sobretudo domésticas) com a finalidade de acelerar o processo de concretização da equiparação de gêneros (incluindo o mercado de trabalho). Nessa linha, ações afirmativas e discriminações positivas, voltadas somente para a esfera pública não serão capazes, por si só, de propiciar a igualdade, se o núcleo de onde a desigualdade se irradia for o doméstico privado.

Para o desenvolvimento do objetivo, inicialmente será feita análise dos princípios fundamentais da igualdade e da liberdade como plataforma jurídica da tese, para depois avançar na análise da (des)igualdade de gênero (incluindo dados estatísticos) visando a apresentar, ao final, os desafios que se colocam para o Estado, o Direito e a Sociedade, com medidas propositivas para a maior eficácia dos direitos fundamentais (vistos na lógica da ponderação).

Cogita-se que sem a adoção de medidas normativas e de ações de iniciativa pública e privada no âmbito doméstico, voltadas a equalizar os direitos e deveres inerentes à família, pouco se conseguirá avançar no processo de democratização e concretização da igualdade no âmbito público não-doméstico, especialmente no meio social e mercado de trabalho. Essa ponderação perpassa pela análise de conteúdo da igualdade, da liberdade (incluída a privacidade) e delimitação do dever estatal de promovê-las também em seus aspectos substancial e positivo.

Os direitos à privacidade e à intimidade têm representado entraves na superação da desigualdade de gênero? É possível ao Estado adentrar na esfera privada do indivíduo com vistas a promover a igualdade entre homens e mulheres? Qual o alcance que deve ser

emprestado aos direitos fundamentais de igualdade e liberdade em suas eficácias vertical e horizontal?

A análise perpassa, ainda, pela imbricação existente entre as esferas doméstica e não-doméstica e sobre como aquela influencia na paridade participativa, adotada como modelo de reconhecimento e de redistribuição de justiça, e sobre como o sistema normativo e ações públicas e privadas podem ser aperfeiçoadas nesse mister voltado à igualdade.

Diante do recorte temático estritamente jurídico, a análise não se faz sob o prisma de ideologias de classe, econômicas ou de movimentos feministas, embora em alguns momentos sejam utilizados conceitos trabalhados dentro do feminismo, quando pertinentes para a análise temática. Também não são aprofundados aspectos subjetivos, concernentes ao gênero internalizado, pois essa análise transborda a formação jurídica.

A presente tese está vinculada à linha de pesquisa Cidadania modelando o Estado, com pesquisa bibliográfica e de dados estatísticos referenciados, tendo sido elaborada a partir da teoria externa dos limites a direitos fundamentais. A originalidade e o ineditismo da tese estão na atualidade da pesquisa, bem como na formulação de propostas que vão ao encontro da aceleração do processo de igualdade de gênero, especialmente identificando o âmbito doméstico como um importante problema (com repercussão exterior) a ser enfrentado.



## I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA IGUALDADE E DA LIBERDADE

O Brasil adota, nos moldes da Constituição Federal de 1988, o modelo de Estado Democrático de Direito. Em sua essência, a democracia consiste no “governo do povo, pelo povo e para o povo”, conforme conhecida formulação de Lincoln. Embora seja um modelo ainda longe do ideal, pois “não pode assegurar que seus cidadãos sejam felizes, prósperos, saudáveis, sábios, pacíficos ou justos” ainda é a melhor alternativa, mais desejável que qualquer outra, conforme aponta Robert A. Dahl.<sup>1</sup>

Segundo J. J. Gomes Canotilho, o princípio democrático, em primeiro lugar, “acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes”; em segundo lugar, “implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”.<sup>2</sup>

A Constituição brasileira de 1988 adotou o sistema de repartição de competências, dentro de um modelo de federalismo, que tem por escopo “a garantia de liberdade e eficiência”. Consoante apontado por Fernanda Dias Menezes de Almeida: “mais modernamente se tem acrescido ao federalismo a função de garantia da democracia participativa, com sua

---

<sup>1</sup> Complementa Robert Dahl: “Apesar de suas falhas, não devemos perder de vista os benefícios que tornam a democracia mais desejável que qualquer alternativa viável a ela: \* A democracia ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos. \* A democracia garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam (nem podem proporcionar). \* A democracia assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável. \* A democracia ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas. \* Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha. \* Somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral. \* A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer alternativa viável. \* Apenas um governo democrático pode promover um grau relativamente alto de igualdade política. \* As modernas democracias representativas não lutam umas contra as outras. \* Os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos. Com todas essas vantagens, a democracia é para a maioria um jogo bem melhor que qualquer outra alternativa viável.” (DAHL, Robert A., *Sobre a democracia*, tradução Beatriz Sidou, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 73/74)

<sup>2</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 288.

multiplicação de círculos de decisões políticas em que o cidadão fica mais próximo do poder”.<sup>3</sup> Entretanto, é importante anotar que no federalismo brasileiro há um longo caminho a ser percorrido para garantia da democracia participativa, haja vista a concentração de poder nas mãos da União.

### **1.1. A igualdade na Constituição Federal de 1988.**

Desde o preâmbulo do texto constitucional afere-se a preocupação do poder constituinte com o exercício dos direitos sociais e individuais, com o bem-estar, com o desenvolvimento, considerando-os valores supremos de uma sociedade fraterna. Em seu Art. 1º, a Constituição Federal brasileira consagra os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, elencando entre eles a *cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais e do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político*.

Singela leitura dos dispositivos que iniciam o texto constitucional é suficiente para a constatação de que consiste em um dos objetivos maiores buscados pelo Estado Brasileiro a realização da igualdade. É o que se verifica especialmente no Art. 3º, incisos I, III e IV e no Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, os fundamentos de *cidadania e dignidade da pessoa humana*, insertos nos incisos II e III do Art. 1º, pressupõem também a igualdade, pois não há como sustentar a realização plena desses dois fundamentos num contexto marcado por profundas desigualdades sociais. Em outras palavras, não há cidadania plena sem igualdade fática; não há cidadania plena, sem redução das desigualdades sociais, sendo certo que a cidadania e a igualdade consistem em objetivos traçados pelo Estado brasileiro, instrumentalizados a partir dos direitos fundamentais individuais e sociais. É a igualdade um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais.<sup>4</sup>

A cidadania direciona-se à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que garantido o desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Sobre o princípio da igualdade, muito se estuda a seu respeito, especialmente pelo fato de

---

<sup>3</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 6ª. Edição, São Paulo: Atlas, 2013, p. 30.

<sup>4</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 426.

constituir *signo fundamental da democracia*<sup>5</sup>, além de ser um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, pois todo direito fundamental traz implícito em si, cada qual com sua medida, o escopo de assegurar a harmonia das relações sociais, dentro de um processo crescente de equalização de oportunidades.

J. J. Gomes Canotilho enxerga uma dicotomia entre “puros democratas” e “puros constitucionalistas”. Embora ambos estejam relacionados, já que constitucionalistas são democratas, sendo o inverso também verdadeiro, “o constitucionalismo considera fundamental o processo democrático e a teoria democrática reconhece a importância dos direitos individuais garantidos na Constituição”.<sup>6</sup> E prossegue:

A divergência básica radica na forma de proteger estes direitos e os bens constitucionais a ele inerentes. Os “democratas puros” acreditam na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como a forma de assegurar a proteção das liberdades e direitos das pessoas. Os “constitucionalistas” tomam o processo político como base das políticas públicas em relação aos direitos, mas o processo político não é *suficiente* para se avaliar a justiça dessas políticas.<sup>7</sup>

Desdobrando a ideia em minúcias, há os que priorizam as decisões e escolhas governamentais, na definição do alcance a ser emprestado a cada direito fundamental, a cada grupo ou camada social, especialmente quando se trata de direitos de natureza prestacional. De outro lado, há os que priorizam os direitos fundamentais, a despeito do alcance conferido por políticas governamentais destinadas a promovê-los, por entender que o processo político democrático nem sempre é suficiente para a correção da desigualdade. A discussão guarda relação com o neoconstitucionalismo, ou seja, com “uma nova compreensão do constitucionalismo e de técnicas de trabalho que servem de princípios fundamentais para produzir soluções justas e adequadas para cada caso concreto”, conforme esclarece José Carlos Francisco.<sup>8</sup>

De acordo com Ronald Dworkin, “a igualdade é um conceito controverso: quem a louva ou deprecia discorda com relação àquilo que louvam ou depreciam”.<sup>9</sup> Segundo Manoel

---

<sup>5</sup> Segundo José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 29ª edição, São Paulo: Malheiros, p. 211.

<sup>6</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1450.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 1450.

<sup>8</sup> FRANCISCO, José Carlos, Capítulo: *(Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto*, parte integrante da obra: *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, José Carlos Francisco (Coordenador e coautor), Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 48.

<sup>9</sup> Prossegue Ronald Dworkin: “A teoria correta da igualdade é em si uma questão filosófica difícil: os filósofos defendem uma diversidade de respostas [...]. Então, seria sensato seguir a nova tendência e deserdar totalmente o ideal, exatamente por esse motivo? Se não conseguimos concordar que a verdadeira igualdade significa igualdade

Gonçalves Ferreira Filho, “a igualdade, desde a Antiguidade, é indissolúvelmente associada à democracia. [...] não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo”.<sup>10</sup>

Paulo Ferreira da Cunha afirma que o princípio da igualdade, junto ao da universalidade, são paradigmáticos das dificuldades de interpretação sem regras e critérios, exigindo “mil cuidados”, para sua rigorosa e ponderada interpretação e aplicação concreta: “Parece que se não aplicam em grande medida”; “e contudo uma sua aplicação lata, como alguns (felizmente poucos) juristas (e alguns outros agentes sociais) pretendem, desvirtuá-los-ia por completo”.<sup>11</sup>

De acordo com Jean Jacques Rousseau, há duas espécies de desigualdade humana: a *natural* ou *física*, que é estabelecida pela natureza, como é o caso das diferenças de idade e de compleição física, e a *moral* ou *política*, que depende de convenção para ser estabelecida, ou ao menos autorizada, pelo consentimento dos homens. A desigualdade *moral* consiste em diferentes privilégios que alguns usufruem em detrimento dos outros, como serem mais ricos, mais reverenciados, mais poderosos, enquanto os outros se fazem obedecer por eles.<sup>12</sup> Para Cleide Fermentão, “a igualdade, que consiste em dever dos que são iguais serem tratados igualmente, é uma exigência da lógica e não da justiça”.<sup>13</sup>

É de fácil percepção que há desigualdades que são perfeitamente aceitas numa sociedade democrática, porquanto condizem com a liberdade de cada indivíduo de seguir o seu destino. Outras desigualdades, contudo, já não são aceitas, porque retiram dos indivíduos a liberdade de conduzir a própria vida, submetendo-os à desigualdade de oportunidade e condições. Essas desigualdades, combatidas no regime democrático, podem guardar relação com características naturais ou físicas, assim como sociais e econômicas, e aqui também está

---

de oportunidades, por exemplo, ou de resultados, ou algo completamente diferente, então por que continuar quebrando a cabeça para descobrir o que ela é? Por que não perguntar, diretamente, se uma sociedade decente deveria ter como meta que seus cidadãos tivessem riquezas iguais, ou que tivessem oportunidades iguais, ou somente que cada um tivesse o bastante para satisfazer suas necessidades mínimas? Por que não esquecer a igualdade abstrata e nos concentrarmos, pelo contrário, nessas questões obviamente mais precisas?” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, tradução Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira, 2ª. Ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. XI)

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito Constitucional*, 23ª edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 242.

<sup>11</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da, *Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais*; [apresentação André Ramos Tavares]. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2), p. 99.

<sup>12</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 159 em diante;

<sup>13</sup> FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues, *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 187;

situada a problemática suportada pelas mulheres, cujos contornos não se resumem a causas estritamente biológicas.

Se a desigualdade das mulheres fosse derivação de causas estritamente biológicas, bastariam leis protetivas da maternidade e que assegurassem a paridade salarial à vista das diferenças advindas da compleição física feminina mais frágil e delicada. Ocorre que essas regras normativas já existem há algumas décadas, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988; todavia, o panorama de desigualdade e discriminação femininas ainda persiste em alguns importantes aspectos.

A igualdade buscada nos regimes democráticos não é aquela traçada do ponto de vista natural ou físico, que concerne a características do ser humano, como idade, saúde, força corporal, qualidades do espírito, pois, nesse enfoque físico ou natural, a igualdade já se faz presente como uma característica a todos pertencente, inerente à essência dos membros de uma mesma espécie. A *igualização de todos em todos os aspectos*, além de inviável, seria indesejável, porque implicaria a supressão de diferenças inerentes à própria individualidade da personalidade, e à própria condição humana. Não se almeja, em suma, que todos os seres sejam iguais sob esses enfoques.

Todos os seres humanos são iguais, em sua essência (seres humanos), mas não são propriamente iguais, se tomadas características peculiares de cada indivíduo. Exemplificando: homens e mulheres são iguais em essência, pois ambos são seres humanos, mas não o são com relação a características físicas, que permitem que mulheres engravidem e homens não. Também não o são quando colocados nos contextos social, moral e econômico, em que há evidentes diferenças e é exatamente nesses contextos que a igualdade passa a ser objeto de interesse do Direito.

José Afonso da Silva anota que:

Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais etc. e “não se aspira [lembra Cármem Lúcia Antunes Rocha] uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades

naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único”.<sup>14</sup>

As desigualdades sociais e econômicas são combatidas, quando não deixam alternativas ao indivíduo de definir o seu caminho, ou melhor, de buscar a sua realização pessoal, de acordo com suas necessidades e seus méritos. A desigualdade do ponto de vista jurídico, todavia, nem sempre será boa ou ruim, pois o que vai definir a sua justeza é a sua capacidade de corrigir distorções sociais e econômicas, tal como ocorre com ações afirmativas. Nesse particular, tem-se a ideia de que pessoas desiguais (social e economicamente) podem e merecem ser tratadas desigualmente, com vistas a propiciar-lhes igualdade de oportunidades.

Além disso, características físicas nem sempre serão neutras ao Direito, pois que podem ser erigidas como critério apto a ensejar tratamentos jurídicos diferenciados, quando houver uma justa razão para a diferenciação ou quando forem responsáveis por criar distorções de oportunidades. Por exemplo, mulheres grávidas são afastadas de atividades insalubres durante a gravidez; mulheres presidiárias lactantes têm permissão para permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação. Do mesmo modo, se mulheres, por terem a capacidade de engravidar, estão submetidas a condições desiguais no mercado de trabalho (quando comparadas com os homens), então a condição física *mulher* é passível de ser tornar um critério que justifique tratamento jurídico desigual, com vistas a compensar as distorções sociais e econômicas provocadas por essa condição. Assim, nesses contextos, o tratamento jurídico desigual é justificado, pois que atende validamente ao ideal de igualdade buscado nos regimes democráticos.

### *1.1.1. Igualdade civil e igualdade real.*

A igualdade, tomada do ponto de vista jurídico, pode ser distinguida entre igualdade de direitos (igualdade civil ou formal) e igualdade de fato (igualdade real ou material). A igualdade de direitos é definida como uma igualdade de aptidão, de possibilidades, pois considera que todos são igualmente aptos a gozar de direitos, o que não significa dizer que todos têm exercício igual desses mesmos direitos. Daí porque dizer-se que a igualdade civil é uma forma de igualdade *virtual*.<sup>15</sup> Já a igualdade de fato afirma o exercício igual de direitos por todos.

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 212/213.

<sup>15</sup> FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 242.

A igualdade assegurada nos regimes democráticos é, prioritariamente, aquela tida do ponto de vista formal (também denominada de *igualdade jurídica* ou *igualdade liberal*), ou seja, “os homens nascem livres e iguais em direitos”, e surge de forma indissociável da própria liberdade individual, sendo “pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico”.<sup>16</sup>

O desdobramento existente no conteúdo da igualdade está necessariamente a apontar para um caminho lento e contínuo de construção de uma sociedade justa, onde a igualdade formal é pressuposto lógico para a realização cada vez mais eficaz da igualdade material.

O processo de construção da igualdade material, no Estado Democrático de Direito, é bastante lento e, algumas vezes, estagnado. No Brasil, é de fácil percepção que os institutos jurídicos não dão conta de corrigir todas as distorções sociais advindas do nascimento, pois filhos de pais abastados têm, evidentemente, um leque de oportunidades de estudo, saúde e desenvolvimento melhor do que os filhos de pais miseráveis, ficando o mérito propriamente dito em segundo plano.

Um dos principais desafios que se colocam aos Estados Democráticos de Direito consiste em identificar formas racionais de promoção da igualdade material, em que o mérito seja o principal elemento justificador de patamares sociais e econômicos diferenciados, construídos com igualdade de oportunidades. Ronald Dworkin refere-se à *igualdade de recursos*, que, no seu entender, oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e sensível ao caráter especial e à importância da liberdade:

Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente de resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenadas no qual as pessoas que assumem responsabilidade por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos.<sup>17</sup>

A igualdade de oportunidades, a meu ver, corresponde à promoção dos recursos necessários ao desenvolvimento do ser humano, conforme suas capacidades, sua dedicação, seu esforço e seu mérito, sempre que a falta desses recursos for capaz de retirar do indivíduo a possibilidade de seu autodeterminar conforme suas escolhas pessoais e em respeito ao próximo,

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 426.

<sup>17</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 160.

e colocar em risco o mínimo para a sobrevivência. Ainda não é o ideal, mas é o mínimo necessário dentro de um Estado que se afirme justo e democrático.

O respeito e proteção às conquistas pessoais deverão estar aliados à igualdade de oportunidades, de forma que, inexistindo esta, deve o Estado intervir para propiciá-la.

### *1.1.2. Igualdade na lei e igualdade perante a lei.*

A Constituição Federal traz o direito geral de igualdade, além de direitos específicos. O direito geral de igualdade está previsto no Art. 5º, *caput*, da CF, sendo que há direitos específicos previstos no Art. 5º, inciso II, no Art. 226, §5º, no Art. 7º, incisos XXX e XXXI, entre outros tantos dispositivos constitucionais.

Doutrinariamente, costuma-se apontar duas dimensões quanto ao alcance do princípio da igualdade de direitos: a *igualdade na elaboração da lei* (também denominada de *igualdade na lei*), e a *igualdade na aplicação da lei* (ou *igualdade perante a lei*). A primeira dirige-se ao legislador, “vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos”.<sup>18</sup> Tem por escopo vedar a edição de regras de caráter discriminatório (tais como privilégios de sexo, religião, raça, cor, nascimento), exigindo que “nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição”; “a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupo” (*isonomia formal*).<sup>19</sup>

Para Robert Alexy, o dever de igualdade na criação do direito, ou seja, *igualdade na lei*, exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador, esclarecendo seu significado a contrario sensu, a partir da definição do que *esse dever não pode significar*:

Esse dever não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas. (...) A igualdade de todos em relação a todas as posições jurídicas não produziria apenas normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas; ela também eliminaria as condições para o exercício de competências. (...) É também claro que o enunciado da igualdade não pode exigir a igualdade de todas as características naturais e de todas as condições fáticas nas quais o indivíduo se encontre. Diferenças em relação à saúde, à inteligência e à beleza podem ser talvez um pouco relativizadas, mas sua eliminação se depara com limites naturais. A isso se soma o fato de que a igualização de todos, em todos os aspectos, seria mesmo que possível, indesejável. A igualização de todos, em todos os aspectos, faria com que todos quisessem fazer sempre a mesma coisa. Mas, se todos fazem a mesma coisa,

<sup>18</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 426.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 214/215.



somente é possível atingir um nível intelectual, cultural e econômico muito limitado.<sup>20</sup>

Nesse passo, para Robert Alexy, em atendimento ao direito de igualdade *na criação da lei* não se pode ficar adstrito à ideia de que todos devam ser iguais em todos os aspectos, nem à ideia de que não se pode permitir toda e qualquer diferenciação, sendo necessário o estabelecimento de um meio termo entre esses dois extremos, cujo ponto de partida é a clássica fórmula aristotélica da igualdade, conforme será visto adiante. Cabe aqui destacar que toda a formulação da igualdade, inclusive na visão de Robert Alexy, perpassa pela necessidade de respeito às conquistas meritórias advindas do exercício de competências naturais, como afirmado pelo autor, aliado ainda à igualdade de oportunidades, no meu entender.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, a igualdade quanto à criação do direito (*igualdade na lei*) pode ser compreendida de duas formas. Em primeiro, como princípio da universalidade ou princípio da justiça pessoal, no sentido de igualdade na própria lei, ou seja, como um postulado de racionalidade prática: “para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos”. Todavia, reduzido a um postulado de universalização, o princípio da igualdade “pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo”.<sup>21</sup> E complementa: “reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples *princípio de prevalência da lei* em face da jurisdição e da administração”; isso não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante, nem seja correto, mas “realça-se apenas o seu caráter tendencialmente tautológico”.<sup>22</sup> Em segundo, o princípio da igualdade quanto à criação do direito pode ser entendido como uma exigência de igualdade material através da lei, “devendo tratar-se por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”. J. J. Gomes Canotilho prossegue afirmando:

Diferentemente da estrutura lógica formal de *identidade*, a *igualdade* pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma *relação* entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª. edição, 3ª. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 396/397.

<sup>21</sup> CANOTILHO, p. 427. Prossegue o autor: “... (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das escolas reservadas a brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma disciplina intrinsecamente discriminatória.” (*Ibidem*, p. 427).

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 427.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 428.

Nesse sentido, desde logo se percebe a importância de se assegurar a participação política de todos os grupos e camadas sociais no processo de criação do Direito dentro de um Estado Democrático.

Por sua vez, a igualdade *perante a lei* consubstancia-se na vedação de aplicação desigual de um mesmo preceito legal, mormente em se considerando que “em sistemas dotados de justiças especializadas, como o nosso, sempre há a possibilidade de que certos preceitos legais sejam interpretados de forma diversa por distintos tribunais superiores”.<sup>24</sup> Consiste em uma das dimensões do princípio da igualdade constitucionalmente assegurado. Assim, “a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos”.<sup>25</sup> A isonomia material, segundo José Afonso da Silva, que impõe ao intérprete o dever de aferir o princípio da igualdade formal levando em conta outras normas constitucionais, que atendam às exigências da justiça social, sendo que esses dois sentidos de isonomia são buscados pelo texto constitucional.<sup>26</sup> Exemplos de isonomia material são vistos no Art. 7º, incisos XXX (“proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”) e XXXI (“proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”). Segundo Paulo Bonavides, o direito à igualdade vem ganhando cada vez mais importância, e deve ser concebido como um dever que vincula também o legislador, fazendo com que a igualdade não se resuma à fórmula idealizada na expressão *perante a lei*, mas sim no dever concreto de assegurá-la, ou seja, segundo a expressão *feita pela lei*.<sup>27</sup>

O princípio da igualdade, tanto *perante a lei* como *na lei*, é comumente denominado de *princípio da isonomia*, que é assim definido por Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> MELO, Alexandre José Paiva da Silva, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 81.

<sup>25</sup> SILVA, Jose Afonso da, *op. cit.*, p. 215.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 214/215.

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376-381.

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª edição, 20ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2011 p. 10.

De acordo com Robert Alexy, interpretação literal da tradicional fórmula *perante a lei* conduz à conclusão da existência de um dever de igualdade somente na aplicação do direito, capaz de vincular tão-somente os órgãos de aplicação do direito, mas não o legislador, resumindo-se a simples conclusão de que normas jurídicas devem ser cumpridas, sem considerações pessoais. Referida fórmula mostra-se insuficiente se considerado que:

Nos detalhes, o dever de igualdade na aplicação da lei apresenta uma estrutura complicada, por exemplo quando exige a elaboração de regras vinculadas ao caso concreto, seja para a precisa determinação de conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos, seja para o exercício de discricionariedade. No seu núcleo, contudo, esse dever é simples. Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a *todos* os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a *nenhum* caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas.<sup>29</sup>

Nessa concepção mais restritiva da *igualdade perante a lei*, o legislador está autorizado a discriminar como melhor lhe aprouver, desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, conforme observado pelo mesmo autor. Daí porque a melhor interpretação a ser conferida à regra geral da igualdade é aquela que a considera não apenas como um dever de igualdade na aplicação do direito, mas também como um dever de igualdade na criação do direito.

### 1.1.3. Sobre a validade da fórmula aristotélica.

Sobre a validade da fórmula aristotélica *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*, Luiz Alberto David Araújo afirma que “a locução, conquanto correta, parece não concretizar explicação adequada quanto ao sentido e ao alcance do princípio da isonomia, porque a grande dificuldade reside exatamente em determinar, em cada caso concreto, quem são os iguais, quem são os desiguais e qual a medida dessa desigualdade.”<sup>30</sup> Para José Afonso da Silva, “cuida-se de uma justiça e de uma igualdade formais, tanto que não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário; se-lô-ia, porém, se os escravos, ou seus senhores, entre si, fossem tratados desigualmente”.<sup>31</sup> E conclui: “No fundo, prevalece, nesse critério de igualdade, uma injustiça real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e de justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e reais ou materiais”.<sup>32</sup> De acordo com J. J. Gomes Canotilho, a referida fórmula não contém o critério material de um juízo de valor sobre

---

<sup>29</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 394.

<sup>30</sup> ARAUJO, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª. edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 90.

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 213.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 213.

a relação de igualdade ou desigualdade, razão pela qual a questão da igualdade justa pode ser colocada nos seguintes termos:

O que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?<sup>33</sup>

Segundo Alexandre José Paiva da Silva Melo, a enunciação aristotélica permite antever o caráter não absoluto, como um traço essencial da igualdade:

É que a percepção de *desigualdades existentes no mundo dos fatos* e a determinação dos *tratamentos cabíveis às realidades faticamente desiguais* guardam íntima conexão com objeto a ser regrado e com o momento histórico em que o objeto está inserido. Para que sejam construídas de forma lícita, as distinções de tratamento deverão considerar sempre a conexão lógica (*proporcionalidade*), verificada em dado momento, entre a desigualdade percebida e a distinção de tratamento estabelecida. Naturalmente, não bastará a mera existência de conexão lógica. Será também necessário que a própria norma portadora da distinção de tratamentos não viole outros preceitos constitucionais.<sup>34</sup>

Cleide Fermentão, por sua vez, sustenta que “a única norma que pode valer como princípio de justiça da igualdade, é a norma segundo a qual todos os homens devem ser igualmente tratados, e nenhuma das desigualdades, que efetivamente existem entre eles, deve ser tomada em consideração”.<sup>35</sup> A autora se refere a desigualdades que se conformam com a democracia e, portanto, não devem ser levadas em consideração, sob pena de caracterizar tratamento privilegiado.

De acordo com José Afonso da Silva, o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas, sim, “àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os *iguais* podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador.”<sup>36</sup> Conclui: “pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos”.<sup>37</sup>

Para J. J. Gomes Canotilho, a *igualdade justa* pressupõe um juízo e um critério de valoração que conduzem, em primeiro lugar, à proibição geral de arbítrio, a qual deve estar sempre ligada a um fundamento material ou critério material objetivo. Em segundo lugar, é imprescindível a análise da natureza, do peso, dos fundamentos e dos motivos justificadores de soluções diferenciadas. Em terceiro lugar, há que se reconhecer a “insuficiência da

<sup>33</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 428.

<sup>34</sup> MELO, Alexandre José Paiva da Silva, *op. cit.*, p. 80.

<sup>35</sup> FERMENTÃO, *op. cit.*, p. 187;

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 216.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 216.

consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa”.<sup>38</sup>

As igualdades – e desigualdades – são valorativas, porquanto a escolha das características que serão consideradas na realização do exame comparativo depende de um prévio juízo de valor; subsomem-se, portanto, a critérios de valoração, cuja definição pressupõe fundamentação racional e submissão a garantias e direitos fundamentais, e aos direitos humanos. Assim, para minimização das diferenças (desigualdades) verificadas no plano fático e consideradas relevantes do ponto de vista político, com amparo em critérios já delineados, faz-se necessário que o legislador esteja atento a esse objetivo quando da propositura de novas regras, que haverão de impor tratamento jurídico diferenciado a fim de promover a igualdade fática almejada.

O cerne da problemática da igualdade formal reside, portanto, na definição do critério a ser considerado para concessão de tratamento jurídico igualitário ou diferenciado, com base em juízos de valor passíveis de fundamentação racional, e cuja adequação é passível de questionamento frente à ordem jurídica vigente.

#### 1.1.4. “Sem distinção de qualquer natureza” e as discriminações juridicamente toleráveis.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão *sem distinção de qualquer natureza* inserta no texto constitucional há de ser compreendida como uma vedação ao estabelecimento de discriminações, ou seja, de tratamento diferenciado injusto ou preconceituoso que tome por base características atribuídas aos indivíduos. A questão que se coloca diz respeito a quais discriminações são juridicamente intoleráveis, haja vista que, em tese, qualquer elemento residente em coisas, pessoas ou situações, pode ser erigido pela lei como fator de diferenciação, desde que voltado a corrigir a distorções sociais e econômicas. Segundo o autor, para responder à indagação, é preciso que se tenha em mente que há elementos ou traços característicos inerentes a pessoas ou situações que são insuscetíveis de serem escolhidos como fator de diferenciação, sob pena de implicarem uma violação direta à

---

<sup>38</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 429. Afirma: “Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. [...] Todavia, a proibição do arbítrio intrinsecamente determinada pela exigência de um fundamento razoável implica, de novo, o problema da *qualificação* desse fundamento, isto é, a qualificação de um fundamento como razoável aponta para um *problema de valoração*. A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação bem como a necessidade de encontrar elementos de comparação subjacentes ao caráter relacional do princípio da igualdade implicam: (1) a insuficiência do arbítrio como fundamento adequado de valoração e de comparação; (2) a imprescindibilidade da análise da natureza, do peso, dos fundamentos ou motivos justificadores de soluções diferenciadas; (3) a insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas defensiva ou negativa.” (*Ibidem*, p. 429).

igualdade. Portanto, no processo de escolha do fator de discriminação a ser colhido pela lei, é preciso que se atente para duas premissas básicas apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello:

- a) é possível que a lei preveja discriminações sem que isso atente, necessariamente, contra o princípio da igualdade;
- b) certos fatores de discriminação não podem ser colhidos pela lei, pois implicam violação ao referido princípio.<sup>39</sup>

Acerca da definição sobre quais fatores, então, são passíveis de serem escolhidos, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um **vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida**, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses privilegiados na Constituição.<sup>40</sup> (grifos nossos)

Tomemos, como exemplo, uma norma legal hipotética que impeça mulheres recém-casadas ou com filhos em tenra idade de participar de concurso público destinado ao preenchimento de cargos públicos em hospitais públicos, no qual se exige a formação em Medicina. Embora o fator discriminatório (ser mulher recém-casada ou com filhos pequenos) guarde relação com o tratamento conferido (impedimento de participar do concurso público, já que os cuidados com os filhos em tenra idade pode prejudicar o desempenho das atividades de medicina), é certo que se trata de uma discriminação odiosa, não albergada pelo ordenamento jurídico, porquanto acarreta flagrante violação à igualdade entre homens e mulheres, ou, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, não é compatível com os interesses privilegiados na Constituição.

A incompatibilidade fica mais evidente se levada em consideração a proteção conferida pelo legislador constituinte à maternidade e ao trabalho feminino. O mesmo não ocorre com relação à vedação da participação de homens em concursos para guarda feminina (ou vice-versa), pois nesse caso o critério de discriminação é racional e objetivo, e, portanto, aceito pelo ordenamento jurídico. É certo que, por intermédio do princípio da igualdade, a ordem jurídica visa a impedir desequiparações fortuitas ou injustificadas, de modo que o fator que autoriza o tratamento desigual (ser homem ou ser mulher) não provoca, por si só,

---

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, *op. cit.*, p.16.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.17.

distorções sociais e econômicas. Por conseguinte, pode atender perfeitamente ao conteúdo da igualdade consagrado constitucionalmente. Exemplo de *discrímen* em relação à mulher, que encontra amparo na Constituição Federal, está na disposição contida no Art. 390 da CLT.<sup>41</sup>

Em se tratando de homens, aplica-se o Art. 198 da CLT, que estabelece o peso máximo de 60 kg (sessenta quilogramas). A discriminação em tela leva em consideração critério eminentemente biológico, qual seja, a compleição física diferenciada de homens e mulheres, sendo facilmente perceptível a correlação lógica existente entre o tratamento diferenciado (limites de peso distintos) e o diferencial residente no objeto (forças musculares feminina e masculina).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são três as questões que devem ser ponderadas no processo de definição do critério de discriminação, quais sejam:

- (1) o elemento tomado como fator de desigualação não pode implicar perseguição ou favoritismo;
- (2) Correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida.
- (3) Consonância da correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional

Com relação ao primeiro ponto, anota-se que haverá violação à isonomia quando o traço escolhido for tão singular que individualiza o sujeito, como ocorre, por exemplo, quando somente um indivíduo apresenta os elementos escolhidos como fator de desigualação. Por exemplo, pode ser cogitada a edição de uma lei que beneficia somente as mulheres que tenham nascido na década de 1940 e tenham exercido pela primeira vez na história do Brasil o cargo de Presidente da República. É evidente a inviabilidade lógica ou material do critério eleito, na medida em que individualiza o sujeito. Diferentemente ocorre se uma lei visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente, prevendo, por exemplo, a premiação do melhor atleta da Copa do Mundo de 2018.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o traço diferencial deverá, necessariamente, residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, pois um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas é inidôneo para distingui-las, como por exemplo, o elemento tempo, pois quando a lei faz referência ao tempo, está prestigiando como fator de desequiparação a própria sucessão de fatos ou de estados transcorridos ou a transcorrer, tratando-se, portanto, de um condicionante lógico. Segundo o autor, “aquilo que é, em absoluto

---

<sup>41</sup> Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico”<sup>42</sup>

Com relação ao segundo ponto levantado (“correlação lógica entre o fator de discrimen e a desequiparação procedida”), Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia está no vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles. Uma lei que determinasse a criação de ambientes separados para homens e mulheres, dentro de uma mesma empresa, para execução das mesmas tarefas, não atenderia à igualdade, porquanto não há qualquer nexos plausível que justifique esse tipo de discriminação. Já a lei que determina a criação de presídios femininos (separados dos masculinos) atende à igualdade, pois se trata de uma condição necessária ao bom cumprimento da pena e à segurança das próprias mulheres presidiárias.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que é “agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto”.<sup>43</sup> A distinção, que não pode ser gratuita ou fortuita, exige uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo, conforme apontado pelo mesmo autor. Outra questão que aqui se coloca diz respeito à relatividade da correlação lógica, pois esta nem sempre é “absoluta, ‘pura’, a dizer, isenta da penetração de ingredientes próprios das concepções de época”, pois a mesma lei que surge, inicialmente, como compatível com o princípio da isonomia, poderá se mostrar, no futuro, ofensiva ao princípio.<sup>44</sup>

Um exemplo claro da relatividade do critério diferenciador é a licença maternidade. Inicialmente conferida para a proteção a mulheres e crianças, tornou-se passível de críticas frente ao avanço das relações sociais, na medida em que as mulheres foram alcançando maior liberdade e autonomia (métodos anticoncepcionais, bombas para extração de leite materno, fórmulas em pó substitutivas do leite materno, possibilidade de congelamento em *freezer* do leite materno, entre outros avanços).

No que toca ao terceiro aspecto (“consonância da correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional”), o autor observa que, “*in concreto*, o vínculo de

---

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, *op. cit.*, p. 32.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 39.



correlação deve ser pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público”.<sup>45</sup> Prossegue afirmando: “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com interesses acolhidos no sistema constitucional.”<sup>46</sup>

Segundo Robert Alexy, a partir da fórmula clássica, o Tribunal Constitucional Alemão adotou como fio condutor da igualdade o seguinte enunciado: “O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feito pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária”<sup>47</sup>.

Como reconhece Robert Alexy, a interpretação do enunciado da igualdade como uma regra de ônus argumentativo não consegue solucionar todas as situações, dada a dificuldade de se estabelecer uma razão suficiente capaz de servir de fundamento para o tratamento diferenciado. A vinculação do legislador ao enunciado geral da igualdade sofre críticas, pois, conforme aponta o autor, essa vinculação faz com que o Tribunal Constitucional possa impor sua concepção acerca de uma legislação correta, razoável e justa no lugar da concepção do legislador, implicando um deslocamento de competências, vale dizer, violação do princípio da separação dos poderes. Daí porque o autor conclui ser possível argumentar que o enunciado confere ao tribunal determinadas competências para definir os limites das competências do legislador, de forma que problemas fundamentais de valoração devem ser resolvidos na aplicação de todas as normas de direitos fundamentais, havendo inúmeras possibilidades de fundamentação racional para decisões sobre igualdade ou desigualdade no âmbito de direitos fundamentais.

O problema de valoração que permeia os direitos fundamentais não é algo fácil de ser sanado, especialmente quando se trata da igualdade. É verdade que certas diferenciações, que, a princípio, apresentam alguma correlação lógica albergada por valores constitucionais, podem não traduzir, do ponto de vista concreto, a igualdade almejada. Ocorre que, ainda que atendidos todos os elementos apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, uma diferenciação

---

<sup>45</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira, *op. cit.*, p. 41

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>47</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 403.

aparentemente legítima pode ser, na verdade, odiosa. A concessão de licença maternidade exclusivamente às mães é, a princípio, juridicamente legítima. Entretanto, mostrava-se odiosa, se pensado que mães podem falecer em trabalho de parto, ficando os pais impedidos de usufruir de tal benefício, como ocorria anteriormente. Essa situação em específico foi amenizada pela jurisprudência e, posteriormente, pela legislação infraconstitucional que, por meio da Lei 12.873/2013, passou a permitir o gozo do benefício pelo pai, no caso de falecimento da mãe.<sup>48</sup>

Assim, no meu sentir, nem sempre o elemento “correlação lógica entre o fator de discrimem e a desequiparação procedida” estará em consonância com os interesses absorvidos pelo sistema constitucional, sendo possível que uma mesma regra jurídica atenda ou não à igualdade, a depender de sua aplicação no caso concreto.

#### *1.1.5. A igualdade e o respeito às diferenças.*

A Constituição Federal brasileira de 1988 ao estabelecer em seu Art. 5º que “todos são iguais perante a lei” refere-se claramente ao princípio da igualdade na aplicação da lei. Porém, referido artigo é interpretado como *símile* da isonomia ou igualdade formal, ou seja, da igualdade na lei e perante a lei. De acordo com Luiz Alberto David Araújo:

A Constituição da República instituiu o princípio da igualdade formal. Por outras palavras, aponta que o legislador e o aplicador da lei devem dispensar tratamento igualitário a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza. Assim, o princípio da isonomia deve constituir preocupação tanto do legislador como do aplicador da lei.<sup>49</sup>

Além do tratamento igualitário que o legislador e operadores do direito devem dispensar a todos os indivíduos, há uma outra concepção de igualdade, entendida como um dever geral de negação de privilégios, ou seja, assemelhando-se à ideia de impessoalidade: “negar privilégios tem um sentido atualíssimo de impedir a construção ou a manutenção de vantagens não razoáveis em favor de grupos sociais determinados.”<sup>50</sup> Essa concepção de igualdade, aproximada da impessoalidade, ganha especial importância no âmbito da

<sup>48</sup> Sobre o tema, note-se que a Lei 12.873/2013 modificou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, que passou a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença maternidade nos termos do art. 392. [...] § 5º A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.” (NR); “Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”; “Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.”

<sup>49</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 90.

<sup>50</sup> MELO, Alexandre José Paiva da Silva, op. cit., p. 81/82.

Administração Pública, de maneira que a Constituição Federal traz no Art. 37, *caput*, e §1º, regra impeditiva da promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.<sup>51</sup>

J. J. Gomes Canotilho refere-se à função de não discriminação inerente aos direitos fundamentais, que se destina a “assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais”.<sup>52</sup>

O direito à igualdade também traz, em seu conteúdo, o dever de respeito às diferenças. No que concerne a esse aspecto, Boaventura de Sousa Santos é esclarecedor ao afirmar que “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”<sup>53</sup>. Nesse passo, correlato ao princípio da igualdade, há o pluralismo político, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro. O pluralismo político, que não se limita ao pluralismo partidário, exige que as diversidades sejam respeitadas, sejam elas de natureza social, política, religiosa, econômica, filosófica, de orientação sexual, entre tantas outras protegidas pelo texto constitucional. O pluralismo impõe o respeito às diferenças, por meio da compreensão de que a diversidade é necessária e essencial. Ao falar sobre o pluralismo, há um interessante texto de *Wellington Nery* do seguinte teor:

O diferente é necessário, imprescindível, essencial. Respeitar o outro é querer respeito consigo. Somos todos uns em função do outro. Não nos cabe o preconceito, a intolerância, a estupidez, a barbárie. [...]

Ante a diferença, buscamos a negação. Ante a diversidade, buscamos a solidão. Queremos os iguais, queremos espelhos. Queremos um conforto e uma segurança em muros de medo e vemos o mundo por entre frestas de pouca luz, de parca lucidez. A realidade cada vez mais diluída em constantes pesadelos é uma realidade não vivida plenamente. Uma realidade negligenciada pelo indiferentismo que nos domina. A nossa realidade vem

<sup>51</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. §1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

<sup>52</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 410. Prossegue: “Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdades e garantias pessoais (ex: não discriminação em virtude de religião), como aos direitos de participação política (ex: direito de acesso aos cargos públicos) como ainda aos direitos dos trabalhadores (ex: direito ao emprego e formação profissional). Alarga-se, de igual modo, aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função de não discriminação que se discute o *problema das quotas* (ex: ‘parlamento paritário de homens e mulheres’) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex: “quotas de deficientes”). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação da plena igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva (‘direitos dos homossexuais’, ‘direitos das mães solteiras’, ‘direitos das pessoas portadoras de HIV’).” (*Ibidem*, p. 410).

<sup>53</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

sendo carcomida pelo medo. Estamos sós e mal acompanhados num mundo que desaba em certezas axiomáticas. Estamos sós e desamparados num mundo que se apequena em posicionamentos fundamentalistas. Estamos sós, num mundo de intolerâncias.<sup>54</sup>

J. J. Gomes Canotilho adverte sobre o “paradoxo da tolerância: a tolerância aponta para um *pluralismo limitado* sob pena de a tolerância total, típica de um *pluralismo compreensivo*, albergar a igualitarização radical de todas as concepções, mesmo as da intolerância máxima (neo-nazis, terrorismo religioso e político, ódio racial)”.<sup>55</sup>

Integra o direito de igualdade o dever de respeito às diferenças. Como bem observa Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, o desrespeito a terceiros por puros preconceitos e motivos meramente arbitrários revela-se inconstitucional, justamente por serem desprovidos de fundamentação lógica-racional.<sup>56</sup> E prossegue:

O pluralismo social constitucionalmente consagrado reforça essa tese. Afinal, a partir do momento em que a Constituição consagra uma sociedade plural, isso significa que a Constituição reconhece e protege o direito das pessoas viverem plenamente seus diferentes projetos de vida sem que totalitárias pretensões uniformizantes tenham qualquer respaldo constitucional.

Isso significa que o mero moralismo não tem o condão de justificar discriminações jurídico-sociais pelo simples fato de o grupo discriminado ter um estilo de vida supostamente contrário à moral do grupo majoritário/dominante.<sup>57</sup>

Nesse sentir, o pluralismo político se amolda ao conteúdo maior da igualdade, que não impõe que sejam todos iguais, mas, sim, que tenham igualdade de oportunidades em todos os planos sem discriminação, com o respeito às diferenças individuais, ou seja, às particularidades que compõem cada ser humano em sua grandeza.

---

<sup>54</sup> NERY, Wellington Gonçalves. *O princípio da alteridade*, in Blog Jornalista Nery, divulgado em <http://jornalistanery.blogspot.com.br/2010/11/o-principio-da-alteridade.html>, acessado em 25/08/2016.

<sup>55</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1452.

<sup>56</sup> VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti, *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*, 2ª. Edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 98.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 98. E mais: “Não foi outra a conclusão da Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso *Lawrence v. Texas*, de 2003, na qual declarou a inconstitucionalidade das leis que criminalizavam o sexo homoafetivo (chamado de ‘sodomia homossexual’), entre outros motivos, pelo fato de a mera desaprovação moral não servir de fundamento para discriminar determinado grupo de pessoas, na medida em que a promoção de valores morais majoritários não passa pelo teste da relação racional, que aduz que uma discriminação será constitucional quando for pautada por uma relação com uma legítima e independente finalidade constitucional (cf. *Romer v. Evans*), no que não se enquadra o mero moralismo majoritário não acompanhado pela promoção de uma tal finalidade constitucional.” (*Ibidem*, p. 98/99).

## 1.2. Igualdade material e a responsabilidade por sua concretização.

Nas precisas palavras de J. J. Gomes Canotilho, “o princípio da igualdade não é apenas um *princípio de Estado de direito* mas também um princípio de *Estado social*”, que assume especial relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades e de condições reais de vida, sendo assim considerando um princípio de justiça social.<sup>58</sup> A igualdade funciona, segundo o autor, não apenas como fundamento contra discriminações, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades, e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).<sup>59</sup>

Consubstanciando-se em princípio que determina a compensação da desigualdade de oportunidades, exsurge para o Poder Público o dever de promovê-la. A questão reside em saber quais os limites da imposição constitucional ao Poder Público no cumprimento desse dever.

### 1.2.1. A igualdade e a inexistência de direito absoluto.

A igualdade não é um direito absoluto. Em primeiro lugar, observa-se que a igualdade é um valor que se realiza de forma diferente para cada indivíduo. A concessão de tratamento igualitário a todos não necessariamente trará o mesmo nível de satisfação pessoal. Em segundo lugar, é possível que algo considerado igualitário em um momento histórico não mais o seja em épocas futuras. Em terceiro lugar, e para o que nos interessa, a igualdade garantida nos ordenamentos jurídicos é prioritariamente aquela tida do ponto de vista formal. Mesmo numa sociedade marcada por distorções sociais, não há direito subjetivo do indivíduo à concessão de prestações estatais que sejam capazes de assegurar a igualdade de oportunidades em todas as situações. Essa é uma limitação que se apresenta no sistema jurídico normativo e político, uma vez que os recursos públicos não são suficientes para dar conta de todas as demandas sociais, na promoção da igualdade material. Em quarto lugar, anota-se que cada indivíduo tem o direito de avançar em relação aos demais de acordo com sua dedicação e mérito próprio. De modo que é legítimo que indivíduos galguem posições diferentes no decorrer de suas vidas.

---

<sup>58</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 430.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 430/431.

### 1.2.2. *A problemática eficácia dos direitos fundamentais.*

Propiciar igualdade não é tarefa fácil. Se de um lado, a Constituição Federal estabelece serem todos iguais, de outro lado, singela leitura dos dispositivos que iniciam o texto constitucional é suficiente para demonstrar que consiste em um dos objetivos maiores buscado pelo Estado Brasileiro a realização da igualdade, ao lado da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Portanto, facilmente é vista a diferença entre os conteúdos informadores da igualdade em sua acepção formal e material.

Como bem observa Clèmerson Merlin Clève, há, hoje, no Brasil consenso a respeito da necessidade de uma concepção substantiva do princípio da igualdade, o que implica:

um olhar atento sobre as diferentes condições reais que apartam os seres humanos na concretude de suas existências, de sorte a exigir que situações dessemelhantes sejam tratadas, por meio de políticas públicas especialmente concebidas, de forma adequada, tudo para a superação das heranças trágicas que, desgraçadamente, entre nós abraçam a muitos. Concorde-se, portanto, que do Estado cabe exigir mais do que a satisfação formal do direito fundamental ou a ação, omissiva ou comissiva, para prevenir ou a reprimir inaceitável discriminação. É dever do Estado atuar positivamente para a redução das desigualdades sociais.<sup>60</sup>

Uma das perguntas que se colocam na questão de gênero, quando tomada em seu sentido mais amplo, diz respeito à medida da igualdade verificada na sociedade brasileira em decorrência do sexo biológico, do papel de gênero e da orientação sexual, e qual o nível de responsabilidade que pode ser atribuído ao Estado em solucioná-la.

No plano formal, homens e mulheres são iguais, mas não o são no plano concreto. Com relação aos papéis de gênero e orientação sexual, pode-se dizer que o tratamento discriminatório é conferido desde o plano formal, vale dizer, a desigualdade atravessa o plano formal, na medida em que o ordenamento jurídico exclui homossexuais, bissexuais, travestis, transformistas, transexuais, intersexuais etc. da esfera de proteção jurídica a todos conferida. Essa situação foi amenizada com o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, sendo, inclusive, permitida a adoção e a inserção na previdência.

A construção da igualdade se dá por intermédio do Estado Democrático e do Direito, no contínuo processo de aprimoramento dos instrumentos jurídicos e de minimização das distorções sociais por meio dos conteúdos informadores dos direitos fundamentais e sociais.

---

<sup>60</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin, Capítulo: *Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade*, parte integrante da obra: *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, Diálogos Contemporâneos*, Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), Bahia: JUsPodivm, 2013, p. 129.

Vale lembrar que, consoante disposto no Art. 5º, §1º, da Constituição Federal, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Como é sabido, os direitos fundamentais são comumente classificados em direitos de primeira, segunda e terceira dimensões. A primeira dimensão compreende as liberdades públicas, que se traduzem no dever imposto ao Estado de respeitar a autonomia e liberdade pertencente a cada indivíduo; trata-se de um dever de abstenção. A segunda dimensão compreende direitos de natureza prestacional, que ensejam uma prestação positiva pelo Estado, destinados a promover a igualdade material. Já os direitos fundamentais de terceira dimensão estão relacionados com as ideias de fraternidade e solidariedade entre os povos, diante da necessidade de se atenuar as diferenças entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio de políticas de colaboração. Compreende os direitos ao desenvolvimento, à proteção ao meio-ambiente, à autodeterminação dos povos, entre outros. A propósito, sobre o direito à autodeterminação dos povos, Robério Nunes dos Anjos Filho observa que, conforme redação dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, trata-se de um direito em virtude do qual *todos os povos* determinam *livremente* o seu estatuto político e asseguram *livremente* o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Robério Nunes dos Anjos Filho prossegue aduzindo que:

Essa definição demonstra claramente a ligação desse direito com os postulados da *igualdade* e da *liberdade*, pois *todos os povos* são *livres* para conceber da maneira que melhor lhes aprouver a sua ordem política, econômica, social e cultural, sem serem submetidos a formas de colonialismo ou de opressão estatal. Desse modo, um povo não está submetido à vontade de outro povo, assumindo as rédeas do seu próprio destino. A liberdade, nesse contexto de autodeterminação, não se refere diretamente aos indivíduos considerados em si mesmos, mas sim à coletividade política formada pelo conjunto de todos eles, embora não se possa olvidar que a liberdade individual é um pré-requisito da liberdade coletiva.<sup>61</sup>

Segundo J. J. Gomes Canotilho, as liberdades estão ligadas ao *status negativus*, e através delas visa-se a defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado, de onde decorrem as denominações *direitos de liberdade*, *liberdades autonomia* e *direitos negativos*. Por sua vez, os direitos estão ligados ou ao *status activus* ou ao *status positivus*: aqueles salientam a participação do cidadão como elemento ativo da vida política (direito de voto, direito aos cargos públicos), onde radicam as expressões *direitos políticos*, *direitos do cidadão*, *liberdades de participação*. Já os direitos ligados ao *status positivus* correspondem às

---

<sup>61</sup> ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, Capítulo: *O Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas: entre a Secessão e o Autogoverno*, parte integrante da obra: *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, Diálogos Contemporâneos, Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), Bahia: JUsPodivm, 2013, p. 590.

prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual, e, por isso são designados como *direitos positivos* ou *direitos de prestação*, modernamente conhecidos como *direitos econômicos, sociais e culturais*.<sup>62</sup>

A problemática referente à responsabilidade estatal pela promoção dos direitos fundamentais se torna mais evidente quando se trata de direitos fundamentais de natureza prestacional, ou seja, que ensejam uma prestação positiva pelo Estado. Quando se trata de direitos fundamentais de primeira dimensão, exige-se, em regra, uma postura estatal de abstenção, ou seja, que o Estado se abstenha de interferir nas esferas protegidas pelas liberdades conferidas pela Constituição ao indivíduo. Mas nada obsta a atuação estatal com vistas a propiciar um nível maior de realização dessas liberdades a cada indivíduo ou assegurar a eficácia horizontal destas quando vierem a ser desrespeitadas nas relações entre particulares, como no caso da privacidade e das revistas íntimas, por exemplo.<sup>63</sup>

Parece-me que há duas formas de atuação do Poder Público no sentido de propiciar a igualdade material. Em primeiro lugar, há demandas de igualdade que pressupõem, para seu atendimento, a criação de leis *lato sensu*, ou seja, o aperfeiçoamento do sistema normativo, de forma que a ausência de legislação dessa natureza, em virtude de possível falta de vontade política, possa vir a ensejar inconstitucionalidade por omissão, inclusive.<sup>64</sup> Em segundo lugar, o Poder Público deve atuar por intermédio de ações governamentais e políticas públicas, que podem estar fundadas em lei (*stricto sensu*) ou, à míngua destas, diretamente nos princípios constitucionais e regras de direitos fundamentais, como é o caso da igualdade, da dignidade da

---

<sup>62</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 396.

<sup>63</sup> A revista íntima no ambiente do trabalho é tema bastante discutido na atualidade, e compreende o sopesamento de dois direitos fundamentais em conflito, quais sejam, o direito do empregador de defender sua propriedade por meio da revista (Art. 5º, inciso XXII da CF) e a proteção conferida aos trabalhadores à sua esfera de intimidade e privacidade, pelo Art. 5º, Inciso X da CF. O Supremo Tribunal Federal assim posicionou-se sobre a matéria: “EMENTA: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito do Trabalho. Fiscalização do empregador. Revista. Abusividade da medida não caracterizada. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. O Tribunal Superior do Trabalho, com base nos fatos e nas provas dos autos, concluiu que, a despeito de os empregados terem direito à intimidade e à privacidade no ambiente de trabalho, a revista das bolsas na saída do expediente, no caso, não se caracterizaria como medida abusiva, haja vista a possibilidade de ela ser evitada em razão do fornecimento de armários pelo empregador aos empregados e, também, pela necessidade de sigilo que envolve a atividade desenvolvida pela empresa - produção de equipamentos aeronáuticos para os setores civil e militar. 2. Para divergir desse entendimento e acolher a tese do agravante de que a medida adotada pela empresa agravada seria desproporcional e violaria o respeito à dignidade humana, seria necessário reexaminar o conjunto fático-probatório da causa, o que é inviável em recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido.” (STF, 1ª Turma, ARE-AgR 389593, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 20.8.2013, v.u.);

<sup>64</sup> A esse respeito, afirma J. J. Gomes Canotilho: “... a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação pode dar lugar a *inconstitucionalidade por omissão* (...), considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efetivação legal anteriormente atingida”. (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 478).



pessoa humana, da liberdade, entre outros. Mas, nesse caso, a atuação estatal é mais problemática, pois nem sempre o Estado será detentor dos recursos necessários ao atendimento de todas as demandas sociais.<sup>65</sup>

A propósito, sobre o fortalecimento de valores refletidos em princípios fundamentais positivados e sua força normativa, José Carlos Francisco observa que:

Essas transformações revelam a ampliação do papel das constituições nas sociedades modernas e o alinhamento de grande parte dos países a valores fundamentais que orientam a ordem internacional, daí porque o emprego de princípios fundamentais e de conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento constitucional representa medida para permitir a plasticidade ou flexibilidade necessária para fazer frente ao ambiente dinâmico (ou líquido), técnico e pluralista da internacionalizada sociedade contemporânea. O fortalecimento das constituições e o emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados vêm acompanhados da ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade e, portanto, do maior relevo do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais que trabalham para a construção de soluções constitucionalmente justas (adaptadas à realidade e vinculada ao Estado de Direito).<sup>66</sup>

No contexto em que os recursos nem sempre são suficientes, haverá sempre uma escolha sobre qual demanda social há de ser priorizada, especialmente quando se trata de políticas públicas. Certo é que as escolhas são efetuadas dentro de uma série de possibilidades, com amparo, em primeiro lugar, no interesse público. Na impossibilidade de utilizar o interesse público como critério, diante da diversidade de possibilidades de sua satisfação, é possível que se busque socorro no critério do *que é justo*. Mas o conteúdo do justo está longe de ser unívoco. Artur Sanchez Badin mostra, ao se referir ao processo de escolha inerente às políticas públicas, a dura tarefa de definir o alcance de *justiça*:

... As políticas públicas são conformadas a partir de escolhas, muitas vezes dramáticas, sobre fins, meios e prioridades. A diversidade de escolhas possíveis em casos concretos reflete a existência de concepções conflitantes de interesse público e, no limite, de justiça. Para os adeptos de uma visão welfarista de justiça, por exemplo, a escolha deve ser tal que maximize a satisfação de todos (“Pareto-eficiente”). Já sob uma visão rawlsiana, justa será a escolha que promover uma distribuição igual da riqueza, respeitado o “princípio da diferença”. Já para uma visão marxista, justa será a escolha que

---

<sup>65</sup> De acordo com J. J. Gomes Canotilho, “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”. Além disso, “as normas constitucionais consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objetiva de duas formas: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador atuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...]; (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais”. (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 476)

<sup>66</sup> FRANCISCO, Capítulo (Neo) Constitucionalismo na pós modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto, *op. cit.*, p. 53.

der “a cada um de acordo com sua necessidade e de cada um conforme sua capacidade”. O cardápio de opções é extenso”.<sup>67</sup>

Dúvidas não há quanto à imprescindibilidade de o Direito, e seus mecanismos, virem a concretizar os fins institucionais estatais, no contínuo processo de construção e aperfeiçoamento de democracia e da cidadania. Dúvidas existem, estas sim, quanto ao alcance e extensão que se pretenderá dar a esses dois preceitos, numa sociedade permeada por contradições. Segundo J. J. Gomes Canotilho, com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos sociais, afirma-se a existência de *direitos originários a prestações* quando:

- (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos;
- (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos;
- (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.<sup>68</sup>

Diversas são as concepções de Constituição, que compreendem desde uma leitura estritamente normativista ou positivista, passando em seguida por uma visão sociológica, que privilegia a sua compreensão de acordo com os fatores reais de poder, até chegar-se a leitura que a concebe como texto e contexto, emprestando-lhe a ideia de uma Constituição viva e dinâmica. Os fins insculpidos na Constituição Federal são representativos das finalidades socialmente relevantes da ação do Estado, e embora a Constituição Federal não esclareça qual direito fundamental e/ou social deva ser priorizado em relação aos outros de mesma categoria, é certo que a identificação de políticas governamentais e mecanismos jurídicos com a satisfação de um direito dessa categoria é capaz de demonstrar, por si só, a razoabilidade da escolha efetuada. A dificuldade está em saber qual direito fundamental e/ou social será mais fundamental do que os demais, a ponto de ser priorizado, quando o atendimento de dois ou mais desses direitos for algo conflitante diante da escassez de recursos. Nesse particular, observa Arthur Sanches Badin:

Para determinar o resultado da ação estatal, não basta aos formuladores de políticas públicas discutir quais devem ser os fins socialmente relevantes e insculpi-los na Constituição. Conforme se pretendeu demonstrar anteriormente, a dogmática jurídica não lhes facilitou a vida para fazer escolhas. A aplicação dos princípios constitucionais, mediada por juízos de proporcionalidade e razoabilidade, para lembrar um exemplo, gera uma lista igualmente extensa de soluções possíveis que se candidatam à escolha em cada caso concreto.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> BADIN, Arthur Sanchez, *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 93.

<sup>68</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 477.

<sup>69</sup> BADIN, *op.cit.*, p. 94.

J. J. Gomes Canotilho bem explicita o problema da efetivação dos direitos fundamentais, frente à reserva do possível (existência e disponibilidade de recursos), aduzindo que a efetivação não se reduz a um simples apelo, pois “existe uma verdadeira *imposição constitucional* legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.<sup>70</sup> Há, evidentemente, uma imposição constitucional que impele e legitima o Poder Público a propiciar os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais. A questão está em saber qual demanda há de ser priorizada frente à reserva do possível, especialmente quando seu atendimento implicar custos ao Estado, seja por meio de ações afirmativas, seja por intermédio de políticas públicas.

Esse árduo processo de escolha conduz à realização de um *teste de consistência* que permita identificar qual direito (cuja concretização torna-se necessária no processo de construção da igualdade material) é dotado de maior carga de fundamentalidade em relação aos demais direitos fundamentais e sociais. Referido teste leva em consideração os critérios utilizados para classificação de um direito como fundamental. Assim, objetivando-se aquilatar a inserção de um determinado direito na categoria de direito fundamental, procura-se verificar se tal direito preenche as mesmas características informadoras dos direitos fundamentais. E quando há dois direitos fundamentais em conflito, é possível a realização desse mesmo teste a fim de estabelecer o nível de fundamentalidade pertencente a cada direito e, com isso, delimitar os seus alcances, em observância aos princípios da harmonização, da concordância prática, da cedência recíproca, aplicáveis aos casos de colisão.

De modo geral, pode-se dizer que são características informadoras dos direitos fundamentais: *Imprescritibilidade*, pois não se perdem com o decurso do tempo; *Inalienabilidade*, porquanto não podem ser transferidos, nem a título gratuito, nem oneroso; *Irrenunciabilidade*, haja vista que não podem ser objetos de renúncia, o que não se confunde com o não exercício pelo sujeito; *Universalidade*, porquanto a todos é reconhecida a titularidade, independentemente da nacionalidade, ainda que haja previsão de cumprimento de certos requisitos para o seu exercício; *Transnacionalidade*, a qual é vista sob a perspectiva da responsabilidade internacional, na qual a solidariedade, que marca os tratados internacionais de direitos humanos, aparece como um dever de todos os povos; *Interdependência ou Complementariedade*, na medida em que certos direitos aparecem de forma estratégica, com maior importância, haja vista serem imprescindíveis para o exercício de outros direitos

---

<sup>70</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 478.

fundamentais, como é o caso do direito à vida ou à educação básica; *Efetividade*, a qual corresponde à ideia de eficácia social, ou seja, à possibilidade de realizá-lo concretamente (anota-se que as cláusulas relativas a direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, a teor do disposto no Art. 5º, §1º, da Constituição Federal<sup>71</sup>); *Progressividade*, composta por duas facetas: de um lado, a progressividade guarda relação com a ideia de que o rol dos direitos fundamentais foi se ampliando com o passar do tempo; de outro lado, a progressividade é tida no sentido de “possibilidade”, de “viabilidade” de sua integral concretização; *serem Absolutos*, no sentido de que não podem ser suprimidos do texto normativo, nem tampouco restringidos, justamente porque são indispensáveis, valendo anotar, todavia, a possibilidade de certo nível de redução em decorrência da acomodação de direitos; em regra, *de Exercício Limitado*, obedecendo a limites colocados com amparo em duas teorias, quais sejam: (i) *teoria interna ou dos limites imanentes*, na qual se sustenta que todo direito já nasce limitado, por fronteiras implícitas a qualquer direito, construídas pelo texto normativo e; (ii) *teoria externa*, que considera que os direitos nascem ilimitados, porém encontram limites no momento de sua aplicabilidade decorrentes da própria tessitura normativa, ou de outros direitos igualmente aplicáveis à espécie.

A teoria interna dos direitos fundamentais parte do pressuposto de que o processo de definição do que é protegido pelo direito é interno ao próprio direito, de que forma que o direito e seus limites são imanentes a qualquer posição jurídica, dando ensejo à formação de um direito (com seus limites imanentes) e um não-direito (situação não protegida pelo direito). A teoria interna não admite a existência de posições *prima facie* e definitiva, pois, ou se está abarcado pelo direito fundamental ou não se está. De acordo com Marcos Sampaio, “o ônus que tem a teoria interna é demonstrar o conteúdo do direito, a partir das limitações internas, a dispensar as restrições exteriores realizadas num momento posterior”; “é aqui que se recorre ao limite imanente, para ajustar o conteúdo do direito fundamental”.<sup>72</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet, a teoria interna funda-se na assertiva de que “um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, afirmando-se mesmo que o direito já ‘nasce’ com seus limites”. Prossegue Ingo Wolfgang Sarlet:

Neste sentido, fala-se na existência de “limites imanentes”, que consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas (para a teoria externa) como “desvantagens” normativas impostas externamente aos direitos, inadmitidas pela teoria interna, visto que para esta o direito tem o seu

<sup>71</sup> Art. 5º. [...]. §1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>72</sup> SAMPAIO, Marcos, *O conteúdo essencial dos direitos sociais*, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

alcance definido de antemão, de tal sorte que sua restrição se revela desnecessária e até mesmo impossível do ponto de vista lógico. Assim, correta a afirmação de que para a teoria interna o processo de definição dos limites do direito é algo interno a ele.<sup>73</sup>

Já a teoria externa admite dois elementos: o direito propriamente dito (*prima facie*) e a possibilidade de sua restrição. Desse modo, no caso de colisão entre direitos fundamentais, o operador do Direito deve se socorrer à técnica do sopesamento e ao postulado da proporcionalidade, com seus três desdobramentos, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, “a teoria externa distingue os direitos fundamentais as restrições a eles eventualmente impostas, daí a necessidade de uma precisa identificação dos contornos de cada direito”.<sup>74</sup> Prossegue Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, de acordo com a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado. Tal construção parte do pressuposto de que existe uma distinção entre posição *prima facie* e posição definitiva, a primeira correspondendo ao direito antes de sua limitação, a segunda equivalente ao direito já limitado. Esta distinção, contudo, não afasta a possibilidade de direitos sem restrições, visto não haver uma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição, sendo tal relação estabelecida pela necessidade de compatibilizar diferentes bens jurídicos. Em virtude de ser pautada pela referida distinção entre posições jurídicas *prima facie* e definitivas, a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social.<sup>75</sup>

O teste de consistência antes referido auxilia no processo de identificação de quais direitos são fundamentais, ainda que localizados fora do Título II da Constituição Federal, e dentre os que ali se inserem, qual merece ser priorizado. Todavia, o debate a respeito dos fins sociais e valores consagrados em nossa Constituição Federal nem sempre considera a viabilidade de mecanismos jurídicos, como políticas públicas e ações afirmativas, serem implementados e dos resultados passíveis de serem atingidos. Assim, a escolha sobre a adoção de determinada política pública ou aprovação de determinada ação afirmativa, em detrimento de outras, pressupõe além de um processo de valoração do interesse público, do valor justiça e dos fins sociais determinados pela Carta Magna, que sejam perquiridos os resultados possíveis,

---

<sup>73</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª edição, revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009, p. 388.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 389.

à luz dos princípios da efetividade, da razoabilidade, da proporcionalidade. Recomendável, ainda, que a escolha seja embasada também em considerações técnicas prestadas por especialistas multidisciplinares e proveniente, sempre que possível, da articulação de grupos de interesses.

No direito comparado, a participação da sociedade na execução de ações afirmativas tem se mostrado providencial, conforme aponta Souza Cruz:

A integração das minorias não é um fenômeno associado exclusivamente a ações oriundas de políticas públicas de custo compulsório. Ao contrário, o Estado mudou em função da participação de um dos processos de integração das maiorias. Nesse sentido, destacamos as chamadas *Voluntary Affirmative Actions*, políticas nascidas na própria sociedade, articuladas e executadas pela própria iniciativa privada.<sup>76</sup>

Deste modo, ações afirmativas também merecem ser sopesadas levando-se em conta a possibilidade de participação da sociedade na sua execução, com vistas a propiciar-lhe maior eficiência, e, por conseguinte, otimizar a consecução de seus objetivos.

Além disso, para que se efetue um juízo de proporcionalidade acerca das escolhas jurídico-estatais, é necessário que se busque responder a três indagações básicas e essenciais. A primeira concerne à *adequação* da medida, se atende ao fim desejado e de forma satisfatória. Em seguida, indaga-se a *necessidade* da medida, diante da possibilidade de existirem medidas alternativas e mais efetivas, e que não entrem em choque com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. Em terceiro, busca-se valorar a *proporcionalidade em sentido estrito*, a qual implica, necessariamente, também um processo de escolha: qual caminho adotar no processo de subsunção do caso concreto à norma.

No que se refere ao nível de fundamentalidade que se deve emprestar à igualdade de gênero, as divergências acerca da própria condição de opressão e exploração da mulher faz com que suas demandas nem sempre recebam a importância merecida, ou seja, as escolhas que, *a priori*, devam ser feitas com amparo no *teste de consistência* e na análise de proporcionalidade e razoabilidade, podem ser travancadas pelo pensamento patriarcal ainda presente nas instâncias políticas, em que a participação das mulheres é diminuta.

---

<sup>76</sup> CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza, *As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3ª. edição, revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009, p. 165.

### 1.2.3. O mínimo vital e a igualdade de oportunidades.

Não basta a igualdade formal para que dois indivíduos galguem, do ponto de vista social e econômico, igualdade material. Ao contrário, à medida em que se busca a realização da igualdade no plano material, ao legislador se impõe a concessão de tratamento desigual no plano formal, sendo esta uma das ferramentas pertencentes ao Estado para correção das desigualdades, que dá forma às ações afirmativas e discriminações positivas.

Sendo o Estado detentor do poder de estabelecer discriminações positivas e realizar ações afirmativas, indaga-se em que medida o Estado será responsável por assegurar a igualdade de fato. Observa Robert Alexy que o conceito de dignidade humana pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática, especialmente nos casos de mínimo existencial, onde se torna de rigor a prestação do Estado, no sentido de assegurar condições mínimas de subsistência. Segundo Robert Alexy, o enunciado de igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática.<sup>77</sup>

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão dúplice, que se manifesta simultaneamente enquanto expressão da autonomia da pessoa humana e da necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando ausente a capacidade de autodeterminação.<sup>78</sup> Referido autor bem conceitua a dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 434/440.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, Béatrice Maurer ... [et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 30. Confira-se: “A partir do exposto, sustenta-se que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação”. (*Ibidem*, p. 30)

<sup>79</sup> SARLET, *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, *op. cit.*, p. 37

Sobre o valor fundamental da dignidade da pessoa, e a responsabilidade do Estado em promovê-la como finalidade principal de sua existência, observa Ana Paula de Barcellos:

[...] para uma sociedade como a contemporânea, que confia nos postulados humanistas e na democracia, a dignidade da pessoa (incluído aí seu aspecto material) constitui o valor mais fundamental. (...) Retornado à realidade brasileira a partir da Constituição de 1988, é certo que a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as conseqüências hermenêuticas que esse status jurídico confere ao princípio. Esses dois atributos da dignidade, isoladamente considerados e em tese, indicam a modalidade positiva ou simétrica da eficácia jurídica como a mais adequada para o princípio como um todo, por ser a mais consistente.<sup>80</sup>

Tratando-se do mínimo vital, admite-se a existência de direito subjetivo em face do Estado, no sentido de compeli-lo a concretizar o direito fundamental buscado, dentro de parâmetros de razoabilidade. Isso não significa que o Estado é o único ou maior responsável pela concretização de direitos fundamentais, pois, como dito, a igualdade buscada nos regimes democráticos é a de oportunidades e não de resultados. Para compreensão dessa assertiva, é preciso que se diferenciem os direitos fundamentais necessários à vida e subsistência do indivíduo, daqueles que são próprios da vida em sociedade, tais como a segurança e a liberdade. Estes são assegurados pelo texto normativo e exercidos pelo próprio indivíduo, porquanto são direitos, em regram, não prestacionais, ou seja, são direitos que demandam prestações negativas pelo Estado, como a liberdade de expressão, consistindo em verdadeiros direitos *self-executing*.<sup>81</sup> São ditos *assegurados*, na medida em que, havendo obstrução ilegítima, competirá ao Estado atuar com o escopo de restituí-lo ao indivíduo. De outro lado, há o grupo de direitos ditos *concedidos*, porquanto compreendem uma prestação positiva, ou seja, têm natureza prestacional.

A dificuldade encontrada com relação a esse grupo de direitos diz respeito, essencialmente, ao dever de custeio, vale dizer, à identificação do principal responsável pela sua concretização no plano concreto. Nesse ponto residem as grandes controvérsias a respeito das finalidades máximas do Estado e do Direito. Mesmo quando se está diante de direitos prestacionais, o principal responsável por sua realização é o próprio indivíduo. É, pois, o indivíduo que deve buscar a prestação, empenhando esforços para alcançá-la. Muito embora

<sup>80</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 278/279.

<sup>81</sup> Segundo J. J. Gomes Canotilho, “alguns direitos econômicos, culturais e sociais, são verdadeiros direitos *self-executing* (ex.: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade); outros são *direitos a prestações* dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos (ex.: direito à saúde, direito ao ensino)” (*op. cit.*, p. 477/478).



não partam todos do mesmo ponto e nem possuam as mesmas oportunidades, o esforço individual deve ser considerado e valorado, na exata medida em que é capaz de propiciar o crescimento pessoal. Em segundo lugar, a família deve ser responsável por prover o bem estar do indivíduo, pois esta é sua finalidade: cuidar, amparar e desenvolver aqueles que se encontrem reunidos sob seu alcance. Trata-se de um dever moral e jurídico. Em terceiro lugar, a comunidade deve ser responsabilizada. Conquanto grande parte da sociedade ignore o direito-dever jurídico de solidariedade, cuida-se de um dever fundamental, e que se amolda aos objetivos máximos de nosso Estado Democrático de Direito, voltado ao bem estar social. Na impossibilidade desses três primeiros, aparece o Estado, cuja responsabilidade deve ser distribuída de acordo com a divisão de competências entre cada ente federativo. Por último, e subsidiariamente, a responsabilidade recairá sobre entidades internacionais, que deverão atuar tão somente se houver negligência do estado nacional ou se este for violador de direitos fundamentais.

Há diferenças entre o fornecimento das ferramentas necessárias à conquista do mínimo vital e a concessão direta e incondicionada desse mesmo conteúdo pelo Estado, à míngua de qualquer esforço individual. Melhor dizendo, as prestações estatais devem circundar a igualdade de oportunidades e não de resultados, e devem se fazer presentes sempre que inexistente a capacidade de autodeterminação do indivíduo, com relação à obtenção do mínimo vital. Nos demais casos, parece-me que o Estado pode e deve atuar dentro de suas possibilidades, inexistindo direito subjetivo à obtenção da prestação estatal, pois que este feriria o princípio democrático.

Tomando-se por base a situação das mulheres, é possível perceber essa distinção. Há demandas femininas que concernem ao mínimo vital, como é o caso de vítimas de violência doméstica que não detêm condições de se autodeterminarem, no sentido de modificar essa situação, o mesmo podendo ocorrer com vítimas de estupro. Nas duas situações, os direitos à vida, à saúde, à integridade física, além da dignidade da pessoa, estão evidentemente comprometidos, de forma que ao Estado se impõe o dever de atuação. Há outras demandas femininas que não necessariamente envolvem o mínimo vital. Nesses casos, o Estado pode e deve atuar no sentido de propiciar uma maior capacidade de autodeterminação às mulheres, assegurando-lhes a igualdade de oportunidades. Mas não há direito subjetivo à obtenção desses recursos, sendo o Estado responsável por promovê-los de acordo com sua capacidade e com observância do princípio democrático.

As regras protetivas das mulheres podem ser agrupadas de outra maneira, de acordo com as implicações que trazem ao Estado. Existem regras que se destinam tão-somente a corrigir discriminações no plano concreto, sem que isso implique, necessariamente, uma prestação estatal. A previsão de estabilidade para a gestante nas relações de emprego é um exemplo. Adequadamente, dá-se a estabilidade à gestante com o fito de assegurar a continuidade do seu trabalho e, por conseguinte, o recebimento da remuneração correspondente. Se no período de gestação a mulher for dispensada sem justa causa, fará jus ao recebimento de indenização. Tanto a estabilidade é uma prestação voltada à igualdade de oportunidades (e não de resultados), que a mulher grávida pode ser demitida por justa causa.

Também há regras que têm por escopo regular uma situação de desigualdade, com vistas a equalizar dois ou mais elementos em comparação. Exemplo disso são as regras insertas na CLT que preveem pesos diferenciados de carga a serem suportados por homens e mulheres (Art. 198 e Art. 390, CLT). Nessa situação, não há necessariamente responsabilidade estatal que implique prestações positivas. E há, finalmente, regras que impõem uma ação estatal, com dispêndio de recursos para o Estado. Algumas ações afirmativas podem ser citadas, como é o caso da criação de abrigos públicos para mulheres vítimas de violência doméstica, e a formulação de políticas públicas contendo programas neonatais.

Em todas essas situações é possível extrair o conteúdo da igualdade formal (*na lei e perante a lei*), sendo o Estado primordialmente responsável por assegurá-lo. Já o conteúdo da igualdade material, nem sempre poderá ser exigido unicamente do Estado, haja vista o caráter subsidiário estatal, de forma que apenas em situações que envolvam o mínimo vital haverá direito subjetivo em face do Estado, dentro de parâmetros de razoabilidade.

Sendo assim, há que se ter cautela quando se trata de definir responsabilidades, pois, em um extremo, a atuação estatal não deve ficar adstrita à igualdade meramente formal e, em outro extremo, o indivíduo não deve se socorrer prioritariamente ou unicamente do Estado visando à igualdade material.

#### *1.2.4. Ações afirmativas, discriminações positivas e a política de quotas.*

As ações afirmativas são políticas ou programas, públicos ou privados, destinados à concessão de benefícios a grupos sociais que foram ou que são vítimas de alguma forma de discriminação. De acordo com Clèmerson Merlin Clève, “*afirmativas*, portanto, são chamadas

as ações e políticas públicas implementadas para a efetivação do princípio constitucional da igualdade”.<sup>82</sup>

As ações afirmativas podem ser adotadas por entes públicos e privados, e têm como fundamento a concessão de benefícios como medida de justiça compensatória ou distributiva. Em 1988, o constituinte originário elegeu cinco grupos que reputou serem vítimas de discriminação e, por conseguinte, merecerem especial proteção estatal, quais sejam: idosos, índios, mulheres, negros e pessoas com deficiências. Esse rol foi posteriormente ampliado pela legislação infraconstitucional, que cuidou, outrossim, de regulamentar a forma de proteção, como é o caso da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), da legislação sobre igualdade racial (Lei 12.888/2010) e das leis protetivas de pessoas com deficiências.

Sobre as ações afirmativas e discriminações positivas, mostra-se interessante o texto de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, que reforçam os elementos apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, já aludidos, que autorizam o tratamento diferenciado:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. Nesse sentido, a disciplina constitucional da posse indígena (art. 231, §2º), o trabalho da mulher (art. 7º, XX), a reserva de mercado de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII) e outras tantas regras. O constituinte furtou do intérprete a tarefa de verificar a correlação lógica entre o elemento diferencial e a distinção de regime jurídico, mas se deu pressa em definir que nessas hipóteses deve haver discriminações específicas para proteger determinado grupo de pessoas. Essa igualdade aplicada deverá ser reproduzida pelo legislador infraconstitucional.<sup>83</sup>

As ações afirmativas podem implicar medidas temporárias, de acordo com a situação que visam a proteger. São exemplos de ações afirmativas a criação de cursinhos públicos pré-vestibulares para afrodescendentes e pessoas oriundas de escolas públicas, a criação de Delegacias Policiais especiais para as mulheres, a instituição de Secretarias Públicas para Mulheres no âmbito do Poder Executivo, entre outras tantas medidas. As discriminações positivas, por sua vez, consistem na introdução de tratamento jurídico desigual àqueles que, a

---

<sup>82</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 127.

<sup>83</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 93.

primeira vista, são formalmente iguais, mas não o são do ponto de vista concreto, exigindo medidas discriminatórias *na lei* voltadas à equalização no plano real. As discriminações positivas são medidas legislativas efetivadas em favor daqueles que suportam condição de desigualdade no plano concreto, ocasionada por fatores injustificáveis, incompatíveis com os princípios e objetivos almejados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro, amparados pelo texto constitucional. Visam, assim, a corrigir a desigualdade originada por uma ação anterior, como a escravidão, por exemplo.

São exemplos de discriminações positivas em favor da mulher: a) Lei n.º 9.100, de 29 de setembro de 1995, que determinou aos partidos políticos ou coligações a reserva de, no mínimo, vinte por cento das vagas para serem preenchidas por mulheres candidatas; b) Lei n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa no que tange à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor; c) Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabeleceu quotas para aumentar a participação feminina nos Parlamentos; d) Art. 100, inciso I, do Código de Processo Civil, que estabelece a competência do foro onde a mulher fixou residência para a ação de separação, embora haja divergências jurisprudenciais quanto à aplicação dessa regra após a Constituição Federal de 1988.<sup>84</sup> Tanto a Lei 9.100/1995, como a Lei 9.504/1997, são, a meu ver, regras de discriminação positiva, mas têm sido comumente tratadas como ações afirmativas.

As ações afirmativas e as discriminações positivas são institutos correlatos já que ambos se destinam à implementação da igualdade material. Clèmerson Merlin Clève esclarece que “a ação afirmativa – na terminologia europeia *discriminação positiva* – surgiu nos Estados Unidos como política pública ou privada que visa não só à concretização do princípio da igualdade material, mas também à mitigação e neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de nacionalidade”.<sup>85</sup> Clèmerson Merlin Clève complementa: “é

---

<sup>84</sup> Acerca do foro da mulher para a ação de separação, a questão foi apreciada pelo C. STF, em sede de Recurso Extraordinário (RE 227114), de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em sessão realizada pela 2ª. Turma, em 22.11.2011, por unanimidade, sendo o acórdão assim ementado: “*DIREITO CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE HOMENS E MULHERES. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. FORO COMPETENTE. ART. 100, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 5º, I E ART. 226, § 5º DA CF/88. RECEPÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. O inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, com redação dada pela lei 6.515/1977, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. O foro especial para a mulher nas ações de separação judicial e de conversão da separação judicial em divórcio não ofende o princípio da isonomia entre homens e mulheres ou da igualdade entre os cônjuges. Recurso extraordinário desprovido.*”

<sup>85</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 133.

irrefutável, portanto, que a Constituição vigente conferiu novo conteúdo ao princípio da igualdade, autorizando a adoção de ações afirmativas quando necessárias”.<sup>86</sup>

Parece-me que as ações afirmativas aproximam-se de medidas de caráter prestacional que visam a equalizar relações no plano concreto, como é o caso das delegacias especiais para mulheres. Discriminações positivas, por sua vez, não necessariamente são de natureza prestacional; em regra, discrimina-se no plano formal para propiciar igualdade no plano material, como é o caso dos critérios diferenciados de aposentadoria. Nada impede que ambas sejam utilizadas em conjunto.

Certo é que as ações afirmativas encontram, muitas vezes, o seu fundamento jurídico em uma discriminação positiva efetuada pela legislação infraconstitucional. Outras vezes, derivam do próprio texto constitucional, em regras destinadas a proteger determinadas minorias, com o intuito de equalizá-las no plano concreto e diretamente nos princípios e direitos fundamentais.<sup>87</sup>

Conforme já exposto, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com interesses acolhidos no sistema constitucional.”<sup>88</sup> Logo, não se admite a concessão de um tratamento vantajoso que venha a acarretar uma desvantagem em sentido inverso, em detrimento do conteúdo da igualdade. *Vantagem* há que ser aqui entendida como o tratamento diferenciado que vise a corrigir uma distorção no plano fático, equalizando dois elementos em comparação, mas sem conferir privilégios a qualquer deles. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário”.<sup>89</sup>

O tratamento jurídico diferenciado deve preservar ou assegurar a igualdade de oportunidades, não sendo possível que venha a representar a obtenção de uma vantagem em si mesma. Essa *vantagem*, entendida como tratamento diferenciado e capaz de equalizar no plano

---

<sup>86</sup> CLÈVE, *op. cit.*, p. 133.

<sup>87</sup> O vocábulo *minorias* está sendo aqui utilizado para se referir a grupos de pessoas que enfrentam condição de opressão (desigualdade no plano material). Não se trata, portanto, de um conceito numérico.

<sup>88</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 42.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 43.

material, deve necessariamente encontrar supedâneo nos objetivos maiores traçados pelo texto constitucional.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e João Feres Júnior, as políticas públicas que contenham ações afirmativas, assim como as demais políticas, devem ser justificadas com amparo em três argumentos básicos de justificação, quais sejam: *reparação*, *justiça distributiva* e *diversidade*<sup>90</sup>, sendo o último incomum no debate jurídico, razão pela qual recai sobre os dois primeiros argumentos a tarefa de dar suporte à política. O argumento da *reparação* leva em conta a discriminação histórica, ou seja, o passado histórico de discriminação, sendo este o argumento mais comum nos debates políticos. Já o argumento da justiça distributiva caracteriza-se pela ideia de justiça social albergada pela Constituição Federal, notoriamente em seu Art. 3º, que estabelece consistirem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Assim, as políticas públicas de ações afirmativas possuem amplo suporte constitucional, valendo destacar a preocupação do legislador constituinte com a correção das discriminações de gênero, retratadas no texto constitucional com a expressão “preconceitos de sexo”.

A par da diferenciação entre sexo e gênero<sup>91</sup>, a Constituição não deixa dúvidas quanto à importância de serem adotadas medidas corretivas da desigualdade entre homens e mulheres, as quais encontram suporte também no Direito Internacional, em diversos documentos: a) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979, Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18.12.1979 - ratificada pelo Brasil em 01.02.1984; b) Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (nº 189), de 2011; c) Convenção da OIT nº 183, de 1988, que estabelece a proteção à maternidade, ampliando os dispositivos da Convenção nº 103, de 1966; d) Convenção da OIT nº 103, de 1966, que dispõe sobre o amparo à maternidade; e) Convenção da OIT nº 111, 1958, que dispõe sobre a discriminação em

---

<sup>90</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, 2ª. tiragem, Org. Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 345/363.

<sup>91</sup> O uso da palavra “sexo” pode parecer, à primeira vista, reducionista, como se a desigualdade entre homens e mulheres tivesse como causa tão-somente diferenças biológicas. Em realidade, a expressão “gênero” tem maior abrangência, porque parte do pressuposto de que a desigualdade tem como causa fatores sociais concernentes a padrões comportamentais pré definidos para homens e mulheres, e não características meramente biológicas.

matéria de emprego e profissão; f) Convenção da OIT nº 103, de 1953, que dispõe sobre a igualdade de remuneração pelo mesmo trabalho entre mulheres e homens; g) Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, 1969.

No âmbito regional, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também denominada de Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA em 06 de junho de 1994, ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995 e promulgada pelo Decreto 1.973, de 1º de outubro de 1996.

É comum aproximar-se o conceito de ações afirmativas, com o sistema de quotas, embora ambos não se confundam. As ações afirmativas abrangem um universo de sistemas, do qual as *quotas* são apenas uma espécie. São exemplos de ações afirmativas os *sistemas de pontuação*, em que bonificações são atribuídas à maior pontuação obtida, o *oferecimento de treinamentos*, fomentados por empresas na reformulação de políticas internas para a contratação ou promoção de pessoal, entre outros tantos.

As quotas de acesso ao ensino superior são as mais conhecidas, mas podem ter outras finalidades, como obtenção de emprego. Note-se que atualmente a Lei 12.990/2014 reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Outro exemplo de ações afirmativas é o benefício assistencial *bolsa família*.

A respeito da possibilidade de planos privados ou voluntários de ação afirmativa serem contemplados pela legislação, Souza Cruz aponta para o caso norte americano AFL-CIO-CLC v. Weber [443 US 205 (1979)], ou caso *Weber*, em que o empregado *Brian Weber* questionou a constitucionalidade de acordo coletivo de trabalho firmado pela empresa *Kaiser Aluminum Chemical Corp.* com o Sindicato respectivo, para garantir que as admissões e promoções se dessem em idêntico percentual de brancos e negros, sendo que a Suprema Corte deu ganho de causa à empresa, por reconhecer a possibilidade desta promover ações afirmativas.<sup>92</sup>

Com relação às ações afirmativas por particulares, destinadas a assegurar a igualdade de gênero em cargos mais elevados, destaca-se na jurisprudência norte-americana o caso

---

<sup>92</sup> Conforme apontado por CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza, *op. cit.*, p. 165.

*Johnson v. Transportation Agency S. Clara Comity, 480 U.S. 616 (1987)*, cujo detalhamento reproduzimos da obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

No outro caso, o jovem Johnson impugnou decisão administrativa da empresa ré em promover uma mulher para o mesmo cargo que pleiteava. Em seu favor, Johnson colacionava aos autos provas de que obtivera melhores resultados nas avaliações a que tanto ele quanto ela, igualmente, submeteram-se.

A Corte ratificou a decisão da empresa numa votação apertada (5 votos contra 4). Nela, o relator, *Justice William Brennan*, observou que o plano empresarial não impunha sequer quotas para fins de admissão. Simplesmente admitia que o elemento da “ação afirmativa” fosse levado em conta, não como único aspecto para efeito da decisão de promoção, mas como um dos argumentos a serem considerados. Além disso, a diferença do desempenho de Johnson não era significativamente superior ao da empregada promovida. Ademais, Brennan abonava a ideia concebida no plano da agência governamental responsável pelo serviço de transportes de Santa Clara, pelo qual era preciso que a Sociedade colaborasse para a eliminação de preconceito, tanto contra mulheres quanto contra pessoas portadoras de deficiência.<sup>93</sup>

Infere-se no precedente citado que uma ação afirmativa pode ser implementada por particulares, à míngua de lei específica, desde que esta guarde consonância com os preceitos máximos da Constituição. Vale frisar que, além do princípio da igualdade, as ações afirmativas devem ser informadas pelo princípio da proporcionalidade, o qual, por sua vez, se desdobra em três aspectos, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, conforme já citado anteriormente. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tratou das ações afirmativas, na modalidade de quotas para ingresso em instituição pública de ensino superior, no julgamento da ADPF 186, sem, contudo, especificar os critérios exatos que devem informar as ações afirmativas.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza, *op. cit.*, p. 166.

<sup>94</sup> Confira-se a ementa do acórdão da Corte Suprema, na ADPF 186: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (QUOTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do



No julgamento da questão racial, o Supremo Tribunal Federal caminhou em sentido próximo ao *teste de escrutínio estrito* advindo da jurisprudência americana adotado no caso *Bakke* (1978), sobre o sistema de quotas para acesso à Faculdade de Medicina e no caso *Bollinger* (2003), acerca do sistema de pontuação concedido a esportistas para acesso à Faculdade de Direito, apontados por Álvaro Ricardo de Souza Cruz.<sup>95</sup>

Nesses dois casos, a Suprema Corte norte-americana afirmou que, para que ser válida, a ação afirmativa deve passar por um *strict scrutiny test*, no qual fique demonstrado o preenchimento de três elementos a seguir elencados:

- (i) Imperativo interesse do governo;
- (ii) Adequação do programa para o fim visado;
- (iii) Demonstração de que o meio a ser adotado é o único disponível para o fim visado.

Sobre os critérios adotados pela Corte Americana para a definição das ações afirmativas, Álvaro Ricardo de Souza Cruz destaca um dos aspectos que considera lamentável na experiência norte-americana, qual seja, a utilização de aspectos culturais e tradicionais da cultura americana, para imposição de juízos de valor no trabalho de interpretar o Direito.<sup>96</sup>

---

que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente. (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012, v.u., DJe 20/10/2014, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 16/05/2016)

<sup>95</sup> CRUZ, *op. cit.*, p. 166 e ss.

<sup>96</sup> Afirma Cruz: “A Corte Americana possui critérios distintos de julgamento. O mais brando (*rational basis test*) exige apenas a demonstração da racionalidade da medida discriminatória, seja ela uma ação afirmativa ou não, para aceitá-la como válida. As leis presumidas constitucionais têm sido assim consideradas em boa parte de casos que dizem respeito a portadores de deficiência e classificações envolvendo idade e orientação sexual. O segundo critério, denominado *intermediate scrutiny*, exige a comprovação de que a ação afirmativa se sustente num significativo interesse governamental e que a medida se relacione substancialmente com esse interesse. Nos casos *Craig v. Boren* (1976) e *United States v. Virginia* (1990) [...], a Corte firmou entendimento de que tal critério é suficiente nas hipóteses de discriminação por gênero. Assim também em parte significativa de casos de portadores de deficiência. Finalmente, o critério mais rigoroso, chamado *strict scrutiny test*, exige que a medida empregue instrumentos/métodos estritamente adequados ao implemento do interesse governamental imperativo. O caso *Regents of the University of California v. Bakke* firmou tal exigência para medidas afirmativas em favor de negros. Sendo assim, tanto critério intermediário, quanto o estrito exigem que o Poder Público demonstre que a discriminação seja lícita, ou seja, que guarde pertinência com o interesse público envolvido.” E conclui: “É curioso o fato de que, quando a Suprema Corte examina condutas potencialmente violadoras dos direitos fundamentais, emprega um standard menos rigoroso (*ordinary scrutiny*). Contudo, quando aprecia normas de conteúdo afirmativo em prol de negros, homossexuais, índios ou minorias religiosas, submete-as a um exame rígido de sua constitucionalidade. Fica claro que a Corte utiliza-se de aspectos culturais e tradicionais da cultura americana,

Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz, juízos de valor vêm influenciando as técnicas de interpretação de forma que as ações afirmativas que guardam relação com contradições de gênero e de raça, assim como aquelas referentes a pessoas portadoras de deficiências, submetem-se a um exame de constitucionalidade mais rigoroso do que aquele aplicável às ações envolvendo os demais direitos fundamentais.

Trata-se de um aspecto relevante, que merece ser debatido e sopesado com acuidade, e que demonstra, de imediato, a dificuldade de se trabalhar ações afirmativas de gênero dentro de sociedades que ainda mantêm parte de seus valores morais e culturais condizentes com o patriarcado. A demonstração de interesse público governamental para amparar uma determinada ação afirmativa de gênero é uma exigência que, evidentemente, acarreta um nível maior de dificuldade para sua legitimação. Mas, sob outro ângulo, não se pode olvidar das preocupações inerentes a qualquer sistema jurídico de obstar medidas sem o necessário embasamento, que sejam desproporcionais ou oportunistas.

Nesse embate, torna-se necessária uma análise de proporcionalidade sobre o peso que se deve conferir a cada valor em conflito, não havendo uma fórmula pré-concebida que seja capaz de orientar ou delinear, de forma pormenorizada, os limites que devem ser observados pelas ações afirmativas de gênero. Tudo isso conduz à necessidade de um debate mais profundo e desapegado dos valores tradicionais e eminentemente patriarcais, sejam nos órgãos estatais – mormente no Poder Judiciário, responsável pela análise de legalidade e legitimidade no exercício do controle externo e do controle de constitucionalidade -, sejam nas esferas de poder. É, sem dúvida, um grande desafio.

Ainda sobre esse aspecto, impende anotar que, ao tratar do controle de constitucionalidade quanto ao conteúdo, José Carlos Francisco sustenta que a verificação da validade de atos jurídicos frente à Constituição somente pode ser feita sob o ângulo jurídico, de forma que o responsável pelo controle de constitucionalidade não detém discricionariedade para dizer se um ato jurídico ofende ou não o ordenamento constitucional. De acordo com José Carlos Francisco, o *controle jurídico* corresponde àquele feito exclusivamente sob critérios normativos, considerando a validade do ato jurídico em face da Constituição segundo padrões da Ciência do Direito, ao passo que o *controle político* é feito sob premissas de conveniência e

---

impondo juízos de valor no trabalho de interpretar o Direito. Tal comportamento, típico da técnica hermenêutica da jurisprudência de valores, não se coaduna com uma perspectiva deontológica do Direito e de sua necessária visão pós-convencional da moral, elementos essenciais ao Estado Democrático de Direito. É, pois, um dos aspectos mais lamentáveis na experiência norte-americana em torno da tutela do direito fundamental à diferença.” (CRUZ, *op. cit.*, p.170/172)

oportunidade acerca da conformação do ato jurídico ao ordenamento constitucional, “ainda que ao arpejo dos critérios normativos de verificação de validade jurídica do objeto controlado”.<sup>97</sup> José Carlos Francisco nega a possibilidade válida do controle político, mas admite a necessidade de o ordenamento ser compatibilizado com o processo histórico, interagindo com a realidade concreta, compreendendo todos os valores (políticos, culturais, econômicos etc.) que coexistem no contexto social, o que torna visível a dificuldade de dissociar o elemento político do elemento jurídico, “ainda mais se considerarmos que os preceitos constitucionais são muitas vezes produzidos em forma de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados”.<sup>98</sup> E conclui:

Porém, mesmo que os Poderes instituídos sejam responsáveis pela governabilidade (inclusive o Poder Judiciário), recusamos a validade do controle de conteúdo eminentemente político – conclusão que amparamos nos princípios do Estado Democrático de Direito. Quando se realiza o controle de constitucionalidade com os olhos na conveniência e oportunidade das decisões, negamos todas as virtudes da Constituição como expressão da vontade geral e abandonamos o Estado Democrático de Direito, pois estamos desprezando o sistema normativo e permitindo que o ordenamento constitucional seja “acomodado” às necessidades ou interesses dos grupos que transitoriamente ocupam o poder.

[...] Se na prática, os critérios de decisão podem sofrer demasiada influência política, esse fato não pode ser compreendido como validação da anomalia, pois devemos permanentemente combater-la (ainda que possa ser difícil extirpá-la).<sup>99</sup>

A preocupação exteriorizada por José Carlos Francisco ganha especial importância quando se está diante de ações afirmativas, haja vista que estas trazem, em si, a proteção de grupos sociais vítimas de discriminação, em prejuízo de outros grupos. É preciso ter cuidado para que o interesse de proteção daqueles grupos sociais não se sobreponha aos padrões normativos de verificação de validade jurídica constitucionalmente previstos.

Para a Corte norte-americana, basta a ausência de apenas um dos requisitos antes apontados para que a ação afirmativa seja considerada inconstitucional. No Brasil, conforme já destacado, a doutrina e jurisprudência (sedimentada pelo STF na ADPF 186) se referem à proporcionalidade, composta pela *necessidade* (imperativo interesse do governo), *adequação* (exigência de que o programa seja desenhado *sob medida*, ou seja, estrita conformação para o atingimento do fim visado), e *proporcionalidade em sentido estrito* (demonstração de que o programa é o único meio disponível; compreende um juízo de valor, uma escolha, uma valoração).

---

<sup>97</sup> FRANCISCO, José Carlos, *Direito Constitucional*, Coordenação de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96/97.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 97.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 97.

Daniel Sarmiento chama a atenção para “duas formas de violação ao princípio da isonomia que não envolvem discriminações explícitas: a discriminação *de facto* na aplicação de normas racionalmente neutras e a discriminação indireta, que envolve a aplicação da teoria do impacto proporcional”.<sup>100</sup> Segundo o autor, a discriminação *de facto* consiste em ofensa ao princípio da igualdade perante a lei, em decorrência da aplicação concreta de uma norma jurídica válida, porém de forma sistematicamente anti-isonômica e prejudicial a um determinado grupo. A discriminação *de facto* é aferida por dados estatísticos que demonstrem a aplicação desproporcional da norma em desfavor de um grupo social, como, por exemplo, a realização de revistas pessoais, pela polícia, em afrodescendentes em percentual maior do que em brancos, ou a reprovação de candidatos negros em exames orais de concursos em percentual maior do que candidatos brancos. A discriminação indireta, por sua vez, correlaciona-se à *teoria do impacto desproporcional*, segundo a qual não se vedam ações afirmativas que contenham medidas públicas ou privadas que, embora aparentemente neutras e ainda que de forma não intencional, resultem em manifesto prejuízo para as minorias estigmatizadas no momento de sua aplicação concreta. A teoria do impacto desproporcional, nos dizeres de Joaquim Barbosa, consubstancia-se na ideia de que:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semi-governamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se, em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.<sup>101</sup>

Na discriminação indireta, o aplicador do direito depara-se com uma medida que fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável, pois a ofensa à igualdade aparece oculta em um texto normativo aparentemente neutro.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> SARMENTO, Daniel, *A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro*, parte integrante da obra *Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, Marcelo Novelino Camargo, organizador, Bahia: JusPodivm, 2008, p. 211/212.

<sup>101</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

<sup>102</sup> Segundo Daniel Sarmiento, “O *leading case* nesta questão foi o caso *Griggs v. Duke Power Co.*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1970. Tratava-se de ação proposta por várias pessoas negras que questionavam uma prática adotada pela empresa Duke Power Co, que, como condição para promoção dos seus funcionários, os submetia a “testes de inteligência”. Os autores alegavam que aquela medida não era necessária para o bom desempenho das funções dos empregados, e que ela tinha um impacto negativo desproporcional sobre os trabalhadores negros, já que estes, na sua imensa maioria, haviam estudado em escolas segregadas, em que o nível do ensino era muito inferior, o que os impedia de concorrer naqueles testes, com igualdade de condições, com os empregados brancos. Assim, uma exigência aparentemente neutra funcionava, na prática, como mecanismo de perpetuação do *status quo*, levando a que os trabalhadores afro-americanos continuassem exercendo na firma apenas funções subalternas. No julgamento em questão, a Suprema Corte estadunidense, baseando-se não na Constituição, mas no Civil Rights Act de 1964, afirmou que ‘...as práticas, procedimentos ou testes, fàcialmente

A propósito do tema, a Corte Europeia de Justiça firmou precedentes acerca da discriminação indireta sob uma análise de gênero. Conforme destacado por Daniel Sarmento, o primeiro precedente foi firmado no julgamento do Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus v. Von Hartz*, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por uma empresa germânica, que deixava de fora os empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial. A regra excludente afetava muito mais as mulheres do que os homens, haja vista que elas são maioria nos postos em regime de tempo parcial. Por essa razão, a Corte se posicionou pela invalidade do sistema, por violar, ainda que de maneira não expressa, a igualdade entre homens e mulheres nas relações de trabalho, à luz do art. 119 do Tratado de Roma.<sup>103</sup>

A *teoria do impacto desproporcional* fornece embasamento à conclusão de que a desconsideração, pelo sistema jurídico normativo, de particularidades que marcam algumas categorias sociais também dá ensejo à análise de constitucionalidade, à luz do direito à igualdade.

### **1.3. Princípio fundamental da liberdade.**

O direito geral de liberdade e o direito geral de igualdade são preceitos basilares dentro da estrutura jurídica e política dos Estados Democráticos de Direito, e guardam estrita relação com a dignidade da pessoa humana.

#### *1.3.1. O conceito de liberdade.*

O conceito de liberdade, segundo Robert Alexy, é “ao mesmo tempo, um dos conceitos práticos mais fundamentais e menos claros”, cujo “âmbito de aplicação parece ser quase ilimitado”.<sup>104</sup> Para o autor, há uma conotação emotiva positiva que permeia a liberdade, o que possivelmente seja razão para a perenidade da polêmica acerca do conceito de liberdade e a popularidade de sua utilização, pois “quem quer induzir alguém a uma determinada ação pode tentar fazê-lo dizendo que liberdade é realizar essa ação”.<sup>105</sup> Cleide Fermentão afirma que “dentre todos os valores que fincam a pessoa humana à vida, a liberdade se apresenta como

---

*neutros, não podem ser mantidos se eles operam no sentido de ‘congelar’ o status quo de práticas empregatícias discriminatórias do passado”* (SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 214).

<sup>103</sup> SARMENTO, *op. cit.*, p. 215.

<sup>104</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 218.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 218.

necessária para nortear os pensamentos e proporcionar condições para que o homem se conheça, se estruture e tenha como tutela aos seus valores interiores, o direito como essencialidade”.<sup>106</sup> E complementa: “a liberdade é a capacidade de escolher os melhores meios para a própria realização como pessoa”.<sup>107</sup>

Para José Afonso da Silva, “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de *um poder atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade*”; “*liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*”.<sup>108</sup> J. J. Gomes Canotilho destaca o paradigma da *liberdade igual*, que, por sua vez, aponta para a *igualdade real*, “que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais”. E complementa:

“Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter a casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho.<sup>109</sup>

Liberdade é o poder de atuação, de coordenação dos meios necessários à realização pessoal, isto é, à perseguição da felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, haja vista que as necessidades humanas são diversificadas. A felicidade também é um fim almejado pelo Estado e protegido pela Constituição. Nesse sentido, afirma Maria Berenice Dias:

O direito à felicidade não está consagrado constitucionalmente e nem é referido na legislação infraconstitucional. Mas ninguém duvida que é um direito fundamental – materialmente constitucional. Talvez se possa dizer que a felicidade decorre do dever do Estado de promover o bem de todos e garantir o respeito à dignidade.

É indispensável lembrar que a própria finalidade do Estado é assegurar a todos o direito à felicidade, não só como um sonho individual, mas como meta social. Não consegue ser feliz quem não tem garantidos mínimos direitos,

<sup>106</sup> FERMENTÃO, *op. cit.*, p. 157.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 164;

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 233. E prossegue: “Nessa noção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrario à liberdade. E aqui, aquele sentido histórico da liberdade se insere na sua acepção jurídico-política. Assim, por exemplo, deixar o povo na ignorância, na falta de escola, é negar-lhe a possibilidade de coordenação consciente daqueles meios; oprimir o homem, o povo, é retirar-lhe aquela possibilidade etc. Desse modo, também, na medida em que se desenvolve o conhecimento, se fornecem informações ao povo, mais se amplia a sua liberdade com abrir maiores possibilidades de coordenação de meios necessários à expansão da personalidade de cada um.” (*Ibidem*, p. 233).

<sup>109</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 480.

como o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho e à moradia.<sup>110</sup>

Conforme observa Alexandre José Paiva da Silva Melo, a cada necessidade humana corresponde uma esfera jurídica de proteção.<sup>111</sup> Algumas necessidades constituem liberdades que podem estar previstas nos incisos do Art.5º e em outros dispositivos constitucionais específicos, ou encontrar guarida no direito geral de liberdade inserto no *caput* do referido dispositivo.

O direito à liberdade tem importantes desdobramentos, como é o caso dos institutos da personalidade e da capacidade civil no ordenamento jurídico pátrio. A liberdade tem caráter histórico, e, sendo assim, seu conteúdo se amplia com a evolução da humanidade: “fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga”; “liberdade é conquista constante”.<sup>112</sup> A condição da mulher é exemplo dessa evolução, pois muito se avançou no sentido de conferir às mulheres poder de atuação, de buscar com autonomia sua felicidade pessoal.

A liberdade é comumente classificada em *liberdade interna* e *liberdade externa*. A liberdade interna, também chamada de *subjetiva, psicológica, moral, ou do querer*, é manifestação da vontade no mundo interior do homem, vale dizer, é o poder de escolha ou de opção entre fins contrários. A liberdade interna é plenamente realizada quando se tem conhecimento objetivo e correto de ambos os fins, conforme explica José Afonso da Silva. De acordo com Cleide Fermentão, chama-se de liberdade o exercício do discernimento interior; é a liberdade interior da pessoa que possui condições de discernir e escolher o meio pelo qual dirigirá a sua vida.<sup>113</sup>

Por sua vez, a *liberdade externa*, também chamada de *objetiva* ou *liberdade de fazer*, consiste “na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de que o homem possa agir livremente”.<sup>114</sup> Assim, a questão principal consiste em saber se, uma vez feita a escolha, é possível ao indivíduo determinar-se em função dela, ou seja, se o indivíduo detém condições objetivas para atuar conforme suas escolhas, e nisso consiste a liberdade externa. É a liberdade externa objeto de reivindicação pelas mulheres, que enfrentam maior dificuldade de se determinarem em função de suas escolhas.

---

<sup>110</sup> DIAS, Maria Berenice, *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*, 6ª ed. Reformulada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 112/113.

<sup>111</sup> SILVA MELO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 232.

<sup>113</sup> FERMENTÃO, *op. cit.*, p. 178.

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 231/232.

É de fácil percepção que a liberdade é um valor que não se realiza individualmente, mas sim em sociedade, com respeito à liberdade pertencente aos demais indivíduos. Assim também o é a dignidade da pessoa humana. A lei pode fixar limites no exercício de sua liberdade. Por conseguinte, a liberdade encontra limites na lei e na liberdade pertencente a outros indivíduos. Por essa razão, parece-me que a liberdade é um direito melhor explicado pela teoria externa dos limites de direitos fundamentais, segundo a qual os direitos nascem ilimitados, porém encontram limites no momento de sua aplicabilidade decorrentes da própria tessitura normativa, ou de outros direitos igualmente aplicáveis à espécie.

Não à toa, os preceitos da liberdade e da igualdade aparecem lado a lado no Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois é própria dos Estados Constitucionais a ideia de que todos são (ou devem ser) iguais em liberdade.<sup>115</sup>

### *1.3.2. Liberdade e dignidade da pessoa humana.*

A liberdade convive não só com a igualdade e a legalidade, mas também e principalmente, com a dignidade da pessoa humana. De acordo com Paulo Ferreira da Cunha, a liberdade, a igualdade e a justiça fundam-se na dignidade da pessoa humana e desta são manifestações: “contudo, também esses três valores concorrem para ela, e, nesse sentido, ela parecer ser fim”.<sup>116</sup>

Liberdade e dignidade da pessoa humana não se restringem um ao outro. A liberdade é uma particularização da dignidade da pessoa humana, na medida em que assegura o âmbito de proteção desta. Sem a liberdade, o conteúdo da dignidade da pessoa humana restaria esvaziado; sem a dignidade da pessoa humana, a liberdade perderia sua razão de existir. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana complementa a liberdade, sendo o inverso também verdadeiro. Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana pode tanto sustentar quanto complementar o princípio da liberdade. Portanto, dúvidas não há de que a liberdade caminha ao lado da igualdade e da dignidade humana, sendo a restrição arbitrária da liberdade incompatível com a dignidade humana.

---

<sup>115</sup> A propósito, a Declaração de 1789 assim dispôs sobre a liberdade: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar. [...] A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade”.

<sup>116</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 103.



Segundo Paulo Ferreira da Cunha, a dignidade da pessoa humana é um fundamento dos valores, é a própria humanidade do homem, “uma paráfrase para falar do Homem enquanto ser moral”. Todavia, “a brutal reificação das pessoas imposta pelo capitalismo [...] obriga a que essa dignidade se corrompa, que os Homens se degradem na luta pela sobrevivência”.<sup>117</sup> Cleide Fermentão sustenta que “os valores humanos influenciam na realização do direito, sobretudo na dignidade humana e na autonomia ética da pessoa humana”, de forma que “sem os valores que norteiam as virtudes humanas, na essência de seu espírito, a sociedade não seria justa e nem humana”.<sup>118</sup> E acrescenta: “os valores reconhecidos de uma sociedade, dependendo de sua importância para a aplicação do direito, alcançam no mundo jurídico a essencialidade como normas fundamentais do ordenamento jurídico”.<sup>119</sup>

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, todos os órgãos, funções e atividades estatais estão vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime também no dever de proteger a dignidade pessoal de todos os indivíduos, contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, inclusive quando oriundas de particulares, especialmente dos denominados poderes sociais (ou privados). E prossegue:

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também **condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos**. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana **incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio**. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa -, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.<sup>120</sup> (grifos nossos)

<sup>117</sup> CUNHA, *op. cit.*, p. 103.

<sup>118</sup> FERMENTÃO, *op. cit.*, p. 162.

<sup>119</sup> *Ibidem.*, p. 162.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª. Edição, revista e atualizada, 2ª. Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012, p. 132.

Assim como ocorre com a liberdade, a dignidade humana também apresenta duas dimensões, quais sejam, negativa e positiva, as quais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, não só impõem limites à atuação estatal, mas também implicam uma meta permanente ao Estado:

Consoante já restou destacado, o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que **o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos**, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.<sup>121</sup> (grifos nossos)

Cleide Fermentão afirma que o vínculo essencial entre liberdade e dignidade humana “são acrescentados à vida humana que os reconhece como estrutura interior, e, para que ocorra o desenvolvimento, o ser humano precisa exigir o respeito e a tutela de seus direitos, para uma vida digna”.<sup>122</sup>

Conforme ensina Robert Alexy, do princípio da dignidade humana decorrem outros princípios materiais, que têm como objetivo, entre outros, a proteção dos aspectos mais íntimos dos seres humanos. Assim, a dignidade da pessoa humana também se relaciona com a proteção do âmbito de privacidade e intimidade, de forma que haverá violação à dignidade humana quando a privacidade e a intimidade não forem preservadas.

Entre as esferas pública, privada e de intimidade do indivíduo existe uma gradual transição, de forma que é preciso estabelecer, com especial atenção, o nível de proteção à vida privada e à intimidade, a impedir a interferência estatal. Nem todas as relações que se desenvolvem no âmbito doméstico estão albergadas pela privacidade e intimidade; há limites à proteção conferida por esses dois direitos. A proteção da mulher contra a violência doméstica é exemplo dessas limitações. Às relações privadas aplicam-se os direitos fundamentais, o que, por si só, já possibilita a interferência estatal com o escopo de assegurá-los, em sua eficácia vertical, mas também de garantir o respeito desses mesmos direitos entre os membros da família em decorrência da eficácia horizontal.

---

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>122</sup> FERMENTÃO, *op. cit.*, p. 157.

### 1.3.3. Liberdade e igualdade

A estreita imbricação entre liberdade e igualdade é claramente perceptível quando concebemos a liberdade como necessária à realização da igualdade e, do mesmo modo, a igualdade para realização da liberdade. A igualdade se concretiza com a liberdade a cada um conferida de fazer uso dos meios necessários à promoção de sua subsistência humana. A liberdade, por sua vez, deve ser assegurada de maneira equitativa, ou, no dizer de Alexandre José Paiva da Silva Melo: “a liberdade deve ser concretizada da forma mais igualitária possível, e os movimentos de igualização não podem implicar o desprezo à liberdade”.<sup>123</sup> Segundo Dworkin, “se aceitarmos a igualdade de recursos como a melhor concepção de igualdade distributiva, a liberdade se torna um aspecto da igualdade, em vez de um ideal político independente possivelmente em conflito com ela”.<sup>124</sup>

Todos devem ser iguais em liberdade, ou seja, a liberdade tomada como direito de primeira dimensão é assegurada a todos, indistintamente, e, no tocante à obtenção dos recursos necessários para a superação de obstáculos na busca da realização pessoal, a liberdade é assegurada na exata medida em que se propicia a igualdade material.

### 1.3.4. Liberdade e legalidade.

Dentro de um regime democrático, é possível que interesses entrem em choque e, por conseguinte, uma escolha venha a prevalecer sobre outra. Evidentemente, a liberdade de fazer encontra limites, notadamente na liberdade conferida ao outro. É na democracia que a liberdade encontra maior campo de expansão, pois quanto mais avança o processo de democratização, maior é o nível de libertação dos obstáculos que constroem o indivíduo, e, por conseguinte, de sua liberdade.

Não é fácil definir os limites da liberdade pertencente a cada indivíduo ou grupo social, especialmente quando interesses entram em conflito. Nem sempre haverá consenso sobre os limites da liberdade individual, pois dentre os mais variados grupos sociais é possível que surjam interesses conflitantes, dificultando a definição sobre quais alternativas de escolha

<sup>123</sup> SILVA MELO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>124</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 158. Prossegue: “Portanto, a liberdade é necessária à igualdade, segundo essa concepção de igualdade, não na duvidosa e frágil hipótese de que as pessoas realmente dão mais valor às liberdades importantes do que aos outros recursos, mas porque a liberdade, quer as pessoas lhe dêem ou não mais valor do que a todo o resto, é essencial a qualquer processo no qual a igualdade seja definida e garantida. Isso não transforma a liberdade em instrumento da igualdade distributiva mais do que esta em instrumento da liberdade: as duas ideias, pelo contrário, fundem-se em uma tese mais completa sobre quando a lei que governa a distribuição e o uso dos recursos trata a todos com igual consideração” (*Ibidem*, p. 161).

devem integrar a esfera de liberdade de cada indivíduo. A difícil tarefa de identificar quais obstáculos ou coações são legitimamente exigíveis e quais não o são, de modo a ferir o exercício da liberdade objetiva, coube à lei, como instrumento advindo de legítimo processo legislativo, representativo da vontade popular. A tarefa se revela ainda mais árdua quando nos deparamos com interesses pertencentes a grupos sociais dominantes e *minorias*, porque estas nem sempre estarão presentes no processo de formação do sistema normativo, conforme aponta por José Paiva da Silva Melo:

Assim, a lei a que o inciso segundo [Art. 5º, CF] se refere não é uma lei qualquer. Ao contrário, as discussões a respeito do conceito de lei requerido pelo Estado Constitucional (democrático) indicam a necessidade de abandonar as terminologias de lei em *sentido formal* por oposição à lei *em sentido material*, para reconhecer que a lei democrática abrange as duas dimensões, ou seja, é aquele ato do legislativo elaborado através de certo procedimento (*dimensão formal*) com vistas à regulação dos choques entre as múltiplas pretensões (expressão da *liberdade*) dos variados grupos sociais (*dimensão material*). Essa a lei que atende ao Princípio da Legalidade. Contudo, não há aqui um critério absoluto.<sup>125</sup>

A todos, indistintamente, deve ser assegurado o uso dos meios necessários à satisfação de suas necessidades, de forma que situações ou relações intersubjetivas que impeçam o exercício da liberdade voltada à satisfação das necessidades humanas tornam-se passíveis de regulação estatal. Esse também é o sentido do princípio da legalidade, que segundo José Paiva da Silva Melo responde à necessidade de integração dos indivíduos e suas necessidades concretas ao processo de formação do direito. José Paiva da Silva Melo prossegue:

Porque a *lei* fixa o marco coletivo de satisfação das necessidades, porque todos podem e devem agir na busca da satisfação das suas necessidades (*iguais em liberdade*), a formação do direito deve propiciar o diálogo e a integração entre a pluralidade de pretensões dos diversos grupos sociais (maiorias e minorias). É porque os indivíduos devem se integrar à formação do direito que eles só devem ser obrigados a fazer ou deixar de fazer algo em razão da lei. O Estado Constitucional é o reinado da *intersubjetividade*, e a formação ou mudança *democrática* do direito é o que afasta o *autoritarismo* da vida social.<sup>126</sup>

O Art. 5º da Constituição Federal prevê a liberdade geral de ação, o poder de fazer ou não fazer conforme escolhas pessoais, exceto quando a lei determinar o contrário. Para José Afonso da Silva, o Art. 5º, inciso II, revela duas dimensões: o princípio da legalidade e a liberdade de ação:

Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-

<sup>125</sup> SILVA MELO, *op. cit.*, p. 83.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 83.

base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade e legalidade*. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer, *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima*.<sup>127</sup>

J. J. Gomes Canotilho, por sua vez, diferencia normas legais restritivas e normas legais conformadoras. Aquelas “limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais”, sendo que as últimas “completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental”.<sup>128</sup>

A diferença entre legalidade e legalidade estrita traz evidentes reflexos na liberdade: pela regra geral, particulares são livres para fazer (ou deixar de fazer) aquilo que não for proibido por lei, ao passo que à Administração Pública somente é possível fazer (ou deixar de fazer) aquilo que estiver expressamente autorizado em lei. Particulares têm, portanto, maior liberdade do que aquela conferida à Administração Pública.

É pacífico, assim, que a liberdade não é incompatível com um sistema coativo; ao contrário, sua existência pressupõe um sistema dessa ordem, traduzido no ordenamento jurídico formado por um processo democrático. Nesse passo, autoridade e liberdade são situações que se complementam, pois aquela é indispensável à ordem social, do mesmo modo que a liberdade é necessária à realização pessoal. Em outras palavras, a autoridade é necessária para garantia da liberdade, havendo um equilíbrio entre ambos.

### *1.3.5. As dimensões negativa e positiva da liberdade e a responsabilidade por sua concretização.*

A liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí porque muitos definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder, quando estes se mostram ilegítimos. Esse é o sentido negativo da liberdade, ou seja, que se opõe ao autoritarismo.

Também é possível extrair a dimensão positiva da liberdade, que possibilita a todos atuarem lícitamente na busca da satisfação de suas necessidades. Logo, a liberdade não se limita a ideia de liberdades públicas, de direito fundamental de primeira dimensão, ou seja, à

<sup>127</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 236.

<sup>128</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1263.

sua dimensão negativa ou passiva. Sobre esse propósito, mostra-se pertinente o ensinamento de Alexandra José de Paiva Silva Melo:

A extensão da imbricação entre liberdade e igualdade não pode, entretanto, ser atingida enquanto a compreensão sobre liberdade ficar limitada apenas à negação da opressão. Se, em um momento inicial do constitucionalismo, liberdade se limitava a essa dimensão *negativa* ou *passiva*, atualmente ela ganha também um aspecto *positivo* ou *ativo*. Seu sentido é o de tornar possível que os indivíduos atuem licitamente na busca da satisfação de suas necessidades. Muito além da mera *não opressão*, liberdade remete à *autonomia*, vale dizer, à faculdade de o homem indicar a si mesmo os caminhos a serem seguidos.<sup>129</sup>

Essa segunda concepção da liberdade, com dimensão positiva, é importante fator nos estudos de gênero. Não basta a não-interferência estatal na esfera de liberdade pertencente a cada indivíduo. O Estado é também responsável por propiciar a superação de obstáculos e de coações ilegítimas à livre atuação de cada indivíduo, na busca de sua felicidade pessoal, ainda quando esses obstáculos se situam na vida privada.

É certo que a cada um é assegurado o direito de remover licitamente os obstáculos ou coações, que o impeçam de agir livremente. Para José Afonso da Silva, a liberdade consiste “num processo dinâmico de *liberação* do homem de vários obstáculos que se antepõem à realização de sua personalidade: obstáculos naturais, econômicos, sociais e políticos.”<sup>130</sup> E continua: “É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e, é aqui que autoridade (poder) e liberdade se ligam”.<sup>131</sup>

A extensão dessa responsabilidade estatal exige ponderação, à luz da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nem sempre os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva assumirão exatamente as conotações antes explanadas. Para Robert Alexy, o conceito de liberdade como uma relação tríade entre o titular, o obstáculo e o objeto, abrange as concepções positiva e negativa da liberdade. A distinção entre uma e outra “reside somente no fato de que no caso da primeira o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto no caso da segunda ele consiste em uma alternativa de ação”.<sup>132</sup> Para Robert Alexy, somente será possível falar em liberdade

<sup>129</sup> SILVA MELO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>130</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 234.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 234

<sup>132</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 222. E prossegue: “A partir de um uso linguístico muito difundido, somente a liberdade jurídica seria caracterizada como “liberdade negativa”. A econômica seria, quando muito, classificada como liberdade positiva. A distinção corrente tem sua justificativa. Para que a passe de uma situação de não-liberdade econômica para uma situação de liberdade econômica, ele tem que obter ou adquirir algo. Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver que ocorrer de uma forma

jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação: “O conceito negativo de liberdade nada diz acerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições, irá fazer; ele diz apenas algo sobre suas *possibilidades* de fazer algo.”<sup>133</sup>

De acordo com Cleide Fermentão, a liberdade é a capacidade de escolha pelos valores que mais sintonizam com a vida pessoal, dentro de um leque de opções, sendo que a positividade do Direito só aparece quando os sujeitos se convencem da necessidade de prestar obediência à norma que resulta de um valor.<sup>134</sup> Segundo J. J. Gomes Canotilho, é traço característico da liberdade a alternativa de comportamentos, ou seja, “a possibilidade de escolha de um comportamento”, como ter ou não religião, fazer ou não parte de uma associação.<sup>135</sup>

Logo, dois aspectos principais compõem o direito fundamental da *liberdade*: a) o direito a uma abstenção do Estado ou direito de defesa, notadamente de primeira dimensão; b) direito a uma ação positiva do Estado, com vistas à proteção dessa liberdade, não só nas relações entre particulares, mas também com o intuito de assegurar o seu exercício pelo indivíduo, sempre que este puder ser comprometido pela ausência de condições objetivas.

Impende anotar, ademais, que não é somente em face do Estado que o direito geral de liberdade se opõe. Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, observa Ingo Wolfgang Sarlet:

A própria eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares – ainda que em condição de tendencial igualdade (e, portanto, de igual liberdade) – tem encontrado importante fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sustentando-se, nesse contexto, que – pelo menos no que diz com seu conteúdo em dignidade – os direitos fundamentais vinculam também diretamente os particulares nas relações entre si, sendo – na esfera deste conteúdo – irrenunciáveis, já que, à evidência, e, como bem lembra Jörg Neuner, em termos de uma eficácia vinculante da dignidade, “não importa de quem é a bota que desferiu o chute no rosto do ofendido”.<sup>136</sup>

---

juridicamente garantida pelo Estado, então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do estado, ou seja, um direito a uma ação estatal positiva. Já para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma ação negativa. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa.” (*Ibidem*, p. 222).

<sup>133</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 222.

<sup>134</sup> FERMENTÃO, *op. cit.*, p. 164/165.

<sup>135</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, 1260.

<sup>136</sup> SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 133. E mais: “Para além desta vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares. Com efeito, também (mas não exclusivamente) por sua natureza igualitária e por

Assim como ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito geral de liberdade vincula a ordem comunitária e, portanto, entidades privadas e particulares, que têm o dever de proteção e respeito à liberdade de cada indivíduo, nas relações entre si.

No que toca à responsabilidade estatal de propiciar maior universo de liberdade a cada indivíduo, observa-se que, como direito fundamental, a liberdade não é um direito ilimitado. Assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, o Estado não pode ser obrigado a propiciar todos os meios necessários à realização da liberdade em sua plenitude, pois que isso esbarraria, inevitavelmente, em restrições orçamentárias e retiraria do indivíduo o poder de atuação e obtenção de resultados conforme seu mérito e esforço próprios. Assim como o direito de propriedade não é absoluto, e pode sofrer interferências estatais, caso não seja exercido com vistas ao bem comum (desapropriação, requisição, função social etc.), o uso da liberdade também é passível de regulação estatal.

Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais que definem as liberdades são, via de regra, de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. O autor reconhece que algumas normas podem caracterizar-se como de eficácia contida, mas sempre de aplicabilidade direta e imediata, principalmente sob o aspecto negativo (liberdades públicas). Nesse caso, “a previsão de lei não significa que desta dependem sua eficácia e aplicabilidade, visto que tal lei não se destina a integrar-lhes a eficácia (que já têm amplamente), mas visa restringir-lhes a plenitude desta, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem para os indivíduos ou grupos”. Assim, enquanto o legislador não produzir a normatividade restritiva, sua eficácia será plena. E conclui: “é necessário estar atento ao que acaba de ser dito, para não supor que exista ou deva existir *norma reguladora do exercício das liberdades*”.<sup>137</sup>

Sobre a obrigação estatal de respeito às normas constitucionais, observa Robert Alexy que “essa obrigação é subjetivizada sempre que sua não-satisfação acarretar um prejuízo para o

---

expressar a ideia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre particulares. No que diz com tal amplitude deste dever de proteção e respeito, convém que aqui reste consignado que tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral. Que tal dimensão assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e internacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico – maior de que o de muitos Estados), embora não se constitua em objeto desta investigação, não poderia passar despercebido e, portanto, merece ao menos este breve registro” (SARLET, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 133/134)

<sup>137</sup> SILVA, José Afonso, *op. cit.*, p. 268.



indivíduo, por meio da violação de um direito fundamental ou, no mínimo, do direito geral de liberdade”.<sup>138</sup>

Ainda que a sociedade contemporânea brasileira seja marcada pela desigualdade de oportunidades que se inicia com o nascimento, é o próprio indivíduo o responsável pela satisfação de suas necessidades humanas por meio do uso de sua liberdade, com ou sem o auxílio da família, quando atingida a idade adulta. Sendo assim, o uso da liberdade também é fator determinante na posição social que será ocupada pelo indivíduo. Sobre esse aspecto, Alexandre José de Paiva da Silva Melo correlaciona a liberdade com a propriedade:

É inegável que alçar a propriedade à condição de direito fundamental harmoniza-se perfeitamente com o capitalismo (propriedade privada dos meios de produção), mas há outra dimensão muito mais relevante. É que o acesso a bens e serviços é condição essencial à satisfação das necessidades humanas, e tal acesso conecta-se fortemente com a apropriação individual de bens. De fato, algumas necessidades humanas (alimentação, por exemplo) só podem ser satisfeitas a partir da apropriação de certos bens, assim como o acesso a serviços impescinde da propriedade de dinheiro. No Estado Constitucional, a propriedade é, enfim, um fator de liberdade.<sup>139</sup>

Da mesma forma que a propriedade é um fator de liberdade, a liberdade também contribui para a formação da propriedade. Essa ideia pode ser sintetizada na seguinte expressão: *propriedade é liberdade acumulada*.

Consoante afirmado por Robert Alexy, tudo aquilo que afeta negativamente a realização desse princípio pode ser objeto de um exame de adequação e necessidade, e adverte: “os problemas surgem, contudo, quando se trata do exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, do sopesamento.”<sup>140</sup> E prossegue Robert Alexy: “A lei do sopesamento exige, no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente.”<sup>141</sup>

A liberdade, em sua dimensão positiva, deve ser entendida como aquela que responsabiliza o indivíduo pela sua subsistência e que lhe permite o crescimento pessoal, profissional e econômico, por meio do uso lícito dos instrumentos necessários à sua obtenção. Esse é o sentido da liberdade positiva que deve ser atribuído indivíduo, vale dizer, autônomo, capaz e responsável por assegurar a sua subsistência. Assim, a liberdade positiva, entendida como liberdade econômica, será exigível perante o Estado de acordo com a *reserva do possível*,

---

<sup>138</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 383.

<sup>139</sup> SILVA MELO, *op. cit.*, p. 84/85.

<sup>140</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 352.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 352.

à semelhança dos demais direitos fundamentais de natureza prestacional, e da capacidade do indivíduo de promover ou não a sua subsistência, sob o olhar da igualdade material.

É possível afirmar que uma pessoa será livre quando não existirem embaraços, restrições ou resistências para o exercício da liberdade juridicamente protegida. Este é, sem dúvida, o maior nível de realização da liberdade pelo ser humano. A liberdade realizar-se-á plenamente, em suas dimensões negativa e positiva ou fática, quanto não existirem nem obstáculos, nem coações. Esse é um patamar que ainda não fomos capazes de atingir, mas para o qual temos caminhado, ainda que lentamente. A meu ver, nos estudos de gênero, há espaços onde o Estado pode e deve atuar para ampliar o conteúdo de liberdade para as mulheres, sem que isso implique violação à privacidade ou mesmo represente gastos para o Poder Público. Há formas de interferência estatal em espaços onde obstáculos desmedidos são impostos às mulheres, restringindo e até mesmo aniquilando a possibilidade de se determinarem conforme suas escolhas próprias, sem que isso represente violação à vida privada. Essas assertivas serão retomadas e aprofundadas mais adiante.

### *1.3.6. A liberdade de trabalho, ofício e profissão.*

A liberdade de escolha profissional ou de ação profissional não se confunde com o direito social ao trabalho. Esse último compreende o direito de cada pessoa de ter um trabalho. O direito social ao trabalho cinge-se à exigência, perante o Estado, de promoção de políticas públicas de fomento de criação de empregos, formação profissional e qualificação do trabalhador. Não abrange, entretanto, direito subjetivo a um posto de trabalho remunerado. Por sua vez, a liberdade de exercício de ofício e de profissão tem na liberdade de escolha do trabalho um dos seus aspectos. Tem previsão no Art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal: “III - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Christian Edward Cyril Lynch conceitua a liberdade de profissão da seguinte forma:

A liberdade de que cuida o artigo 5º, XIII da Constituição da república concede a todo o brasileiro ou estrangeiro o direito de, no âmbito do território nacional, livremente decidir se pretende trabalhar, isto é, dedicar-se a atividade socioeconômica regular, remunerada e sistemática, e, em caso positivo, escolher a profissão ou o ofício e exercê-la livremente, desde que respeitadas as exigências de qualificação legalmente exigíveis.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

Conforme apontado por Christian Lynch, em um primeiro momento, teóricos liberais do Século XIX acreditavam que a liberdade de profissão era essencial para a perfectibilidade do ser humano, e, com isso, da civilização, na medida em que lhes permitia perseguir os próprios desejos, interesses e vocações com um mínimo de limitações. Entretanto, numa perspectiva mais atual e modesta, a liberdade de profissão ou ofício passou a ser vista como um obstáculo à pretensão estatal de autoritariamente destinar o cidadão a esta ou àquela profissão, a pretexto do bem comum. Portanto, não há dúvida de que o dispositivo em tela volta-se prioritariamente ao Poder Público, impedindo que o Estado constranja os indivíduos ao exercício de profissões pré-determinadas. Em outras palavras, essa liberdade específica assegura a cada um o direito de escolher o trabalho, ofício ou profissão que melhor lhe aprouver.

Evidentemente, essa escolha não é de todo livre, nem tampouco seus efeitos serão plenos, no sentido de propiciar realização pessoal. Como observa José Afonso da Silva, “o dispositivo confere liberdade de escolha de trabalho, de ofício e de profissão, de acordo com as propensões de cada pessoa e na medida em que a sorte e o *esforço próprio* possam romper as barreiras que se antepõem à maioria do povo”.<sup>143</sup> E prossegue José Afonso da Silva:

**Como todo direito de liberdade individual, a regra se limita a conferi-lo sem se importar com as condições materiais de sua efetividade.** Equivale a dizer, como a experiência o mostra, que, na prática, a liberdade reconhecida não se verifica em relação à maioria das pessoas, que não têm condições de escolher o trabalho, o ofício ou a profissão, sendo mesmo obrigadas a fazer o que nem sempre lhes apetece sob pena de não ter o que comer. **As épocas de recessão são pródigas em demonstrar o quanto o texto constitucional em exame é formal.** Não quer isso dizer que seja inútil. É necessário que exista e tem sua função importante, mormente se preenchido o vazio com medidas transformadoras da realidade econômico-social vigente. O que é realmente necessário é dar conteúdo a essa liberdade, estabelecendo condições materiais e efetivas de acessibilidade ao trabalho, ao ofício e à profissão.<sup>144</sup> (grifos nossos)

Daí porque afirmar-se que a liberdade de trabalho, profissão ou ofício são direitos de primeira dimensão, diferentemente do que ocorre com os direitos sociais do trabalhador, que são nitidamente direitos de segunda dimensão, consoante apontado por Christian Lynch:

O artigo 5º, XIII da Constituição não cogita das condições salariais, temporais, espaciais ou sanitárias nas quais o trabalho será exercido, regulados nos dois artigos seguintes (6º e 7º). A liberdade de trabalho é efetivamente mais ampla: na medida em que consiste no direito que todos têm de se empregarem nos ramos da atividade socioeconômica de sua preferência, dela gozam não apenas todos os trabalhadores, mas também os que não o são – porque ainda não ingressaram no mercado de trabalho; porque se acham desempregados; porque

<sup>143</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 257 (grifos nossos).

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 257.

são servidores públicos; porque se dedicam a atividades empresariais, liberais ou artísticas; porque não querem.<sup>145</sup>

Quando homens e mulheres são tomados em comparação, o critério do *esforço próprio* não me parece o mais adequado para explicar as diferenças de conteúdo da liberdade de profissão. Mas, consoante apontado por José Afonso da Silva, a regra constitucional da liberdade se limita a conferi-la, sem se importar com as condições materiais de sua efetividade.

### 1.3.7. As liberdades públicas da privacidade e da intimidade

De acordo com Uadi Lammego Bulos, “intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só”. Prossegue: “O que se busca tutelar são o segredo e a liberdade da vida privada. Sem sigilo ninguém pode desenvolver-se intelectualmente, pois nem sempre a divulgação e a investigação são benéficas ao homem.”<sup>146</sup>

Por sua vez, Luiz Alberto David Araújo observa que a Constituição tratou diferentemente da vida privada e da intimidade, pois, sendo a vida privada e a intimidade colocadas em círculos concêntricos, a vida privada se situa na parte externa, sendo a primeira esfera sujeita à violação, para, em seguida, em direção ao indivíduo, violar-se a intimidade.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> LYNCH, *op. cit.*, p. 118/119.

<sup>146</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 9ª edição revista e atualizada até a EC 57/2008, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146. Prossegue: “*Intimidade* é o modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere ao mesmo indivíduo (Adriano de Cupis). Revela a esfera secreta da pessoa física, sua reserva de vida, mantendo forte ligação com a inviolabilidade de domicílio, com o sigilo de correspondência e com o segredo profissional. *Privacidade*, numa acepção ampla, abarca as manifestações da esfera íntima da pessoa física, tais como o *modus vivendi*, as relações familiares e afetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros. Dissociada desses itens, a privacidade descaracteriza-se, porque deixa de configurar, em última análise, o direito de estar de só. [...] Quando se fala em *vida privada*, termo derivado da expressão ampla privacidade, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias. Logo, vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável nos termos da Constituição. É o contrário de vida exterior. Esta delinea-se quando a vida humana é divulgada para um número irrestrito de pessoas, ocorrendo a pesquisa de acontecimentos familiares e próprios do indivíduo.” (*Ibidem*, p. 147).

<sup>147</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. Comentários à Constituição Federal de 1988, Coordenadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110. Esclarece: “Cuidou minuciosamente dos dois temas. Poderia ter garantido, genericamente, a privacidade. Preferiu, no entanto, garantir de forma explícita tanto a vida privada quanto a intimidade. [...] A vida privada cuida de um convívio mais aberto com o meio social. O relacionamento é mais distante do que o da intimidade. Pode-se afirmar que primeiro violase a vida privada para, em seguida, em direção ao indivíduo, violar-se a intimidade. Se forem círculos concêntricos, a privacidade é a parte externa, a intimidade, a interna. Vejamos alguns exemplos: a relação de clientes de determinado escritório faz parte da vida privada do indivíduo; a correspondência comercial de um negociante faz parte de sua privada; seus amores, seus temores, suas opções sexuais fazem, de outro lado, parte da intimidade. Para chegarmos à intimidade, passamos pela vida privada. A distinção apresenta utilidade quando houver necessidade de fixação da indenização. Uma violação à intimidade pode ser, em regra, muito mais grave do

Logo, a esfera de intimidade é mais restrita do que a de privacidade. Para Robert Alexy, o direito à privacidade doméstica insere-se entre os direitos de liberdade relacionados a situações. Com efeito, dentre os direitos atribuídos ao direito geral abstrato à personalidade estão o direito à esfera privada, confidencial e íntima, o direito à honra pessoal, o direito de controle sobre a representação de si próprio, o direito a não ser afetado na “pretensão social autonomamente determinada”, e o direito à autodeterminação informal. Todos são de difícil definição e pressupõem uma análise que leve em consideração suas particularidades, frente a outros direitos fundamentais de igual importância:

[...] O que faz parte desse âmbito absolutamente inviolável é algo “de muito difícil definição em abstrato”, que, “somente pode ser respondido caso a caso, levando-se em consideração suas particularidades”. Isso sugere que o “âmbito absolutamente inviolável” deve ser encarado como um conjunto de posições concretas protegidas definitivamente, que são o resultado relativamente certo de sopesamentos. Também em outros âmbitos da personalidade a referência ao sopesamento é colocada em destaque. O tribunal fala de “tensões” entre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e as exigências de uma administração eficaz da justiça. Para a solução dessas tensões é necessário “definir (...) a qual desses dois importantes princípios de direito constitucional se atribui um maior peso no caso concreto”.<sup>148</sup>

A jurisprudência consolidou entendimento no sentido de que a privacidade e a intimidade não são direitos absolutos.<sup>149</sup>

Logo, o âmbito de proteção conferido pelo direito fundamental à privacidade e intimidade será definido à luz das particularidades que compõem o caso concreto e da proteção conferida pelos demais direitos fundamentais envolvidos, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o direito geral de liberdade e mesmo outros direitos específicos de liberdade, como a de profissão. A definição do âmbito de proteção a ser conferido a cada um desses direitos ganha especial importância quando se trata de assegurar a igualdade de gênero.

---

que uma violação à vida privada. Portanto, o grau de nocividade pode ser extraído da localização da lesão.” (*Ibidem*, p. 110)

<sup>148</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 369.

<sup>149</sup> EMENTA: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. REMUNERAÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO PORTAL DE TRANSPARÊNCIA DO DF. LEGALIDADE. LEI DO DISTRITO FEDERAL REGENDO A MATÉRIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 1. [...]. 2. Conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.902/SP, os direitos à privacidade e à intimidade não são absolutos, sendo apenas aparente o conflito de tais direitos com o Princípio da Publicidade dos atos estatais. [...]”. (STJ, Segunda Turma, REsp 1395623, processo 201302498610, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 01/09/2015, v.u., DJE 11/11/2015).

## II - DESIGUALDADE DE GÊNERO

Historicamente, o Brasil está marcado pela desigualdade entre os sexos. Pode-se afirmar que há um processo evolutivo voltado a minimizá-la, haja vista importantes conquistas femininas ao longo do tempo: prescrições constitucionais de igualdade entre os sexos, direito ao voto (1932), proteção do trabalho da mulher (Consolidação das Leis do Trabalho, 1943), igualdade formal (Constituição Federal de 1988), Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), etc.

Do ponto de vista estritamente constitucional, Alice Monteiro de Barros faz um apanhado geral das normas de combate à discriminação de gênero, nas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988, com o seguinte teor:

A **Constituição** de 1824 dispôs, em seu art. 178, XII, que a lei seria igual para todos, entretanto, preteriu a mulher na sucessão ao Império, caso estivesse no mesmo grau do homem (art. 117). Em seguida, a **Constituição** de 1891 assegurou o princípio da igualdade e aboliu as regalias da nobreza. A Constituição de 1934 (art. 121) e a de 1946 proibiram diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. A **Constituição** de 1937 limitou-se ao princípio genérico segundo o qual todos são iguais perante a lei. Não tardou a surgir, em agosto de 1940, um Decreto-Lei permitindo que o empregador pagasse às mulheres salário inferior ao dos homens, autorizando uma redução de 10% em prejuízo daquelas (Decreto-Lei n. 2.548). Já a **Constituição** de 1967 proibiu diferença de salário e de critério de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil, enquanto a **Constituição de 1988 proibiu diferença de salário, de critério de admissão e de função pelos motivos relatados e também por idade (art. 7º, XXX)**. (grifos no original)<sup>150</sup>

Sobre a evolução das regras protetivas das mulheres no sistema normativo brasileiro, Patrícia Souza Rocha observa que somente com a Constituição Federal de 1988, as mulheres brasileiras conquistaram a igualdade na chefia do casal, haja vista que, até então, prevalecia a regra inserta no Código Civil de 1916 que atribuía ao marido chefia da sociedade conjugal. Prossegue Patrícia Souza Rocha:

O artigo 233 do revogado Código Civil de 1916, por algum tempo, exibiu a desigualdade na legislação brasileira que reinava entre homens e mulheres. Ao marido era atribuída a chefia da sociedade conjugal, a representação legal de

<sup>150</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edição, revista e atualizada, São Paulo: LTr, 2012, p. 853/854.

toda a família e o direito de fixar o domicílio familiar onde quisesse. A ele, também, cabia a administração dos bens comuns e particulares da esposa, o direito de autorizar ou não a profissão dela e o dever de sustentar o lar. [...]

Duas leis foram decisivas ao reconhecimento de direitos plenos à mulher na sociedade conjugal: a Lei do Estatuto da Mulher Casada – n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962 – e a Lei do Divórcio – n.º 6.515, de 26 de dezembro de 1977 –, que puseram termo à vigência de todas as regras que discriminavam a mulher.

A Lei n.º 4.121 revogou alguns artigos do Código Civil que mantinham a mulher em inexplicável posição de dependência e inferioridade perante o marido. Aboliu da legislação brasileira a incapacidade feminina e permitiu que a mulher casada ingressasse livremente no mercado de trabalho, tornando-se economicamente produtiva. O Estatuto ainda concedeu à mulher desquitada a guarda dos filhos menores, quando considerada inocente na ação de desquite. Já a Lei n.º 6.515 regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e deu outras providências.<sup>151</sup>

Sobreveio, então, a Constituição Federal de 1988, que igualou homens e mulheres em direitos e obrigações, atribuindo aos homens e mulheres de maneira igualitária os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, e revogando, ainda que de forma não expressa, as regras normativas que estabeleciam tratamento discriminatório às mulheres.

Mas, como bem observa Alice Monteiro de Barros: “Sucedem declarações enfáticas do princípio da igualdade, inseridas em textos legais, não são suficientes para que esse ideal penetre também na realidade, pois se a discriminação é banida dos textos legais, ela persiste em vários segmentos sociais e toma novas feições”.<sup>152</sup> Com efeito, apenas a retirada de regras discriminatórias do ordenamento jurídico não é suficiente para assegurar a igualdade substancial, impondo-se a previsão de regras de discriminação positiva, além de ações e políticas públicas em prol das mulheres.

## 2.1. A proteção constitucional de 1988 conferida às mulheres

A Constituição de 1988 representa um importante marco na conquista de direitos pelas mulheres, especialmente no que concerne à igualdade de direitos e obrigações e à previsão de regras específicas voltadas à proteção feminina.

---

<sup>151</sup> ROCHA, Patrícia Souza, *Mulheres sob todas as luzes: a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado*, Belo Horizonte: Editora Leitura, 2009, p. 201.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 854.

### 2.1.1. A igualdade entre homens e mulheres na Constituição de 1988.

Para o que interessa a este estudo, dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – **homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações**, nos termos desta Constituição.

A par da previsão de norma geral de igualdade formal do Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a igualdade entre homens e mulheres recebeu tratamento específico no inciso I do mesmo dispositivo. Para José Cretella Júnior, a previsão de uma cláusula específica que cuide da igualdade de gênero era desnecessária:

Se o *caput* do artigo 5º determina que “todos são iguais perante a lei”, acrescentando “sem distinção de qualquer natureza”, evidentemente que “homens e mulheres” (que são *todos* por não existir um *tertium genus*) estão contidos no indefinido “todos”, advérbio de abrangência máxima ou total. Logo, é redundante ou pleonástico este trecho da Constituição.<sup>153</sup>

Diferentemente do que sustenta Cretella Júnior, José Afonso da Silva acredita que não se trata de mera isonomia formal:

Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.<sup>154</sup>

Nessa segunda visão, a realização do preceito da igualdade entre homens e mulheres exige não só que seja conferido tratamento jurídico igualitário pela lei, tanto na sua criação, como na sua aplicação, mas também que sejam a ambos assegurados os mesmos direitos e obrigações nas mais diversas relações sociais: financiamentos bancários, compra e venda de imóveis, guarda de filhos, casamento, divórcio, mercado de trabalho, entre outras. Admite-se, como já exposto, a concessão de tratamento diferenciando quando houver justo motivo condizente com os princípios e regras constitucionalmente previstos ou quando se tratar de ações afirmativas.

A preocupação do legislador constituinte com a igualdade de gênero é evidente, pois muitos outros dispositivos vêm reforçar a previsão do inciso I, como é o caso do Art. 3º, inciso IV (“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV -

<sup>153</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. I, Art. 1º, a 5º, I a LXVII, 3ª edição, 1ª. reimpressão, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 191.

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 217.



promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”) e Art. 7º, inciso XXX (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”). Merece destaque, ainda, o Art. 226, §5º, do texto constitucional que assim estabelece:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Essa última regra implica o reconhecimento não só de direitos, mas também de deveres igualitários entre homens e mulheres, no que tange à família.

### 2.1.2. Os diferentes critérios de aposentadoria.

José Afonso da Silva caminha no sentido de que, a par das normas constitucionais de igualdade de gênero trazidas pela Constituição Federal de 1988, os afazeres domésticos ainda representam um encargo feminino. Tanto o é que às mulheres é assegurada a aposentadoria com menor idade e/ou tempo de contribuição, em comparação com os homens:

Justifica-se essa norma discriminatória? Achamos que sim, na medida em que à mulher incumbem as tarefas básicas da casa, pouco ajudada aí pelo marido. Ela tem assim uma sobrecarga de serviços que é justo seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de serviço e de idade.<sup>155</sup>

Combatendo a diferenciação de critérios de aposentadoria, José Cretella Júnior afirma:

A proposição, já aludida, “todos são iguais perante a lei”, é absolutamente sinônima desta outra proposição “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, porque “perante a lei” equivale a “perante à lei maior”. E por quê? Porque qualquer outro tipo de lei que tratar de modo desigual o homem e a mulher, quanto a direitos e obrigações, será lei inconstitucional. Diz o art. 40, III: “O servidor será aposentado voluntariamente aos 35 anos de serviço, se HOMEM, e aos 30, se MULHER, com proventos integrais”; art. 40, II, “c” e também “aos 65 anos de idade, se HOMEM, e aos 60, se MULHER, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”. Onde, neste caso, nos termos da Constituição a IGUALDADE de direitos para o homem e para a mulher?<sup>156</sup>

<sup>155</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 218.

<sup>156</sup> CRETELLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 191, “caixa alta” no original. Nota-se que os comentários extraídos de referido autor referiram-se à redação original da Constituição Federal, antes da reforma da Previdência implementada pelas Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003 e 47/2005, mas são ainda aplicáveis, uma vez que foram mantidos critérios diferenciados entre homens e mulheres.

Temos reservas ao argumento de que os critérios de aposentadoria das mulheres (menor tempo de contribuição e a menor idade) justificam-se pelos trabalhos domésticos executados em favor da família, de forma gratuita e pouco reconhecida. A concessão de aposentadoria com cinco anos a menos de idade ou de tempo de contribuição não é medida apta a compensar a dedicação gratuita ao lar e à família, que pode perdurar por décadas.

Conforme aponta Zélia Luiza Pierdoná, embora o texto constitucional tenha relacionado o sexo como insuscetível de discriminação, ele próprio estabeleceu a diferença em relação à aposentadoria de homens e mulheres: “a justificativa que tem sido usada é a de que a mulher possui dupla jornada (além da profissional, a realizada com afazeres domésticos) e, por isso, a aposentadoria antecipada seria uma forma de compensação”.<sup>157</sup>

A correção que se busca com relação à responsabilidade que recai prioritariamente sobre as mulheres não é suprida com a concessão de aposentadoria com critérios mais benéficos. É possível que mulheres prefiram trabalhar por cinco anos a mais no mercado de trabalho, se isso for capaz de retirar-lhes o peso dos afazeres domésticos. Em outras palavras, a concessão de critérios mais vantajosos de aposentadoria não pode ser tida como elemento justificador da desproporcionalidade vista entre homens e mulheres no tocante aos deveres referentes à sociedade conjugal.

A propósito, após o início do processo de *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, com a suspensão das funções presidenciais, como decorrência da instauração do processo pelo Senado Federal (art. 86, §1º, II, da CF/1988), a nova equipe econômica formada estuda possível reforma da Previdência, que vai alterar substancialmente os critérios então aplicados, para trabalhadores rurais e urbanos, da iniciativa privada e pública, que já se encontrem no mercado ou que venham a nele adentrar futuramente. Discute-se a instituição de idade mínima para obtenção do benefício, ou, então, a transição do modelo atual para um novo modelo em que sejam adotados mecanismos que prolonguem a permanência do trabalhador no mercado, por um período curto de tempo, para quem já está perto de se aposentar, e por um prazo mais extenso, para aqueles que entraram há pouco no mercado de trabalho. Nesses projetos, critérios diferenciados de aposentadoria (mais benéficos para as mulheres) são mantidos.

Sob outro aspecto, observa-se que as mulheres têm expectativa de vida superior a dos homens (o que pode estar relacionado com hábitos femininos de controle e prevenção de

---

<sup>157</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza, *A proteção previdenciária da mulher e os ajustes necessários para atender aos objetivos dos direitos sociais*, parte integrante da obra *Mulher, Sociedade e Direitos Humanos*, Patrícia Tuma Martins Bertolin, Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci, (organizadoras) São Paulo: Rideel, 2010, p. 517.

saúde), e, não obstante, aposentam-se com menor idade e/ou menor tempo de contribuição. Sobre esse aspecto, Zélia Luiza Pierdoná assevera que a diferença de tempo e idade entre homens e mulheres deve ser abolida:

A razão do nosso entendimento é que a diferença não se justifica, uma vez que o benefício previdenciário é substitutivo dos rendimentos do trabalho, quando diante da incapacidade laboral. Os dados estatísticos demonstram justamente o contrário, ou seja, a mulher vive mais e mantém, por mais tempo, a capacidade laboral. Assim, se considerássemos a justificativa da existência de um benefício previdenciário, a idade e o tempo deveriam ser iguais para homens e mulheres, ou, ao contrário, um tempo maior à mulher.

Além disso, entendemos que não se pode utilizar a proteção previdenciária como compensação de uma dupla jornada de trabalho. Ao contrário, referida justificativa, ou seja, a dupla jornada, demonstra a existência, ainda maior, de capacidade laboral.

No direito comparado observamos que a diferença está sendo suprimida, como, por exemplo, a legislação alemã, a qual determinou a igualdade entre os gêneros. Contudo, o fez prevendo normas de transição, as quais são por eles denominadas normas de adaptação.<sup>158</sup>

É possível que, em um futuro universo de igualdade dentro dos lares, os critérios de aposentadoria diferenciados entre homens e mulheres sejam revistos e equalizados:

A expectativa de vida dos brasileiros aumentou para 75 anos, 2 meses e 12 dias em 2014. O dado integra a Tábua Completa de Mortalidade, publicada no Diário Oficial da União, desta terça-feira (1º), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A estimativa é três meses e 18 dias superior a do ano anterior, que era de 74,9.

A publicação aponta que as mulheres vivem, em média, 7,2 anos a mais que os homens, com uma expectativa de 78,8 anos. Para a população masculina, a expectativa é de 71,6 anos. Em 2014, no entanto, a estimativa masculina aumentou mais, com um acréscimo de três meses e 25 dias, contra três meses e 11 dias para as mulheres.<sup>159</sup>

Os homens, de modo geral, contribuem mais para a Previdência do que as mulheres, possivelmente porque as mulheres ainda estão na informalidade (mercado informal). É o que se constata em pesquisa realizada em 2008, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, intitulado de “Algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho”, que apurou que 68% de homens ocupados contribuem para a Previdência, ao passo que esse percentual, em relação às mulheres, é de 63%:<sup>160</sup>

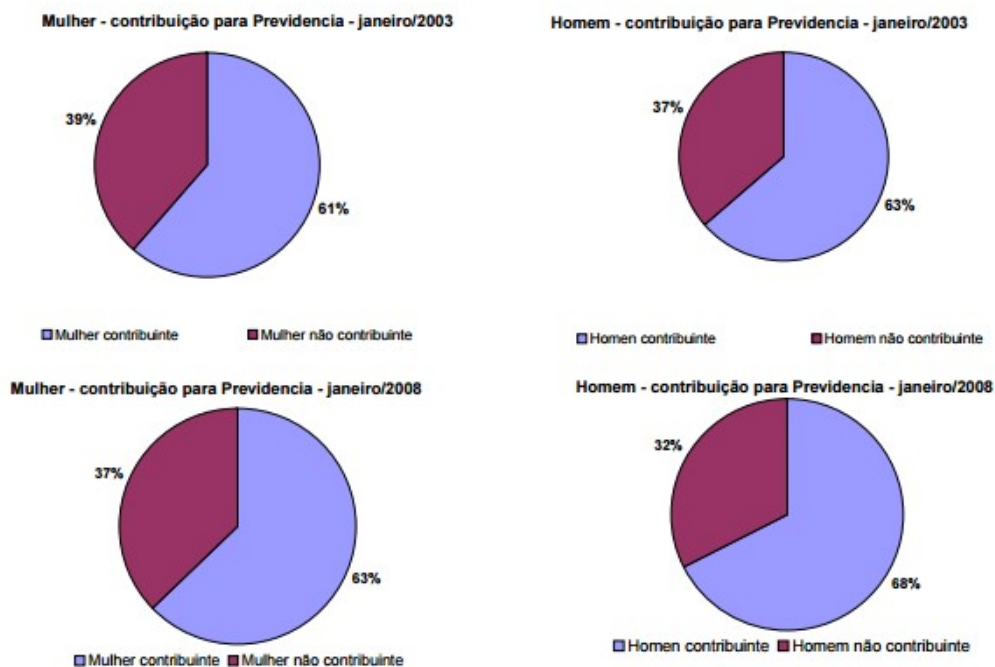
<sup>158</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza, *A proteção previdenciária da mulher como exercício de cidadania*, parte integrante da obra *Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações*, Adriane Reis de Araújo e Tânia Fontenele-Mourão, organizadoras, São Paulo: LTr, 2007, p. 164.

<sup>159</sup> Notícia extraída do Portal Brasil, divulgada em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-2-anos>, acessado em 13/06/2016.

<sup>160</sup> Gráfico 12: População ocupada e contribuição para Previdência, divulgado em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_mulher/Suplemento\\_Mulher\\_2008.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf), acessado em 15/06/2016.

**Quadro 01**

**Gráfico 12: População ocupada e contribuição para Previdência**



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

Conforme esclarece Zélia Luiza Pierdoná, a previdência social é direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, que se destina à garantia de recursos nas situações em que estes não puderem ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral. E adverte: “no entanto, reveste-se também em dever, uma vez que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes possam fazer jus às prestações previdenciárias.”<sup>161</sup> O dever de contraprestação advém do caráter contributivo da Previdência Social, e da obrigatoriedade de filiação, com vistas a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial.

É possível que quando alcançarmos o universo da igualdade fática entre homens e mulheres, as razões que hoje justificam a concessão de critérios diferenciados de aposentadoria deixem de existir. Mas, para que isso ocorra, é preciso que sejam previamente superadas as desigualdades de gênero, sob pena de suprimirmos uma das pouquíssimas formas de compensação da dupla jornada existentes, tornando a situação das mulheres ainda mais penosa.

<sup>161</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza, *Direito Constitucional*, Coordenação de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

Ressalvo, ainda mais uma vez, que critérios diferenciados de aposentadoria não me parecem adequados, pois, melhor seria a inexistência da dupla jornada das mulheres. Todavia, considerando o longo caminho a ser percorrido para que diferenças dentro dos lares sejam superadas, a manutenção desses critérios ainda apresenta alguma funcionalidade como medida de compensação. Por fim, vale destacar que segundo Zélia Luiza Pierdoná “a mudança deverá ser acompanhada de normas de transição, haja vista que o princípio da segurança jurídica, o qual é da essência do estado de direito, não pode ser violado”.<sup>162</sup>

### 2.1.3. As licenças maternidade e paternidade.

José Cretella Júnior critica o tratamento diferenciado conferido às mulheres, no que concerne às licenças maternidade e paternidade, conforme se vê a seguir:

Um dos termos desta Constituição, art. 5º, preceitua que “todos são iguais perante a lei, SEM DISTINÇÃO DE QUALQUER NATUREZA”. Logo, homens e mulheres, a despeito da diferença de sexos, são constitucionalmente iguais, “nos termos da Constituição”. Como ficam, então os tempos de aposentadoria voluntária para homens e mulheres? E a licença à gestante, que é licença maternidade (art. 7º, XVIII), por que difere da licença paternidade, devendo esta ter os termos fixados em lei?<sup>163</sup>

Trata-se, evidentemente, de um ponto sensível nos estudos de igualdade de gênero. Em sua origem, a licença maternidade foi estabelecida em período superior à licença paternidade porque mulheres dão à luz e amamentam. O critério eleito pelo legislador constituinte para concessão do tratamento diferenciado foi estritamente objetivo, e guardava relação lógica com fins almejados pela Constituição, como a proteção à maternidade e à criança. À míngua do dispositivo constitucional questionado, ficaria a cargo do legislador ordinário disciplinar a matéria, o que diminuiria a força da proteção que se quis conferir aos bens jurídicos então tutelados.

Razão assiste à Cretella Júnior, pois o caminho a ser seguido é aquele que não privilegia as mulheres, mas sim às iguala aos homens no plano material. Nessa toada, tem-se a novel legislação que confere o direito de licença gestante *remanescente* para homens (quando a mulher falece no parto ou logo após, caso em que o pai fará jus não só à licença, mas também à estabilidade), ou licença gestante para casais homoafetivos adotantes, a ser gozada por um dos companheiros. Essas duas modificações legislativas representam um passo adiante na

<sup>162</sup> PIERDONÁ, Zélia Luiza, PIERDONÁ, Zélia Luiza, *A proteção previdenciária da mulher como exercício de cidadania*, op. cit., p. 164.

<sup>163</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 191, “caixa alta” no original.

realização da igualdade. Mas esta se realizará com maior plenitude quando homens e mulheres puderem decidir livremente, segundo opção do casal, qual deles usufruirá da licença em prol da criança.

#### 2.1.4. O polêmico tratamento constitucional diferenciado: Art. 225, §5º, da Constituição de 1988.

Indo adiante, vê-se que a norma do Art. 226, § 5º, da Constituição Federal causa polêmica, merecendo destaque os comentários de Ives Gandra da Silva Martins a esse respeito:

As correntes feministas impuseram o dispositivo. Considerando-se inferiorizadas por constar do direito anterior que o homem seria o chefe da sociedade conjugal, na busca de equiparação de direitos, exigiram e conseguiram que os constituintes, na sua maioria do sexo masculino, acolhessem a igualdade no exercício dos direitos inerentes à sociedade conjugal.<sup>164</sup>

Pontuado o respeito pelo autor e vasta obra, não me parece que o dispositivo seja fruto de uma imposição indevida. Regra desse teor foi inserta na Constituição de 1988 em decorrência do pensamento patriarcal que ainda permeia a realidade contemporânea, e que à época estava retratado na redação original do Art. 233 Código Civil de 1916. A busca por uma regra garantidora da igualdade na sociedade conjugal causou incômodos, mas não maior do que aquele causado pelo dispositivo civilista em face dos movimentos feministas.

Ives Gandra Martins faz referência ao predomínio masculino no parlamento e, de fato, este é mais um elemento caracterizador da situação de desigualdade suportada pelas mulheres em nossa sociedade. Embora as mulheres representem 51,7% dos eleitores brasileiros, sua participação na Câmara dos Deputados é de 9%, número semelhante àquele visto no Senado, que é de 10%.<sup>165</sup> No Poder Judiciário, por sua vez, as mulheres não chegam a ocupar 20% em cargos de decisão.<sup>166</sup> E, em toda a história do Supremo Tribunal Federal, houve apenas três mulheres.

Ives Grandra Martins aventa outro ponto de interesse para esta pesquisa, qual seja, de que os movimentos feministas têm como ponto de partida um complexo de inferioridade:

---

<sup>164</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva, *Tratado de Direito Constitucional*, Volume 2, Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 644.

<sup>165</sup> Mulheres na política – Portal Brasil, in <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/mulheres-na-politica>, acessado em 11/04/2014.

<sup>166</sup> Representatividade Feminina no Poder Judiciário, in [http://www.oabsp.org.br/palavra\\_presidente/2012/167/](http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2012/167/), acessado em 11/04/2014.

O complexo de inferioridade, que levou à criação dos movimentos feministas em todo o mundo tem levado a pretenderem juridicizar tal igualdade, mesmo em matéria na qual a realidade conjugal – e não o direito – é que determina quem é quem, isto é, quem de fato exerce a liderança nessa sociedade. Carlos IV, rei da Espanha, era comandado por sua mulher – que apesar de não ter prendas físicas apreciáveis, a julgar pelas pinturas de Goya – sobre comandar o marido e o império, mantinha diversos amantes, não se sabendo entre seus filhos, quem era filho do rei e quem dos amantes. Hatexphsu foi rainha do Egito, Elizabeth I e II e Vitória da Inglaterra, Cleópatra do Egito, Margaret Thatcher da Inglaterra, Erundina e Marta Suplicy, Prefeitas de São Paulo, e Yeda Crusius, Governadora do Rio Grande do Sul, **em clara demonstração que, na história, o talento supera eventuais preconceitos ou obstáculos**, que são cada vez menores, na medida em que a mulher tem mais acesso à educação, nivelando-se por mérito e não por determinação legal, ao homem, na realização de todas as atividades, sejam elas quais forem.<sup>167</sup>

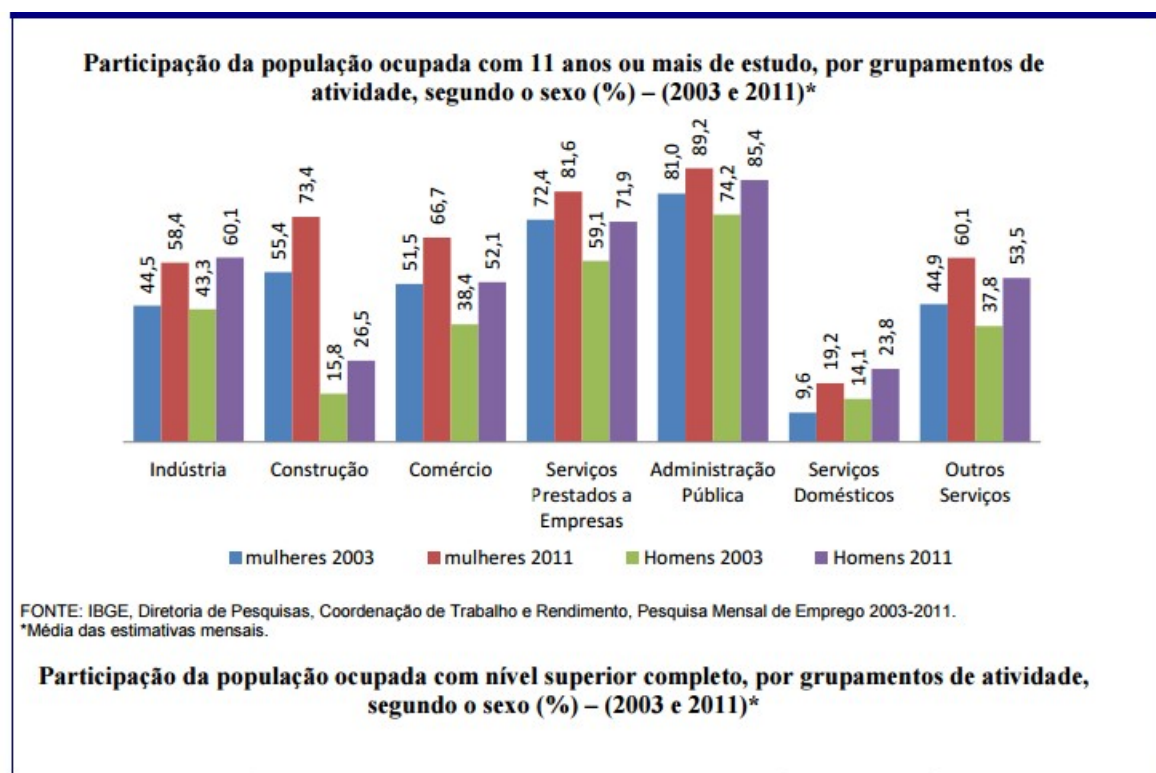
A desigualdade feminina não se restringe a um sentimento de inferioridade, pois não me parece apropriado situar a problemática da desigualdade na mulher, desvinculando-a da sociedade a qual ela pertence e que a coloca nessa situação inferior fruto da discriminação. O combate das mulheres contra o patriarcado não é decorrência de complexo de inferioridade, pois isso implicaria situar a problemática de gênero na própria mulher. A atribuição às mulheres da responsabilidade pela situação de desigualdade de gênero reforça, em última análise, um dos fundamentos da lógica estruturante do patriarcado, qual seja, a de que as mulheres são problemáticas e não a sociedade a qual elas pertencem.

Ives Grandra Martins bem reconhece que à mulher foi negado o acesso à educação, mas que os “obstáculos, que são cada vez menores, na medida em que a mulher tem mais acesso à educação”.<sup>168</sup> De fato, o acesso à educação foi uma das principais bandeiras, senão a de maior importância, levantada pelos movimentos feministas e que se mostrou eficaz no processo de construção da igualdade material. E, atualmente, as mulheres possuem mais anos de estudos quando comparadas aos homens:<sup>169</sup>

<sup>167</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 644/645.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 645.

<sup>169</sup> Quadro extraído de Pesquisa Mensal de Emprego – PME, Mulher no Mercado de Trabalho: Perguntas e Respostas, de 08/03/2012, p. 07, desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, disponível em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf), acessado em 19/06/2016.

**Quadro 02**

Não obstante, adentram no mercado de trabalho para exercer trabalhos precários em maioria e recebem menor rendimento do que os homens:<sup>170</sup>

**Quadro 03**

Taxa de Ocupação:	76,6% homens e 52,4% mulheres
Proporção de pessoas em ocupações consideradas precárias:	41,1% mulheres e 25% homens
Proporção de pessoas em ocupações consideradas precárias segundo sexo e raça/cor:	48,4% mulheres negras e 34,3% mulheres brancas
Rendimento médio:	R\$1.491,04 homens brancos, R\$833,53 homens negros, R\$ 956,95 mulheres brancas e R\$544,45 mulheres negras

<sup>170</sup> Tabela extraída de GONÇALVES, Tamara Amoroso, *Capítulo 2 – Educação não-sexista e antidiscriminatória: Instrumento para o direito à igualdade – formal e material – de homens e mulheres*, parte integrante da obra *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças* / Carolina Valença Ferraz, Glauber Salomão Leite, Paulla Christiane da Costa Newton, coordenadores, 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 95 (Referência da autora ao SIS/PNAD/IBGE; Anuário das Mulheres, 2009, p. 10).



Diante do conhecido contexto histórico de opressão feminina, parece-me não ser possível a superação da desigualdade entre homens e mulheres apenas pelo *talento*.<sup>171</sup> Evidentemente, o *talento* não é capaz de superar preconceitos e obstáculos arraigados na história milenar. O predomínio dos homens ao longo do curso história da humanidade, caracterizada essencialmente pelo patriarcado que perdura há mais de dois milênios, não decorre de mero *talento*, pois isso conduziria à conclusão de que homens sempre foram mais talentosos do que as mulheres, o que então justificaria o predomínio masculino ao longo dos tempos. Em verdade, não se trata nem de uma questão de *talento*, nem tampouco de *mérito*. O mérito é corretamente auferido quando há, ao menos, dois elementos de comparação submetidos às mesmas condições. Não há como auferir mérito com justeza, quando se observa que durante séculos, aos homens e mulheres não foram concedidas as mesmas oportunidades. Inequivocamente, não se trata de uma questão meritória, pois inexistente verdadeira meritocracia.

Há mulheres talentosas, sem dúvida, que se destacam por suas conquistas. São mulheres que, de modo geral, desafiam os padrões culturais e comportamentais de gênero, seguindo padrões de vida predominantemente masculinos. A esse propósito, sustenta Susan Okin:

A linguagem que eles [pensamento político recente] empregam faz literalmente pouquíssima diferença no que eles fazem, que é escrever sobre homens, e sobre aquelas mulheres que conseguem, a despeito da estrutura de gênero da sociedade em que vivem, adotar padrões de vida que se desenvolveram adaptados aos homens. O fato de que os seres humanos nascem como crianças dependentes, não como os supostos atores autônomos que povoam as teorias políticas, é obscurecido pela pressuposição implícita de famílias generificadas, operando fora do âmbito das teorias políticas.<sup>172</sup>

Para que as mulheres se destaquem, há opção entre: a) abandonar os padrões de gênero, com assunção de parâmetros masculinos (menor aproximação com o serviço doméstico e cuidados com os filhos, e prolongamento da idade de maternidade) ou, b) sendo mães, abrir mão de lazer, bem-estar, descanso, boa vida, a fim de prosseguir na vida profissional em conjunto com as obrigações decorrentes do lar e da maternidade. São implicações mais rígidas

---

<sup>171</sup> O talento é definido no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa como “intelecto notável, que se afirma por méritos excepcionais” ou “aptidão, capacidade inata ou adquirida”. Indivíduo talentoso é aquele: “1. Que tem muito talento, inteligência. 2. Habilidade, perito na sua arte e/ou ciência. 3. Levado pelo desejo, desejoso”. HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles, *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, 1ª edição, p. 1805.

<sup>172</sup> OKIN, Susan Moller, *Gênero, o público e o privado*, in *Estudos Feministas*, Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto/2008, p. 311.

do que aquelas impostas aos homens quando são pais, se considerado que mães trabalhadoras compõem a renda familiar, além de suportar o peso do trabalho doméstico.

A construção da igualdade material se dá por meio da superação dos elementos causadores da desigualdade. Esse papel também compete ao Estado, quando o próprio indivíduo encontra-se em situação de hipossuficiência ou de maior fragilidade social, especialmente nos casos em que é incapaz de promover sua subsistência ou de autodeterminar-se conforme suas escolhas.

Acredito que o Poder Público deve atuar no sentido de corrigir as distorções de gênero, com amparo, inclusive, na Constituição Federal (na aplicação direta de princípios constitucionais), que é expressa ao definir como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O *talento* se manifesta, por conseguinte, não só pela capacidade ou habilidade do indivíduo, mas também com o esforço e mérito próprio, quando há igualdade de oportunidades. Sem esta, não há como se aferir verdadeiro *talento*.

José Cretella Júnior e Ives Grandra Martins tocam em pontos sensíveis que compõem a problemática das mulheres, trazendo visões tradicionais dos institutos que dão sustentação à sociedade. Esses pontos de sensibilidade são marcados pelas intensas controvérsias que permeiam a análise de temas como família, casamento, privacidade, papéis de gênero, e as possibilidades de novos delineamentos desses institutos, de forma a atender aos reclames sociais de igualdade.

## **2.2. Desigualdade de gênero: definição e panorama histórico**

Diversas são as expressões utilizadas no decorrer do tempo para se referir à problemática da mulher na sociedade contemporânea, tais como *desigualdade da mulher*, *opressão da mulher*, *exploração da mulher*, *exclusão da mulher*, entre outras tantas. No início dos movimentos feministas, muito se falou em igualdade entre sexos, pois se tinha em mente que a discriminação existente entre homens e mulheres era decorrência unicamente de diferenças biológicas ligadas à compleição física e à capacidade de maternidade. Acreditava-se que aspectos unicamente biológicos eram a causa da discriminação das mulheres, em especial no mercado de trabalho, de forma que o regramento legal protetivo desses aspectos seria capaz

de propiciar patamar igualitário às mulheres. Utilizava-se, ademais, o substantivo *mulher* no singular, sendo comuns as expressões *desigualdade da mulher* ou *discriminação da mulher*.

Com o passar dos anos, no intuito de eliminar a ideia de que a discussão se referia a apenas uma parcela das mulheres, ou uma ou outra mulher como indivíduo, os movimentos feministas começaram a utilizar de expressões plurais, como *desigualdade das mulheres* ou *luta das mulheres*, entre outras. Mais recentemente, percebeu-se que a discriminação não se resumia a diferenças biológicas, pois envolvia outros aspectos como a conquista de participação política e de direitos. Percebeu-se que a discriminação guarda estrita relação com a forma com que nossa sociedade está organizada e com padrões comportamentais impostos a cada membro dessa mesma sociedade. Nesse momento, começou-se a falar *desigualdade de gênero*.

### 2.2.1. Ondas do movimento feminista brasileiro.

No Brasil, de acordo com Constância Lima Duarte, é possível falar-se em quatro momentos áureos na história do feminismo brasileiro, os quais a autora denomina de “ondas”.<sup>173</sup> A primeira onda teve início no Século XIX e teve como principal objetivo assegurar às mulheres o direito de aprender a ler e a escrever, já que imperava a ideia, à época, de que esse aprendizado era desnecessário às mulheres, posto se ocuparem essencialmente das prendas domésticas.

A segunda onda surgiu por volta de 1870 e se caracterizou notadamente pelos primeiros apelos a favor do voto feminino, do direito à educação superior e da profissionalização feminina, em contraponto ao pensamento de que seria impossível à mulher manter o casamento, cuidar dos filhos e exercer uma profissão, à exceção das moças pertencentes à classe baixa, as quais eram liberadas para trabalhar nas fábricas e na prestação de serviços domésticos.

A terceira onda, por sua vez, traduz a busca pela cidadania, já no curso do Século XX, e se caracteriza pela organização das mulheres em prol da igualdade de direitos, a ser conquistada com o reconhecimento do direito ao voto (que veio a ocorrer somente em 1932, com o Decreto 21.076, de 24/02/1932, que instituiu o Código Eleitoral), à educação superior e

---

<sup>173</sup> A autora utiliza a expressão “ondas” pelo seguinte motivo: “Longe de serem estanques, tais momentos conservam uma movimentação natural em seu interior, de fluxo e refluxo, e costumam, por isso, ser comparados a ondas, que começam difusas e imperceptíveis e, aos poucos (ou de repente), se avolumam em direção ao clímax – o instante de maior envergadura, para então refluir numa fase de aparente calma, e novamente recomeçar”. DUARTE, Constância Lima, *Feminismo e literatura no Brasil*, Estudos Avançados 17 (49), 2003, p. 152.

à ampliação do campo de trabalho feminino, de forma a abranger profissões outras que não a de professora ou de enfermeira, por exemplo, que predominavam entre as mulheres.<sup>174</sup> Nessa época, também se almejava maior liberdade sexual às mulheres, em face da predominância da moral sexual patriarcal cristã.

A quarta onda, por fim, surge a partir da década de 1970, e traz como bandeiras a revolução sexual e literária. Segundo Constância Lima Duarte, trata-se do “momento da onda mais exuberante, a que foi capaz de alterar radicalmente os costumes e tornar as reivindicações mais ousadas em algo normal”.<sup>175</sup> Caracteriza-se pelo debate acerca da conscientização política da mulher, de melhoria nas condições de trabalho, da sexualidade, do direito ao prazer, do direito ao aborto. A discussão envolvia temas como dupla jornada de trabalho (dentro e fora do lar), prostituição, planejamento familiar, controle de natalidade e uso de anticoncepcionais, o que permitiria à mulher desvincular sexo, amor, maternidade e compromisso, segundo Constância Lima Duarte.<sup>176</sup> É a partir da quarta onda que se começa a falar em gênero.

Se num primeiro momento a luta das mulheres voltava-se ao direito de alfabetizar-se, entre outras reivindicações, hoje podemos dizer que as mulheres adquiriram muitos direitos e agora almejam novos horizontes de igualdade. Isso é visto na ocupação, por mulheres, de importantes postos de trabalho e de cargos ou funções públicas, como é o caso da Presidência de República. Estamos, atualmente, diante de um momento em que a luta por igualdade se tornou mais árdua, diante da multiplicidade de fatores e da complexa imbricação do patriarcado com o panorama social, político e jurídico.

### 2.2.2. Alcance da expressão desigualdade de gênero.

A terminologia *desigualdade de gênero* vem sendo comumente utilizada por diversas correntes do movimento feminista, com o intuito de se referir à opressão e/ou à exploração suportada pelas mulheres na sociedade contemporânea. A opressão e exploração não são expressões sinônimas, embora partam de bases semelhantes. Por opressão entende-se a situação vivenciada pelas mulheres no âmbito privado, doméstico, dentro dos lares. Já a exploração

---

<sup>174</sup> Antes mesmo do Decreto 21.076/1932, em 25 de novembro de 1927, com o advento da Lei n.º 660, de 25 de outubro de 1927, Celina Guimarães Vianna tornou-se a primeira eleitora do Brasil (e da América Latina), alistando-se aos 29 anos de idade, na cidade de Mossoró, no Rio Grande do Norte. (Matéria: *Professora Celina Guimarães Vianna, primeira eleitora do Brasil*, in <http://www.tse.jus.br/imagens/fotos/professora-celina-guimaraes-vianna-primeira-eleitora-do-brasil>, acessado em 20/08/2016)

<sup>175</sup> DUARTE, *op. cit.*, p. 165.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 151-172.

cinge-se ao complexo panorama vivenciado pelas mulheres no mercado de trabalho.<sup>177</sup> Nada obstante, a expressão *desigualdade de gênero* também pode ser utilizada com concepção mais ampla, para abranger a problemática referente não só às mulheres, mas também aos transgêneros, em especial *gays* e lésbicas, em razão do *papel de gênero* desempenhado.

Sobre *papel de gênero*, é pertinente consignar que este não se confunde e nem necessariamente guarda correspondência com o sexo biológico do indivíduo, nem tampouco com sua orientação sexual. Do ponto de vista biológico sexual, há homens e mulheres, assim como há machos e fêmeas entre os animais. Do ponto de vista da orientação sexual, há seres humanos assexuados, bissexuais, heterossexuais e homossexuais. Do ponto de vista do gênero, há indivíduos que adotam os gêneros masculino ou feminino, além dos transgêneros, como os transformistas, transexuais e travestis. As terminologias *gay* e lésbica, embora utilizadas para definição da orientação sexual (homossexualidade), também refletem padrões comportamentais de gênero. É possível, ademais, a mistura dessas categorias por um mesmo indivíduo, como por exemplo: homem heterossexual feminino ou mulher homossexual feminina. Neste estudo, interessa o *papel de gênero* (ou simplesmente *gênero*) feminino.

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti conceitua com clareza o que é *gênero*:

O termo gênero significa o conjunto de características atribuídas às pessoas por conta de seu sexo biológico. Ou seja, a partir da presunção de que determinadas atitudes e posturas seriam inerentes ao homem ou à mulher (*essencialismo*), criaram-se os conceitos de *masculinidade* e *feminilidade* para designar as atitudes que se espera/exige de homens (masculinidade) e de mulheres (feminilidade) – basicamente, como forma de se estabelecer o domínio dos homens sobre as mulheres, com a atribuição de características de autonomia, liderança, racionalidade, agressividade, competitividade, objetividade e não expressão das emoções ao *masculino* e características de hipersensibilidade emocional, passividade, subjetividade e criação/educação dos filhos ao feminino. Em suma, o masculino define-se em negação ao feminino (pois, segundo as normas de gênero que perduram até hoje, masculino e feminino seriam categorias antagônicas, diametralmente opostas entre si). Como se vê, neste campo, tem-se presentes as ideologias de gênero, “que nos ensinam o comportamento adequado, esperado, e recompensado pelos outros, moldam nossas personalidades para conformá-las às normas sociais e reprimem ou punem comportamentos a elas não conformes” e que nos são transmitidas desde o nosso nascimento.<sup>178</sup>

De acordo com Sylvia Walby, a desigualdade de gênero está presente em muitos aspectos da vida social, pois as mulheres normalmente se encontram em situação de desvantagem em relação aos homens:

<sup>177</sup> Sobre a diferença entre *opressão* e *exploração*, recomenda-se a leitura de Erik Olin Wright, em <http://www.fflch.usp.br/dcp/leviathan/index.php/leviathan/article/view/151>.

<sup>178</sup> VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 86/87.

A seguir, há alguns exemplos disso. No trabalho, há um fosso salarial: as mulheres recebem salário menor que os homens. Elas realizam um volume desproporcional de **trabalho doméstico**, como os cuidados do lar e dos filhos. As mulheres são mais propensas a vivenciar a **pobreza**, especialmente na velhice. Os homens assumem um número desproporcionalmente maior de posições políticas de **poder**, como na condição de membros do Parlamento. Há a violência contra a mulher perpetrada por homens, como a violência doméstica e a agressão sexual. Os homens têm maior tendência a influenciar o aspecto dos padrões **culturais** e morais, por exemplo, como editores de jornais e líderes religiosos. Evidentemente, há exceções individuais a essas asserções, uma vez que elas se referem à desigualdade de gênero e não a todo homem e toda mulher como indivíduos. Esses padrões de desigualdade são reproduzidos ao longo do tempo no interior das estruturas sociais. (grifos no original)<sup>179</sup>

O contato com o tema indica que a construção dos papéis de gênero se dá a partir da divisão de tarefas entre homens e mulheres: num primeiro momento, associam-se determinadas tarefas ao sexo biológico, criando-se padrões comportamentais, de modo que, num segundo momento, as pessoas passam a sofrer discriminação em decorrência do padrão assumido. Portanto, o papel de gênero desempenhado consubstancia-se em um dos principais elementos que acarretam a opressão e exploração femininas. Esta primeira concepção do termo *gênero* é dada pela feminista Maria de Jesús Izquierdo:

A desigualdade das mulheres é um processo que começa com a divisão sexual do trabalho e se consolida com a constituição dos gêneros sociais: se você é mulher, tem de fazer determinadas coisas, se é homem, outras. O passo seguinte é considerar femininas as atividades feitas pelas mulheres e masculinas aquelas feitas pelos homens. O terceiro passo é diferenciar o tratamento recebido (respeito, reconhecimento, meios de vida, estilo de vida) pelas pessoas que realizam atividades femininas e as que realizam atividades masculinas. Nesse momento dizemos que têm caráter de gênero. Quando uma atividade tem caráter de gênero, as pessoas, independentemente de seu sexo, são tratadas segundo um padrão específico, o de gênero.<sup>180</sup>

Corroborando essa concepção, Alice Monteiro de Barros faz uma breve exposição dos aspectos históricos do trabalho da mulher:

Nas **sociedades primitivas**, a divisão do trabalho se processava da seguinte forma: aos **homens** eram confiadas a caça como também a pesca e à **mulher**, a coleta dos frutos, evoluindo, mais tarde, para a cultura da terra. Na Antiguidade, a história registra que a vestimenta era uma produção totalmente feminina, competindo a mulher tosquiá as ovelhas e tecer a lã, trabalhando ainda na ceifa do trigo e no preparo do pão. Entre os **gauleses** e **germânicos** sua **posição** aproximava-se mais à **do homem**, chegando a participar das guerras, da construção de residências e a tomar parte nos conselhos que decidiam sobre a guerra e a paz. **Na Idade Média**, a agricultura continua a

<sup>179</sup> WALBY, Sylvia. Conceito Chave: Patriarcado, in *Sociologia: conceitos-chave*, org. John Scott, tradução Carlos Alberto Medeiros de *Sociology: the key concepts*, consultoria técnica Luiz Fernando Dias Duarte, Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 155.

<sup>180</sup> IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo: desigualdade y discriminación salarial*. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998, p. 34.

pesar sobre os ombros das mulheres, ao lado dos trabalhos de tapeçaria, ourivesaria e vestuário. Do século **X ao XIV**, as profissões comuns aos dois sexos se avolumaram, havendo mulheres escritãs, médicas e professoras e os salários, por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários pagos aos homens. **No Renascimento**, as mulheres foram perdendo várias atividades que lhes pertenciam, como o trabalho com a seda, com materiais preciosos, com a cerveja e com as velas, e se confinaram entre as paredes domésticas, entregues ao trabalho a domicílio, que surge nos primórdios do século **XVI**, perdendo importância a partir do século **XIX**, quando o algodão e a lã são retirados das casas para as fábricas. Em seguida, a mão de obra da mulher e do menor foi solicitada na indústria têxtil, tanto na Inglaterra, como na França, porque menos dispendiosa e mais “dócil”. O processo de industrialização vivido pelo mundo europeu, no século **XIX**, caracterizou-se pela exploração do trabalho dessas chamadas “meias-forças”. O trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias a constituir objeto de regulamentação pelos organismos internacionais e seu escopo foi uniformizar os custos operacionais, visando a evitar uma concorrência injusta no mercado internacional. (grifos no original)<sup>181</sup>

Gênero é um conceito social que, de modo geral, se opõe ao de sexo, que é biológico. A partir do sexo biológico são criados padrões comportamentais sociais; por conseguinte, conforme o sexo biológico, o indivíduo vincular-se-á a um padrão de gênero específico, de modo que *sexo* e *gênero* passam a coincidir, e cada um deles torna-se exclusivo em relação ao outro.

*Gêneros são papéis sociais que impõem ao indivíduo a observância de padrões comportamentais predeterminados definidos a partir do sexo biológico, e com este guardando estrita relação, que vinculam homens e mulheres de modos distintos desde o nascimento, para que estes, em segundo momento, desempenhem as atribuições concernentes ao gênero que lhes é imposto.* São exemplos de padrões comportamentais definidos a partir do sexo biológico a autonomia masculina e a passividade feminina. As atribuições concernentes ao gênero caracterizam-se com a liderança masculina no mercado de trabalho e a responsabilidade feminina pelo trabalho doméstico.

Os papéis sexuais não são decorrências necessárias de diferenças biológicas, mas sim sociais e culturalmente construídos, de forma que as relações sociais baseadas na diferença sexual são sociais, e não naturais. De acordo com Nicole-Claude Mathieu, “as sociedades humanas, com uma notável monotonia, *sobrevalorizam* a diferenciação biológica, atribuindo aos dois sexos funções diferentes (divididas, separadas e geralmente hierarquizadas) no corpo social *como um todo*”.<sup>182</sup> Prossegue Nicole-Claude Mathieu:

<sup>181</sup> BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 854/855.

<sup>182</sup> MATHIEU, Nicole-Claude, Verbete: Sexo e Gênero, traduzido por Naira Pinheiro, in *Dicionário Crítico do Feminismo*, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de Dictionnaire critique du féminisme, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 223.

Elas lhe aplicam uma “gramática”: um gênero (um tipo) “feminino” é culturalmente imposto à fêmea para que se torne uma mulher social, e um gênero “masculino” ao macho, para que se torne um homem social. O gênero se manifesta materialmente em duas áreas fundamentais: 1) na divisão sociosexual do trabalho e dos meios de produção, 2) na organização social do trabalho de procriação, em que as *capacidades* reprodutivas das mulheres são transformadas e mais frequentemente exacerbadas por diversas intervenções sociais (Tabet, 1985/1998). Outros aspectos do gênero – diferenciação de vestimenta, dos comportamentos e atitudes físicas e psicológicas, desigualdade de acesso aos recursos materiais (Tabet, 1979/1998) e mentais (Mathieu, 1985b/1991a) etc. – são marcas ou consequências dessa diferenciação social elementar.<sup>183</sup>

Nichie Charles, por sua vez, afirma que na teoria social clássica, presumia-se que as diferenças entre os lugares ocupados por homens e mulheres na divisão social do trabalho fosse natural, ou seja, baseada na dessemelhança entre seus papéis na reprodução biológica:

Os **papéis** sociais são associados a determinadas posições na divisão social do trabalho e fornecem roteiros da feminilidade e da **masculinidade** que são aprendidos mediante o processo de socialização. Tais roteiros são diferenciados para meninas e meninos de acordo com o gênero. A socialização é condicionada de acordo com o gênero e corresponde ao sexo biológico; a cultura se desenvolve sobre um alicerce fornecido pela natureza.<sup>184</sup>

Nichie Charles conclui:

As teorizações sociológicas de gênero são, portanto, caracterizadas por uma tensão entre teorias idealistas e materialistas e entre aqueles que o veem como diferença e os que consideram fundamental o poder baseado nele. Todas elas, contudo, consideram sexo, sexualidade e corpo, e também gênero, como conceitos socialmente construídos.<sup>185</sup>

De acordo com Joan Scott, a definição de gênero baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e é uma forma primeira de significar as relações de poder. Como elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre diferenças percebidas entre os sexos, o gênero implica quatro elementos relacionados entre si, apontados por Joan Scott: a) símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações múltiplas; b) conceitos normativos expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e que tipicamente tomam a forma de uma oposição binária que afirma de forma categórica e sem equívoco o sentido do masculino e do feminino, fazendo com que a história posterior seja escrita como se essas posições normativas fossem o produto de um consenso social e não de um

<sup>183</sup> MATHIEU, *op.cit.*, p. 223.

<sup>184</sup> CHARLES, Nickie, Conceito Chave: Gênero, in Sociologia: conceitos-chave, org. John Scott, tradução Carlos Alberto Medeiros de Sociology: the key concepts, consultoria técnica Luiz Fernando Dias Duarte, Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 90.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 94.



conflito; c) a noção do político, como referência às instituições e organizações sociais, sob uma visão mais ampla que incluía não só o parentesco, mas também o mercado de trabalho (sexualmente segregado), a educação e o sistema político; d) a identidade subjetiva, porquanto o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do poder em si. Como forma primeira de significar as relações de poder, Joan Scott esclarece que a ênfase colocada sobre o gênero não é explícita, mas constitui, no entanto, uma dimensão decisiva da organização, da igualdade e desigualdade. Segundo a autora, as estruturas hierárquicas baseiam-se em compreensões generalizadas da relação pretensamente natural entre o masculino e o feminino, de forma que o gênero aparece como uma das referências recorrentes pelos quais o poder político foi concebido, legitimado e criticado, fazendo com que potenciais mudanças nos aspectos de gênero ameacem o sistema por inteiro.<sup>186</sup>

*.Identidade de gênero* “constitui-se no entendimento que a pessoa tem relativamente ao gênero do qual faz parte”, conforme sustenta Paulo Roberto Iotti Vecchiatti.<sup>187</sup> Dentro da denominada *questão de gênero*, inserem-se as contradições oriundas da criação de padrões comportamentais, culturais e sociais específicos, definidos a partir do sexo biológico e impostos aos indivíduos desde o nascimento. Privilegia-se o *masculino* em detrimento do *feminino* e dos demais papéis de gênero (transgêneros).

### 2.2.3. Panorama histórico da desigualdade de gênero.

Desde os tempos mais remotos, as mulheres lutam por igualdade. Na antiguidade, as mulheres, assim como escravos, eram consideradas *res*, ou seja, coisa pertencente ao homem. Durante a Idade Média, as mulheres permaneceram excluídas do poder de decisão dentro e fora dos lares e da participação na vida social. Com o término do feudalismo, iniciou-se a Idade Moderna, com o Absolutismo, seguida da Idade Contemporânea, que tem na Revolução Francesa seu principal marco histórico. Conforme apontado por Heleieth Saffioti, o processo de instauração do patriarcado teve início no ano 3100 a.C. e se consolidou no ano 600 a.C.:

A forte resistência oposta pelas mulheres ao novo regime exigiu que os machos lutassem durante dois milênios e meio para chegar a sua consolidação. Se a contagem for realizada a partir do começo do processo de mudança, pode-se dizer que o *patriarcado* conta com a idade de 5.203-4 anos. Se,

<sup>186</sup> SCOTT, Joan, *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*, tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila, disponível em [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/185058/mod\\_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf), acessado em 21/08/2016, p. 21/29.

<sup>187</sup> VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 88.

todavia, se preferir fazer o cálculo a partir do fim do processo de transformação das relações homem-mulher, a idade desta estrutura hierárquica é de tão-somente 2.603-4 anos. Trata-se, a rigor, de um recém-nascido em face da idade da humanidade, estimada entre 250 mil e 300 mil anos. Logo, não se vivem sobrevivências de um *patriarcado remoto*; ao contrário, o *patriarcado* é muito jovem e pujante, tendo sucedido às sociedades igualitárias.<sup>188</sup>

No início da Idade Contemporânea, o patriarcado começou a ganhar especiais contornos. A esse propósito, afirma Patrícia Souza Rocha:

Nesse sistema patriarcal, as mulheres nasciam com o destino traçado, as jovens eram educadas para corresponder aos respectivos papéis de esposas zelosas, boas donas-de-casa e mães dedicadas em tempo integral. Todas as normas estipuladas e condutas exigidas tinham como único propósito prepará-las para corresponderem às expectativas masculinas em um possível casamento. E, tristemente, as mulheres assistiam ao destino delas ser traçado sem que pudessem participar dessas escolhas. Os desejos e os sonhos caros femininos eram ignorados, as mulheres não eram ouvidas, ou melhor, nem sequer se manifestavam, pois eram educadas para o silêncio, a resignação e a obediência. Essa submissão e dependência ficaram embrulhadas, nos últimos dois séculos, na embalagem atraente do romantismo, com seu enredo repleto de fantasias.<sup>189</sup>

Indiscutivelmente, desde o início do capitalismo, a situação experimentada pelas mulheres foi se alterando. Assistiu-se a um processo evolutivo lento, mas capaz de produzir mudanças significativas em prol das mulheres. De acordo com Alice Bianchini, a história contemporânea alberga, além de outros fatos relevantes, a crescente participação da mulher nas mais variadas manifestações sociais e caracteriza-se por duas contradições:

- i) existência de normas constitucionais, nas quais é declarada a igualdade entre o homem e a mulher, conjuntamente com leis ordinárias e comportamentos sociais que dispensam atenção à alegada inferioridade feminina;
- II) ineficácia de leis ordinárias garantidoras dos direitos femininos, em face da falta de trânsito entre elas e as normas de conduta praticadas pelas Sociedades nas quais são estabelecidas.<sup>190</sup>

A persistência da desigualdade de gênero, ainda que com diferentes contornos, pode ser sinal indicativo da ineficiência do sistema normativo na atualidade, dada a complexidade assumida pelas causas ensejadoras da desigualdade.

<sup>188</sup> SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani, *Gênero, patriarcado, violência*, Coleção Brasil Urgente, 2ª reimpressão, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, p. 60.

<sup>189</sup> ROCHA, Patrícia Souza, *Mulheres Sob Todas as Luzes: a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado*, Belo Horizonte: Editora Leitura, 2009, p. 18.

<sup>190</sup> BIANCHINI, Alice, Capítulo: *Igualdade entre os sexos: novos direitos ou tardia conquista?* Parte integrante da obra: *Novos Direitos e Sociedade*, organizador Paulo Roney Ávila Fagúndez, Florianópolis: conceito Editorial, 2010, p. 194.

### 2.3. O patriarcado e suas definições.

A respeito da definição de patriarcado e da dificuldade de se estabelecer uma conceituação que atenda a todas às suas correntes de estudo e variações, destaca-se o trabalho de Carol Ehrlich, no artigo *The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism: can it be saved*.<sup>191</sup> Segundo a autora, a assertiva de que a base material do patriarcado é o controle exercido pelo homem sobre a força de trabalho da mulher é insuficiente. Para Ehrlich, o patriarcado abrange outra série de questionamentos, entre os quais podem ser citados a homofobia, o casamento monogâmico heterossexual, o sentimento masculino de superioridade e poder:

Uma análise anarquista feminista do patriarcado mostra que ele é composto de oito fatores: [...]

(1) Para reiterar Hartmann, o patriarcado envolve o controle dos homens sobre a força de trabalho das mulheres;

(2) Impedir o acesso das mulheres aos recursos necessários economicamente produtivos, tornando-as economicamente dependentes de um sistema machista-controlador, e/ou de um homem em particular, e;

(3) Controle sobre a sexualidade da mulher. [...]

(4) Controle masculino sobre recursos e tomadas de decisão. [...]

(5) A homofobia, o medo e o ódio da homossexualidade. [...]

(6) A socialização diferencial por sexo, que na maioria das sociedades conhecidas está associada com a desigualdade sexual. [...]

(7) A ideologia do patriarcado, a crença de que os homens são superiores às mulheres, inclui a crença de que os homens têm o direito de controlar as circunstâncias de vida das mulheres. [...]

(8) Finalmente, o poder patriarcal é expresso, mantido e executado através de formas de violência dirigida especificamente contra as mulheres.<sup>192</sup> (tradução nossa)

<sup>191</sup> EHRlich, Carol, *Women & Revolution: a discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism*, edited by Lydia Sargent, Montreal: Black Rose Books, 1981, p. 109/133.

<sup>192</sup> Texto original: “An anarchist feminist analysis of patriarchy shows that it is composed of eight factors. [...] (1) To reiterate Hartmann, patriarchy involves men's control of women's labor power through (2) Preventing women's access to necessary economically productive resources, thus making them economically dependent upon a male-controlled system, and / or upon a particular man; and (3) Controlling women's sexuality. [...] (4) Male control of resources and decision making. [...] (5) Homophobia, the fear and hatred of homosexuality. [...] (6) Differential socialization by gender, which in most known societies is associated with sexual inequality. [...] (7) The ideology of patriarchy, the belief that men are superior to women, includes the belief that men have the right to control the life circumstances of women. [...] (8) Finally, patriarchal power is expressed, maintained, and enforced through forms of violence directed specifically against women.” (EHRlich, Carol, *Women & Revolution: a discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism*, edited by Lydia Sargent, Montreal: Black Rose Books, 1981, p. 120/128)

De acordo com Christine Delphy, o termo patriarcado foi rapidamente adotado pelos movimentos feministas militantes nos anos 70 para designar o sistema a ser combatido, caracterizado pela “dominação masculina” e “opressão das mulheres”. Christine Delphy explica:

“Patriarcado” é uma palavra muito antiga, que mudou de sentido por volta do fim do século XIX, com as primeiras teorias dos “estágios” da evolução das sociedades humanas, depois novamente no fim do século XX, com a “segunda onda” do feminismo surgida nos anos 70 no Ocidente.

Nessa nova acepção feminista, o patriarcado designa uma formação social em que os homens detêm o poder, ou ainda, mais simplesmente, o poder é dos homens. Ele é, assim, quase sinônimo de “dominação masculina” ou de opressão das mulheres. Essas expressões, contemporâneas dos anos 70, referem-se ao mesmo objeto, designado na época precedente pelas expressões “subordinação” ou “sujeição” das mulheres, ou ainda “condição feminina”.<sup>193</sup>

Segundo Sylvia Walby, patriarcado é um sistema social de relações de gênero, sendo estas compreendidas como relações sociais entre homens e mulheres engastadas numa série de instituições e estruturas sociais e caracterizadas pela desigualdade. Segundo a autora, a noção de sistema social implícita no conceito de patriarcado é importante para uma análise sociológica dessa desigualdade porque permite uma explicação mais profunda e potente dos diversos aspectos das relações de gênero, inclusive em um nível mais individual:

Por exemplo, as mulheres fazem escolhas, porém não podem alterar as circunstâncias em que as fazem, ou seja, se “escolhem” um emprego em tempo parcial e com baixa remuneração por ser o único que, na ausência de uma creche de qualidade ao alcance de seus recursos, se encaixa no período escolar das crianças.<sup>194</sup>

Em verdade, o universo de escolhas feminino é mais restrito. Quanto às variações nas formas que o patriarcado assume em diferentes épocas e lugares, Sylvia Walby esclarece que uma dimensão de variação é um *continuum* que vai do patriarcado doméstico ao patriarcado público:

Essa dimensão varia de acordo com o grau em que as mulheres estão contidas na esfera doméstica e o grau em que estão presentes em instituições públicas, tais como emprego, universidades e parlamento. Uma segunda dimensão é a do nível da desigualdade de gênero, por exemplo, o tamanho do fosso salarial entre os gêneros. A **modernidade** assiste a uma tendência para a transformação da forma do patriarcado: de doméstica para pública. Essa transformação é apenas parcialmente associada a mudanças no grau de desigualdade, daí a necessidade de manter essas dimensões analiticamente distintas. A trajetória da **modernização** do patriarcado não é uniforme nem

<sup>193</sup> DELPHY, Christine. Verbete: Patriarcado (teorias do), in *Dicionário Crítico do Feminismo*, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de *Dictionnaire critique du féminisme*, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 173.

<sup>194</sup> WALBY, *op. cit.*, p. 156.

universal, mas depende do processo em curso, já que os estágios iniciais e outros âmbitos das relações sociais afetam a trajetória da mudança. (grifos no original) <sup>195</sup>

Dadas as controvérsias que pairam sobre o conceito de patriarcado, Sylvia Walby aponta para a necessidade de desenvolvimento de outros termos, além de patriarcado, que se destinem a captar o conceito de um sistema social caracterizado pela desigualdade nas relações de gênero:

Entre eles, a expressão “regime de gênero”. O uso de gênero, em vez de patriarcado, remove qualquer ambiguidade remanescente sobre a natureza da base social, e não biológica, desse sistema. Além disso, o termo “regime” tem conotações mais brandas que a expressão sistema, indicando a importância da interação de outros âmbitos de relações sociais, tais como classe ou **etnicidade**, na conformação das relações de gênero. Na prática, esses termos são efetivamente intercambiáveis, significando a mesma coisa, ou seja, um sistema social caracterizado pela desigualdade nas relações de gênero. (grifos no original) <sup>196</sup>

Ainda quanto à existência de novos termos mais adequados à conceituação desse sistema social ou *regime de gênero*, afirma Christine Delphy:

Pai ou marido é tudo igual, diz implicitamente a definição feminista. E é, na verdade, o caso de nossas sociedades, como da sociedade antiga que criou a palavra. Isso é, entretanto, a fonte de uma das objeções correntes contra a utilização de “patriarcado” para designar o(s) sistema(s) que oprime(m) as mulheres. A palavra exata, dizem aqueles e aquelas que levantam essa objeção, deveria ser “*viriarcado*”. Na verdade, em certas sociedades, o marido e o pai são distintos: é o tio materno que detém a autoridade “paterna” sobre os filhos nas famílias. Mas essa objeção se funda num contrassenso etimológico, pois assimila o pai ao genitor, utilizando *pater* como “pai” no sentido moderno. O sentido dado pelas feministas prevaleceu, e é compreendido que a palavra designa a dominação dos homens, quer sejam eles pais biológicos ou não. <sup>197</sup>

Para o que nos interessa, patriarcado é um sistema social (porque integra a estrutura da nossa sociedade) que confere primazia ao homem em detrimento da mulher, tanto na esfera pública, quanto privada.

#### **2.4. Divisão sexual do trabalho: conceito e implicações.**

Para que se possa traçar um caminho eficaz no combate à desigualdade de gênero, é imperioso que se tenha conhecimento dos fatores que a ocasionam. A divisão sexual do

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>196</sup> WALBY, *op. cit.*, p. 157.

<sup>197</sup> DELPHY, Christine. Verbete: Patriarcado (teorias do), *op. cit.*, p. 175.

trabalho é elemento imprescindível para a subsistência da instituição familiar, que é considerada núcleo essencial da sociedade e local onde a desigualdade se inicia.<sup>198</sup>

#### 2.4.1. Divisão sexual do trabalho: conceituação.

Sobre a divisão sexual do trabalho, sustenta Danièle Kergoat, que “as condições em que vivem homens e mulheres não são produtos de um destino biológico, mas, sobretudo, construções sociais”.<sup>199</sup> Formam-se dois grupos envolvidos numa relação social específica, ou seja, de sexo, que possui o trabalho como base material, e se exprime por meio da divisão social do trabalho entre os sexos. Danièle Kergoat conceitua a divisão sexual do trabalho da seguinte maneira:

A **divisão sexual do trabalho** é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; essa forma é historicamente adaptada a cada sociedade. Tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera produtiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação pelos homens das funções de forte valor social agregado (políticas, religiosas, militares etc.).

Essa forma de divisão social do trabalho tem dois princípios organizadores: o da separação (existem trabalhos de homens e outros de mulheres) e o da hierarquização (um trabalho de homem “vale” mais do que um de mulher). Eles são válidos para todas as sociedades conhecidas, no tempo e no espaço, o que permite, segundo alguns (Héritier-Augé, 1984), mas não segundo outros (Peyre e Wiels, 1997), afirmar que existem dessa forma desde o início da humanidade. Esses princípios podem ser aplicados graças a um processo específico de legitimação – a ideologia naturalista –, que relega o gênero ao sexo biológico e reduz as práticas sociais a “papéis sociais” sexuados, os quais remetem ao destino natural da espécie. No sentido oposto, a teorização em termos de divisão sexual do trabalho afirma que as práticas sexuais são construções sociais, elas mesmas resultado de relações sociais.

Portanto, não mais que as outras formas de divisão do trabalho, a divisão sexual do trabalho não é um dado rígido e imutável. Se seus princípios organizadores permanecem os mesmos, suas modalidades (concepção de trabalho reprodutivo, lugar das mulheres no trabalho mercantil etc.) variam fortemente no tempo e no espaço. (grifos nossos)<sup>200</sup>

<sup>198</sup> A propósito, sobre a imprescindibilidade da família para organização da sociedade, afirma Paulo Roberto Iotti Vecchiatti: “Essa evolução constante e gradativa da importância da família no contexto social pode ser vislumbrada no caput do art. 226 de nossa Constituição Federal, que coloca a família como base da sociedade brasileira. Tal ênfase deixa claro qual é o objetivo maior do Estado brasileiro: a proteção da família. Todas as leis criadas, todos os objetivos expressamente citados por estas, visam, ainda que indiretamente, à proteção da entidade familiar, haja vista ser esta a base de nossa sociedade – vale lembrar que não há estrutura que não venha a ruir, quando sua base é destruída”. (VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 158)

<sup>199</sup> KERGOAT, Danièle. Verbete: Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo, in *Dicionário Crítico do Feminismo*, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de *Dictionnaire critique du féminisme*, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 67.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 67/68.

A divisão sexual do trabalho é, também, um dos elementos que compõem os papéis de gênero, na medida em que imputa o desempenho de atribuições diversificadas (concernentes à produção e à reprodução, à vida social e à vida privada) conforme o sexo biológico. Posto não ser imutável, a divisão sexual do trabalho assume diferentes formas e contornos, a depender do local e do momento histórico.

#### 2.4.2. Trabalho doméstico: conceituação.

Dominique Fougeyrollas-Schwebel define o trabalho doméstico como “um conjunto de tarefas relacionadas ao cuidado das pessoas e que são executadas no contexto da família – domicílio conjugal e parentela – trabalho gratuito realizado essencialmente por mulheres”.<sup>201</sup>

De acordo com Miriam Glucksmann, o conceito de trabalho doméstico foi originalmente desenvolvido no movimento feminista e absorvido pela sociologia a partir da década de 1970, inicialmente com o estudo de Ann Oakley que definiu o serviço doméstico como emprego de status inferior, com longa jornada e baixa remuneração, para após produzir repercussões sobre gênero e divisão social:

O reconhecimento de que o serviço doméstico era um tópico digno de estudo e de que cozinhar, limpar, lavar e outras tarefas envolvidas na administração doméstica implicavam *trabalho* teve repercussões duradouras e de longo alcance, assinalando o princípio de uma grande mudança no pensamento sociológico, não apenas sobre trabalho e emprego, mas também sobre gênero e divisão social. (destaques do original)<sup>202</sup>

A propósito, os serviços domésticos integram a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), objeto da Convenção OIT nº 182 ratificada pelo Brasil<sup>203</sup>, sobre as piores formas de trabalho infantil, ao lado de trabalhos em porão ou convés de navio, de produção de fumo, de corte de cana-de-açúcar, de transporte de explosivos ou inflamáveis líquidos, em esgotos e cemitérios, entre outros. Confira-se, abaixo, o que dispõe o item 76 da Lista TIP, especialmente com relação aos prováveis riscos ocupacionais e repercussões à saúde:

<sup>201</sup> FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Verbete: Trabalho doméstico, in *Dicionário Crítico do Feminismo*, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de *Dictionnaire critique du féminisme*, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 257.

<sup>202</sup> GLUCKSMANN, Miriam. Conceito Chave: Trabalho doméstico, in *Sociologia: conceitos-chave*, org. John Scott, tradução Carlos Alberto Medeiros de *Sociology: the key concepts*, consultoria técnica Luiz Fernando Dias Duarte, Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 213.

<sup>203</sup> Art. 1º do Decreto Presidencial 6.481, de 12 de junho de 2008: Fica aprovada a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), na forma do Anexo, de acordo com o disposto nos artigos 3o, “d”, e 4o da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo no 178, de 14 de dezembro de 1999 e promulgada pelo Decreto no 3.597, de 12 de setembro de 2000.

**Quadro 04**

Atividade: SERVIÇO DOMÉSTICO

Item	Descrição dos Trabalhos	Prováveis Riscos Ocupacionais	Prováveis Repercussões à Saúde
76.	Domésticos	Esforços físicos intensos; isolamento; abuso físico, psicológico e sexual; longas jornadas de trabalho; trabalho noturno; calor; exposição ao fogo, posições antiergonômicas e movimentos repetitivos; tracionamento da coluna vertebral; sobrecarga muscular e queda de nível.	Afecções músculo-esqueléticas (bursites, tendinites, dorsalgias, sinovites, tenossinovites); contusões; fraturas; ferimentos; queimaduras; ansiedade; alterações na vida familiar; transtornos do ciclo vigília-sono; DORT/LER; deformidades da coluna vertebral (lombalgias, lombociatalgias, escolioses, cifoses, lordoses); síndrome do esgotamento profissional e neurose profissional; traumatismos; tonturas e fobias.

Evidentemente, não são riscos que atingem somente as crianças. As implicações acima elencadas são comumente vistas nas mulheres.

Miriam Glucksmann prossegue esclarecendo que na década de 1980, havia concordância geral de que o trabalho doméstico não remunerado contribuía para a perpetuação das relações tanto de gênero, quanto de classe, já que a disponibilidade masculina para o trabalho remunerado formal era normalmente possibilitada pelo trabalho feminino não remunerado. Com o passar do tempo, as abordagens sobre o trabalho doméstico amadureceram e se diversificaram, mas, segundo a autora, o gênero e a desigualdade continuam sendo os princípios estruturantes das análises. Miriam Glucksmann reconhece que os números que indicam cada vez maior igualdade de gênero entre grupos profissionais, contudo, podem ser efeito da aquisição de tecnologias ou de mão de obra, e não de redistribuição interna.<sup>204</sup>

Para Dominique Fougeyrollas-Schwebel, a ideia de que o trabalho remunerado seria reservado exclusivamente ao homem e o trabalho doméstico à mulher é uma norma que não corresponde às práticas sociais, a não ser por períodos históricos bem definidos:

A igualdade como modo de regulação do novo contrato entre os sexos é hoje uma norma tão prescritiva que a persistência das desigualdades, principalmente, no âmbito da família, é, conseqüentemente, percebida por grande parte da Sociologia como escolha individual e feminina, resultante das interações do casal (Kaufmann, 1992). Porém o exercício de uma atividade

<sup>204</sup> GLUCKSMANN, Miriam. Conceito Chave: Trabalho doméstico, *op. cit.*, p. 214.



profissional não questiona as relações de dependência que, por outro lado, são vivenciadas pelas mulheres, devido ao fato que se lhes atribui o trabalho doméstico; isso implica maior rigidez na organização dos usos do tempo. Instala-se assim uma necessidade obsessiva de programação do tempo, obsessão exagerada até a exaustão quando as mulheres procuram responder ao padrão de excelência que se espera delas. Portanto, para levar adiante seus projetos profissionais, as mulheres devem dispor de uma rede de substituição infalível; mais do que o recurso ao cônjuge, a organização familiar repousa sobre ajudas externas.<sup>205</sup>

Em tempos atuais, as mulheres não estão adstritas ao âmbito exclusivamente doméstico, pois adentram no mercado de trabalho no exercício de diversas profissões. De forma que, quando não trabalham fora, a sua dedicação exclusiva à família é vista como uma escolha, como uma opção exercida pela mulher. Em contrapartida, para aquelas que trabalham fora do lar, há uma maior rigidez no uso do tempo, de forma a compatibilizar sua profissão com o trabalho doméstico que sobre ela recai.

#### 2.4.3. Acúmulo do trabalho doméstico sobre as mulheres e suas implicações.

A respeito do acúmulo de tarefas sobre a mulher, aponta Ana Cláudia Pompeu Torezan Andreucci:

[...] sobreleva ressaltar que o espaço público está sendo conquistado pelas mulheres, agregando-se, assim, mais um campo para o desenvolvimento de suas atividades. Todavia, o mesmo avanço não se vislumbrou na divisão das múltiplas tarefas domésticas existentes no mundo privado. Dessa forma, queremos dizer que a mulher, ao se inserir no mercado de trabalho, conjugou e aliou mais essa tarefa ao seu cotidiano diário, sem dividir com seus maridos e companheiros o espaço da vida privada e as inúmeras tarefas domésticas.<sup>206</sup>

Conforme Nota Técnica n. 24, Brasília, março de 2016, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, fundação pública vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, há desproporcionalidade na realização do trabalho doméstico entre homens e mulheres, pois, em 2014, apenas 51% dos homens declararam algum envolvimento nessa atividade, frente a 90% das mulheres. Mesmo quando homens executam algum trabalho doméstico, o número de horas semanais dedicadas a essa atividade também é desproporcional entre os sexos, pois homens dedicam em média 10,9 horas por semana, ao passo que as mulheres dedicam 25,3 horas por semana, ou seja, a média semanal masculina representa apenas 43% da média semanal feminina:

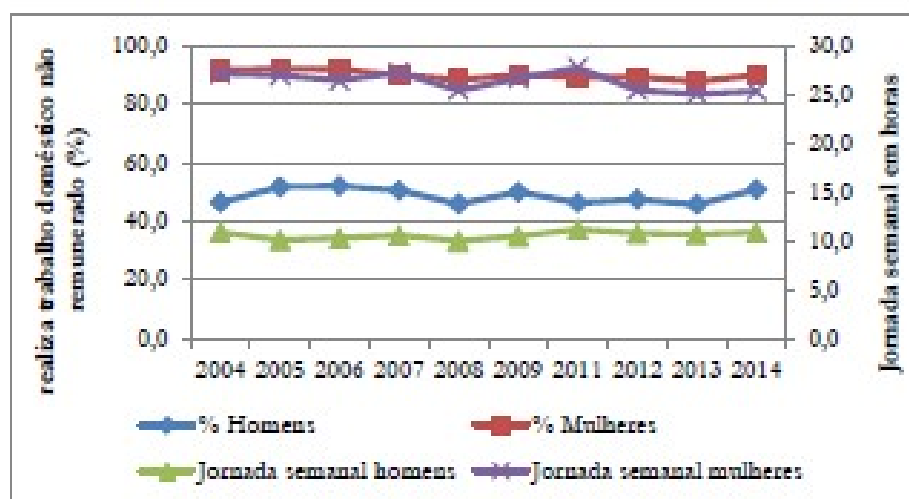
<sup>205</sup> FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. Verbete: Trabalho doméstico, *op. cit.*, p. 260.

<sup>206</sup> ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan, *Igualdade de Gênero e ações afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras: pós-Constituição Federal de 1988*, São Paulo: LTr, 2012, p. 120.

O gráfico 15 mostra claramente esta desigualdade: em 2014, as mulheres seguiam fazendo muito mais trabalho doméstico do que os homens (90% delas declararam realizar algum tipo de trabalho doméstico não remunerado e apenas 51% dos homens declararam algum envolvimento nestas atividades) e apresentavam jornadas muito mais extensas que a deles (25,3 horas semanais, contra 10,9 horas). Ao longo da década nota-se aumento no envolvimento masculino, que passa de 46%, em 2004, para 51%, uma década depois. No entanto, não há uma tendência clara de crescimento na participação masculina, pois estes percentuais variam de forma significativa ao longo da série, caindo a 46% e subindo até 51% por diversas vezes nos dez anos analisados. Entre as mulheres, a tendência é, ainda, de estabilidade, não havendo, portanto, uma redução significativa nas desigualdades de gênero quando se fala em participação no trabalho doméstico e de cuidados. Já em relação às jornadas, há ligeira redução nas desigualdades verificadas entre homens e mulheres, resultado muito mais da redução nas jornadas femininas do que de uma ampliação da masculina, já que entre os homens, mais uma vez, verifica-se a estabilidade da série. Enquanto em 2004, homens despendiam 10,9 horas semanais em trabalho doméstico não remunerado, as mulheres gastavam 27,1 horas (homens gastavam 40% do tempo feminino). Já em 2014, estes valores são de 10,9 para homens e 25,3 para mulheres (homens passam a 43% do tempo feminino). Não há, portanto, novidade neste campo. O destaque aqui é a permanência destas desigualdades.<sup>207</sup>

#### Quadro 05

**Gráfico 15 – Proporção da população de 16 anos ou mais de idade que realiza afazeres domésticos e jornada média semanal dedicada aos afazeres domésticos. Brasil, 2004 a 2014.**



Fonte: Pnad/IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

A propósito, a redução nas jornadas femininas ao longo dos anos pode estar aliada ao desenvolvimento tecnológico. Em pesquisa de opinião pública efetuada pela Fundação Perseu Abramo, intitulada *Mulheres Brasileiras e gênero nos Espaços Públicos e Privado*, realizada

<sup>207</sup> [http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf), p. 13, acessado em 12/06/2016, p. 21/22.

em agosto de 2010, visando a traçar um panorama exemplificativo dos conceitos que permeiam o imaginário popular, frases foram elaboradas e submetidas concordância/discordância de homens e mulheres. A pesquisa foi efetuada com mulheres e homens brasileiros, com 15 anos de idade ou mais, abrangendo uma amostra de 2.365 entrevistas com mulheres e 1.181 com homens, distribuídas em 25 unidades federativas, das cinco macrorregiões do país, cobrindo as áreas urbana e rural de 176 municípios na amostra feminina e 104 municípios na masculina. O resultado apontou para o que segue:

“Os homens, mesmo que eles queiram, não sabem fazer o trabalho de casa”: 45% das mulheres concordam e 47% discordam; enquanto 49% dos homens concordam e 41% discordam.

“É principalmente o homem quem deve sustentar a família”: 51% das mulheres concordam e 41% discordam; enquanto 62% dos homens concordam e 32% discordam.<sup>208</sup>

A predominância da concordância feminina com a segunda assertiva parece reafirmar a divisão sexual do trabalho. Entretanto, pode ser decorrência das condições precárias com que as mulheres adentram no mercado de trabalho e da falta de paridade salarial.

Segue abaixo o quadro completo, contendo o comparativo entre homens e mulheres, extraído da referida Pesquisa<sup>209</sup>:

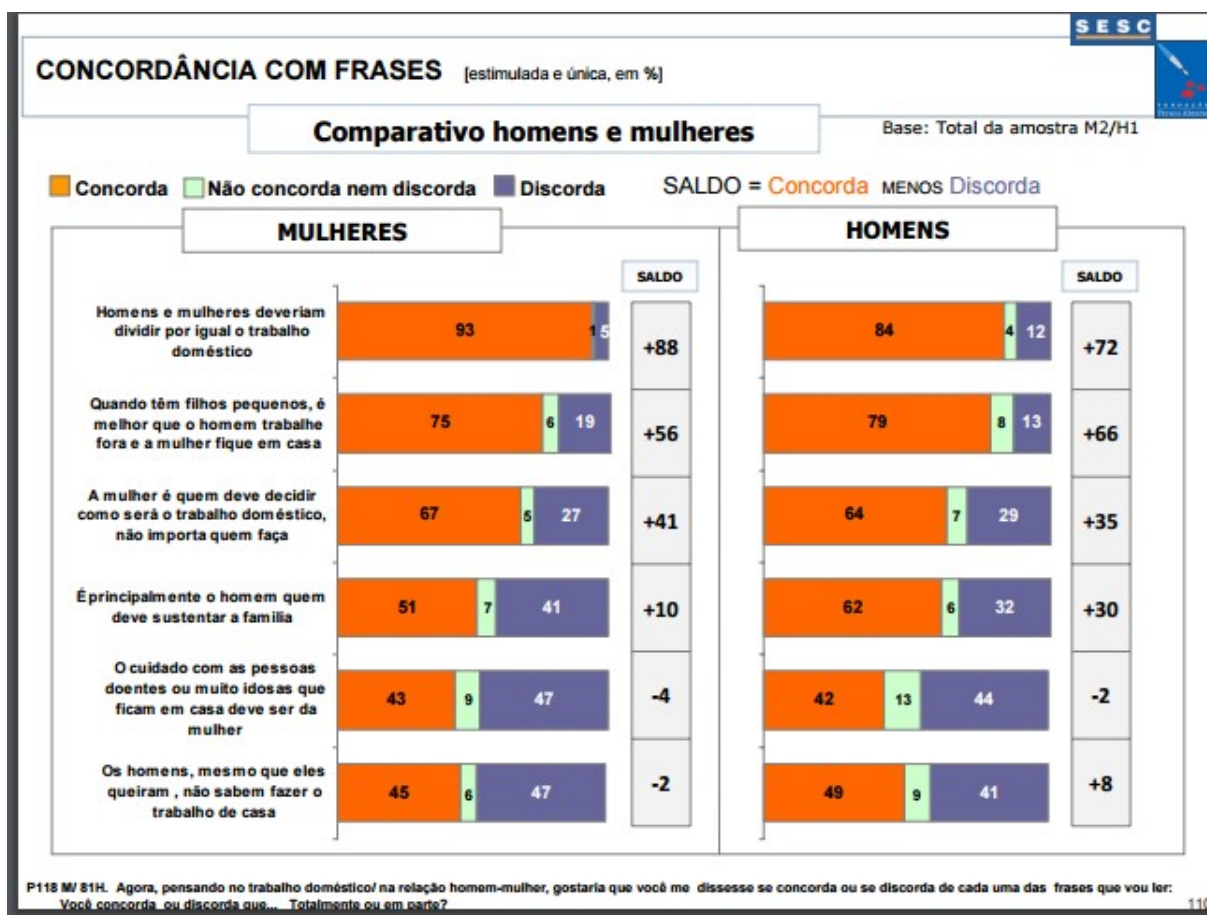
#### **Quadro 06**

---

<sup>208</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, *op. cit.*, p. 91.

<sup>209</sup> Pesquisa de opinião pública intitulada de *Mulheres Brasileiras e gênero nos Espaços Públicos e Privado*, realizada em agosto de 2010, pela Fundação Perseu Abramo, divulgada em <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>, acessível em 15/06/2016, p. 110.

**Quadro 06**



Os dados não deixam dúvidas quanto à persistência da divisão sexual do trabalho nas famílias contemporâneas, especialmente quando instados a se manifestar sobre a responsabilidade pelos filhos pequenos e pelo sustento da família. É interessante observar que 67% das mulheres concorda que é a própria mulher quem deve decidir como será executado o trabalho doméstico, não importa quem o faça, vale dizer, está culturalmente arraigada na cultura a crença de que as mulheres são melhor vocacionadas para as prendas domésticas, de modo que, em sua grande maioria, não oportunizam aos homens as decisões concernentes a esses afazeres.

Quando executados por pessoa interposta, não se tem dúvida quanto à natureza trabalhista dos afazeres domésticos, que ensejam, entre outros direitos trabalhistas, o pagamento de salário. Mas, quando executado pela mulher em favor da própria família, o serviço doméstico perde o caráter trabalhista. Nesse particular, afirma Dominique Fougeyrollas-Schwebel: “quando os mesmos bens são produzidos fora da família, o trabalho

que os produz é remunerado e, inversamente, o trabalho das mulheres permanece gratuito até mesmo quando sua produção é objeto de troca no mercado”.<sup>210</sup>

Evidentemente, o peso do trabalho doméstico produz reflexos no mercado de trabalho. Sobre esse aspecto, afirma Tâmara Amoroso Gonçalves: “a forma como são organizados os arranjos familiares e da divisão do trabalho doméstico interferem substancialmente na participação das mulheres na esfera pública, além de reforçar e perpetuar desigualdades percebidas e reais entre homens e mulheres”.<sup>211</sup>

A Nota Técnica IPEA n. 24, já referida, demonstra com clareza que a desigualdade salarial entre homens e mulheres ainda é um dado presente:

Ao longo dos últimos dez anos, o Brasil experimentou um movimento de contínuo crescimento da renda do trabalho. Entre 2004 e 2014, o rendimento médio da população ocupada apresentou um aumento real de quase 50%, passando de pouco mais de R\$ 1.000, em 2004 para R\$1.595, em 2014. Este crescimento foi maior para mulheres (61%) do que para homens (44%), sendo que o maior aumento foi para as mulheres negras (77%) e o menor para os homens brancos (43%). Houve, portanto, uma redução nas desigualdades salariais entre homens e mulheres e entre negros/as e brancos/as nos últimos dez anos. O gráfico 5 permite visualizar este movimento, ao apresentar informações sobre a proporção da renda masculina recebida pelas mulheres e a proporção da renda de homens negros e mulheres brancas e negras em relação à renda dos homens brancos, que constituem o grupo situado no topo da pirâmide salarial. **Em 2014, as mulheres ultrapassaram pela primeira vez o patamar de 70% da renda masculina; dez anos antes esta proporção era de 63%. No entanto, as mulheres negras ainda não alcançaram 40% da renda dos homens brancos<sup>4</sup>. Ou seja, apesar do movimento de aproximação dos rendimentos, é preciso destacar que este se dá de forma ainda lenta e desigual entre os grupos, não alterando de fato a estrutura das desigualdades: os homens continuam ganhando mais do que as mulheres (R\$1.831 contra R\$1.288, em 2014), as mulheres negras seguem sendo a base da pirâmide (R\$946 reais, em 2014) e homens brancos, o topo (R\$2.393 no mesmo ano), tal como indica o gráfico 6.**<sup>212</sup>

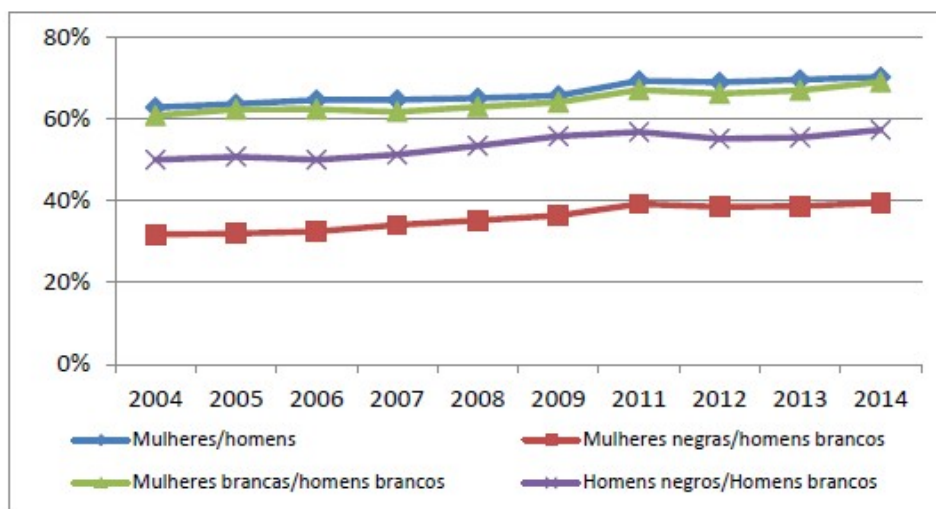
<sup>210</sup> Pesquisa de opinião pública intitulada de *Mulheres Brasileiras e gênero nos Espaços Públicos e Privado*, *op. cit.*, acessível em 15/06/2016, p. 257/258.

<sup>211</sup> GONÇALVES, Tâmara Amoroso, *op. cit.*, p. 91.

<sup>212</sup> [http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf), acessado em 12/06/2016, p. 13.

**Quadro 07**

**Gráfico 5 – Razão entre as rendas do trabalho principal da população ocupada de 16 anos ou mais de idade, segundo sexo e raça/cor. Brasil, 2004 a 2014**

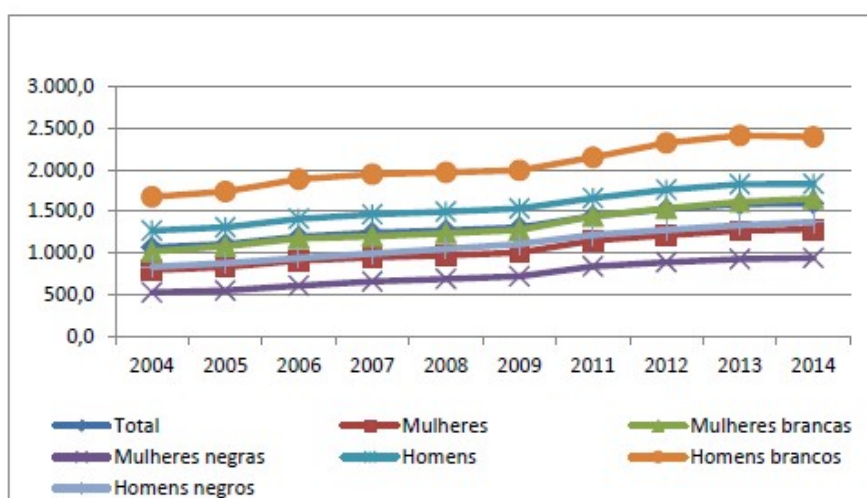


Fonte: Pnad/IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

**Quadro 08**

**Gráfico 6 – Rendimento médio do trabalho principal da população ocupada de 16 anos ou mais de idade, por sexo e raça/cor. Brasil, 2004 a 2014**



Fonte: Pnad/IBGE

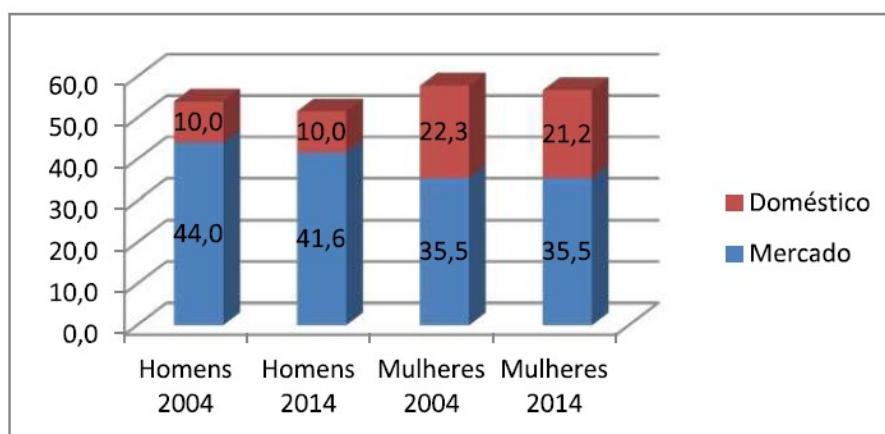
Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

Ainda sobre os efeitos que a desproporcionalidade dos afazeres domésticos ocasiona no mercado de trabalho, a Nota Técnica IPEA n. 24 aponta para o predomínio das mulheres em jornadas de trabalho inferiores aos dos homens, em virtude da menor disponibilidade ocasionada pelas responsabilidades domésticas:

A despeito de tão grande envolvimento no trabalho doméstico não remunerado, é bastante comum o discurso de que mulheres trabalham menos horas do que os homens. **Este é um discurso que se aplica exclusivamente ao mercado de trabalho, no qual as mulheres de fato apresentam jornadas médias inferiores às masculinas (ver gráfico 16), o que também é resultado, entre outros fatores, da menor disponibilidade em função das responsabilidades domésticas. No entanto, ao se considerar o acúmulo de trabalho para o mercado e trabalho doméstico, é possível ver nitidamente a sobrecarga do trabalho feminino e a dupla jornada mais intensa para mulheres.** As mulheres sempre estarão em patamar mais elevado que os homens quando se consideram as duas jornadas, o que pode ser visto no gráfico 16. E, o mais importante, esta não parece ter sido uma questão enfrentada pela sociedade brasileira, razão pela qual as desigualdades permanecem praticamente inalteradas desde que se tem informações sobre o tema na Pnad.<sup>213</sup>

### Quadro 09

**Gráfico 16 – Jornada total de trabalho da população ocupada de 16 anos ou mais de idade, por sexo e tipo de trabalho. Brasil, 2014.**



Fonte: Pnad/ IBGE.

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

Note-se que as posições de destaque no mercado de trabalho ainda são ocupadas predominantemente por homens, conforme demonstra estudo efetuado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT:

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou, nesta segunda-feira (12), um relatório que afirma que a participação das mulheres em cargos de chefia de empresas no mundo aumentou consideravelmente em 20 anos.

A publicação “Mulheres em Gestão e Negócios: ganhando impulso” com dados de 108 países, mostra que em 80 destes países houve um

<sup>213</sup> [http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf), p. 13, acessado em 12/06/2016, p. 23.

crescimento significativo da liderança feminina nas empresas, principalmente nas posições intermediárias. **No entanto, quase todas as empresas no mundo continuam sendo presididas por homens, e apenas 5% dos postos de chefia de empresas e de CEOs são ocupados por mulheres.**

Segundo a OIT, os melhores desempenhos foram registrados na Finlândia, na Noruega, no Reino Unido e na Suécia com mais de 20% das mulheres em altas posições nas empresas. No Brasil, o índice de ocupação feminina nestes cargos fica entre 5% e 10%, assim como a China, Itália, México e Espanha. Já o Chile, Índia, Japão e Portugal têm menos de 5% de mulheres nestas posições.<sup>214</sup>

Corroborando a assertiva acima, tem-se recente pesquisa divulgada pelo Conselho da Justiça Federal, acerca da participação das mulheres no Poder Judiciário, que revela que os mais altos postos do Judiciário Federal são ocupados por homens:

No último dia 10 de dezembro, o Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou uma série de relatórios com as opiniões e o perfil de servidores e magistrados de cada tribunal do país. É o segundo produto do Censo do Poder Judiciário, cujos resultados globais foram divulgados em junho passado. O levantamento, realizado no segundo semestre de 2013, teve a participação voluntária de 64% da magistratura e 60% dos servidores. Os relatórios inéditos traçam um diagnóstico individual de cada uma das 91 cortes brasileiras, além dos três conselhos superiores.

O objetivo do documento é fortalecer o momento de autoconhecimento da Justiça brasileira, pois está inserido nas expressivas transformações institucionais inspiradas nos novos paradigmas de gestão da sociedade contemporânea. A adesão dos magistrados foi bastante significativa, pois 64% (10.796) dos 16.812 magistrados em atividade prestaram informações.

**Os dados sobre a Justiça Federal, por exemplo, mostraram que a maioria dos magistrados federais é do sexo masculino (73,8%), contra 26,2% de mulheres.** Já a idade média dos magistrados federais é de 41 anos. A grande maioria dos juízes federais (79,5%) é casada ou vive em união estável.

No que se refere à cor e à raça dos juízes, apenas 0,1% são indígenas, 13,3% são negros e 86,6% são brancos. Quanto à percentagem de magistrados com deficiência, o documento mostrou que, na Justiça Federal, o número ainda é considerado muito baixo: apenas 0,5%. Em relação à classificação dos magistrados segundo a escolaridade, a pesquisa apontou que 0,7% possuem pós-doutorado, 7,3% doutorado, 40,1% mestrado e 28,6 % têm pós - graduação lato sensu.<sup>215</sup>

Os dados são alarmantes e refletem as implicações ocasionadas pela divisão sexual do trabalho dentro dos lares no mercado de trabalho feminino.

<sup>214</sup> Texto extraído de: <https://nacoesunidas.org/apenas-5-dos-cargos-de-chefia-sao-ocupados-por-mulheres-afirma-novo-relatorio-da-oit/>, acessado em 11/06/2016.

<sup>215</sup> Pesquisa divulgada no sítio do Conselho da Justiça Federal ([www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br)), acessado em 16/12/2014: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/dezembro/conheca-o-perfil-dos-magistrados-e-servidores-da-justica-federal>.



#### 2.4.4. São as mulheres retribuídas pela execução do trabalho doméstico?

Nos modelos familiares contemporâneos, em que ambos os cônjuges trabalham fora do lar e nem sempre empregam um trabalhador doméstico, o único momento em que a mulher é remunerada pela execução dos afazeres domésticos (ainda que de maneira transversa) é o da licença maternidade. O salário-maternidade é o único benefício previdenciário que integra o conceito de salário de contribuição, havendo posicionamento jurisprudencial do C. Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza remuneratória (e não indenizatória) do salário-maternidade, embora não haja prestação de serviço em favor do empregador (STJ, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Recurso Especial repetitivo 1230957/RS, j. 26/02/2014, por maioria, DJe 18/03/2014).<sup>216</sup> Também há decisões jurisprudenciais acerca da natureza remuneratória dos valores pagos pelo empregador no período de gozo da licença

---

<sup>216</sup> Ementa: “[...] 1.3 Salário maternidade. O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, “a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”. O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal. Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa. A incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.10.2007; REsp 886.954/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.6.2007; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008; REsp 891.602/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.8.2008; AgRg no REsp 1.115.172/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.9.2009; AgRg no Ag 1.424.039/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.040.653/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.9.2011; AgRg no REsp 1.107.898/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 17.3.2010. 1.4 Salário paternidade. O salário paternidade refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF/88, c/c o art. 473, III, da CLT e o art. 10, §1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário paternidade. Ressalte-se que “o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários” (AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.11.2009). [...]”

paternidade pelo empregado.<sup>217</sup> Além disso, as mulheres donas-de-casa integram a classe de segurados facultativos da Previdência Social (art. 13 da Lei 8.213/1991). Vale anotar que o salário-maternidade é pago pelo Instituto Nacional do Seguro, ao passo que o período em que o empregado se encontra em licença paternidade é remunerado pelo empregador.

Ainda assim, é questionável a existência de uma retribuição específica às mulheres pelo desempenho contínuo dessas tarefas (quando inexistente a participação masculina). Há quem considere que critérios diferenciados de aposentadoria são uma forma de compensação, conforme apontado anteriormente. Poder-se-ia cogitar, ademais, que nos modelos familiares tradicionais, em que o homem é responsável pelo sustento do lar e a mulher pelos cuidados com a família, a mulher receberia remuneração indireta pela sua execução, na medida em que o homem lhe provém o sustento. A meação, certamente, é uma forma de retribuição pela dedicação da mulher ao lar. Mas nem sempre a meação assumirá essa natureza. Em primeiro lugar, porque a assunção das responsabilidades do lar não necessariamente é uma escolha efetuada pela própria mulher. Conforme já apontado, a grande maioria das mulheres (mais de 90%) declara estar envolvida com o trabalho doméstico, ao mesmo tempo em que manifesta concordância com a assertiva de que deveriam dividir por igual o trabalho doméstico com os homens. Esses dados denotam tratar-se de um padrão cultural, que muitas vezes retira da mulher a capacidade de efetuar suas próprias escolhas. Em segundo lugar, devem ser considerados os casos em que a mulher trabalha fora (contribuindo para o sustento do lar) e acumula os afazeres domésticos em dupla jornada. Sem dúvida, havendo a contribuição de ambos os cônjuges para o sustento do lar e formação do patrimônio familiar, a meação perde a natureza de retribuição. A ausência dessa natureza se torna ainda mais evidente, quando a mulher tem remuneração superior ao do marido, embora essa não seja a regra prevalecente na

---

<sup>217</sup> “TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE: LICENÇA PATERNIDADE, SALÁRIO-MATERNIDADE, HORAS EXTRAS, ADICIONAL NOTURNO, ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, FÉRIAS GOZADAS. 1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.230.957/RS, processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou a compreensão no sentido de que o salário maternidade e o salário paternidade têm natureza salarial, devendo sobre eles incidir a contribuição previdenciária. 2. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 1.358.281/SP (Rel. Min. Herman Benjamin, Sessão Ordinária de 23.4.2014), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, pacificou orientação no sentido de que incide contribuição previdenciária (RGPS) sobre as horas extras e respectivo adicional, e sobre os adicionais noturno e de periculosidade. 3. A orientação desta Corte é firme no sentido de que o adicional de insalubridade possui natureza remuneratória, sujeitando-se à incidência da Contribuição Previdenciária. Precedentes: AgRg no AREsp 631.881 / GO, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 9/3/2015, AgRg no Ag 1.330.045 / SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 25/11/2010, AgRg no REsp 1.480.163 / RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 9/12/2014. 4. O pagamento de férias gozadas possui natureza remuneratória e salarial, nos termos do art. 148 da CLT, e integra o salário de contribuição. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.346.782 / BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 16/9/2015; AgRg nos EREsp 1.510.699 / AL, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 3/9/2015. 5. Agravo regimental não provido.” (Agresp 1487689, processo 201402637259, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 16/02/2016, v.u., DJE 23/02/2016).

sociedade brasileira, conforme já anotado. Em terceiro lugar, observa-se que a meação existe quando há patrimônio envolvido, ou seja, quando os cônjuges empenham esforços conjuntos na aquisição de bens em prol da família. É certo que, na ausência de bens do casal, não há falar-se em meação e, por conseguinte, não será a mulher dona-de-casa beneficiária dessa forma de retribuição.

O labor doméstico pode assumir natureza trabalhista, mas nem sempre será assim reconhecido. A prestação do serviço doméstico enseja o pagamento de salário e reconhecimento dos demais direitos trabalhistas apenas quando executado por *empregadas domésticas*. Quando executado pela própria mulher no âmbito privado do lar, não há falar-se em direitos de natureza trabalhista, ficando a mulher à míngua de uma retribuição adequada, com as ressalvas antes efetuadas.

#### *2.4.5. A Emenda Constitucional 72/2013: acertos e desacertos.*

Recentemente, foi alterado o tratamento constitucional conferido aos empregados domésticos, com ampliação de seus direitos, minimizando a discriminação negativa até então suportada. Trata-se de uma medida jurídica que se destinou a assegurar a isonomia, pois o trabalho doméstico sempre foi visto com muito desprezo (tanto em relação à dona de casa que o executa, como em relação à empregada doméstica, que não tinha todos os direitos trabalhistas reconhecidos). O intuito de propiciar maior reconhecimento ao trabalhador doméstico foi acertado.

Entretanto, a meu ver, a equalização do trabalho doméstico com a concessão dos direitos reconhecidos aos demais trabalhadores não foi o melhor caminho, quando se trata da execução de afazeres domésticos. Explico-me. À primeira vista, a redação introduzida pela EC 72/2013 representou avanço no patamar de igualização dos domésticos aos demais trabalhadores rurais e urbanos, colocando fim à discriminação determinada pelo texto constitucional originário. Todavia, ao sopesarem-se individualmente os direitos então concedidos, algumas distorções são vistas, tal como ocorre na fixação da jornada de trabalho. Anteriormente à alteração introduzida pela EC 72/2013, não se aplicava aos domésticos a regra contida no inciso XIII, que prevê “a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Com a aplicação do inciso XIII aos trabalhadores domésticos, duas consequências jurídicas são constatadas: a) os domésticos farão jus a horas extras, quando ultrapassarem a jornada de 8 horas diárias; b) os domésticos farão jus ao salário-mínimo proporcional (denominado *salário-mínimo hora*) e férias inferiores a 30 (trinta) dias, quando a jornada de trabalho não exceder a 25 (vinte e cinco) horas semanais. Nesse caso, tratando-se de regime de tempo parcial, torna-se legítimo o pagamento de salário inferior ao mínimo, desde que respeitado o valor do salário-mínimo hora. Nesse sentido, a Orientação Jurisprudencial 358, da Seção de Dissídios Individuais 1, do Tribunal Superior do Trabalho, com novo enunciado divulgado em 19, 22 e 23/02/2016, no DEJT.

OJ 358 – SDI 1. SALÁRIO MÍNIMO E PISO SALARIAL PROPORCIONAL À JORNADA REDUZIDA. POSSIBILIDADE. EMPREGADO SERVIDOR PÚBLICO.

I – Havendo contratação para cumprimento de jornada reduzida, inferior à previsão constitucional de oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento do piso salarial ou do salário mínimo proporcional ao tempo trabalhado.

II – Na Administração Pública direta, autárquica e fundacional não é válida remuneração de empregado público inferior ao salário mínimo, ainda que cumpra jornada de trabalho reduzida. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Assim, acaso o trabalhador doméstico tenha sido contratado para trabalhar com jornada de 24 horas semanais, em dias intercalados, ser-lhe-á devido o valor correspondente a 54% do salário mínimo, aproximadamente. O mesmo acontece no caso desse trabalhador doméstico laborar por 4 (quatro) horas diárias, de segunda a sexta. A possibilidade de pagamento do salário mínimo proporcional (respeitado o salário-mínimo hora) está inserta no Art. 3º, §1º, da Lei Complementar 150/2015.<sup>218</sup>

Ocorre que, de modo geral, o trabalho doméstico é executado em espaços de tempo inferiores a oito (oito) horas diárias, e sem a supervisão do empregador doméstico que, no mais das vezes, é a mulher, mãe de família, que trabalha fora do lar. A fixação de jornada rigorosa de trabalho, com a previsão de pagamento de adicional de horas extras, altera a dinâmica dessa relação de emprego, provocando duas consequências negativas, quais sejam: a) a preterição do estabelecimento dessa relação de emprego (que passa a ser substituída por diaristas, sem vínculo empregatício); e b) a otimização dos poderes do empregador (mormente de fiscalização e controle). Se antes predominava o desempenho das atividades de trabalho concernentes, sem

<sup>218</sup> Lei Complementar 150/2013. Art. 3º. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda 25 (vinte e cinco) horas semanais. §1º. O salário a ser pago ao empregado sob regime de tempo parcial será proporcional a sua jornada, em relação ao empregado que cumpre, nas mesmas funções, tempo integral.

qualquer fiscalização e controle por parte dos empregadores domésticos, hoje se começa a pensar na otimização de formas desse controle, como a instituição de ponto eletrônico dentro dos lares e a instalação de câmeras de vigilância com acesso via *internet*, com o intuito de se coibir abusos e de legitimar o pagamento de salário inferior ao mínimo (respeitado o salário-mínimo hora), para jornadas em regime de tempo parcial.

Assim, se de um lado a Emenda Constitucional possibilitou o pagamento de horas extras em prol das empregadas domésticas, por outro lado permitiu o pagamento de salário-mínimo proporcional para jornadas em regime de tempo parcial, o que pode representar uma diminuição salarial, especialmente nos casos em que a relação de emprego era exercida por tempo inferior a 44 (quarenta e quatro) horas semanais, e sem controle ou fiscalização de jornada.

Além do direito a horas extras e da contratação em regime de tempo parcial, a Emenda Constitucional 72/2013 passou a assegurar seguro-desemprego, FGTS, adicional noturno, salário-família, proteção contra despedida arbitrária, creche para crianças até 5 anos e seguro contra acidente de trabalho (SAT), impondo um ônus maior ao empregador.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível prever que a Emenda Constitucional 72/2013 venha a ocasionar a elevação do índice de desemprego para os domésticos e uma maior dificuldade de formalização da relação de trabalho. Nesse particular, observa-se que, embora fosse constatada na última década uma tendência de aumento da formalização da relação de emprego, as trabalhadoras domésticas continuam seguindo sem acesso à carteira de trabalho, sendo que houve uma interrupção nessa mesma tendência no ano de 2014, possivelmente ocasionada pela EC 72/2013, conforme apurado pelo IPEA, na Nota Técnica 24:

Em 2013, foi aprovada emenda constitucional que ampliou para as trabalhadoras domésticas alguns direitos já conquistados pelo conjunto de trabalhadores urbanos desde 1988. [...]. Mais significativo que o atraso de décadas e o debate suscitado pelas alterações legais é o fato de a maior parte das trabalhadoras domésticas seguirem desprotegidas socialmente, sem acesso à carteira de trabalho, direitos ou previdência – e, portanto, aos “novos” direitos conquistados. [...] Apesar do aumento da formalização nos anos recentes, os patamares atuais ainda são muito baixos. **Em 2014, menos de um terço das trabalhadoras domésticas tinham carteira assinada. Isto significa que espantosos 70% da categoria não têm garantidos direitos básicos, como licença maternidade, licença médica, férias remuneradas, 13º salário ou aposentadoria.** [...]

**Os dados do último ano apontam uma interrupção na tendência de crescimento da formalização. Isto pode estar relacionado à conjuntura econômica, em geral, ou ao contexto específico relacionado à regulamentação do emprego doméstico, com a aprovação da Emenda**

**Constitucional nº 72, em 2013.** Esta informação deve ser, portanto, monitorada nos próximos anos, para que se verifique se se trata de uma tendência – e, neste caso, a que fatores está relacionada – ou somente de uma oscilação, como ocorreu em 2012.

Um fenômeno mais recente observado no emprego doméstico – e que deve ser incorporado à análise dos impactos das mudanças legais e das tendências de (in)formalização da categoria nos anos recentes – **é o aumento do número de trabalhadoras que prestam serviços em mais de um domicílio.** [...] Como era de se esperar, as diaristas que têm carteira assinada compõem a minoria tanto no grupo de trabalhadoras domésticas brancas quanto no de negras (4,9 e 3,4%, respectivamente). **Já as diaristas sem carteira e as mensalistas com carteira têm peso equivalente em ambos os grupos.**<sup>219</sup>

Ao mesmo tempo em que se constata uma interrupção na tendência de crescimento da formalização, o número de *diaristas* apresenta crescimento, pois, “para todos os grupos raciais, observa-se, na década, um crescimento de mais de 10 pontos na proporção de ‘diaristas’”.<sup>220</sup> Os *diaristas* caracterizam-se pela informalidade da relação de trabalho, embora tenham a possibilidade de contribuírem para a previdência social como autônomos. Ainda é precoce a afirmativa de que a Emenda Constitucional n. 72/2013 tenha propiciado a diminuição da formalização e aumento na busca por *diaristas*. Mas há sinais indicativos de que estes sejam efeitos da referida emenda.

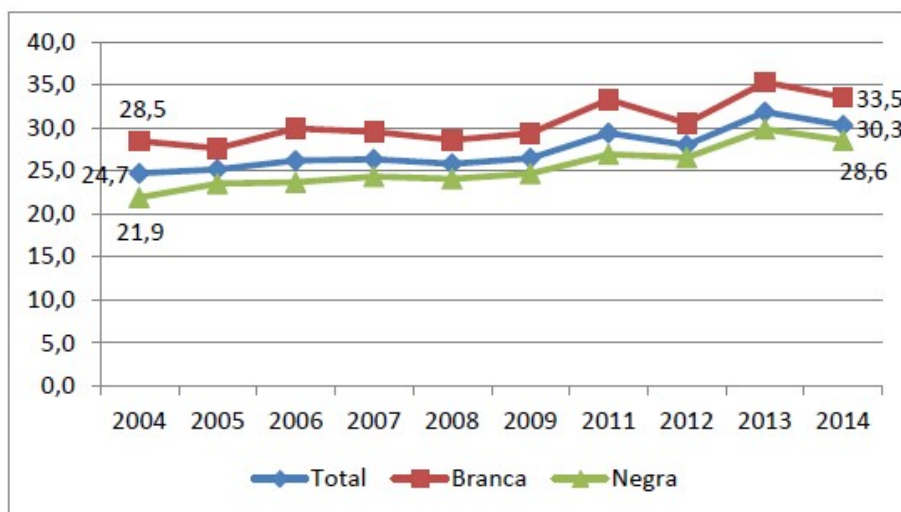
Por essa razão, acredito que o tratamento jurídico mais adequado seria, quando da previsão do seguro-desemprego, FGTS, adicional noturno, salário-família, proteção contra despedida arbitrária, creche para crianças até 5 (cinco) anos e seguro contra acidente de trabalho (SAT), a criação de uma legislação específica que atentasse à possível tendência pela informalidade. Nesse passo, parece-me apropriada a criação de regra legislativa que autorize a contratação de um mesmo profissional por dois ou mais empregadores domésticos, mediante a formalização do vínculo *duplo* ou *múltiplo* na carteira de trabalho, à semelhança do que ocorre com empregados que prestam serviços a empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Com isso, dois ou mais empregadores domésticos poderão contratar um mesmo profissional, e dividir a jornada de trabalho e os encargos trabalhistas correspondentes (mediante responsabilidade solidária, inclusive), o que minimizará os custos inerentes à formalização e propiciará maior segurança na relação entre empregador e empregado domésticos. Por conseguinte, abrir-se-á espaço para formalização da relação de emprego, até mesmo em se tratando de *diaristas*.

<sup>219</sup> [http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf), p. 13, acessado em 12/06/2016, p. 14/19.

<sup>220</sup> [http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf), p. 13, acessado em 12/06/2016, p. 14/19.

**Quadro 10**

**Gráfico 10 – Proporção de trabalhadoras domésticas com carteira de trabalho assinada, por cor/raça. Brasil, 2004 a 2014**



Fonte: Pnad/IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

Enfim, ainda quando prestado por interposta pessoa, o trabalho doméstico não recebeu o tratamento jurídico mais adequado, o que também consiste em obstáculo para o equilíbrio dentro dos lares. Mesmo porque não são todas as famílias que detêm condições financeiras de contratar empregados domésticos, sendo este um fato notório.

## 2.5. A maternidade e os efeitos sociais sobre a mulher.

A divisão sexual do trabalho é um dado persistente também no que concerne aos cuidados com as crianças. Conforme se constata em estudo denominado de Estatísticas do Registro Civil 2013, elaborado pelo IBGE, nos casos de divórcios, predomina maciçamente a responsabilidade das mulheres pela guarda dos filhos menores (86,3%), sendo que apenas em 6,8% dos casos a guarda compartilhada é adotada no país<sup>221</sup>:

<sup>221</sup> <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>

**Quadro 11**

Estatísticas do Registro Civil 2013		IBGE
<b>Destaques</b>		
•	2013: prevalência das mulheres na responsabilidade pela guarda dos filhos menores:	86,3%
•	A guarda compartilhada ainda é uma situação pouco observada no País, porém crescente:	
	6,8% (2013) e 6,0% (2012)	
	– Pará: 11,4%	
	– Amazonas: 10,8%	

Esses dados reforçam a predominância da responsabilidade da mulher nos cuidados com os filhos, também durante o casamento, pois há uma tendência notória de que os filhos permaneçam com a pessoa até então responsável pelos seus cuidados diários. Não me parece que se possa atribuir a pouca utilização da guarda compartilhada à omissão masculina ou rejeição feminina em observá-la. Trata-se, a meu ver, de uma decorrência dos padrões culturais, em que há predominância das mulheres no cuidado com os filhos, de forma que esta se faz presente também no momento de divisão da guarda dos filhos. Além disso, divórcios compreendem, de modo geral, momentos emocionalmente delicados e constrangedores para o casal que se desfaz e para seus filhos, de forma que mudanças substanciais nos padrões de criação dos filhos até então observados não mostrem oportunas quando do término da relação.

A maternidade pode, assim, vir a consistir em um fator de opressão, privando-a de seu desenvolvimento pessoal e profissional. Conquanto seja tida pela sociedade como opção da mulher, a decisão sobre os rumos da criação, desde o nascimento, ou quanto à adequação da maternidade ao seu desenvolvimento profissional, é passível de conflitos que assumem diversos matizes.

O ordenamento jurídico confere à mãe o direito de licenciar-se do trabalho pelo período de 4 meses (ou 6 meses), logo após o nascimento, a fim de prestar os cuidados iniciais ao bebê recém chegado. A *licença maternidade* consiste em direito com *status* constitucional, fruto de reivindicações femininas. Entretanto, o ordenamento jurídico não possibilita que, de comum acordo, o casal venha a optar pelo gozo da licença maternidade pelo homem. Sem dúvida, há situações em que esta medida pode se mostrar mais adequada ao casal e à criança, como nos casos em que a mãe é profissional liberal, responsável pela maior parte dos ganhos do casal, e o pai é trabalhador assalariado. Se a mulher permanecer afastada de suas atividades,



os ganhos diminuem drasticamente, em prejuízo da qualidade de vida ofertada à criança recém-nascida.

A discriminação da mulher no mercado de trabalho em virtude da maternidade é um fato notório, tanto que a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT prevê normas proibitivas da utilização do sexo biológico como critério para admissão ou manutenção da relação de emprego e valor da remuneração, bem como exigências de exames ou atestados destinados a comprovar estado de esterilização ou de gravidez. Nesse particular, merecem destaque o Art. 373-A, o Art. 391 e o Art. 391-A, todos da CLT.<sup>222</sup>

Segundo Alice Monteiro de Barros, “inobstante os referidos preceitos, é comum o empregador investigar as circunstâncias pessoais, como estado civil ou gravidez da mulher e levar a cabo a discriminação na época de seleção de pessoal ou no curso da relação de emprego”<sup>223</sup>.

Outra faceta que a opressão assume quando a mulher decide ser mãe, refere-se à saúde física e mental, e é apontada por Ana Cláudia Andreucci:

É fenômeno notório e corriqueiro entender como ‘natural’ a existência da tripla jornada para a mulher, responsável por reger de maneira impecável a carreira, os filhos e a sua casa. Percebemos que tais transformações têm afetado sobremaneira a saúde física e psíquica das mulheres, e já vêm sendo levantadas como questão de ordem para as feministas do mundo todo, sociedade civil em geral, bem como os atores governamentais. O aumento de mulheres vitimadas pelo stress, o transtorno obsessivo-compulsivo pela luta contra o relógio e, principalmente, a eterna cobrança no desenvolvimento de todas as atividades que lhe são impostas com excelência e qualidade

<sup>222</sup> **Art. 373-A.** Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. **Art. 391.** Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez. **Art. 391-A.** A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

<sup>223</sup> BARROS, Alice Monteiro, *op. cit.*, p. 884.

ocasionaram à mulher o aumento e desenvolvimento de inúmeras doenças de ordem psicossomática, câncer de mama e útero, cardiopatias e obesidade.<sup>224</sup>

O comprometimento da saúde física e mental da mulher ocasionado pela sobrecarga de tarefas é um dos efeitos decorrentes da maternidade, quando aliada à falta de participação do parceiro, de familiares ou profissionais remunerados.

## 2.6. Moral dupla: virtudes de gênero e sexualidade.

Segundo Alexandra Kollontai, autora pioneira do feminismo no Século XIX, são virtudes morais eminentemente femininas a *doçura*, *passividade* e *submissão*, ao passo que são virtudes masculinas *firmeza*, *decisão* e *energia*.<sup>225</sup>

Desde a mais tenra idade, homens e mulheres têm sido historicamente educados com padrões diferenciados para, na idade adulta, desempenharem as atribuições de gênero esperadas. Na concepção tradicional da família, a divisão sexual do trabalho manifestava-se do seguinte modo: ao homem competia a chefia e o sustento do lar (função de produção), e à mulher, os cuidados do lar e da família (função de reprodução). Para tornar as mulheres capazes de suportar a condição que lhes era impingida, já que não tinham qualquer perspectiva de participação na esfera pública, sua educação moral se dava com o reforço de valores específicos, identificados por Alexandra Kollontai como *virtudes femininas*.<sup>226</sup>

Mudanças ocorreram com o passar dos anos: as mulheres adentraram em peso ao mercado de trabalho e avançaram nos estudos, chegando a ultrapassar os homens no Brasil. Entretanto, não raro carregam consigo resquícios das antigas *virtudes femininas*, capazes de lhes prejudicar a competitividade necessária para galgar postos mais altos de trabalho. Além disso, por conta da discriminação, mulheres muitas vezes aceitam trabalhar em condições precárias e de submissão, temendo pelo sustento seu e de seus filhos. Logo, características que a princípio são valorizadas numa mulher, acabam se tornando um óbice para o seu sucesso profissional, tanto que Karl Marx já ao seu tempo afirmou: “[...] as virtudes que melhor caracterizam a mulher se voltam contra ela própria. Aquilo que há de ternura e de moralidade na sua natureza transforma-se no instrumento de sua escravidão e da sua miséria”.<sup>227</sup> Em

<sup>224</sup> ANDREUCCI, *op. cit.*, p. 120

<sup>225</sup> KOLLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*, Tradução Roberto Goldkorn, São Paulo: Global (composto e impresso na Editora Parma Ltda., São Paulo), 1978, p. 14.

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>227</sup> MARX, Karl, *Sobre a mulher*, Revisão Armandina Venâncio, 3a edição, São Paulo: Global Editora, Coleção Bases n. 17, 1981, p. 91.

verdade, décadas se passaram desde os primórdios do feminismo, porém todo arcabouço moral ainda é voltado a qualificar a mulher para o lar, embora a esta sejam oportunizados estudo e trabalho.

Sobre o sentimento de culpa, Heleieth I. B. Saffioti afirma que “as mulheres são treinadas para sentir culpa” e “ainda que não haja razões aparentes para se culpabilizarem, culpabilizam-se, pois vivem numa civilização da culpa”.<sup>228</sup> Segundo Tâmara Amoroso Gonçalves, a condição suportada pelas mulheres afeta também sua autoestima e seu modo de vida:

Sabe-se que desiguais oportunidades profissionais e menor valorização no mercado de trabalho, além de afetar drasticamente a autoestima das mulheres, contribuem para que estas sejam menos autônomas e, em muitas situações, tenham dificuldades no exercício pleno de sua cidadania.

Analfabetismo, discriminação no acesso à educação e ao mercado de trabalho, menores salários (em relação aos homens) impactam negativamente outras esferas da vida das mulheres: uso do tempo livre, relacionamento com parceiros, saúde...<sup>229</sup>

Outra série de regramentos morais, oriundos do nascimento da forma familiar tradicional, dizem respeito à sexualidade feminina. Ideias de virgindade, de resguardo sexual, de negativa de prazer advêm de uma época em que não havia métodos contraceptivos, nem tampouco exames de DNA, aptos a detectar a paternidade. Por conta disso, estabeleceu-se um regramento moral dúbio, de forma que condutas similares recebem julgamento moral diferenciado, quando praticadas por homens e mulheres. A essa duplicidade, deu-se o nome de *moral dupla*, ou seja, paradigma moral responsável pela educação das mulheres e homens de modos diversos. Nesse particular, observa Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Ademais, o objetivo fundamental da *família juridicamente protegida do Código Civil de 1916* era, além de manter o modelo econômico da época, de garantir que o patrimônio do homem continuasse com membros “do seu sangue”. Nesse sentido, **a castidade da mulher era colocada como condição para sua respeitabilidade**, visto que, embora a verificação da maternidade sempre tenha sido de fácil constatação e certeza, porque a mulher é quem traz a criança ao mundo, com relação ao homem essa certeza já não existia, uma vez que inexistiam exames médicos que comprovassem com segura margem de certeza que o(a) filho(a) era dele, donde a lei civil fixava prazos dentro dos quais se presumia que o filho fosse do homem segundo o lapso temporal do nascimento comparado com o início ou término da relação amorosa. (grifos nossos)<sup>230</sup>

<sup>228</sup> SAFFIOTI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>229</sup> GONÇALVES, Tâmara Amoroso, *op. cit.*, p. 89.

<sup>230</sup> VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 159/160. Ainda sobre a forma jurídica familiar do Século XX: “Nela, o marido era o chefe da sociedade conjugal, cabendo exclusivamente a ele a direção desta e restando à mulher a mera tarefa de administradora do lar e responsável pela educação dos filhos, sempre de acordo com os desígnios de seu marido –

Segundo Alexandra Kollontai, a *moral dupla* é o principal mecanismo responsável pela submissão e passividade da mulher diante dos fatores que a oprimem, pela sua manutenção em condição de dependência econômica do marido (ou do pai, quando não é casada), e pela fragilidade feminina no mercado de trabalho.<sup>231</sup> Ainda hoje essas características são prejudiciais, se considerado, ademais, que diminuem a capacidade das mulheres de lutar pela igualdade. Essa faceta é bem desenhada por Heleieth I. B. Saffioti:

Apresentando baixa cultura geral e ínfima capacidade crítica, a maioria das brasileiras pode ser enquadrada na categoria *conservadoras*, ainda separando mulheres femininas de mulheres feministas, como se estas qualidades fossem mutuamente exclusivas. Isto dificulta a disseminação das teses feministas, cujo conteúdo pode ser resumido em *igualdade social para ambas as categorias de sexo*. Por conseguinte, a maior parte das mulheres mantém atitudes contrárias a ações afirmativas governamentais, que poderiam contribuir grandemente para o avanço das transformações sociais desejadas pelos defensores de direitos humanos, neles inclusa a metade feminina da população.<sup>232</sup>

Assim, o diminuído número de mulheres no Legislativo é um indício de como a *moral dupla* atua na capacidade de decisão e na força política das mulheres. Tem-se aqui estabelecido um ciclo vicioso: as mulheres não participam da política em razão da situação que suportam e, por conseguinte, não conseguem da política bem se servir para mudar essa situação.

## 2.7. As demandas por redistribuição e reconhecimento em Nancy Fraser.

Os movimentos feministas não são uníssonos. Embora todos se dediquem à busca da igualdade, os caminhos seguidos para a realização desse ideal são diversificados e, algumas vezes, controversos. Dentro dos liames do feminismo, são vistas divergentes políticas, como a política da diferença ou identidade e a política da igualdade, ambas apontadas por Nancy Fraser, em seus estudos sobre ética e reconhecimento.<sup>233</sup>

---

tanto que, ao casar, a mulher deixava de ser plenamente capaz para atuar na vida civil, tornando-se relativamente incapaz e passando a ter o seu patrimônio administrado pelo marido. Mesmo porque esse era o papel visto como 'decente' à mulher, tanto que ela tinha enorme dificuldade para conseguir trabalhos remunerados devido à forte carga de preconceito que sofria nesse sentido. Essa colocação do homem em posição hierarquicamente superior à da mulher no casamento civil decorreu da postura machista da época, na qual a mulher não era considerada tão capaz quanto o homem para atuar na vida social – preconceito até então historicamente consagrado. Dito modelo não visava (ao menos primordialmente) a manutenção de uma determinada moralidade familiar, mas principalmente preservar o modelo patrimonialista, que, editado sob a inspiração do liberalismo individualista, alçou a propriedade e os interesses patrimoniais a pressupostos nucleares de todos os direitos privados, inclusive do Direito de Família" (VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 159).

<sup>231</sup> KOLLONTAI, A Nova Mulher e a Moral Sexual, *op. cit.*, p. 51.

<sup>232</sup> SAFFIOTI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>233</sup> FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética?* Lua Nova, São Paulo, 70: 101-138, 2007.

### 2.7.1. Política de identidade versus política de igualdade.

A primeira, política da identidade ou da diferença, se funda no multiculturalismo e compreende demandas por reconhecimento. As mulheres que se alinham a essa política almejam ser reconhecidas em suas diferenças: constroem o feminismo como uma luta voltada ao reconhecimento de uma identidade ou código cultural. De outro lado, há a política da igualdade, de cunho social, que abrange, em sua essência, demandas por redistribuição que assegurem igualdade de oportunidades. Embora não sejam políticas excludentes entre si, a implementação conjunta pode se dar de forma contraditória.

Para melhor compreensão dessa contradição, cito como exemplo os caminhos comumente sustentados nos movimentos feministas em relação aos cuidados com os filhos: a) reconhecimento jurídico do papel predominantemente desempenhado pelas mulheres, caso em que as demandas se voltam a reafirmá-lo para, então, compensá-lo por meio de leis que criem direitos exclusivamente às mulheres, como foi o caso da licença maternidade (política da diferença fundada no reconhecimento); b) desconstrução desse papel, com a libertação da mulher do ônus prioritário desses cuidados, caso em que as demandas voltam-se a propiciar igualdade de condições às mulheres em relação aos homens, como é o caso da licença parental (política da igualdade fundada na redistribuição).

Para Nancy Fraser, os aspectos emancipatórios das duas políticas precisam ser integrados em um modelo mais abrangente e singular, mediante a elaboração de um conceito amplo de justiça que consiga acomodar tanto as reivindicações defensáveis de igualdade social, quanto as de reconhecimento da diferença.<sup>234</sup> Esclarecendo esse ponto, Susana Castro aduz que as injustiças possuem duas dimensões, uma econômica (de classe) e outra cultural:

Assim, a mulher dona de casa que não recebe nenhum tipo de remuneração por seu trabalho doméstico sofre um tipo de exploração econômica, mas ao mesmo tempo, ela sofre os efeitos da dominação cultural masculina que desvaloriza o trabalho doméstico por considera-lo inferior aos outros tipos de trabalho exercidos pelos homens.<sup>235</sup>

Para solucionar a difícil tarefa de integrar redistribuição e reconhecimento, Nancy Fraser os relaciona com moralidade e ética, conceituando a primeira com questões concernentes ao *correto* e o *justo* e a segunda, com a relação entre o *bem* e *boa vida*. Para a

---

<sup>234</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 103.

<sup>235</sup> CASTRO, Susana de. *Nancy Fraser e a Teoria da Justiça na Contemporaneidade*, Revista Redescições – Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana, Ano 2, Número 2, 2010.

autora, o contraponto entre distribuição e reconhecimento, traz, em si, um embate entre moral e ética, ou seja, entre o que é *correto* e o que *faz bem* ao indivíduo.

Para Nancy Fraser, muitas vezes, a moral e a ética caminham juntas: o correto é o que nos faz bem, sendo o inverso também verdadeiro. Outras vezes, a moral se sobrepõe à ética, de forma que são institucionalizados padrões comportamentais, culturais e sociais, que excluem alguns grupos do universo do bem estar. Nesse contexto, surge um desafio para o Direito consistente em definir se o *justo* diz respeito efetivamente ao que é correto ou ao que proporciona o bem estar.<sup>236</sup> Para a autora, a disputa entre o correto e o bem estar complicam o problema de integrar redistribuição e reconhecimento, razão pela qual se propõe a abraçar o desafio de construir uma política de reconhecimento que englobe valores éticos (concernentes ao bem estar) e valores morais (concernentes ao certo e errado).<sup>237</sup>

### 2.7.2. *A propositura de um modelo abrangente de reconhecimento e redistribuição.*

Sua estratégia é o rompimento com o modelo padrão de reconhecimento, que é o da *identidade*, por considera-lo profundamente problemático, já que enfatiza a estrutura psíquica em detrimento das instituições sociais e de interação social. Na visão Nancy Fraser, o modelo de identidade posiciona o grupo como objeto de reconhecimento, enfatizando a elaboração e a manifestação de uma identidade coletiva autêntica, auto-afirmativa e auto-poietica, submetendo os membros individuais a uma pressão moral a fim de se conformarem à cultura do grupo. O resultado é a imposição de uma identidade de grupo singular e drasticamente simplificada, que nega a complexidade da vida dos indivíduos, a multiplicidade de suas identificações e as intersecções de suas várias afiliações, o que tende a promover o separatismo. A negativa da heterogeneidade dos membros reforça, por conseguinte, a dominação interna, com formas repressivas de comunitarismo. E o não reconhecimento, quando ocorrido, implica depreciação e deformação na identidade de grupo.<sup>238</sup>

Nancy Fraser combate, em realidade, o modelo padrão de identidade de classe, utilizado pelas feministas marxistas para submeter as demandas de gênero à luta de classes, que se mostrou inadequadamente reducionista, ao restringir todas as demandas sociais a questões estritamente econômicas. Em sua visão, a criação de uma identidade de grupo acaba por reduzir

---

<sup>236</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 104/105.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 104/105.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 106.

a capacidade de superação de todos os elementos causadores da desigualdade suportada em níveis diferenciados por cada membro daquele grupo. Exemplificando: é possível a identificação de uma situação comum enfrentada por todas as mulheres que as coloca num patamar de desigualdade social. Mas isso não faz com que todas as demandas femininas se restrinjam a essa situação comum, como se a superação desta fosse capaz de neutralizar os efeitos da desigualdade provocados por particularidades pertencentes a cada grupo (mulheres solteiras, mulheres mães, mulheres negras, mulheres lésbicas, mulheres deficientes etc.). Todas enfrentam condições de desigualdade em relação aos homens, mas os elementos causadores dessa desigualdade são variados e não podem ser olvidados. Nesse passo, o reconhecimento do gênero como categoria social não propiciará, por si só, a superação de todas as particularidades suportadas pelas mulheres, mas é, certamente, um importante passo na promoção da igualdade para os mais diversos liames desses movimentos. Segundo Nancy Fraser, a união de propósitos é recomendável, mas desde que não prejudique a “multiplicidade de suas identificações e as interseções de suas várias afiliações”.<sup>239</sup>

Por essa razão, a autora propõe tratar o *reconhecimento* como uma questão de *status social*, em que se perceba que grupos menos favorecidos ou excluídos não ocupam o mesmo patamar dos demais grupos. Dentro dessa perspectiva, o reconhecimento a ser buscado não é o da identidade específica de um grupo, mas sim da condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social. Deste modo, quando se fala em *não reconhecimento*, aduz-se a uma situação de *subordinação social*, em que o indivíduo é privado de *participar como um igual* na vida social. Assim, o reconhecimento a ser buscado não é o do modelo de identidade, mas o do modelo de *status*, o qual compreende “uma política que visa a subordinação, fazendo do sujeito falsamente reconhecido um membro integral da sociedade, capaz de participar com os outros membros como igual”.<sup>240</sup> Afirma Nancy Fraser:

Permitam-me elaborar. Entender o reconhecimento como uma questão de *status* significa examinar os padrões institucionalizados de valoração cultural em função de seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais. Se e quando tais padrões constituem os atores como *parceiros*, capazes de participar como iguais, com os outros membros, na vida social, aí nós podemos falar de *reconhecimento recíproco e igualdade de status*. Quando, ao contrário, os padrões institucionalizados de valoração cultural constituem alguns atores como inferiores, excluídos, completamente “os outros” ou simplesmente invisíveis, ou seja, como menos do que parceiros integrais na interação social, então nós podemos falar de *não reconhecimento e subordinação de status*.

---

<sup>239</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 107.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 107/108.

No modelo de *status*, então, o não reconhecimento aparece quando as instituições estruturam a interação de acordo com normas culturais que impedem a paridade de participação.<sup>241</sup>

Sendo assim, a par das demandas específicas de cada grupo de mulheres (negras, mães, lésbicas etc.), há um ponto comum entre todos eles que se cinge à existência de obstáculos que impedem a paridade de participação na vida social e política em igualdade de condições com os homens. Para além desse ponto comum, há particularidades próprias de cada grupo de mulheres e, mesmo, de cada mulher, que podem resultar numa situação de maior ou menor opressão, e que impedem, conseqüentemente, que seja traçado um perfil único ou absoluto válido integralmente para todas as mulheres. Nesse particular, observa Tâmara Amoroso Gonçalves:

Com o avanço dos estudos de gênero, a ideia de “opressão universal” da mulher vai se tornando cada vez menos plausível, especialmente porque começa a se questionar esta categoria – a mulher – e mesmo o espaço do feminismo enquanto lugar de não opressão. **Particularmente, mulheres advindas de movimentos negros, classes sociais diferenciadas e aquelas que reivindicavam liberdade de orientação sexual denunciaram não existir uma só mulher, mas sim mulheres, diversas, com experiências próprias e individuais, que conjugadas e em interseção constroem uma pluralidade de características que podem resultar em uma maior ou menor opressão social.**<sup>242</sup> (grifos nossos)

De acordo com Nancy Fraser, as reivindicações por reconhecimento no modelo de *status* procuram tornar o sujeito subordinado um parceiro integral na vida social, capaz de interagir com os outros como um par, ou seja, com igual status social. Objetivam, assim, “*desinstitucionalizar padrões de valoração cultural que impedem a paridade de participação e substituí-los por padrões que a promovam*”.<sup>243</sup>

Em síntese, para Nancy Fraser, o modelo de *identidade* reifica a cultura com o estabelecimento de padrões impositivos para o grupo, reforçando o separatismo, de forma que o não reconhecimento social daquele mesmo grupo implica a depreciação ou a deformação de sua identidade de grupo. Já no modelo de *status*, os membros do grupo são considerados como parceiros integrais na interação social, de forma que o não reconhecimento evidencia a falta de *paridade de participação*. Nesse segundo modelo, os padrões culturais institucionalizados precisam ser revistos de forma a propiciar que seus membros atuem em condições de igualdade e em paridade com os outros atores sociais.

---

<sup>241</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 108.

<sup>242</sup> GONÇALVES, Tâmara Amoroso, *op. cit.*, p. 99.

<sup>243</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 109.



Assim, a meta em relação às mulheres deve residir na desinstitucionalização dos padrões que impedem a paridade de participação (que lhes confirmam status subordinado), substituindo-os por outros que a promovam, dentro de um modelo que alinhe as demandas por redistribuição e reconhecimento.<sup>244</sup>

### 2.7.3. O reconhecimento como uma questão de justiça.

Nancy Fraser afirma que é injusto que, a alguns indivíduos e grupos, seja negada a condição de parceiros integrais na interação social, simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participaram em condições de igualdade, e os quais depreciam as suas características distintivas ou aquelas que lhes são atribuídas. Transpondo essa questão para as análises de gênero, vemos que as mulheres, em regra, seguem padrões comportamentais social e culturalmente instituídos, que são capazes de situá-las em patamar de desigualdade em relação aos homens. Logo, esses padrões devem ser combatidos, na medida em que são impeditivos da igualdade almejada nos regimes democráticos.

Nancy Fraser afirma que se se pretender adotar o parâmetro ético, dentro de um modelo de identidade, para solução dessa situação de *não reconhecimento*, perceber-se-á que não há nenhuma concepção de boa-vida que seja universalmente compartilhada (entre todas as mulheres e com os demais grupos sociais), de forma que qualquer tentativa de justificar reivindicações por reconhecimento que apele para uma concepção de boa vida será necessariamente sectária. Por essa razão, Nancy Fraser propõe a adoção do modelo de reconhecimento de *status*, o qual parte do pressuposto de que todos procuram um ideal comum de justiça e, sendo assim, há um interesse maior envolvido, que se consubstancia em assegurar a igualdade e paridade de participação a todos os grupos sociais indistintamente:

Incorporando o espírito da “liberdade subjetiva”, que é a principal característica da modernidade, ele [modelo de reconhecimento de status] sustenta que cabe aos indivíduos e grupos definir para si próprios o que conta como boa vida e criar, para si próprios, uma forma de alcançá-la, dentro dos limites que asseguram uma liberdade semelhante para os demais. Assim, o modelo de status não apela para uma concepção da boa vida. Ele apela, ao contrário, para uma concepção da justiça que pode – e deve – ser aceita por aqueles que tenham divergentes concepções da boa vida. O que torna o não reconhecimento moralmente inaceitável, nessa perspectiva, é que isso nega a alguns indivíduos e grupos a possibilidade de participar, como iguais, com os demais, na interação social. A norma da paridade participativa invocada aqui

---

<sup>244</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 110.

não é sectária no sentido referido. Ela pode justificar reivindicações por reconhecimento como normativamente vinculantes para todos aqueles que concordem em seguir os termos justos da interação, sob as condições do pluralismo valorativo.<sup>245</sup>

De acordo com essa linha de raciocínio, ao buscarmos o estabelecimento de normas vinculativas, sejam morais, sejam legais, devemos fazê-lo com vistas ao horizonte maior das liberdades subjetivas, ou seja, reconhecendo o mesmo nível de liberdade para os demais grupos. Reivindicações que se restrinjam a parâmetros éticos de bem estar exclusivos do grupo tendem a resultar numa luta separatista e, portanto, devem ser descartadas. O horizonte a ser seguido compreende o redirecionamento das demandas pelo bem comum maior, com respeito a parâmetros pertencentes aos outros grupos, dentro de um universo em que a igualdade e paridade de participação política e social sejam asseguradas a todos os grupos indistintamente. No caso das mulheres, suas demandas são válidas quando orientadas pela busca de um patamar igualitário com todos os demais grupos sociais.

#### 2.7.4. *As políticas de gênero e o Plano Nacional de Educação.*

Recentemente, assistiu-se a um grande debate político em torno da assunção de políticas de igualdade de gênero pelo Plano Nacional de Educação. Pretendia o governo a inserção da política de gênero com a finalidade de propiciar a cada indivíduo a busca da composição livre de sua identidade feminina ou masculina, a par do sexo biológico, dando ensejo à livre formação dos transgêneros. Tal política foi duramente combatida, conforme se denota em coluna veiculada pelo jornal “O Estado de São Paulo”:

Trata-se da distorção completa do conceito de homem e mulher, ao propor que o sexo biológico seria um dado do qual deveríamos libertar-nos em busca da composição livre e arbitrária da identidade de gênero. É uma ideologia que defende a absoluta irrelevância dos dados biológicos e psíquicos naturais na construção da identidade da pessoa humana, considerando o gênero de cada indivíduo como uma elaboração puramente pessoal. Não existe menino e menina. É tudo neutro. É isso que pretendem ensinar às crianças. De modo dogmático e compulsório.<sup>246</sup>

As críticas foram as mais variadas, algumas delas infundadas, por não guardarem relação com os fins almejados pela indigitada política. Prossegue a narrativa do jornal “O Estado de São Paulo”:

<sup>245</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 112/113.

<sup>246</sup> Jornal “O Estado de São Paulo”, Espaço Aberto, segunda-feira, 8 de junho de 2015, Ano 136, n.º 44428, “Educação sexual compulsória”, por Carlos Alberto Di Franco, A2.

A ideologia de gênero traz diversos inconvenientes para a educação: 1) A confusão causada nas crianças no processo de formação de sua identidade, fazendo-as perder as referências; 2) a sexualização precoce, na medida em que a ideologia de gênero promove a necessidade de uma diversidade de experiências sexuais para a formação do próprio “gênero”; 3) a abertura de um perigoso caminho para a legitimação da pedofilia, uma vez que a “orientação” pedófila também é considerada um tipo de gênero; 4) a banalização da sexualidade humana, dando ensejo ao aumento da violência sexual, sobretudo contra mulheres e homossexuais; 5) a usurpação da autoridade dos pais em matéria de educação de seus filhos, principalmente em temas de moral e sexualidade, já que todas as crianças serão submetidas à influência dessa ideologia, muitas vezes sem o conhecimento e o consentimento dos pais. Trata-se, sem dúvida, de uma violência arbitrária do Estado.<sup>247</sup>

Nessa coluna do jornal “O Estado de São Paulo”, Carlos Alberto Di Franco concluiu:

Uma coisa é o combate à discriminação, urgente e necessário. Outra, totalmente diferente, é o proselitismo de uma concepção única da sexualidade. Não cabe ao governo, contra a vontade da maioria da população, formatar a cabeça das crianças brasileiras. Tal estratégia, claramente delineada no desrespeito à Lei 13.005/14, tem nome: totalitarismo. [...] Alegará que são interferência do pensamento conservador e liberal, quando um verdadeiro democrata deveria pensar apenas que são outros modos de pensar de outros cidadãos, que têm tantos direitos como eles.<sup>248</sup>

A situação aqui retratada demonstra, de plano, o quão difícil é a obtenção de um ponto de equilíbrio, de consenso, entre as mais diversas demandas sociais. A abertura para ampla aceitação da diversidade de gênero é um ponto de controvérsias acirradas, e não há dúvida de que cada lado em conflito tem seus valores morais e éticos envolvidos. O desafio consiste, à luz da teoria desenvolvida por Nancy Fraser, em identificar quais são os obstáculos enfrentados pelos gêneros submissos, que os impedem de exercer sua cidadania com paridade. Em momento seguinte, há que se conceber políticas que se voltem a superar esses mesmos obstáculos. Nesse passo, a instituição de uma nova forma de educação, com a desconstrução dos parâmetros morais e éticos então conhecidos poderá se mostrar arbitrária, se não respeitar os valores pertencentes aos demais grupos sociais, em especial daqueles que pretendem educar seus filhos com base nos padrões culturais de gênero tradicionais. Mas, a importância da promoção de políticas educacionais voltadas à aceitação da diversidade de gênero é vista em face da ideologia patriarcal que ainda se faz presente nas escolas, como bem observa Tâmara Amoroso Gonçalves:

Mas estereótipos de gênero e violência a eles associadas não são privilégio da vida privada, estando também presentes no ambiente educacional. De acordo com pesquisa realizada pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas

<sup>247</sup> Jornal “O Estado de São Paulo”, Espaço Aberto, segunda-feira, 8 de junho de 2015, Ano 136, n.º 44428, “Educação sexual compulsória”, por Carlos Alberto Di Franco, A2.

<sup>248</sup> *Ibidem*, A2.

(FIPE) e o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação (INEP/MEC), sobre ações discriminatórias no âmbito escolar, o maior índice de concordância com atitudes discriminatórias refere-se às questões de gênero: [...].

A estrita definição de papéis sociais com base em percepções de gênero não raro impacta negativamente a vida de homens e mulheres, com reforço de uma ideologia machista e patriarcal, opressora tanto de homens quanto de mulheres – considerando-se o aspecto relacional do conceito de gênero. Este contexto sociocultural também reforça e propicia a perpetuação de outras formas de violência, relacionadas a padrões diversos da heteronormatividade, por exemplo.<sup>249</sup>

Mais adequada é, a meu ver, a propositura de um modelo educacional que reforce o dever de respeito a todos os gêneros, vale dizer, feminino, masculino, assim como aos transgêneros, concebida com amparo no pluralismo político, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (Art. 1º, inciso V, da Constituição de 1988). Passo seguinte, exsurge o dever de formulação de políticas voltadas à superação dos obstáculos que impedem a paridade participativa dos gêneros tidos como submissos.

Reforçando o dever estatal de promover uma educação não-sexista e antidiscriminatória como ação prioritária, Tâmara Amoroso Gonçalves aponta para a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental (Art. 5º da CF), e para o dever imposto ao Estado Brasileiro, também pelo texto constitucional, de que suas ações sejam pautadas pelo respeito aos direitos humanos, com o objetivo de garantir a dignidade humana, mediante o compromisso com a redução da pobreza e das desigualdades sociais (Arts. 1º, 3º, 4º da CF).<sup>250</sup>

E acrescenta Tâmara Amoroso Gonçalves:

Se desigualdades de gênero, raça/etnia, geracionais etc. foram historicamente construídas, o ambiente escolar constitui-se um espaço privilegiado para revertê-las. A educação em direitos humanos é potencialmente transformadora: seja porque permite o conhecimento do legado histórico destes direitos, seja porque proporciona uma formação alicerçada na ideia de tolerância, democracia, igualdade e respeito à cultura dos direitos humanos, bases fundamentais para uma mudança efetiva na sociedade. Vale lembrar que a educação em direitos humanos modifica desde o ambiente escolar até a sociedade como um todo, já que irradia efeitos extramuros, ao formar cidadãos e conformar ou promover valores sociais.<sup>251</sup>

Enfim, a busca da igualdade deve ser orientada pela paridade participativa, seguindo um modelo de *status*, e não pela obtenção de afeto, aceitação, estima social, que são próprios de

<sup>249</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, *op. cit.*, p. 92.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>251</sup> *ibidem*, p. 109.

um modelo de identidade. Isso conduz à necessidade de definição de critérios objetivos, afastando-se de defesas permeadas de subjetivismos e que se restringem a afirmações vazias de *opressão, exploração, exclusão*, preconceito etc., que não são explicadas com critérios claros, objetivos, sustentáveis. A esse respeito, sustenta Nancy Fraser:

Para o modelo de *status*, em oposição, o não reconhecimento é uma questão de impedimentos, externamente manifestados e publicamente verificáveis, a que certos indivíduos sejam membros integrais da sociedade. E tais arranjos são moralmente *indefensáveis independentemente de distorcerem ou não a subjetividade dos oprimidos*. Finalmente, alinhando-se o reconhecimento à justiça ao invés de à boa vida, evita-se a visão de que todos têm igual direito à estima social. Essa visão é flagrantemente insustentável porque torna a noção de estima carente de sentido. [...]

A abordagem do reconhecimento proposta aqui, ao contrário, não acarreta tal *reductio ad absurdum*. O que resulta dela é que todos têm igual direito a buscar estima social sob condições justas de igualdade de oportunidades. E tais condições não são asseguradas quando, por exemplo, padrões institucionalizados de valoração cultural depreciam, de modo difundido, o feminino, o “não branco”, a homossexualidade e tudo o que é culturalmente a eles associados. Quando esse é o caso, mulheres e/ou pessoas de cor e/ou *gays* e lésbicas enfrentam obstáculos na conquista de estima que não são encontrados pelos demais. E todos, incluindo os homens brancos heterossexuais, enfrentam maiores obstáculos se eles optam por perseguir projetos e cultivar características que são culturalmente codificadas como femininas, homossexuais ou “não brancas”.

Por todas essas razões, o reconhecimento é mais bem tratado como uma questão da justiça e, portanto, da moralidade, do que como uma questão da boa vida e, desse modo, da ética. E conceber o reconhecimento no modelo de *status* permite-nos tratá-lo como uma questão da justiça.<sup>252</sup>

A busca pela igualdade de oportunidades surge como um parâmetro orientador de ações públicas e privadas, na medida em que se afasta de valores éticos subjetivos. O reconhecimento é, portanto, uma questão de justiça, concernente à moral, e não à ética pertencente a cada grupo social. O bem estar ético aparece em segundo momento, como consequência da igualdade de oportunidades.

#### 2.7.5. A paridade participativa como modelo de reconhecimento e redistribuição.

Nancy Fraser almeja a propositura de uma concepção ampla da justiça, que encampe a justiça distributiva e o reconhecimento dentro de um modelo abrangente e inclusivo, o qual denomina de *paridade participativa*, assim conceituada pela autora:

De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros (adultos) da sociedade interagir uns com os outros como

<sup>252</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 114/115.

parceiros. Para que a paridade de participação seja possível, eu afirmo que, pelo menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição dos recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a **independência e voz dos participantes**. Essa eu denomino a *condição objetiva* da paridade participativa. Ela exclui formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação. Desse modo, são excluídos os arranjos sociais que institucionalizam a privação, a exploração e as grandes disparidades de riqueza, renda e tempo livre, negando, assim, a algumas pessoas os meios e as oportunidades de interagir com outros como parceiros.

Ao contrário, a segunda condição requer que os **padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes** e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. Essa eu denomino *condição intersubjetiva* de paridade participativa. Ela exclui normas institucionalizadas que sistematicamente depreciam algumas categorias de pessoas e as características associadas a elas. Nesse sentido, são excluídos os padrões institucionalizados de valores que negam a algumas pessoas a condição de parceiros integrais na interação, seja sobrecarregando-os com uma excessiva atribuição de “diferença”, seja falhando em reconhecer o que lhes é distintivo.

**Tanto a condição objetiva quanto a condição intersubjetiva são necessárias para a paridade de participação.** Nenhuma delas sozinha é suficiente. A condição objetiva focaliza preocupações tradicionalmente associadas com a teoria da justiça distributiva, especialmente preocupações relacionadas à estrutura econômica da sociedade e às diferenciações de classes economicamente definidas. A condição intersubjetiva focaliza preocupações recentemente abordadas pela filosofia do reconhecimento, especialmente preocupações relacionadas à ordem de *status* da sociedade e às hierarquias de *status* culturalmente definidas. Dessa forma, uma concepção ampla da justiça, orientada pela norma da paridade participativa, inclui tanto redistribuição quanto reconhecimento, sem reduzir um ao outro.<sup>253</sup> (grifos nossos)

Transpondo essa conceituação para o objeto deste estudo, tem-se que a condição objetiva para realização da paridade participativa das mulheres (que, a propósito, não se resume na participação política), implica a exclusão de arranjos sociais que institucionalizem a privação, a exploração e as disparidades de riqueza, renda e tempo livre. Logo, a condição objetiva reflete a demanda das mulheres por distribuição, que se iniciam com o compartilhamento dos afazeres domésticos e cuidados com os filhos e se prolongam com a paridade salarial e a garantia de participação política igualitária, entre outros aspectos. Já a condição intersubjetiva implica a desconstrução dos padrões culturais institucionalizados, que acabem por embasar as disparidades acima retratadas. Tais padrões cingem-se ao papel de gênero imposto às mulheres dentro dos lares.

De acordo com Nancy Fraser, construindo a redistribuição e o reconhecimento como duas dimensões da justiça mutuamente irreduzíveis, ambas são posicionadas no terreno comum

---

<sup>253</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 118/120.

da moralidade, e portanto, capazes de embasar uma norma deontológica (de dever, de obrigação) de promoção de paridade participativa.

Por conseguinte, a forma de reconhecimento que a justiça exige, na visão de Nancy Fraser, depende das formas de não reconhecimento a serem compensadas, pois não são todas, mas apenas algumas diferenças sociais que geram reivindicações por reconhecimento. Somente aquelas que promovem a paridade de participação são moralmente justificadas. Logo, o reconhecimento das diferenças somente se justifica no contexto em que o não-reconhecimento prejudica a paridade participativa: “quais pessoas precisam de qual(is) tipo(s) de reconhecimento em quais contextos depende da natureza dos obstáculos que elas encontram em relação à paridade participativa”.<sup>254</sup>

Assim, o reconhecimento daquilo que distingue indivíduos ou grupos é válido na medida em que o não reconhecimento prejudica a paridade participativa. Cabe, então, aos reivindicantes demonstrarem os arranjos atuais que os impedem de participar em condição de igualdade com os outros na vida social. E mais: devem demonstrar que as mudanças sociais que eles perseguem irão, de fato, promover a paridade de participação.<sup>255</sup> Portanto, duas exigências hão de ser cumpridas para que se reconheça a validade da reivindicação: (i) demonstração de que a institucionalização das normas culturais da maioria nega-lhes a paridade participativa; (ii) as práticas cujo reconhecimento eles buscam não negam a paridade de participação a seus membros e a não-membros. Somente reivindicações que cumprem as duas exigências são merecedoras de reconhecimento público.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> FRASER, *op. cit.*, p 123.

<sup>255</sup> FRASER, *op. cit.*, p. 125. Para a autora, há dois níveis de paridade participativa: a) entre grupos, onde ela fornece o modelo para avaliar os efeitos de padrões institucionalizados de valoração cultural no posicionamento relativo de minoriais vis-à-vis maiorias; b) intragrupo, onde a paridade participativa também serve para avaliar os efeitos internos das práticas minoritárias para as quais se reivindica reconhecimento. (*Ibidem*, p. 125/126).

<sup>256</sup> Para explicar essa dupla exigência, Nancy Fraser cita a controvérsia francesa sobre o uso do *foulard*: “Aqui, a questão é saber se as políticas que proíbem as garotas muçulmanas de usar véus em escolas públicas constituem um tratamento injusto de uma minoria religiosa. Nesse caso, aquela(e)s que reivindicam o reconhecimento do *foulard* precisam estabelecer dois pontos: ela(e)s devem mostrar, primeiro, que a proibição do véu constitui um comunitarismo majoritário injusto, que nega paridade educacional a garotas muçulmanas; e, segundo, que uma política alternativa permitindo o *foulard* não exacerbaria a subordinação feminina, em comunidades muçulmanas ou na sociedade em geral. Somente estabelecendo esses dois pontos ela(e)s podem justificar a sua reivindicação. O primeiro ponto, a respeito do comunitarismo majoritário francês, pode ser comprovado sem dificuldade, ao que parece, já que nenhuma proibição análoga impede o uso de cruzeiros cristãos nas escolas públicas; então, a política atual nega igual reputação aos cidadãos muçulmanos. O segundo ponto, a respeito da não exacerbação da subordinação feminina, provou-se, ao contrário, controverso, já que alguns republicanos franceses argumentaram que o *foulard* é, em si, um marcador de tal subordinação e deve, portanto, ser-lhe negado reconhecimento. Contudo, contestando tal interpretação, algumas/alguns multiculturalistas replicaram que o sentido do véu é altamente disputado nas comunidades muçulmanas francesas hoje, assim como o são as relações de gênero de forma mais geral; desse modo, ao invés de construí-lo como univocamente patriarcal, o que efetivamente está de acordo com a autoridade exclusiva suprema masculina para interpretar o Islã, o estado deveria tratar o *foulard* como um símbolo da identidade muçulmana em transição, cujo sentido é contestado, assim como o é a própria

A partir do pensamento retratado, acredito que a demanda por reconhecimento deva ser reorientada para minimizar a sobrecarga feminina e não para reconhecê-la como legítima para, após, compensar os seus efeitos. Políticas públicas e ações afirmativas devem avançar nesse horizonte, propiciando a paridade participativa, mediante o compartilhamento dos afazeres domésticos e cuidados com os filhos, a adoção de medidas que garantam a paridade salarial e que visem a desconstruir os padrões culturais institucionalizados que coloquem as mulheres em situação de inferioridade.

## 2.8. Obstáculos à participação política das mulheres.

A participação política das mulheres é diminuta, possivelmente não pela falta de interesse político, mas sim em razão de obstáculos existentes à sua concretização.

De acordo com Ségolène Samouiller e Kareen Jabre, o sufrágio feminino foi objeto de uma luta de grande violência simbólica, pois, se, por um lado, o direito de votar e de ser candidata foi reconhecido na quase totalidade dos países, por outro lado, a falta de instrução, a pobreza e a violência continuam sendo obstáculos à participação cidadã. Para as autoras, a violência simbólica diz respeito ao lugar ocupado pela mulher na sociedade e à divisão do poder entre os indivíduos, de forma que é da própria natureza dos movimentos sufragistas serem simbolicamente violentos, pois “o direito de voto coloca em causa uma das prerrogativas essenciais dos homens: o monopólio da gestão da cidade”, fazendo com que seu combate não seja uma luta contra os homens, “mas contra os privilégios, os preconceitos e os medos dos detentores do poder”.<sup>257</sup>

Conforme ensina Robert Alexy, é possível correlacionar liberdade e competência. A celebração de um contrato ou de um casamento, assim como a promulgação de uma lei ou

---

identidade francesa, como um resultado das interações transculturais em uma sociedade multicultural. Dessa perspectiva, permitir o *foulard* nas escolas públicas poderia ser um passo em direção a, e não distante da, paridade de gênero. A meu ver, a(o)s multiculturalistas têm o argumento mais forte aqui. (Esse não é o caso, eventualmente, para aquela(e)s que reconheceriam o que chamam de “circuncisão feminina”, na verdade, mutilação genital que, claramente, nega paridade no prazer sexual e na saúde a mulheres e meninas.) Mas esse não é o ponto que eu quero salientar aqui. O ponto, ao invés, é que o argumento é corretamente moldado em termos de paridade de participação. Para o modelo de status, isso é precisamente onde a controvérsia deveria ser conectada. Tanto no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo quanto no caso das reivindicações culturais e religiosas: a paridade participativa é o padrão apropriado para justificar demandas. Apesar das diferenças nessa interpretação, a norma da paridade participativa serve para avaliar deontologicamente tais reivindicações por reconhecimento, sem nenhuma necessidade de avaliação ética das práticas culturais ou religiosas em questão.” (FRASER, *op. cit.*, p. 130/131)

<sup>257</sup> SAMOUIILLER, Ségolène e Karren Jabre. *O livro negro da condição das mulheres* / direção Christine Ockrent; coordenação Sandrine Treine; posfácio Françoise Gaspard; contribuíram Fadela Amara et. al.; tradução Nícia Bonatti – Rio de Janeiro: Difel, 2011, p. 607/615.



edição de um ato administrativo, são o exercício de uma competência: “o que é comum a esses casos é o fato de que, por meio de determinadas ações do titular ou dos titulares da competência, uma situação jurídica é alterada”.<sup>258</sup> Para Robert Alexy, a alteração de uma determinada situação jurídica pode ocorrer de duas formas: a) como a criação de *normas* individuais e ou gerais, as quais sem essa ação não seriam válidas; b) como a alteração das *posições* jurídicas dos sujeitos de direitos submetidos à norma.<sup>259</sup>

A competência democrática concerne à criação de leis, e difere da competência para, com base na lei, alterar situações jurídicas. Na medida em que se ampliam as competências democráticas, maior se torna a capacidade de, com base na lei, alterarem-se situações jurídicas de modo a propiciar um universo de liberdade mais igualitário. Quanto maior for a participação política feminina, no Legislativo e no Executivo, maior será a capacidade de se promover as mudanças necessárias para a desconstrução do lugar ocupado pelas mulheres sobretudo no âmbito doméstico, ou seja, de alterar as posições por elas ocupadas.

Em tempos atuais, homens e mulheres, do ponto de vista jurídico formal, detêm as mesmas competências. Essas competências previstas em lei são garantidas pelo ordenamento jurídico e não podem ser arbitrariamente suprimidas pelo poder estatal. A liberdade, como garantia do exercício de competências, não se resume à proibição estatal de elimina-las ou restringi-las de modo arbitrário. Há, a meu ver, um segundo plano, em que o Estado deve atuar no sentido de possibilitar o seu exercício pelas mulheres em igualdade de condições com os homens.

Diversos são os obstáculos apontados à participação política das mulheres no mundo: legais, culturais, administrativos (quando não possuem documentos de identidade, pois sequer foram declaradas junto a uma administração) e indiretos. Interessam neste estudo os obstáculos culturais e indiretos. Por obstáculos *culturais*, Ségolène Samouiller e Kareen Jabre apontam para o seguinte aspecto:

Muitas mulheres não têm relação direta de cidadania com o Estado, pois essa é mediada pelo marido, o pai ou o irmão. Amiúde as mulheres são menos instruídas ou menos informadas que os homens, e diferentes mecanismos culturais as levam a se referir à opinião destes últimos para votar. Esses mecanismos podem aparentar uma forma de “divisão de tarefas” entre os sexos (uma forma de dominação simbólica aceita), mas por vezes as mulheres podem se ver na obrigação de se conformar à opinião do chefe da família.<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 236.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 236.

<sup>260</sup> SAMOULLER, *op. cit.*, p. 633.

Com efeito, a participação política das mulheres é flagrantemente menor do que a dos homens, muito possivelmente em função dos elementos que a colocam em condição de inferioridade, como aqueles acima indicados (falta de instrução, pobreza, violência, entre outros). A ideia preconceituosa de que as mulheres são dependentes dos homens e inadequadas à esfera pública também é um fator a ser considerado. Já com relação aos obstáculos *indiretos* (como a falta de tempo, por exemplo), Ségolène Samouiller e Kareen Jabre destacam:

As mulheres também são vítimas de certo número de obstáculos que não estão numa lógica de igualdade entre os sexos, mas que assim se tornam numa perspectiva de *igualdade de chances*. De fato, é importante levar em conta o fato de que, perante a lei, mulheres e homens não são iguais, dado que não têm os mesmos recursos. O analfabetismo, a pobreza, a falta de acesso à informação, a violência doméstica atingem antes de tudo as mulheres em todas as partes do mundo, e a igualdade de direitos não pode apagar essas diferenças. A participação política das mulheres também reflete essas discriminações e a dificuldade de fazer escolhas num contexto em que sua margem de decisão já é marginal.<sup>261</sup>

Embora o direito ao sufrágio seja universal, a representação é desigual, conforme afirmam Ségolène Samouiller e Kareen Jabre: “a violência simbólica, que limita o acesso das mulheres, *porque elas são mulheres*, na esfera política não desapareceu com a obtenção do sufrágio”, pois diversas são as discriminações às quais as mulheres estão submetidas.<sup>262</sup> Segundo as autoras, a participação das mulheres na vida política está ligada ao contexto político, social e histórico nacionais ou regionais específicos. Os questionamentos acerca do direito ao voto relacionam-se, por conseguinte, ao lugar ocupado pela mulher na sociedade e ao papel específico que nela o feminino desempenha, de forma que o sufrágio não se resume à igualdade de direitos entre homens e mulheres. Ademais, a noção de participação política está intimamente ligada à noção de democracia, na medida em que o direito de votar e ser votado define a natureza do poder.

Em verdade, conquanto as mulheres tenham conquistado o direito ao sufrágio, isso não significou a paridade na participação política entre homens e mulheres. Em primeiro lugar, anota-se que o sufrágio compreende o direito de votar e ser votado, ou seja, de cidadania ativa e passiva ou capacidades eleitorais ativa e passiva. Trata-se de um direito universal, assegurado a todas as pessoas, independentemente de requisitos de sexo, renda, qualificação intelectual, desde que preencham, à evidência, os demais requisitos constitucionalmente previstos.

---

<sup>261</sup> SAMOUIILLER, *op. cit.*, p. 635.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 608.

Em segundo lugar, observa-se que as mulheres ainda são minorias no parlamento e nas mais altas funções do Estado no Brasil e no mundo:<sup>263</sup>

## QUADRO 12

### AS MULHERES NA POLÍTICA: EM QUE PONTO ESTAMOS?

#### ALGUNS DADOS

#### AS MULHERES NAS MAIS ALTAS FUNÇÕES DE ESTADO:

##### 1995-2005

Em 2005, as mulheres constituem em torno de 16% das parlamentares do mundo inteiro. Entretanto, elas ainda não atingiram esse nível de representação nas mais altas funções de Estado, tanto como chefes de Estado ou de governo, quanto como presidentes de Parlamentos.

O quadro a seguir dá testemunho de uma evolução muito lenta, ou mesmo de regressão entre janeiro de 1995 e janeiro de 2005. Entretanto, o início de 2006 deixa lugar à esperança. A eleição para a Presidência da sra. Bachelet no Chile (primeira mulher presidente do país) e de Johnsson-Sirleaf na Libéria (primeira mulher presidente num país da África), assim como a posição de Merkel como primeira chanceler alemã são sinais de mudança.

Posição	Janeiro de 1995	Janeiro de 2005
Mulher chefe de Estado ou de governo	6,4% (12 em 187)	4,2% (8 em 191)
Mulher presidente no Parlamento	10% (24 em 228)	8,3 (21 em 254)

Fonte: IPU, 2005. *Femmes en politique: 1945-2005* (Dossiê de Informação).

<http://www.ipu.org/french/surveys.htm#45-05>

## QUADRO 13

### AS MULHERES NOS PARLAMENTOS

#### UMA ABORDAGEM MUNDIAL E REGIONAL

A proporção de mulheres nos Parlamentos do mundo inteiro está em progressão regular. No decorrer da última década, a porcentagem de mulheres nos Parlamentos cresceu em quase cinco pontos, para atingir um nível recorde de 16% em dezembro de 2005. As disparidades regionais, contudo, continuam a ser importantes – à frente, os países nórdicos, com uma média de mais de 40% de mulheres no Parlamento. A Europa, excluindo-se os países nórdicos, apresenta apenas uma média de 17%. Os países árabes, apesar de serem os últimos da lista, progredem de maneira importante e atingem 7% de mulheres parlamentares. No nível do Parlamento europeu, as mulheres constituem cerca de 30% dos parlamentares.

Especificamente no que diz respeito ao Brasil, vale anotar que a União Interparlamentária, entidade vinculada à ONU-Mulheres (“Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e Empoderamento das Mulheres”), divulgou pesquisa acerca da presença

<sup>263</sup> Quadros extraídos de *O livro negro da condição das mulheres*, *op. cit.*, p. 639/640. Anota-se, por oportuno, a possibilidade de a candidata democrata Hillary Clinton ser eleita à Casa Branca nas eleições presidenciais de 2016; se as expectativas se confirmarem, será a primeira vez na história que uma mulher ocupará o cargo de Presidente dos Estados Unidos da América.

de mulheres nos parlamentos mundiais, considerando as posições ocupadas em 1º de janeiro de 2015. Nessa pesquisa, o Brasil situa-se na 117ª posição mundial. Essa posição é ocupada sem que se leve em conta países que se encontram empatados em posições à frente daquela ocupada pelo Brasil. Em 1º de janeiro de 2015, o Brasil ocupava a 52ª posição mundial, no tocante à ocupação de cargos ministeriais por mulheres, desconsiderados, igualmente, os países empatados à frente do Brasil.<sup>264</sup> Até o momento, com o afastamento da Presidente Dilma Roussef das funções presidenciais após o início do processo de *impeachment*, nenhum dos Ministérios no Brasil é chefiado por mulheres.

Em terceiro lugar, dentre as poucas mulheres que logram ingressar na política, destacam-se as que trazem consigo visão reformista, fundada em uma concepção utilitarista do sufrágio, na busca de uma revalorização das qualidades morais e dos papéis de educadora e cuidadora femininos:

Nos países anglo-saxões, especialmente, desenvolve-se uma concepção “utilitarista” do acesso das mulheres aos direitos políticos. [...] Muito mais que revolucionária – a perturbação da ordem social existente e a igualdade com os homens -, essa abordagem é reformista: reclama-se o direito de voto em nome de competências específicas das mulheres e do reconhecimento do papel da mãe, educadora e guardiã da família.

[...] Esse movimento sufragista reivindica uma concepção menos redutora do papel da mulher na sociedade, uma revalorização de suas qualidades morais e de seu papel de educadora, em nome da missão contra a prostituição, a escravidão ou ainda o alcoolismo que a sociedade desenvolveu. As mulheres serão muitas a se engajar nessas grandes causas e a reivindicar os direitos políticos que lhes permitirão desempenhar seu “papel de mulher” na sociedade e ser realmente ouvidas.<sup>265</sup>

A propósito, essa visão reformista aproxima-se da política de identidade combatida por Nancy Fraser. Os papéis desempenhados pelas mulheres vêm sendo pouco valorizados, não porque não sejam importantes, mas porque não têm recebido o tratamento merecido. Todavia, a visão reformista que busca o reconhecimento da importância desses papéis pode ser prejudicial às mulheres, na medida em que reforça a situação de desigualdade, conforme sustentam Ségolène Samouiller e Kareen Jabre:

Para essas sufragistas, o que conta no direito ao voto não é a igualdade entre os sexos, mas o reconhecimento das qualidades específicas das mulheres. O estatuto da mulher e seu papel próprio na sociedade não são recolocados em questão, porém “magnificados” numa finalidade social.

<sup>264</sup> Pesquisa *Mujeres em la política: 2015*, elaborada pela Union Interparlamentária e ONU-Mulheres, divulgada em [http://www.ipu.org/pdf/publications/wmmmap15\\_sp.pdf](http://www.ipu.org/pdf/publications/wmmmap15_sp.pdf), acessado em 21/08/2016.

<sup>265</sup> SAMOUIILLER, *op. cit.*, p. 613.

Alguns explicam o atraso da França em matéria de sufrágio feminino (1944) devido ao fato de que, contrariamente aos países que escolheram uma via “utilitarista”, demonstrando a contribuição das mulheres como mães à coletividade, o debate permaneceu mais filosófico e abstrato na França. Teriam as mulheres obtido o direito de voto com maior rapidez reivindicando seu dever de mulheres, mais que seu direito de indivíduos? Num debate em que o lugar da mulher na sociedade e a divisão de poder entre os sexos são tão importantes, a via reformista de umas certamente parece mais “politicamente correta” que o discurso revolucionário de outras. Entretanto, o processo histórico é seguramente complexo de ambos os lados e os inúmeros obstáculos que as mulheres precisaram ultrapassar em todos os casos limitam a possibilidade de uma leitura excessivamente simplista.<sup>266</sup>

A participação política das mulheres guarda estrita relação com o exercício de competências, de modo que não é admissível que este se dê em níveis diferenciados, em decorrência de omissão estatal, ou seja, da abstenção do Poder Público de interferir sobretudo no âmbito doméstico, a fim de eliminar os obstáculos prejudicam a participação política das mulheres. Trata-se de um dos aspectos da liberdade positiva. Note-se que, de acordo com Robert Alexy, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade. A liberdade de realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo, conforme sustentado pelo autor:

Enquanto nos casos de garantia de uma liberdade jurídica, ou seja, quando se permite que algo seja realizado ou deixe de ser realizado, o ordenamento jurídico comporta-se de forma passiva em relação às alternativas de ação, ele se comporta de forma ativa no caso da garantia de uma competência: ele cria uma alternativa de ação.<sup>267</sup>

Seguindo nessa mesma linha, Robert Alexy indica três formas para ampliar a liberdade negativa, sendo uma delas de caráter prestacional, conforme se vê a seguir:

**O reconhecimento de competências**, sejam elas de direito privado (por exemplo: aquisição da propriedade), sejam elas de direito público (por exemplo: direito de votar) é apenas uma das três formas por meio das quais o ordenamento jurídico pode ativamente ampliar a margem de ação – e, com isso, a liberdade negativa – de um indivíduo. As outras duas são **a criação de normas de proteção**, sobretudo aquelas do direito penal, que zelam para que terceiros não embarquem o exercício de alternativas de ação, e **a concessão de direitos a prestações positivas em sentido estrito**, que devem assegurar a possibilidade fática do exercício de alternativas de ação. Na medida em que o direito ativamente cria liberdades, ele cria também sempre – direta ou indiretamente – não liberdades. O exercício de competências leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências; normas de direito penal que asseguram liberdades excluem a liberdade jurídica de se fazer aquilo que elas proíbem; e a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe sua liberdade fática de ação. É certo que isso em nada altera o fato de as liberdades

<sup>266</sup> SAMOULLER, *op. cit.*, p. 614.

<sup>267</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 246.

ativamente criadas serem liberdades, mas suscita a questão acerca da *correta* distribuição de liberdades.<sup>268</sup> (grifos nossos)

Para Robert Alexy que a criação e a manutenção de um estado global de liberdade implicam também o sacrifício de liberdades: um estado global de liberdade, que é o estado correto ou justo da sociedade, não se resume à simples maximização da liberdade negativa, no sentido de uma ausência de deveres e proibições. Conclui Robert Alexy ser inviável a existência um estado global de liberdade, sem que haja a liberdade negativa na relação entre iguais, sem as competências jurídicas para participar da formação da vontade democrática (liberdade negativa democrática), e sem as ações de participação na comunidade política (liberdade positiva democrática).<sup>269</sup>

No tocante à liberdade democrática, parece-me possível que, com vistas a assegurar as possibilidades fáticas de exercício das competências atribuídas a cada indivíduo, é possível que o Poder Público adentre no âmbito privado.

## 2.9. Violência doméstica e feminicídio.

Os altos índices de violência doméstica e contra a vida das mulheres são demonstrativos da existência de uma ideologia machista e patriarcal, ainda muito presente em nossa sociedade.

O legislador constituinte manifestou preocupação com a criação de mecanismos voltados a coibir a violência doméstica, os quais ficam a cargo prioritariamente do Estado, consoante dispõe o Art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988:

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A leitura do texto constitucional permite concluir que o dispositivo alberga prestações positivas estatais. Muito embora a Constituição atribua ao Estado o dever de criar mecanismos voltados a coibir a violência doméstica, é certo que não há óbices para a participação da sociedade nesse mister. Também nos parece que, ao referir-se a *mecanismos*, o legislador constituinte não restringiu a atuação estatal à formulação de leis; ao contrário, o texto constitucional impõe a adoção de uma série de medidas que sejam capazes de atingir a finalidade estabelecida.

---

<sup>268</sup> ALEXY, *op. cit.*, p. 247.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 247/248.

A assistência a ser prestada pelo Estado com vistas a coibir a violência doméstica é típico direito fundamental localizado fora do Título II, Capítulo I, do texto constitucional de 1988, e sendo assim, também é reponsabilidade do próprio indivíduo, da família e da sociedade promovê-lo. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha é, inegavelmente, um mecanismo de destaque no combate à violência doméstica, não só pelas regras protetivas da mulher nela previstas, mas também por se consubstanciar em importante passo dado pelo legislador no sentido de adentrar nas relações familiares para regular a situação suportada pelas mulheres vítimas de violência dentro dos lares.

A Lei 11.340/2006 protege as mulheres, apenando mais duramente os homens que cometem violência doméstica. Não se trata de uma via de mão dupla, haja vista que os homens, a rigor, não podem usufruir dos mesmos benefícios legais, quando agredidos por mulheres. Há uma lógica condicionante desse tratamento diferenciado e *vantajoso* às mulheres, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja: em regra, os homens possuem condição física e moral diferente das mulheres, tornando necessária a proteção destas, também em face da cultura brasileira ainda permeada pelo patriarcado.

O C. Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, manifestou-se por unanimidade, em sessão realizada pelo Plenário em 09.02.2012, acerca da constitucionalidade da Lei 11.340/2006.<sup>270</sup>

A Lei 11.340/2006 traz um extenso rol de direitos, sendo que alguns deles já encontram previsão constitucional. A preocupação do legislador foi a de esmiuçar os direitos constitucionais já assegurados de modo amplo (“direitos fundamentais inerentes à pessoa

---

<sup>270</sup> Confira-se a ementa do julgamento proferido na ADC 19: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos que coibam a violência no âmbito das relações familiares. Vale deixar registrado que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, por maioria e nos termos do voto do Relator, o Plenário julgou procedente a ação para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, sendo assim formulada a ementa: “AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.”

humana”, “saúde”, “vida”, “trabalho”, “liberdade”) de modo a facilitar a compreensão e conscientizar todos os destinatários da lei sobre a importância de respeito a esses direitos. Sobre esse aspecto, destacam-se os artigos 2º, 3º e 4º da Lei 11.340/2006.<sup>271</sup>

O §1º do Art. 3º da Lei 11.340/2006 impõe ao Poder Público o dever de desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Como exemplos de prestações positivas a cargo do Estado tem-se a criação de Delegacias Policiais especiais para as mulheres e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, bem como a instituição de Secretarias Públicas para Mulheres no âmbito do Poder Executivo. Como exemplo de prestações positivas a cargo de particulares tem-se a suspensão do contrato de trabalho, para a mulher vítima de violência doméstica, conforme previsão da Lei 11.340/2006, que dispõe, ademais, sobre medidas de integração e prevenção.<sup>272</sup>

Não se duvida da importância de se coibir a violência no âmbito das relações domésticas, pois ter uma relação sadia dentro do lar, que é o lugar onde o indivíduo realiza a sua intimidade e privacidade (tão importantes quanto o seu pensamento, que é inviolável), é essencial para a realização dos direitos à vida, à saúde e à integridade física, e da dignidade da pessoa humana. Busca-se coibir não só a violência física, mas também a violência moral e a sexual. A violência doméstica não se restringe a casos de constrangimento ilegal, violência física ou grave ameaça. A postura reiterada de menosprezo ou desprezo do marido em face da esposa, xingamentos contínuos, a prática de relações sexuais contra a vontade da mulher, a dependência econômica que, em casos mais exacerbados, colocam a mulher em situação de penúria, também são formas de violência, que se realizam, muitas vezes, apenas no campo moral, mas que nem por isso devem deixar de receber a proteção estatal.<sup>273</sup>

Sobre as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei 11.340/2006 estabelece um rol meramente exemplificativo de situações que a configuram.<sup>274</sup> Interessante observar que a lei admite as figuras da violência moral e da violência psicológica, que se configuram, entre outros modos, com a exploração da mulher. A cobrança suportada pelas mulheres dentro do lar, com relação às práticas domésticas, pode assumir o nível de exploração

---

<sup>271</sup> Vide a íntegra da Lei 11.340/2006 (Anexo II).

<sup>272</sup> Vide Art. 8º, da Lei 11.340/2006 (no Anexo II).

<sup>273</sup> Vide Art. 5º e Art. 6º da Lei 11.340/2006 (no Anexo II).

<sup>274</sup> Vide Art. 7º da Lei 11.340/2006 (no Anexo II).



e, em casos mais extremados, de violência. São situações em que a mulher executa todos os afazeres, sem qualquer auxílio, sob a cobrança e controle do marido, e sem reconhecimento, não lhe restando nenhuma oportunidade de estudo e trabalho fora do lar, nem de lazer. A exploração não necessariamente está, a meu ver, adstrita à realização de tarefas que tenham valor comercial; a simples execução de tarefas em favor da própria família, a depender da quantidade, do esforço físico e mental, do nível de cobrança e da desproporcionalidade em relação aos demais membros da família, pode, enfim, configurar violência doméstica.

Certo é que, não obstante a proteção conferida pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, a violência contra a mulher é uma realidade, exigindo esforços no seu combate. Estatisticamente, os números ainda são elevados, conforme dados apurados pelo IBGE:

Até o primeiro semestre de 2012, foram feitos 47.555 registros de atendimento na Central de Atendimento à Mulher. Durante todo o ano de 2011, foram 74.984 registros, bem inferior aos 108.491 de 2010. O tipo de registro que aparece em maior número é para relatar violência física contra a mulher que pode variar de lesão corporal leve, grave ou gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio consumado. Foram 63.838 em 2010, 45.953 em 2011 e 26.939 até julho de 2012.<sup>275</sup>

Recentemente, no combate à violência contra a mulher, foi aprovada a Lei 13.104/2015 que alterou a redação dos §2º e §7º do Art. 121 e incluiu o §2º-A, do Código Penal, para classificar o *feminicídio* (homicídio de mulheres por razões de gênero) como crime hediondo, incluindo-o como tipo qualificado e prevendo causas de aumento de pena.<sup>276</sup> Segundo notícia veiculada pela Associação dos Advogados de São Paulo – AASP:<sup>277</sup>

A proposta aprovada estabelece que existem razões de gênero quando o crime envolver violência doméstica e familiar, ou menosprezo e discriminação contra a condição de mulher. O projeto foi elaborado pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher. Ele prevê o aumento da pena em um terço se o crime acontecer durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; se for contra adolescente menor de 14

<sup>275</sup> Fonte: <http://teen.ibge.gov.br/noticias-teen/2822-violencia-contra-mulher>, acessado em 25/11/2014. O quadro na íntegra é objeto do Anexo I deste trabalho.

<sup>276</sup> Art. 1º da Lei 13.104/2015: O art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: “Homicídio simples. Art. 121. [...]. Homicídio qualificado. § 2º. [...] Feminicídio. [...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...] Aumento de pena. [...] § 7º. A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.” (NR)

<sup>277</sup> Divulgada em [http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar\\_noticia.asp?ID=45315](http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia.asp?ID=45315). Não há dúvida de que os números ainda são elevados, mormente em se considerando que o Brasil passou a ocupar a sétima posição mundial de assassinados de mulheres, conforme veiculado acima.

anos ou adulto acima de 60 anos ou ainda pessoa com deficiência. Também se o assassinato for cometido na presença de descendente ou ascendente da vítima. **Na justificativa do projeto, a CPMI destacou o homicídio de 43,7 mil mulheres no Brasil de 2000 a 2010, sendo que mais de 40% das vítimas foram assassinadas dentro de suas casas, muitas pelos companheiros ou ex-companheiros. Além disso, a comissão afirmou que essa estatística colocou o Brasil na sétima posição mundial de assassinatos de mulheres.** A aprovação do projeto era uma reivindicação da bancada feminina e ocorre na semana em que se comemora o Dia Internacional da Mulher (8 de março). [...] Fonte: Agência Brasil.

Indiscutivelmente, esforços são vistos no sentido de combater a violência doméstica e contra a mulher.

## 2.10. A dicotomia entre o público e o privado.

O feminismo muito avançou ao longo das décadas, não só ampliando o universo de reivindicações, mas também aprofundando o debate acerca da desigualdade, com uma análise sociológica, política e jurídica mais detalhada. Feministas contemporâneas têm trazido à consideração a divisão entre as esferas pública e privada, apontando elementos indicativos de que essa dicotomia tem sido prejudicial à igualdade entre homens e mulheres.

Um primeiro ponto que se coloca consiste em delimitar o que se pretendeu chamar de *público* e *privado*. Na seara jurídica, a esfera pública é aquela concernente ao Estado, ao Poder Público e à Administração Pública, que dá ensejo ao regime jurídico de direito público. Ao passo que a esfera privada diz respeito à sociedade, à livre iniciativa, à liberdade individual, à intimidade, à vida privada.

Para o feminismo contemporâneo, as expressões assumem outra conotação. Entende-se por esfera pública o âmbito não-doméstico, e por esfera privada, por conseguinte, o âmbito doméstico. Conquanto sejam distintas as conotações, é certo que se trata de conceitos relacionados. As liberdades públicas compreendem os direitos à privacidade e à intimidade, e o dever do Estado de respeito e não interferência nessas esferas. O âmbito doméstico integra a intimidade e a privacidade, de forma que o Estado deve respeito aos limites do lar.

A distinção entre público e privado é objeto de estudos por Susan Moller Okin, que critica a utilização dessas expressões com pouca preocupação em relação à sua clareza e sem definição precisa, o que, na sua visão, acarreta ambiguidades.<sup>278</sup> Para a corrente feminista que

<sup>278</sup> Afirma Susan Okin: “A primeira ambiguidade resulta do uso da terminologia para indicar ao menos duas distinções conceituais centrais, com variações em cada uma delas. ‘Público/privado’ é usado tanto para referir-se à distinção entre Estado e sociedade (como em propriedade pública e privada), quanto para referir-se à distinção entre vida não-doméstica e vida doméstica. Nessas duas dicotomias, o Estado é (paradigmaticamente) público, e a

se apega à teoria política (sendo Susan Moller Okin uma de suas representantes) a dicotomia existente entre o público e privado é elemento nuclear nas desigualdades de gênero, ou seja, essa divisão tem auxiliado na manutenção desses patamares desiguais.

Por respeito à privacidade e à intimidade, o Estado e o Direito não adentram na esfera doméstica, que fica à mercê de uma regulação estatal efetiva acerca da distribuição de deveres e direitos entre os membros da família, a par da disposição contida no Art. 226, §5º, da Constituição Federal de 1988.

A separação entre o *doméstico* e o *não doméstico*, a divisão sexual do trabalho, a atribuição às mulheres da responsabilidade pelas ocupações da domesticidade e reprodução excluindo-as da esfera pública, são pressupostos para essa dicotomia entre o *público* e o *privado*. A esse respeito, afirma Susan Okin:

Esses pressupostos, como se poderia esperar, têm efeitos de grande alcance na estruturação da dicotomia e de cada uma das esferas que a compõem. Como os estudos feministas têm revelado, desde os princípios do liberalismo no Século XVII, tanto os direitos políticos quanto os direitos pertencentes à concepção moderna liberal de privacidade e do privado têm sido defendidos como direitos dos indivíduos; mas esses indivíduos foram supostos, e com frequência explicitamente definidos, como adultos, chefes de família masculinos. Assim, os direitos desses indivíduos a serem livres de intrusão por parte do Estado, ou da Igreja ou da vigilância curiosa de vizinhos, eram também os direitos desses indivíduos a não sofrerem interferência no controle que exerciam sobre os outros membros da sua esfera privada – aqueles que, seja pela idade, sexo ou condição de servidão, eram vistos como legitimamente controlados por eles e tendo sua existência limitada à sua esfera de privacidade. Não há qualquer noção de que esses membros subordinados das famílias devessem ter seus próprios direitos à privacidade.<sup>279</sup>

Sustenta Susan Okin que a concepção do gênero como categoria social propicia uma nova abordagem da desigualdade, na medida em que os estudos de gênero são capazes de

---

família e a vida íntima e doméstica são (também paradigmaticamente) privadas. [...] os significados ligados às dicotomias Estado/sociedade e não-doméstico/doméstico são justamente aqueles utilizados com mais frequência na teoria política, onde ambos têm papéis centrais. [...] a permanência dessa dicotomia que torna possível que os teóricos ignorem a natureza política da família, a relevância da justiça na vida pessoal e, conseqüentemente, uma parte central das desigualdades de gênero. [...] Em segundo lugar, mesmo no interior da dicotomia público/doméstico, permanece uma ambigüidade, resultando diretamente das práticas e teorias patriarcais do passado, que tem sérias conseqüências práticas – especialmente para as mulheres. A divisão do trabalho entre os sexos tem sido fundamental para essa dicotomia desde seus princípios teóricos. Os homens são vistos como, sobretudo, ligados às ocupações da esfera da vida econômica e política e responsáveis por elas, enquanto as mulheres seriam responsáveis pelas ocupações da esfera privada da domesticidade e reprodução. As mulheres têm sido vistas como ‘naturalmente’ inadequadas à esfera pública, dependentes dos homens e subordinadas à família. (OKIN, *op. cit.*, p. 308)

<sup>279</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 308.

transformar fundamentalmente os paradigmas disciplinares, pois influem na política e afetam a dicotomia público/doméstico.<sup>280</sup>

O *slogan* “o pessoal é político” foi idealizado pelo feminismo de modo global, no final da década de 1960, com o intuito de ressaltar a importância da família para a sobrevivência das sociedades fundadas no liberalismo econômico e, ao mesmo tempo, criticar a impossibilidade de interferência estatal dentro dos lares para correção das distorções havidas. O *slogan* era representativo das novéis críticas à dicotomia público/privado, que até aquele momento não havia sido questionada pelos movimentos feministas. A propósito do *slogan* “o pessoal é político” ou “o privado é político”, Diane Lamoureux destaca o uso “no mínimo polissêmico dessa expressão”:

[...] no mundo inteiro os grupos feministas se reconheciam nessa expressão e faziam dela um elemento crucial do seu radicalismo.

Em primeiro lugar, isso faz parte da vontade, não exclusiva do feminismo, de afirmar que “tudo é político”. Uma análise retrospectiva do uso da expressão permite constatar que ela foi adotada para enunciar que **toda relação de poder, dominação e opressão é de fato política**. Isso também permitiu evidenciar que a “natureza” está longe de ficar em paz no mundo moderno, e que a esfera privada é amplamente marcada pelo político, sobretudo na era do Estado-Providência e do surgimento do social (Arendt, 1958), enquanto o Estado passa a ser essencialmente um gestor de “populações”.

Em segundo lugar, essa afirmação contribuiu para **legitimar as reivindicações das mulheres na esfera política**. [...]

Por fim, esse *slogan* permite criticar o modelo de indivíduo abstrato, que está na base das teorias modernas de cidadania (Lamoureux, 2001). [...]

Com certeza, **não há unanimidade** entre as feministas quanto ao sentido que se deve dar à relação entre esfera pública e a esfera privada num contexto de cidadania igualitária para homens e mulheres. Algumas optam por insuflar a esfera política com novos valores que as mulheres puderam desenvolver no calor do privado (Gilligan, 1982; Irigaray, 1989; Ruddick, 1989). Outras insistem simultaneamente sobre a importância de uma esfera da intimidade que escapa ao olhar público e sobre a necessidade de uma redefinição inclusiva, tanto do privado como do público (F. Collin, 1986a; Jones, 1993; Young, 1990).

Isso evidencia que, mesmo que as mulheres tenham acedido à cidadania durante a primeira metade do século XX, o discurso sobre a diferença sexual e as esferas separadas não se amenizou.<sup>281</sup> (grifos nossos)

Ponto sensível nos estudos voltados a analisar a dicotomia público/privado e a instituição familiar é a idealização de uma forma de interferência estatal que seja capaz de

<sup>280</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 311.

<sup>281</sup> LAMOUREUX, Diane. Verbete: Público/Privado (tradução de Naira Pinheiro) in Dicionário Crítico do Feminismo, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de Dictionnaire critique du féminisme, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 211/212.

equalizar os direitos e deveres no âmbito doméstico. A questão levantada, cuja resposta não é prontamente extraída, cinge-se a definir em que medida o pessoal é político e, assim sendo, de que modo e em que extensão se deve dar a interferência estatal, no sentido de aniquilar a relação de dominação. Susan Okin sustenta que nem o domínio da vida doméstica, pessoal, nem aquele da vida não doméstica, econômica e política, podem ser interpretados isolados um do outro, e assevera que não cabe ao Estado escolher entre intervir ou não intervir.<sup>282</sup>

Na medida em que o Estado legitima a divisão da vida social nas esferas pública não-doméstica e doméstica privada, fica autorizada a estruturação de gênero na sociedade. Susan Okin chega à conclusão próxima daquela atingida por autores feministas de esquerda, tais como Joaquim Hirsch, ao situar a problemática de gênero no cerne estrutural de nossa sociedade contemporânea.<sup>283</sup> Afirma Susan Okin:

Portanto, as feministas afirmam que a distinção liberal existente entre público e doméstico é ideológica no sentido de que apresenta a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional baseada em pressupostos sobre diferentes naturezas e diferentes papéis naturais de homens e mulheres, e de que, como concebida atualmente, não pode servir como um conceito central a uma teoria política que irá, pela primeira vez, incluir todas nós. Desafiando a abordagem daqueles teóricos que ainda parecem assumir silenciosamente que a criação dos filhos e a domesticidade ligadas à mulher são “naturais” e, portanto, situam-se fora do escopo da crítica política, as pesquisadoras feministas têm argumentado que a divisão doméstica do trabalho, e especialmente a prevalência da mulher à frente da criação dos filhos, são socialmente construídas, e portanto questões de relevância política. Além de serem fatores centrais na estrutura de gênero da sociedade de maneira mais ampla, sua manutenção não pode ser explicada sem a referência a elementos da esfera não-doméstica, como a segregação e a discriminação sexuais correntes na força de trabalho, a escassez de mulheres nas altas rodas da política e a pressuposição estrutural de que trabalhadores e ocupantes de cargos políticos não são responsáveis por cuidar das crianças.<sup>284</sup>

Independentemente da forma de Estado adotada (liberal, social, democrático de direito), fato é que o Estado não adentra no âmbito doméstico e sua omissão acaba por propiciar a manutenção da desigualdade.

---

<sup>282</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 313.

<sup>283</sup> Sustenta Joaquim Hirsch: “A separação entre Estado e sociedade, presente na forma política capitalista, significa que o Estado não se apoia apenas nas relações de classe, mas também nas relações de gênero caracterizadas pela exploração e opressão, expressas em suas instituições políticas. Assim, surge uma contradição estrutural entre desigualdade e opressão social por um lado, e liberdade e igualdade civis formais por outro lado, que caracteriza o patriarcado capitalista [...]. A divisão do trabalho ligada à relação de gênero – trabalho assalariado e trabalho doméstico – é fundamental para o processo capitalista de valorização e de acumulação” (HIRSCH, Joaquim. *Teoria Materialista do Estado*, tradução de Luciano Cavini Martonaro, Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 82)

<sup>284</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 315.

A necessidade de revisão dos parâmetros de interferência estatal no âmbito familiar, que atualmente se restringe essencialmente aos casos de violência doméstica e à regulação dos contornos das formas familiares (casamento, união estável, união homoafetiva), é melhor vista quando compreendido o gênero como uma construção social e política. Segundo Susan Okin, “a partir do momento em que admitimos a ideia de que diferenças significantes entre mulheres e homens são *criadas* pela divisão do trabalho existente na família, nós começamos a perceber a profundidade e a amplitude da construção social do gênero”.<sup>285</sup> O público é construído para se amoldar às necessidades masculinas, de modo que as práticas sociais desconsideram as necessidades femininas em sua grande parte, embora tenhamos avançado na legislação protetiva da mulher no mercado de trabalho.

Enfim, para Susan Okin, o gênero deve ser visto como uma construção social universalmente presente nas sociedades humanas, resultante de um número de fatores complexos, em especial a dicotomia público e privado, cujo alcance varia ao longo dos tempos, fazendo com que a desigualdade se manifeste por diferentes formas e seja afetada por diversos fatores causais em momentos e contextos sociais variados.<sup>286</sup>

Com efeito, a esfera pública social, incluído o mercado de trabalho, é estruturada sem levar em consideração distorções havidas dentro dos lares. É este o ponto mais sensível, a meu ver, nos debates acerca da igualdade de gênero, em direção da qual pouco se avançará se não forem repensados os obstáculos colocados pelos direito à intimidade e privacidade e o papel público desempenhado pelas mulheres no âmbito doméstico.

## 2.11. Gênero e família.

A natureza patriarcal está presente no Direito brasileiro desde o final da idade moderna (final do Século XVIII), voltando-se, prioritariamente, à proteção dos homens como membros

---

<sup>285</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 317.

<sup>286</sup> Sobre a forma com que a construção dos papéis de gênero interfere na participação da mulher na esfera pública: “Nós não podemos entender as esferas ‘públicas’ – o estado do mundo do trabalho ou do mercado – sem levar em conta o fato de que são genericadas, o fato de que foram construídas sob a afirmação da superioridade e da dominação masculinas e de que elas pressupõem a responsabilidade feminina pela esfera doméstica. É preciso perguntar: as práticas nos locais de trabalho, no mercado ou no parlamento seriam as mesmas se elas tivessem se desenvolvido pressupondo que seus participantes teriam de acomodar-se às necessidades de dar à luz, educar um filho, e às responsabilidades da vida doméstica? As políticas e seus resultados seriam os mesmos se aqueles que nelas estão engajados fossem pessoas que também tivessem responsabilidades cotidianas significativas voltadas para os cuidados dos outros, ao invés de serem aqueles que menos probabilidade têm, em toda a sociedade, de ter essa experiência? Apesar do extremo interesse dessas questões, e de muitas outras similares a elas, a maior parte da teoria política hoje, ao manter-se distante da reflexão sobre a velha dicotomia público/doméstico, é incapaz de considerá-las”. (OKIN, *op. cit.*, p. 320)

superiores da sociedade. Note-se que até a Constituição Federal de 1988, prevalecia a regra do Código Civil de 1916, que assim dispunha em seu Art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal”. Sem dúvida, o Direito avançou e as mulheres alcançaram a igualdade formal.

Na evolução do Direito brasileiro, é forçoso reconhecer o fortalecimento de uma tendência à utilização de princípios constitucionais como técnica de interpretação e de decisão, especialmente nos casos em que há lacuna normativa. É sabido que lacunas ocasionam injustiças, pois deixam à margem do Direito pessoas e situações que merecem proteção. Por essa razão, o próprio Direito prevê mecanismos de preenchimento de vazios normativos, por intermédio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.<sup>287</sup> Logo, a utilização de princípios gerais como técnica de interpretação e decisão é legítima e encontra respaldo no ordenamento jurídico. Segundo José Carlos Francisco, havendo regra expressa e objetivamente útil para a solução de certos casos concretos, o operador do direito deve aplicá-la em obediência ao ordenamento produzido de modo democrático e legítimo, ao invés de abandonar o preceito positivado em favor da incidência de princípios. Prossegue José Carlos Francisco:

Somente se o caso concreto demonstrar que inexitem regras ou que as regras existentes produzirão resultado desproporcional e injusto, devem ser empregados princípios que permitam construir soluções adequadas (ajustadas à situação concreta e plural), quando então o Poder Judiciário não atua como usurpador de competências pois apenas preenche vazios normativos e dá soluções para problemas que lhes são levados pelas partes.<sup>288</sup>

Dentro dessa tendência vê-se a importância galgada pelos princípios da dignidade humana e da proporcionalidade, assim como o reconhecimento doutrinário de uma nova categoria de direitos fundamentais, a que se denominou de *novos direitos*, além de debates sobre a necessidade de publicização do direito privado. Nessa mesma toada, há correntes formadas no âmbito do direito privado, conhecidas como *derrotabilidade da norma regra* ou *superabilidade* ou *defeasibility*, que afirmam a necessidade de repersonalização do direito privado, com fundamento na dignidade da pessoa humana, diante da impossibilidade de se sacrificarem valores fundamentais inseridos no ordenamento jurídico e almejados por toda a sociedade, com o fim único de se promover a aplicação fria da lei a um caso concreto.

Sobre a concepção tradicional da família, inserta no Código Civil de 1916, esclarece Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

<sup>287</sup> Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942): “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.”

<sup>288</sup> FRANCISCO, José Carlos, *Capítulo: (Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto*, op. cit., p. 63.

Formada pela união matrimonializada de um homem com uma mulher e os descendentes do casal (a típica família heteroafetiva) e nos costumes extremamente machistas da época (que consideravam a mulher casada como relativamente incapaz). Isso porque a família inicialmente codificada não tinha como ponto de preocupação o bem-estar de seus componentes: visava apenas garantir que o modelo econômico da época fosse cada vez mais revigorado, no sentido de que, em uma sociedade rural, a existência de mão de obra numerosa era indispensável para que se alcançasse uma boa produção. [...]

Ou seja, a família jurídica do início do século XX, do Código Civil de 1916, de modelo predominantemente rural, não se preocupava com o amor ou com as pessoas nela existentes: tinha um intuito meramente patrimonialista de garantir que o modelo econômico do País se mantivesse intacto. Nessa forma familiar, o afeto era completamente ignorado.<sup>289</sup>

Críticas feministas em face da instituição familiar já eram vistas desde os tempos mais remotos do feminismo, e tinham como ponto de partida os estudos desenvolvidos por Engels na sua conhecida obra *A família, a propriedade privada e o Estado*.<sup>290</sup> Em seu conceito mais tradicional, a família é uma instituição cuja função é a reprodução e a socialização, conforme apontado por Anne-Marie Devreux: “essa função se organiza por meio de uma divisão de papéis que repousaria sobre as naturezas masculina e feminina”; “a família conjugal, dois cônjuges e seus filhos, constituiria a única família ‘verdadeira’, e os outros modelos não seriam mais do que disfunções ou desvios”.<sup>291</sup>

Posições mais extremadas enxergam a família “como a unidade que permite a regulação do trabalho pela divisão forçada entre o trabalho profissional e doméstico entre os cônjuges, em que as formas familiares são as modalidades concretas desse agenciamento”, conforme aponta Anne-Marie Devreux, combatendo, ainda, a dimensão contratual das relações conjugais, na medida em que não há uma equivalência de recursos entre homens e mulheres na família e na sociedade, ficando as mulheres em situação de opressão:

Decorre que as relações entre os sexos na família são assimiladas a uma busca de poder na qual o “poder” das mulheres de escolher as modalidades pelas quais efetuam suas tarefas econômicas teria natureza e peso equivalentes aos dos homens, que descarregam sobre elas o trabalho doméstico. Ao enfatizar a dimensão contratual das relações conjugais e fazer da família um espaço livre de negociação de capitais, essas teorizações negam a força das relações sociais de sexo e da opressão das mulheres.<sup>292</sup>

<sup>289</sup> VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 158/159.

<sup>290</sup> ENGELS, Friedrich, 1820-1895, *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, Tradução de Ruth M. Claus, São Paulo: Centauro, 2002;

<sup>291</sup> DEVREUX, Anne-Marie. Verbete: Família, in *Dicionário Crítico do Feminismo*, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de Dictionnaire critique du féminisme, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009, p. 97.

<sup>292</sup> DEVREUX, *op. cit.*, p. 98/99.



Segundo Antônio Jorge Pereira Júnior, foi sob a nova ótica constitucional antes apontada, que se passou a vislumbrar uma *função social* na família, que é considerada elemento base da sociedade:

A união matrimonial projeta alterações importantes sobre a situação jurídica dos esposos, que passam a ocupar uma *função social* fundamental na sociedade – passam a integrar, em conjunto, a *base* da sociedade, segundo os termos da Constituição. As responsabilidades sociais assumidas pela família matrimonial podem ser reconhecidas nos encargos que essa situação impõe aos cônjuges, que assumem deveres próprios do novo estado, não negociáveis juridicamente, salvo quanto ao regime de bens.<sup>293</sup>

Paulo Roberto Iotti Vecchiatti bem observa que “a família atual busca sua identificação na solidariedade (Art. 3º. I, da CF/1988), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos últimos séculos”.<sup>294</sup> Entretanto, acerca dos encargos assumidos pelos cônjuges, Antônio Jorge Pereira Júnior afirma que “um quadro de direitos e deveres que estabeleça padrões mínimos de comportamento e de mútuo respeito, e ofereça um modo de gerenciamento do patrimônio familiar, facilita a organização, a convivência e a paz internas no seio familiar, o que convém à sociedade, aos cônjuges e à prole”.<sup>295</sup>

Reforçando a imprescindibilidade da família no contínuo processo de reprodução das relações sociais, afirma Antônio Jorge Pereira Júnior:

A base da sociedade continua a ser a relação homem-mulher, formal ou informal, e os frutos dessa relação, mesmo criados apenas por um dos genitores. Tal é a força do vínculo criado na relação homem-mulher com a finalidade de constituir família, que mesmo quando o casal opta pela não formalização jurídica, o Estado impõe o vínculo, como acontece na união estável.

As relações de amizade, coleguismo, companheirismo, por si sós, carecem do atributo objetivo de base constitutiva da sociedade civil. Nessas situações, mesmo que haja afeição e desejo sincero de conviverem *como se fossem* uma família, nem por isso serão juridicamente consideradas como tais. A sociedade sobrevive e se perpetua sem elas, mas não sem a relação material homem-mulher e a relação de filiação. Nessas situações, assim como na relação homoafetiva, está ausente a condição de base da sociedade, razão pela qual não é aceitável seu tratamento jurídico como modelo familiar.<sup>296</sup>

Antônio Jorge Pereira Júnior caminha no sentido de não aceitar o tratamento jurídico da relação homoafetiva como modelo familiar, com o qual não coaduno. Em primeiro lugar, é

<sup>293</sup> PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2377.

<sup>294</sup> VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 160.

<sup>295</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 2377.

<sup>296</sup> *Ibidem*, p. 2377.

preciso cautela na compreensão dos motivos que ensejam a proteção jurídica familiar. Partindo-se de uma interpretação mais estrita e legalista do texto constitucional, em que a relação de filiação é base da sociedade e elemento chave do modelo familiar, há de se concluir que relações homoafetivas não merecem tratamento jurídico como modelo familiar. Nesse particular, sustenta Antônio Jorge Pereira Júnior que o elemento objetivo que compõem o suporte fático das relações familiares é “a efetiva (e não *afetiva*) capacidade geradora e provedora da sociedade, que se manifesta nas relações homem-mulher e paterno-filial”. Prossegue Antônio Jorge Pereira Júnior:

Esse sempre foi o motor da especial proteção estatal à família. Não fosse assim, poderiam pedir alimentos e exigir benefícios previdenciários quando do falecimento do colega ou amigo: amigos, colegas e parentes distantes que vivem *com a intenção de configurar família*. Logo, pela máxima extensão interpretativa, restaria vazio o conceito de *especial proteção* à família e o próprio conceito de família do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, bem como a motivação primordial de subsidiar o desenvolvimento das instituições sociais que são *básicas* para a manutenção da sociedade civil. O Estado não teria como ser tão concessivo com todos. A especial proteção não foi concebida com essa perspectiva.<sup>297</sup>

Alguma cautela é necessária para que esse raciocínio não conduza à conclusão inadequada de que o casal formado por um homem e uma mulher, que não tenham condições biológicas de terem filhos, também não faça jus à proteção conferida ao casamento, exceto se o casal vier a adotar crianças. A mesma cautela se aplica a pessoas adultas solteiras, que vivem com os pais, até que estes venham a falecer. Essas pessoas têm, evidentemente, o direito de ver suas relações reconhecidas juridicamente como família. Enfim, embora a família se destine prioritariamente à procriação, isso não significa que ficam excluídos da proteção estatal aqueles que se unem por vínculos afetivos, sem o intuito de ter filhos, pois essa interpretação não é a que melhor se coaduna com os preceitos máximos da Constituição. A meu ver, preceitos máximos constitucionais permitem que as instituições *família* e *matrimônio* sejam vistas com maior alcance, de forma a abarcar relações que se estabelecem por força de um vínculo afetivo, ainda que não haja filhos, de forma a abarcar o reconhecimento jurídico da união homoafetiva.

O direito constitucional também vem se abrindo para um novo universo de entendimento, em que se consideram albergados pela Constituição direitos universais como *direito à felicidade, ao respeito, ao bem estar, ao desenvolvimento pessoal*. Essa linha foi seguida pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer juridicamente as uniões homoafetivas,

---

<sup>297</sup> PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 2377.

conferindo-lhes o *status* de união estável, quando do julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277.<sup>298</sup> Com efeito, em recente julgamento proferido pelo C. Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a possibilidade de casais homossexuais unirem-se em união estável que, na hipótese, recebeu a denominação de *união homoafetiva*. A par da discussão existente a respeito de esta medida configurar ativismo judicial, em prejuízo de uma decisão eminentemente política, o julgamento em tela representou um grande avanço na promoção da igualdade de gênero, especialmente no que concerne à homossexualidade.

Críticas podem ser tecidas sobre o porquê do reconhecimento tão-somente da união estável, deixando-se de fora todos os demais direitos concernentes às formas familiares, tais como a instituição do casamento e a possibilidade de adoção de filhos. Mas essa é uma questão que mereceria uma abordagem mais aprofundada, inclusive no que se refere aos aspectos processuais potencialmente limitadores de um provimento jurisdicional de maior amplitude. Para o que interessa neste estudo, não se nega que o precedente consiste em marco inicial de importantes mudanças no direito de família, que poderão vir a configurar, no futuro, o início de uma abertura jurídica e moral para novas formas familiares. Sim, pois, ao falar de direito à *felicidade, ao respeito, ao bem estar, ao desenvolvimento pessoal*, sobre o *direito constitucional de família*, no julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, a Suprema Corte admitiu que a conceituação de família não mais se restringisse à ótica do Direito Privado. Passou-se a admitir que o delineamento do conceito família seja conferido pelos princípios constitucionais, pelos direitos e garantias fundamentais, pela primazia da dignidade humana.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, Tribunal Pleno, ambas de Relatoria do Ministro Luiz Fux, j. 05/05/2011, v.u., DJe-198 de 14/10/2011.

<sup>299</sup> Mostra-se pertinente a transcrição de excerto do voto do Ministro Celso de Mello, proferido no RE 477554/MG, também concernente à união homoafetiva: “Ao assim decidir a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, mais do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, minoritários ou não, que integram a comunhão nacional. Esta Suprema Corte, ao proferir referido julgamento, viabilizou a plena realização dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação, que representam fundamentos essenciais à configuração de uma sociedade verdadeiramente democrática, tornando efetivo, assim, o princípio da igualdade, assegurando respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, conferindo primazia à dignidade da pessoa humana, rompendo paradigmas históricos, culturais e sociais e removendo obstáculos que, até então, inviabilizavam a busca da felicidade por parte de homossexuais vítimas de tratamento discriminatório. Com tal julgamento, deu-se um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, viabilizando-se a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva. Vale referir, tal como eu próprio já o fizera em decisão anterior (ADI 3.300-MC/DF), que o magistério da doutrina - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do

Sobre esse propósito, afirma Paulo Roberto Iotti Vecchiatti:

Fica, pois, claro que o ordenamento jurídico passou a dar mais importância ao amor, aos laços fraternos e à solidariedade em detrimento da antiga visão patrimonialista de nossa legislação anterior. Afinal, reconheceu-se expressamente o caráter jurídico-familiar da união estável (o “casamento de fato”), que se mantém unicamente pelo amor existente na relação, garantindo-lhe muitos direitos anteriormente só garantidos ao casamento civil.

Desta feita, não há como negar que o Direito Brasileiro alçou a dignidade da pessoa humana a valor máximo de seu ordenamento jurídico, especialmente em atenção ao Art. 1º, III, da CF/1988, que coloca a dignidade da pessoa humana como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e que esta garante a todos o direito à felicidade, dentro evidentemente dos limites constitucionais.<sup>300</sup>

Não há como se afastar de uma análise crítica do instituto família, notadamente diante do reconhecimento jurídico da união homoafetiva. *Gênero e família* são dois conceitos interligados. Existe uma estrita relação na sociedade contemporânea entre a forma familiar e a opressão feminina. Exatamente porque a família situa-se nas esferas de privacidade e intimidade do indivíduo, a abordagem da desigualdade de gênero se torna desafiadora para o Direito, pois a forma familiar contemporânea ainda é patriarcal e mudanças nessa concepção não são fáceis, mesmo porque o próprio Direito é influenciado pelo patriarcado. Afirma Heleieth Saffioti:

Do mesmo modo como as relações patriarcais, suas hierarquias, sua estrutura de poder contaminam toda a sociedade, o direito patriarcal perpassa não apenas a sociedade civil, mas impregna também o Estado. Ainda que não se possa negar o predomínio de atividades privadas ou íntimas na esfera da família e a prevalência de atividades públicas no espaço do trabalho, do Estado, do lazer coletivo, e, portanto, as diferenças entre o público e o privado, estão estes espaços profundamente ligados e parcialmente mesclados. Para fins analíticos, trata-se de esferas distintas; são, contudo, inseparáveis para a compreensão do todo social. “A liberdade civil depende do direito patriarcal”.<sup>301</sup>

O reconhecimento de duas esferas essenciais do indivíduo, correspondentes ao espaço público não-doméstico e ao espaço doméstico privado doméstico, é um dos fundamentos em que se alicerça a sociedade contemporânea.

---

pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - tem revelado admirável percepção quanto ao significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares”.

<sup>300</sup> VECCHIATTI, *op. cit.*, p. 123/124.

<sup>301</sup> SAFFIOTI, *op. cit.*, p. 54.

Assim, do ponto de vista jurídico, para o combate da desigualdade, o conceito de família deve ser assimilado sob a ótica de Direito Público, nos moldes delineados pelo Supremo Tribunal Federal, quando analisou a questão à luz do *direito constitucional de família*, na ADPF 132/RJ e na ADI 4.277/DF. Este pode ser, talvez, um primeiro e grande passo para a abertura do instituto família, se ponderada a potencialidade de deflagrar outras mudanças, com esta relacionada. Certamente, importante passo foi dado pela Corte Suprema ao dispor expressamente sobre aqueles direitos citados, admitindo uma nova forma familiar. Outros importantes passos podem ser contemplados pelo Direito, possibilitando a superação dos elementos que são determinantes das contradições de gênero.

Tanto sob a ótica das ciências sociais, como do Direito, a família desempenha papel fundamental para a existência da sociedade. As liberdades públicas da privacidade e da intimidade têm propiciado a manutenção da subordinação dentro dos lares. Tais elementos desaguam na concepção da família como uma instituição não-política e que, portanto, está resguardada de interferências estatais, que visem a equalizar as relações internas que lhe são inerentes. Entretanto, a família é considerada ao mesmo tempo política, por constituir o núcleo essencial da sociedade e, sob esse enfoque, é objeto de reconhecimento moral, jurídico e político quanto à sua existência, funcionalidade e estruturação. A família tem seus contornos juridicamente delineados pelo Direito, mas as relações que se desenvolvem em seu âmbito interno nem sempre têm recebido a devida proteção estatal.

Assim como o Supremo Tribunal Federal reconheceu juridicamente as uniões homoafetivas como modelo familiar, conferindo-lhes o *status* de união estável, o instituto família pode e deve ser repensado de forma que as relações estabelecidas entre os seus membros sejam regidas pela igualdade, pelo afeto e pela felicidade, ainda que para isso seja necessária alguma interferência estatal (legislativa ou por intermédio de políticas públicas), que auxilie no combate à desigualdade. Espera-se, evidentemente, que essa medida seja dotada de razoabilidade, e, ainda, que as esferas de privacidade e intimidade não sirvam de obstáculo para a promoção da igualdade.

Sobre a assimilação do afeto como valor jurídico e sua elevação à categoria de princípio, afirma Maria Berenice Dias:

Ainda que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Mas o princípio da dignidade humana alça a afetividade à condição de princípio jurídico, pois prioriza a realização da personalidade dos membros da família em detrimento de qualquer concepção preestabelecida de entidade familiar. A família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que é veículo funcionalizador à

promoção da dignidade de seus membros, donde o afeto tornou-se valor jurídico de suma relevância para o Direito das Famílias.<sup>302</sup>

Exatamente porque a família é instituição necessária à organização da sociedade, compondo seu núcleo essencial, surge o desafio à gestão pelo Estado das relações entre os sexos, em especial no que diz respeito à divisão sexual do trabalho nas formas contemporaneamente assumidas. É preciso envidar esforços para impedir que a instituição familiar permaneça assentada sobre pilares que colocam as mulheres em situação de desigualdade, e combater a omissão estatal. Nesse particular, merecem destaque as palavras de Maria Berenice Dias a respeito das relações homossexuais, mas que se aplicam, com seus devidos ajustes, à problemática enfrentada pelas mulheres:

Também a palavra homoafetividade tem um significado muito especial.

Ao cunhar este neologismo – e isso nos idos de 2000 – busquei escancarar uma realidade que o preconceito sempre encobriu. As uniões entre pessoas, independente de sua identidade sexual, é uma união de afetos e como tal precisam ser identificadas.

À época surpreendeu –me a absoluta ausência não só de trabalhos, estudos, artigos tratando das relações homossexuais no âmbito jurídico.

**Talvez o mais chocante foi constatar que a omissão gerava um efeito perverso: a absoluta invisibilidade a que eram condenados os vínculos afetivos, cujo único diferencial era o fato de serem constituídos por pessoas de igual sexo.**

**Não há maior afronta do que o não ver, pois leva a negar a existência do que existe.** Ao deparar-me com as nefastas consequências desta postura omissiva, não medi esforços para reverter tão triste realidade.<sup>303</sup>

Anota-se, finalmente, que a família também desempenha a função de servir de modelo para as crianças, estabelecendo parâmetros que serão observados na vida privada e social, ao longo dos anos, em todos os campos de atuação do indivíduo. Logo, a manutenção da forma familiar fundada na divisão sexual do trabalho implica construir homens e mulheres que internalizarão e reproduzirão, futuramente, os mesmos conceitos.

A reformulação da família sobre bases igualitárias, com a concretização dos direitos fundamentais nas relações entre os membros, por intermédio do Poder Público, não só é possível, do ponto de vista jurídico, como também é necessária.

<sup>302</sup> DIAS, Maria Berenice, *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*, op. cit., p. 132.

<sup>303</sup> DIAS, Maria Berenice, Prefácio à obra *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*, de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, 2ª. Edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, s/p.

## **2.12. As liberdades jurídicas e a desigualdade de gênero.**

O avanço das mulheres ao longo das décadas é notório, especialmente no que concerne à conquista dos direitos políticos, do mercado de trabalho (inclusive em profissões de destaque), do direito ao ensino (desde alfabetização até o acesso à universidade) e à proteção da maternidade. Todavia, vimos que as mulheres ainda são minorias quando comparadas aos homens, em relação à ocupação de cargos ou postos de direção e chefia, à média salarial, ao número de cargos eletivos ocupados no Poder Legislativo e Executivo, nas três esferas de governo, entre outros aspectos. Distorções remanescem na vida privada e no tocante ao regramento moral.

### *2.12.1. O direito à privacidade e à intimidade e a moral.*

Não se descarta o papel exercido pela moral na solução para a problemática de gênero. Uma reformulação estritamente no campo moral, mediante revisão dos valores éticos que regem a tradicional forma familiar pode trazer importantes avanços, pois nem sempre a elaboração de leis é o melhor caminho a ser adotado. Com efeito, uma lei que simplesmente dispusesse sobre a execução compartilhada dos afazeres domésticos, estabelecendo critérios para divisão entre homens e mulheres, seria motivo de chacota. Por isso, é preciso que o sistema normativo seja aperfeiçoado com prudência.

Embora o conceito de Direito esteja imbricado com a perspectiva filosófica que se adote, é certo que, usualmente, o Direito é considerado meio ou forma de controle social. Algumas características inerentes à condição humana e ao meio em que vivemos tornam necessário o estabelecimento de regras de conduta que nos obriguem a determinadas abstenções, sem as quais se tornaria inviável a vida em sociedade. O Direito exerce importante papel nesse regramento. Mas não apenas o Direito consiste em forma de controle das condutas dos indivíduos em sociedade; a moral, a religião, as normas de trato social, os costumes também compreendem um conjunto de condutas que devem reger não só as relações sociais, como também os padrões comportamentais observados no convívio social. O que vai diferenciar o Direito das demais formas de controle social é exatamente o fato de o Direito prever regras cuja observância é obrigatória, que independem da concordância do indivíduo, que poderá vir a ser compelido a cumpri-las. A coerção (ou coação), portanto, consiste no elemento que diferencia o Direito das demais esferas normativas da vida social, em especial do regramento moral e das normas de trato social, pois as sanções nessas esferas desenvolvem-se muitas vezes internamente no indivíduo, ou seja, de acordo com a sua consciência moral. As

sanções morais e religiosas, em regra, não incluem o uso da força física, diferentemente do que ocorre no caso do Direito, em que o uso da força aparece de forma externa e institucionalizada, sendo exercida pelo Estado que detém o seu monopólio.

Se considerarmos que o âmbito doméstico e familiar deve ser objeto de regramento exclusivamente da moral, é provável que as mulheres continuem sendo exploradas dentro do lar. Sem interferência estatal, pouco se conseguirá avançar no processo de equalização das relações familiares. Em geral, mudanças são deflagradas entre pessoas que tenham interesse em promovê-las, ou seja, em espaços onde o consenso é possível. De modo mais amplo, mudanças são promovidas onde o processo de democratização é avançado. A forma com que as relações familiares se desenvolvem segue essa toada: quando há consenso entre os membros da família, os ajustes são rapidamente promovidos e a igualdade passa a imperar.

Mas nem sempre o consenso é possível, quando se está diante de padrões culturais arraigados. Nos espaços em que não há consenso, iniciam-se os conflitos, que a depender da intensidade, chegam a conduzir ao término da relação e, em casos mais extremos, à violência doméstica. O aumento do número de divórcios e a diminuição do tempo de duração dos casamentos são sinais indicativos de como a sistemática familiar atual tem sido prejudicial à manutenção da família:

O Brasil registrou 341,1 mil divórcios em 2014, ante 130,5 mil registros em 2004. É um salto de 161,4% em dez anos. O dado está presente na pesquisa Estatísticas do Registro Civil 2014, divulgada nesta segunda-feira (30) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A Lei do Divórcio chegou ao País em 26 dezembro de 1977. Poucos anos depois, em 1984, foram contabilizados 30,8 mil divórcios. Em 1994, foram registradas 94,1 mil casos, representando um acréscimo de 205,1% em relação a 1984. Em 2004, com 130,5 mil casos, o aumento foi de 38,7%. Na comparação entre 1984 e 2014, no entanto, o crescimento é de 1.007%.<sup>304</sup>

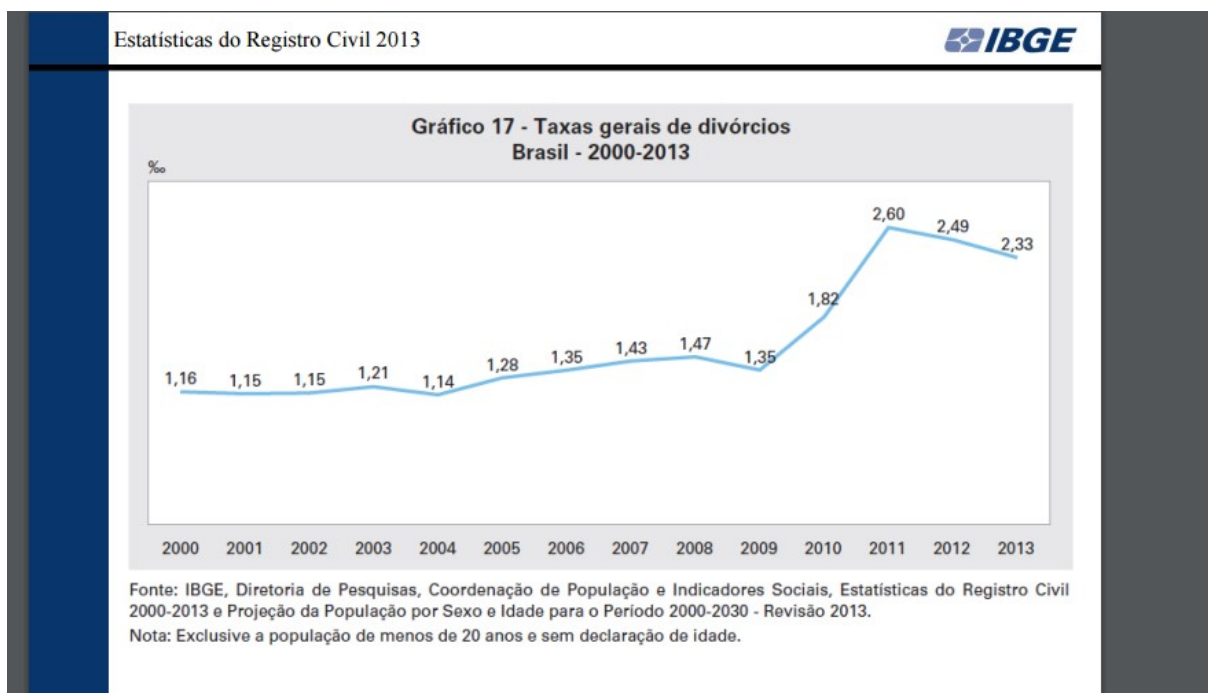
Confira-se o gráfico a seguir, elaborado pelo IBGE, divulgado no estudo denominado Estatísticas do Registro Civil 2013:<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> Publicado em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais>, acessado em 12/06/2016.

<sup>305</sup> <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>, acessado em 12/06/2016.



**Quadro 14**

O esgotamento das relações vem se tornando mais evidente, pois, conforme a mulher vai galgando outros espaços, que não o do lar, a sobrecarga provocada pela dupla jornada se intensifica e, na ausência de consenso, os conflitos se agravam. Note-se que o consenso entre homens e mulheres é obtido quando o casal, atuando em conjunto, desafia os padrões culturais e morais então existentes.

Nesse sentido, é possível afirmar que o equilíbrio das relações familiares implica o combate ao pensamento patriarcal. Nas famílias onde impera o patriarcado, não há uma forma de proteção estatal específica, capaz de solucionar o conflito e estabelecer o equilíbrio de responsabilidades dentro do lar. Mesmo nos casos em que do homem provém o sustento da família e a mulher é dona-de-casa, é preciso que se verifique se àquela mulher foi dada a possibilidade de escolher entre a vida doméstica e a vida profissional, ou seja, de se autodeterminar com liberdade.

Há espaços domésticos nos quais Poder Público deve atuar, sem que isso implique violação da liberdade, intimidade ou privacidade, pois no confronto entre direitos fundamentais, a cedência recíproca determina, *in casu*, que se amplie a extensão da igualdade, da liberdade, e da dignidade humana então conferidas às mulheres, a fim de equalizá-las com os valores da intimidade e privacidade a todos pertencentes. Trata-se de um campo que será melhor ajustado pelo Direito, do que pela moral que ainda traz valores patriarcais.

### 2.12.2. O âmbito doméstico privado e a proteção conferida à vida privada.

Sensível ponto nos debates sobre igualdade de gênero diz respeito ao âmbito doméstico familiar. Sobre esse aspecto aponta Ives Grandra Martins:

Por esta razão, a realidade – mais do que a legalidade – é que, na vida conjugal, determinará quem, por força de um caráter mais forte e dominante, exercerá, de fato, a chefia da sociedade conjugal.

Tenho, inclusive, sérias dúvidas de que essa matéria devesse ser regulada numa Constituição, na medida em que a vida conjugal e os direitos dela decorrentes dizem muito mais respeito à privacidade e intimidade do lar e do casal que às intromissões do constituinte. A matéria é muito mais de direito ordinário, no que concerne aos aspectos externos do casamento.<sup>306</sup>

A desigualdade não se manifesta somente na esfera pública, notadamente no mercado de trabalho. A desigualdade inicia-se no âmbito doméstico e neste encontra em muitos casos a sua expressão mais desumana, como, por exemplo, quando nos deparamos com a violência doméstica. Para Susan Okin, “apenas se um alto grau de igualdade for mantido na esfera doméstica da vida familiar esta estará sendo concebida como uma esfera privada consistente com a privacidade e a segurança socioeconômica de mulheres e crianças”.<sup>307</sup>

A regulação da vida conjugal pelo Direito levanta grande debate. De um lado, há fundamentos concernentes às liberdades públicas e ao respeito à intimidade e à vida privada, o que estaria a obstar a interferência estatal dentro dos lares. De outro lado, há fundamentos concernentes à igualdade material e à necessidade de intervenção estatal para correção de distorções que nascem dentro dos lares e se projetam para a vida pública.

Para Ives Grandra Martins, a matéria que merece ser regulada pelo Estado concerne mais a aspectos externos do casamento, pois na vida conjugal há que se respeitar a intimidade e a privacidade, até mesmo na definição de quem, por força de um caráter mais forte e dominante, exercerá a chefia da sociedade conjugal.<sup>308</sup> Trata-se, à evidência, de uma linha de raciocínio que privilegia as liberdades públicas, colocando sua tônica no respeito à intimidade e privacidade, contra intervenções estatais. Esse pensamento reflete a preocupação quanto aos prejuízos que podem advir de uma abertura da esfera privada do indivíduo a intervenções estatais, com prejuízo à liberdade individual. Sem dúvida, é uma preocupação relevante e que merece ser sopesada. De outro lado, observa-se que o Estado e o Direito, de modo geral,

<sup>306</sup> MARTINS, Ives Gandra, *op. cit.*, p. 645.

<sup>307</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 314.

<sup>308</sup> MARTINS, Ives Gandra, *op. cit.*, p. 645.

mantêm-se alheios à problemática da desigualdade realizada na vida privada, e isso impede ou ao menos dificulta a correção de distorções que se iniciam dentro dos lares e projetam seus efeitos para além da esfera privada, prejudicando a mulher também na esfera pública.

A intimidade e a vida privada são esferas protegidas pelo Direito, que impede a intervenção estatal e coíbe a violação por terceiros. Ao mesmo tempo em que o Direito as protege em face de terceiros, preserva-as do controle estatal. Cuidam-se, assim, de esferas do indivíduo cujas relações são regidas muito mais pela moral, pelos costumes, pela religião, pelo afeto, do que pelo próprio Direito, que em regra não adentra.

### 2.12.3. *Os diferentes alcances da privacidade e da intimidade para homens e mulheres em sua eficácia horizontal.*

Compartilho do entendimento sustentado por Susan Okin de que a “ideia liberal da não-intervenção do Estado no âmbito doméstico, ao invés de manter a neutralidade, na verdade reforça as desigualdades existentes nesse âmbito”, porquanto “a natureza do direito à privacidade na esfera doméstica tem sido fortemente influenciada pela natureza patriarcal do liberalismo.”<sup>309</sup> A fronteira entre o público e o privado traz implicações diferenciadas para mulheres e homens, e é “uma forma de isolar a política das relações de poder na vida cotidiana, negando ou desinflando o caráter político e conflitivo das relações de trabalho e das relações familiares”, como sustenta Flávia Biroli.<sup>310</sup>

De fato, as liberdades públicas encontram sua origem no pensamento liberal iluminista do início da idade contemporânea e foram concebidas dentro de um universo histórico patriarcal, que não levava em consideração a condição das mulheres dentro do lar. Segundo Susan Okin, “não há qualquer dúvida de que os direitos à privacidade em Locke dizem respeito aos chefes de família masculinos em suas relações uns com os outros e não a suas relações com aqueles que lhe são subordinados”.<sup>311</sup>

De acordo com essa linha de raciocínio, os direitos à privacidade e à intimidade não se realizam com o mesmo alcance pelos homens e mulheres. Para Flávia Biroli, “o destaque para as exclusões implicadas na conformação de *uma* esfera pública mostra que os valores que nela imperam não são abstratos nem universais, mas se definiram historicamente, a partir da

<sup>309</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 320 e p. 321.

<sup>310</sup> BIROLI, Flávia, *Feminismo e política: uma introdução*, Luiz Felipe Miguel e Flávia Biroli, 1ª ed., São Paulo: Boitempo, 2014, p. 31.

<sup>311</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 321.

perspectiva de alguns indivíduos em detrimento de outros”.<sup>312</sup> Observa Susan Okin que “a ‘proteção total [ao indivíduo], a sua pessoa e propriedade’, ainda não é oferecida pela lei a muitas mulheres, para quem o lar, com toda sua privacidade, pode ser o mais perigoso dos lugares.”<sup>313</sup>

Boaventura de Souza Santos sustenta a parcialidade do Direito na concepção das liberdades públicas, por ocasião da Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas:

Quando se fala em igualdade perante o direito, temos de ter em conta que, no momento em que a declaração é escrita, indivíduos de vastas regiões do mundo não eram iguais perante o direito por estarem sujeitos a uma dominação coletiva, e sob sujeição coletiva, os direitos individuais não oferecem nenhuma proteção. Isto não foi contemplado pela declaração num momento alto do individualismo burguês, **num tempo em que o sexismo era parte do senso comum**, em que a orientação sexual era tabu, em que a dominação classista era um assunto interno de cada país e em que o colonialismo ainda tinha força como atente histórico, apesar do profundo abalo sofrido com a independência da Índia. Com o passar do tempo, também o sexismo, o colonialismo e outras formas mais cruas de dominação de classe foram sendo reconhecidos como dando azo a violação dos direitos humanos.<sup>314</sup>

Assim, ao eximir ou impedir o Estado de interferir na vida privada do indivíduo, o Direito tem possibilitado a manutenção da condição da mulher. Esse aspecto não tem sido considerado nos debates contemporâneos sobre privacidade.

Segundo Susan Okin, a privacidade enxerga a família como um coletivo, ou seja, a privacidade é conferida à família, como uma entidade singular que tem direitos contra o Estado,

---

<sup>312</sup> BIROLI, *op. cit.*, p. 31.

<sup>313</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 322. Explica: “Enquanto a maioria dos aspectos da *coverture*\* foram abolidos no século XIX, relações sexuais forçadas no casamento só foram reconhecidas como estupro na lei inglesa nos anos 1990; elas foram reconhecidas como tal em menos da metade dos estados dos Estados Unidos, e, neles, somente desde o final dos anos 1970. Estudos recentes têm mostrado que 10% a 14% das mulheres casadas nos Estados Unidos já sofreram ataques sexuais por parte de seus maridos que seriam qualificados sob as definições legais de estupro ou tentativa de estupro, caso tivessem sido cometidos por alguém que não fosse seus maridos. Bater na esposa foi claramente tornada uma prática ilegal na Inglaterra somente em 1962, e, ainda que seja hoje ilegal, a prevalência dessa prática, por muito tempo negada e escondida, foi ‘redescoberta’ tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos nos anos 1970. Um estudo recente sobre violência no casamento, feito pelo governo dos Estados Unidos no estado de Kentucky, revelou que 9% das esposas tinham sido chutadas ou tinham apanhado, esmurradas com o punho ou objetos, espancadas, ameaçadas ou atacadas com uma faca ou arma de fogo pelo parceiro masculino com quem viviam, e algumas estimativas dessas incidências são ainda mais altas.” (*Ibidem*, p. 322) \*Nota da tradutora: “*coverture* remete ao conceito legal que definia que a mulher casada não tinha direitos separados daqueles que seu marido (por exemplo, os direitos de assinar contratos, adquirir propriedade etc.). Do ponto de vista jurídico, marido e mulher seriam uma só pessoa.” (*Ibidem*, p. 322).

<sup>314</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento / Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chauí*, São Paulo: Cortez, 2013, p. 60/61.

no que se refere à regulação de seus membros. Mas, sendo o homem o membro superior da família, essa noção da privacidade reforça a autoridade dos maridos sobre as esposas e dos pais sobre os filhos.<sup>315</sup> Afirma Okin que foi atenta a esse aspecto que a Suprema Corte dos Estados Unidos caminhou no sentido de conceber a privacidade como um direito individual pertencente a cada membro da família e, por conseguinte, oponível a cada um deles, o que implicou significativa mudança paradigmática na jurisprudência:

Na prática, essa noção da família como uma entidade singular que tem direitos contra o Estado, no que se refere à regulação de seus membros, reforçava a autoridade dos maridos sobre as esposas e dos pais sobre os filhos. Mais recentemente, em algumas (ainda que não em todas) decisões, a Corte tem se movido em direção à **compreensão dos direitos à privacidade como direitos individuais, ao invés de direitos das famílias**. Essa noção do que deve mais apropriadamente ser chamado de **privacidade no interior da família**, ao invés de privacidade da família, fornece **proteção constitucional aos direitos dos membros das famílias, individualmente**, mesmo contra as preferências de seus membros mais poderosos, ou contra a decisão coletiva da família como um todo. Assim, por exemplo, direitos a tomar decisões em relação à contracepção e ao aborto, que foram antes sustentados pela Corte sob a rubrica da privacidade familiar ou marital, logo evoluíram no sentido de serem entendidos como direitos dos indivíduos, sejam eles casados ou não, e em alguns casos constituem direitos em oposição às famílias, vistas como entidades coletivas.<sup>316</sup> (grifos nossos)

A mudança na jurisprudência norte-americana apontada por Susan Okin reforça, a meu ver, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que são oponíveis nas relações entre particulares. Sobre o valor da esfera privada, observa-se que todos os indivíduos necessitam de privacidade e essa é uma necessidade indiscutível. Questionamentos aparecem quanto ao nível de privacidade conferido às mulheres na esfera doméstica, dentro de uma leitura que permite afirmar a natureza patriarcal desse direito em seu nascedouro. À evidência, nas relações permeadas pelo abuso físico ou pela violência doméstica nas suas demais formas, a privacidade não deve preponderar em face do Estado. Na medida em que a mulher tem a sua integridade violada dentro do lar, o Estado deve intervir para protegê-la, assim como ocorre com a Lei 11.340/2006.

Quando à mulher não é conferido qualquer nível de privacidade e intimidade no âmbito familiar, a ponto de violar a sua integridade, não se duvida da necessidade de intervenção estatal. Mas, o questionamento aqui levantado vai além dos casos de abuso sexual ou físico e de violência doméstica, para perquirir se as mulheres têm sido respeitadas na sua liberdade, privacidade e intimidade, com igualdade, nos casos que não são marcados pelo abuso

---

<sup>315</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 322.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 323.

ou violência. Susan Okin assume a possibilidade de que “os indivíduos no interior das famílias, tenham direitos à privacidade que muitas vezes precisam ser protegidos da própria unidade familiar”.<sup>317</sup>

Levando essa assertiva adiante, será forçoso reconhecer que cada membro da família tem direito de impor a sua privacidade em relação aos demais, com fundamento na eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Difícil tarefa consiste em estabelecer a forma e extensão dessa privacidade, quando aplicável entre os membros de uma mesma família.

A construção efetuada por Susan Okin não minudencia os elementos que caracterizam discrepância nos conteúdos da privacidade e intimidade entre homens e mulheres. Os elementos abordados pela autora conduzem à conclusão de que a não intervenção estatal na vida privada é o que assegura a divisão sexual do trabalho e, por conseguinte, a exploração das mulheres no âmbito doméstico. Na medida em que as mulheres desempenham o trabalho doméstico, menor é o alcance de sua liberdade, privacidade e intimidade. Por conseguinte, a extensão de sua intimidade é diminuída, quando comparada ao marido, e se agrava em decorrência dos padrões comportamentais sociais e culturais que impõem a assunção de características morais específicas às mulheres.

Assim, seja pela responsabilidade do trabalho doméstico, seja pelos padrões comportamentais e culturais ditados pela sociedade, a esfera de liberdade e intimidade da mulher fica reduzida. E a privacidade, por sua vez, imposta em face do Estado, permite que essa discrepância no conteúdo da liberdade, da privacidade e da intimidade, se mantenha. Daí porque afirmar-se que também sob a ótica da privacidade, homens e mulheres têm níveis de proteção diferenciados.

#### *2.12.4. A privacidade e o papel público feminino desenvolvido no âmbito privado.*

Não há dúvida de que todos precisam de privacidade, mas este é um direito que deve ser ponderado com outros valores fundamentais. A privacidade é necessária para o desenvolvimento das relações pessoais íntimas, além de ser uma esfera essencial da pessoa, onde é possível deixar de lado os papéis públicos exercidos. Entretanto, como assevera Susan Okin, *as mulheres exercem papéis públicos dentro de casa*, o que também lhes diminui o âmbito de privacidade:

---

<sup>317</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 322.

Se há uma necessidade desse tipo de privacidade, se nós precisamos, para o desenvolvimento da personalidade, de bastidores onde nós possamos temporariamente deixar de lado nossos papéis sociais, então a maioria das mulheres dificilmente encontrará essa privacidade na esfera doméstica. Tenham ou não papéis não-domésticos, espera-se muito mais delas, em geral, em seus papéis de mães e de responsáveis pela família, do que se espera dos homens em seus papéis familiares. Isso é evidenciado pelo fato de que homens que têm sucesso na vida pública são freqüentemente desculpados por negligenciar suas famílias, enquanto as mulheres, na mesma situação, não o são. De fato, uma referência completamente diferente do que constitui “negligência em relação à família” é geralmente aplicada à mulher, assim como “ser mãe” significa algo inteiramente diferente de “ser pai”.<sup>318</sup>

A família, como ambiente doméstico privado, é tida como o espaço no qual a intimidade pessoal pode ser encontrada. Mas, de acordo com a linha de raciocínio esposada, a privacidade das mulheres na esfera doméstica é diminuta. Compartilho da ideia sustentada por Susan Okin de que o papel desempenhado pelas mulheres dentro dos lares tem natureza pública, dada a sua imprescindibilidade à sobrevivência da família. Isso porque a forma familiar que hoje predomina é aquela tida como núcleo essencial da sociedade, necessária ao desenvolvimento das relações sociais, que atende aos fins de procriação, educação e formação da personalidade humana, preparando o indivíduo para a coletividade. Se essa responsabilidade fosse retirada das mulheres, sem a propositura de mecanismos voltados à compensá-la, a sociedade certamente entraria em colapso. O papel desempenhado pelas mulheres tem natureza pública, dada a sua imprescindibilidade para o desenvolvimento das relações sociais e, sendo assim, o Estado pode adotar medidas voltadas a reformulá-lo sob a ótica da igualdade, propiciando uma nova forma familiar que esteja assentada no ideal de solidariedade, no afeto, na busca da felicidade, essencial para a proteção de famílias sem filhos, sejam elas heteroafetivas ou homoafetivas.

#### *2.12.5. O direito à privacidade facilita a manutenção da desigualdade de gênero?*

Susan Okin destaca recentes questionamentos acerca da adequação do ambiente privado doméstico para realização da privacidade em favor dos homens:

É interessante que alguns dos autores que escreveram recentemente sobre a privacidade como uma esfera em que as máscaras poderiam ser retiradas tenham questionado se essa privacidade pode mesmo ser encontrada no ambiente privado doméstico, ou se poderia ser mais bem encontrada em outros locais. Talvez essa questão esteja sendo levantada

---

<sup>318</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 325/326.

porque, com a entrada de mais mulheres no mercado de trabalho, alguns homens não estão mais tão “protegidos” das necessidades de seus filhos como o eram antes.<sup>319</sup>

Em realidade, nos séculos passados, quando a família se estruturou sobre a divisão sexual do trabalho, em sua manifestação original, os homens não se envolviam com o labor doméstico. Como a dupla jornada feminina tornou-se regra geral, conforme dados já apontados, o questionamento acerca da obrigatoriedade dos homens virem a desenvolvê-lo ganhou força, provocando interferências na esfera de privacidade até então assegurada aos homens. É nessa linha que Susan Okin prossegue afirmando que “os argumentos sobre a privacidade frequentemente não soam da mesma maneira quando nós pensamos sobre eles com alguma consciência de gênero”, pois homens e mulheres “não têm a mesma probabilidade, nas condições sociais correntes, de encontrar o mesmo grau de privacidade para retirar as máscaras, ou de encontra-la nos mesmos lugares”.<sup>320</sup> A privacidade é espaço em que há liberdade para desenvolvimento das capacidades mental e criativa, de forma que “a solidão e a oportunidade de se concentrar são centrais a essa defesa de uma esfera privada”; entretanto, consoante aponta Susan Okin, “esse aspecto da privacidade está também muito menos disponível às mulheres do que aos homens, na estrutura de gênero atual”.<sup>321</sup>

Evidentemente, a oportunidade de concentração é elemento que propicia desenvolvimento profissional, ao lado do silêncio, do isolamento e do tempo disponível. Todos são necessários quando se pretende aprimorar o conhecimento, e o principal espaço de contato com esses elementos é a esfera privada. Trabalhos de natureza intelectual e criativa também demandam concentração. O nível de privacidade necessário para o aprimoramento do conhecimento ou desenvolvimento de trabalhos de natureza intelectual e criativa dificilmente é propiciado para as mulheres dentro dos lares. Homens também têm o universo de concentração reduzido dentro de casa. A diferença está no fato de que homens, em geral, não são solicitados na mesma intensidade que as mulheres, já que estas, em sua grande maioria, são as que desempenham o serviço doméstico e cuidam dos filhos. Isso faz com que o espaço privado reservado aos homens seja maior do que aquele reservado às mulheres, especialmente no que concerne ao tempo disponível e à oportunidade de concentração. Mesmo quando as mulheres não trabalham fora do lar, pouco espaço e tempo encontram para desenvolverem-se, pois são constantemente demandadas pelas obrigações inerentes à família:

---

<sup>319</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 326.

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>321</sup> *Ibidem*, p. 326.



Como testemunham aquelas que se recusaram a fazer essa escolha, é muito difícil para uma mulher, nas condições atuais, fazer com que seu trabalho, seus filhos e seu relacionamento com um parceiro masculino funcionem ao mesmo tempo. [...] Essa divisão fundamental se baseou nas práticas sociais e culturais do patriarcado, e não pode ser mantida caso se vislumbre o fim da longa era do patriarcado.<sup>322</sup>

Reforçando a necessidade de ampliar o âmbito de privacidade para as mulheres, de modo a equalizar as oportunidades, em comparação com os homens, afirma Susan Okin:

Sugeri aqui que as mulheres, tanto quanto os homens, precisam de privacidade para o desenvolvimento de relações íntimas com outras pessoas, para que tenham espaço para se afastarem de seus papéis temporariamente e para que tenham tempo de ficarem sozinhas, o que contribui para o desenvolvimento da mente e da criatividade. [...] E concluo que as instituições e práticas de gênero terão de ser muito alteradas para que as mulheres tenham oportunidades iguais às dos homens, seja para participarem das esferas não-domésticas do trabalho, do mercado e da política, seja para se beneficiarem das vantagens que a privacidade tem a oferecer.<sup>323</sup>

Assim, na medida em que às mulheres é assegurado um menor âmbito de privacidade, as oportunidades de desenvolvimento são diminuídas e, por conseguinte, seu desempenho na esfera pública é prejudicado.

#### 2.12.6. *O direito geral de liberdade às mulheres.*

Ponto que merece consideração mais aprofundada diz respeito ao âmbito de proteção conferido pelo direito geral de liberdade às mulheres. A assimilação do direito geral de liberdade como liberdade pública (liberdade de ação protegida de interferências estatais ilegítimas, anormais ou imorais) não se mostra suficiente, na medida em que desconsidera a posição jurídica ocupada pelas mulheres no âmbito doméstico, fazendo com que a regra constitucional permissiva da liberdade tenha alcances distintos para homens e mulheres.

Como seres dotados de liberdade, homens e mulheres podem escolher entre agir e não agir, em conformidade com sua vontade. O que vai definir se atuam ou deixam de atuar não é somente a vontade, mas também as possibilidades fáticas dessa atuação.

Tomemos, como exemplo no plano econômico, a liberdade pertencente a pessoas abastadas e a pessoas carentes. Facilmente percebemos que para as pessoas abastadas o conteúdo da liberdade (no seu aspecto positivo) será maior, na medida em que terão mais recursos para se determinarem conforme suas escolhas. Do ponto de vista formal, ambas são

---

<sup>322</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 327.

<sup>323</sup> *Ibidem*, p. 327.

titulares da mesma liberdade. Isso nada diz a respeito das escolhas que serão efetivamente efetuadas por cada lado, conforme sua vontade; apenas se sabe que o caminho para a realização dessas escolhas será mais árduo para aqueles que não dispõem de recursos. Nesse caminho, o Estado pode e deve intervir para minimizar os percalços advindos da origem e da condição social. Prestações positivas estatais são capazes de equalizar o conteúdo de liberdade positiva inerente a cada grupo social. O que a sociedade espera de pessoas menos abastadas é que saibam aproveitar as oportunidades propiciadas pelo Estado, e se determinem conforme as suas escolhas, atingindo seus objetivos conforme seu esforço próprio e mérito pessoal.

Com relação às mulheres, o papel público que desempenham no âmbito doméstico interfere frontalmente em seu universo de escolhas. A problemática não se cinge, propriamente, à liberdade do ponto de vista material, ou seja, das ferramentas de que o indivíduo dispõe para consecução de seus objetivos. A questão se situa em momento anterior, no próprio conteúdo do direito, pois as mulheres encontram impedimentos específicos à atuação conforme a sua vontade, em busca de sua felicidade pessoal.

Em verdade, no momento de efetuar as escolhas destinadas à felicidade pessoal, o universo de possibilidades feminino é mais restrito do que aquele conferido aos homens, pois as mulheres necessariamente sopesarão aquelas que se conformem com o papel público que desempenham no âmbito doméstico privado. Sendo o universo de escolhas mais restrito, as mulheres são, por conseguinte, menos livres para buscar a sua realização pessoal. Quando procuram desafiar essa sistemática para fazer escolhas dentro de um universo semelhante ao dos homens, necessitam se afastar do gênero feminino. Por conseguinte, assumem um perfil próprio, ou seja, solteiras e sem filhos, ou adiam o casamento e a maternidade para momento posterior.

Diante desse complexo contexto, ações afirmativas e discriminações positivas voltadas prioritariamente para o mercado de trabalho não serão capazes, por si só, de ampliar o universo de liberdade das mulheres, de forma a equalizá-lo ao universo masculino. É importante destacar que o Estado tem avançado com políticas que desoneram a mulher do papel de gênero exercido, como, por exemplo, a construção de creches públicas, visando a ampliar de modo equitativo seu universo de escolhas. É possível, certamente, emprestar maior eficácia às ações estatais e, por conseguinte, maior efetividade aos direitos fundamentais. Todavia, para ampliar o conteúdo da liberdade às mulheres, o Poder Público precisará adentrar nas relações domésticas privadas, a fim de equalizar as responsabilidades decorrentes da família, eliminando os paradigmas morais, éticos e sociais de gênero, que colocam a mulher em condição de opressão. Isso

implicará o reconhecimento de uma menor extensão na privacidade e na intimidade da família, o que pode ser levado a efeito por meio de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade.

### 2.13. O mercado de trabalho feminino.

A entrada das mulheres no mercado de trabalho aparece como uma das consequências da Revolução Industrial, que foi um dos marcos finais do período de transição entre o feudalismo e o capitalismo. De modo geral, o ingresso das mulheres no mercado de trabalho não se deu de maneira igualitária em relação aos homens. Isso porque, em sua grande maioria, eram analfabetas, não tinham nenhum preparo para as atribuições de trabalho, e traziam consigo um padrão comportamental que lhes prejudicava o desempenho no competitivo mercado de trabalho. Por essas razões, às mulheres eram conferidas as tarefas mais degradantes, mediante o pagamento de menores salários. Somava-se, nesse contexto, a inexistência de cuidados com a gestação e com a maternidade, sendo altos os índices de mortalidade infantil a partir do final do Século XIX.<sup>324</sup> Diante desse grave panorama, que colocava em risco o desenvolvimento sadio das famílias e da humanidade, buscou-se a criação de um sistema jurídico de proteção à mulher, que veio a ser desenvolvido durante o Século XX.

Na criação de normas de proteção especial ao trabalho da mulher, a Organização Internacional do Trabalho, instituída em 1919, teve importante participação, com a formulação de diversas convenções e recomendações, que instituíram regras protetivas da mulher sob diversos aspectos, como a sua inserção e não discriminação no mercado de trabalho, a proteção à gestação e à maternidade, e o respeito às características físicas e biológicas femininas.

Dentre as normas internacionais estabelecidas no âmbito da OIT e ratificadas pelo Brasil, merecem destaque:

a) **Convenção OIT n.º 100**, denominada “Convenção sobre a Igualdade de Remuneração”, aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra, 1951), em vigor no plano internacional em 23.5.1953, concernente à paridade salarial entre homens e mulheres;

---

<sup>324</sup> Na Alemanha, por exemplo, o nível de mortalidade infantil nas zonas industriais, por volta de 1870, havia atingido 65%. Fonte: KOLLONTAI, Alexandra. Preface to the Book *Society and Motherhood*. Alexandra Kollontai: Selected Articles and Speeches, Progress Publishers, 1984; First Published: Society and Motherhood, Petrogrado, 1916, pp. 3-18, abridged; Tradução: Sally Ryan, para Marxists.org, 2000. Disponível em: <http://www.marxists.org/archive/kollonta/1915/mother.htm>. Acesso em: 02/11/2009. s/p.

b) **Convenção OIT n.º 111**, denominada “Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão)”, aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1958), entrou em vigor no plano internacional em 15.6.60, e veda a discriminação no emprego ou profissão, dispondo em seu Art. 1º que:

Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

No Brasil, conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha previsto regras específicas de proteção às mulheres, elevando-as a um patamar nunca antes vislumbrado, as mulheres não lograram alcançar posição de igualdade efetiva com os homens. Como bem observa Patrícia Tuma Martins Bertolin, apenas o preceito constitucional não é suficiente para mudar a realidade das relações sociais, que é condicionada por fatores sociais e culturais, embora o reconhecimento constitucional da igualdade seja de importância inconteste para que possa haver uma movimentação social no sentido da inclusão de grupos desfavorecidos.<sup>325</sup>

Dentre as regras protetivas do trabalho feminino, merece destaque o princípio inserto no Art. 7º, inciso XX (“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”), além da previsão de aposentadoria com cinco anos a menos de idade e de tempo de contribuição, já tratada.

Em regra, no mercado de trabalho, a mulher que pretender competir em igualdade de condições com os homens, apresentará um significativo perfil: solteira e sem filhos. Para além desse perfil, a igualdade de condições de competitividade pressupõe, de modo geral, a existência de recursos necessários para custear bons empregados domésticos. Por essa razão, a

---

<sup>325</sup> BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins, *Direito Constitucional*, Coordenação de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 254/255.

sistemática jurídica pertinente ao trabalho da mulher está longe de propiciar a igualdade, mesmo diante de regras como a licença maternidade prevista no Art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, a possibilidade de sua ampliação de 120 (cento e vinte) para 180 (cento e oitenta) dias na forma da Lei 11.770/2008, a estabilidade conferida à gestante pelo Art. 10, inciso II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até cinco meses após o parto.

Consoante apontado pela Organização Internacional do Trabalho, na Nota Trabalho e Família n. 2, a promoção da igualdade de gênero e políticas de conciliação entre o trabalho e família é medida de rigor:

Homens e mulheres precisam gerar renda com seu trabalho para satisfazerem as necessidades de sua família. Ao mesmo tempo, precisam ter a segurança de que os membros dependentes de sua família – crianças, adultos ou pessoas com doença ou deficiência – serão cuidados enquanto estão cumprindo sua jornada de trabalho. Evidências observadas no Brasil, em Portugal e em países em diferentes estágios de desenvolvimento revelam que o trabalho não remunerado, geralmente realizado por mulheres, afeta a probabilidade e a qualidade da sua participação no mercado de trabalho. Essa realidade está na base da situação de desvantagem que elas enfrentam no mercado de trabalho e tem importantes efeitos sobre as metas de redução da pobreza e de promoção da igualdade de gênero. Além disso, prejudica a participação dos homens na vida familiar, limitando sua capacidade de se engajar nas atividades cotidianas da família e da criação de seus filhos e filhas.<sup>326</sup>

Em um primeiro momento, a opção menos incômoda tende a reforçar a responsabilidade prioritária da mulher pelos cuidados com os entes familiares. Porém, mudanças no padrão comportamental feminino são crescentes e inevitáveis.<sup>327</sup>

Segundo a Organização Internacional do Trabalho, na Nota Trabalho e Família n. 2, “um novo modelo de conciliação entre o trabalho e família se faz necessário, o que pressupõe uma nova forma de entender as responsabilidades familiares com uma função que diz respeito à manutenção e reprodução da sociedade”. Complementa-se na Nota Trabalho e Família n. 2:

Este novo modelo baseia-se na noção de corresponsabilidade social pelas atividades de cuidado, ou seja, numa redistribuição das responsabilidades familiares entre as famílias, mercado e Estado; e também entre homens e mulheres.

Os governos têm um papel central a desempenhar na configuração das políticas públicas e na criação de um clima social que favoreça o diálogo e as mudanças capazes de promover uma maior conciliação entre o trabalho e a

<sup>326</sup> Nota acessível no sítio da Organização Internacional do Trabalho: [www.oit.org.br](http://www.oit.org.br).

<sup>327</sup> “Medidas para facilitar a conciliação entre a vida laboral e familiar são indispensáveis para o alcance dos avanços na promoção da igualdade de gênero e do trabalho decente. A Convenção da OIT sobre trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares (n. 156) e a Recomendação relacionada (n. 165), ambas de 1981, consideram a igualdade de oportunidades como objetivo geral de todas as medidas de conciliação e oferecem orientações políticas para a sua formulação” (Notas da OIT, Trabalho e Família, n. 2, acessível no sítio da Organização Internacional do Trabalho, [www.oit.org.br](http://www.oit.org.br))

família. Eles devem promover a adoção de um marco legal que contribua para a consecução de objetivos de igualdade e estimular mudanças na divisão sexual do trabalho remunerado e não remunerado.

Um diálogo social participativo, com a assunção das relações compartilhadas, no qual homens e mulheres dividam igualmente as responsabilidades domésticas, com a conscientização dos empregadores acerca da necessidade de se pensar o trabalho concomitantemente à família, e do Estado, em promover a igualdade de gênero, é uma das formas de assegurar efetividade ao direito fundamental ao trabalho digno e decente para as mulheres.

### *2.13.1. Proteção à mulher e à maternidade no mercado de trabalho.*

A Consolidação das Leis do Trabalho traz, em seu Título III (“Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho”), um capítulo específico voltado à proteção do trabalho da mulher (Capítulo III – “Da proteção do trabalho da mulher”), abrangendo os Artigos 372 a 401-B. Dentre as diversas normas protetivas, destacamos, inicialmente, o Art. 373-A, por se referir ao acesso de mulheres ao mercado de trabalho e ao combate a práticas discriminatórias no momento da contratação e para fins de remuneração, formação profissional, oportunidades de ascensão profissional e de permanência no emprego.

A existência de normas proibitivas da utilização do sexo biológico como critério discriminador de anúncios de emprego ou de contratações, assim como da exigência de atestados ou exames voltados a comprovar esterilidade ou gravidez para admissão ou permanência no emprego, sem prejuízo das demais normas restritivas acima descritas, apenas reforça o quanto expusemos até o momento acerca da discriminação suportada pelas mulheres no mercado de trabalho. Nesse particular, destaca Alice Monteiro de Barros:

Ora, admitindo-se que o empregador investigue a gravidez da trabalhadora, por meio de testes ou exames, sobretudo na fase de seleção de pessoal, o princípio da não discriminação seria mutilado, pois o empregador, em face dos inconvenientes que a contratação de uma mulher grávida poderia acarretar, deixaria de admiti-la, sem que ela tivesse oportunidade de insurgir-se contra a medida, com êxito, o que tornaria inútil o preceito constitucional que veda tratamento diferenciado na admissão, por motivo de sexo. Ademais, estar-se-ia permitindo, ainda, violação ao direito à intimidade, assegurado no art. 5º, X, da Constituição vigente, ao cidadão brasileiro, em geral. Comprovada a infringência ao direito à intimidade da empregada, é cabível indenização por dano moral.<sup>328</sup>

<sup>328</sup> BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 884/885.

Tanto está caracterizada a discriminação das mulheres, que se faz necessária a existência de legislação protetiva, e que seja a ela conferida a natureza de *ordem pública*, consoante disposto no Art. 377 da CLT (“A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”).

Sobre o período de gestação, é relevante o Art. 392, §4º, da CLT, que garante à empregada gestante, sem prejuízo do salário e demais direitos, a transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem e a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.<sup>329</sup>

A licença maternidade está prevista no Art. 7º da Constituição Federal, devida à empregada gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.

A Lei 11.770/2008 e o Decreto 7.052/2009 dispõem sobre o Programa Empresa Cidadã, que prorroga a duração da licença maternidade por mais 60 (sessenta) dias, para as empresas privadas que aderirem ao programa, possibilitando que a licença maternidade no setor privado se estenda pelo total de 180 (cento e oitenta) dias.

A licença paternidade está tratada no Art. 7º, inciso XIX da CF e no Art. 10, §1º, do ADCT, com prazo de cinco dias, o qual alterou o prazo anteriormente previsto pela Consolidação das Leis do Trabalho, de um dia de afastamento (Art. 473, inciso III, CLT). No dia 08 de março de 2016, foi sancionada pela Presidência da República a Lei 13.257/2016, que estabelece o Marco Legal para a Primeira Infância. A norma estabelece um conjunto de ações para o início da vida, entre zero e seis anos de idade. Uma de suas principais inovações foi a ampliação da licença paternidade, de cinco para 20 dias, para os trabalhadores de empresas inscritas no Programa Empresa-Cidadã.

A Lei 8.213/1991 (Art. 18, inciso I, alínea “f” e Art. 71) incluiu o salário maternidade entre as espécies de prestação devidas aos trabalhadores rurais. Por sua vez, a Lei 10.241/2002 estendeu o benefício da licença maternidade para as mães adotantes.

---

<sup>329</sup> Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. §4º. É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Com relação ao valor do salário maternidade, o Art. 392 prevê exceção à regra geral que regem os benefícios previdenciários, na medida em que esse é o único benefício previdenciário cujo valor não se limita ao teto do RGPS:

Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Trata-se de situação de exceção notadamente conformada ao ordenamento jurídico, pois está amparada pelos princípios maiores que servem de supedâneo ao Estado Democrático de Direito brasileiro, na medida em que assegura às mulheres o mesmo patamar de renda com a chegada da criança benvinda.

A remuneração não é paga pelo empregador, mas sim pela Previdência Social, sendo que o Supremo Tribunal Federal assentou, no julgamento da ADI 1.946, em 03/04/2003, que o salário maternidade é devido com o valor integral da remuneração recebida pela mulher.<sup>330</sup>

Observa-se, por oportuno, que o alcance da licença maternidade vem sendo ampliado no decorrer do tempo, para abranger a adoção ou obtenção de guarda judicial (alteração introduzida no ordenamento jurídico em 2013, pela Lei 12.873), conforme se vê nono artigo 392-A, §4º e §5º da CLT.<sup>331</sup> A lógica é atender melhor à criança.

A Lei 12.873/2013 trouxe um significativo avanço na licença maternidade, qual seja, a possibilidade de ser usufruída ou pelo homem ou pela mulher, quando se tratar de adoção ou obtenção de guarda judicial. Note-se que o §5º não determina prioridade de gozo pela mulher, pois permite que no caso de um homem e uma mulher obterem a adoção ou guarda judicial conjunta, definam entre si qual dos dois usufruirá a licença. É, sem dúvida, um grande avanço. Com relação ao nascimento de filhos biológicos, o instituto jurídico da licença maternidade impede o casal de efetuar a escolha que melhor se adequa às circunstâncias da família. Sobre esse aspecto, anota-se que o direito à privacidade tem representado óbice à proteção das mulheres dentro dos lares, mas não é cogitado quando o Estado impede que mãe e pai decidam quem dos dois irá usufruir a licença maternidade. Parece-me que a privacidade, como liberdade

---

<sup>330</sup> ADI 1.946/DF, Tribunal Pleno, Ministro Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16.05.2003.

<sup>331</sup> Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença maternidade nos termos do art. 392. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013) §4º. A licença maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardião. (Incluído pela Lei nº 10.421, 15.4.2002) §5º. A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)



pública, pode ser utilizada para albergar a escolha do casal. A distorção não é corrigida pela recente ampliação da licença paternidade, de cinco para vinte dias, por força da Lei 13.257/2016, para empregados de empresas participantes do Programa Empresa Cidadã.

Também se admite, desde 2013, o gozo da licença maternidade pelo cônjuge ou companheiro, no caso de morte da genitora, conforme se infere no Art. 392-B, e igualmente no caso de adoção ou obtenção de guarda judicial, na forma do Art. 392-C.<sup>332</sup>

A proteção conferida à mulher e à maternidade vai além. A CLT é expressa em prever dois descansos especiais, de meia-hora cada, durante a jornada de trabalho para mulheres que amamentam o próprio filho, até que este complete seis meses de idade, podendo esse período ser dilatado, quando o exigir a saúde da criança, a critério da autoridade competente (Art. 396). Essa proteção é complementada pelo Art. 400, que estabelece que os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

À mulher grávida é facultado o rompimento do contrato de trabalho, mediante atestado médico, quando houver prejuízo à gestação (Art. 394 da CLT). A intimidade da mulher é igualmente objeto de proteção, pois a CLT estabelece como obrigação de toda empresa, a instalação de vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences. (Art. 389, III, CLT).

Merecem, outrossim, especial atenção as regras contidas no Art. 389, §1º, §2º e no Art. 397, da CLT.<sup>333</sup> Por meio desses dispositivos, é possível aferir a especial preocupação refletida pelo legislador, em 1967, com a situação das crianças filhas de mulheres empregadas, desde o

---

<sup>332</sup> Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Vide Lei nº 12.873, de 2013) Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

<sup>333</sup> Art. 389. [...] §1º. Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. §2º. A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

nascimento até a idade infantil. Desde aquela época, a fim de garantir os cuidados inerentes à amamentação e à tenra idade (aqui consideradas crianças de até 6 anos de idade), o legislador optou por transferir essa responsabilidade aos empregadores, o que poderia ser levado a efeito mediante o estabelecimento de convênios com entidades públicas e privadas, ou pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo de entidades pertencentes ao Terceiro Setor (Sistema “S” ou Serviços Sociais Autônomos) e entidades sindicais.<sup>334</sup> A possibilidade de convênios com o Terceiro Setor e com entidades públicas, mediante subvenção, abrange a criação de escolas maternais e jardins de infância.

Assinalava-se, desde a década de 1960, para a transferência de responsabilidades consideradas eminentemente femininas para outros atores sociais, pertencentes às esferas pública e privada, mediante convênio, parcerias e subvenções. Esse é um campo de atuação que merece ser otimizado, ampliando-se o universo de ações conjuntas em prol das mulheres, da maternidade e das crianças que, a propósito, estão amparas pela doutrina da proteção integral.

No caso de infração a qualquer dispositivo antes transcrito, é cabível a aplicação de pena de multa, pela autoridade competente, com a possibilidade de elevação para grau máximo em duas situações: a) quando ficar apurado o emprego de artifício ou simulação para fraudar a aplicação dos dispositivos legais (Art. 401, §1º, “a”); e b) nos casos de reincidência (Art. 401, §1º, “b”).

### 2.13.2. O sistema de quotas para proteção das mulheres.

No Brasil, na contratação e ascensão profissional são vedadas discriminações em virtude de sexo, idade, cor ou situação familiar, de forma que a questão envolve a análise não só das discriminações positivas, mas também dos parâmetros informadores das ações afirmativas (teoria do impacto desproporcional, observância do princípio da isonomia, temporariedade e proporcionalidade da medida).

Com relação aos Sistemas de Quotas, Souza Neto e Feres Júnior bem observam que: “para produzir *igualdade material*, tais preceitos legitimam restrições razoáveis (proporcionais) à *igualdade formal* (Art. 5º)”.<sup>335</sup> E prosseguem:

---

<sup>334</sup> O terceiro setor compreende pessoas jurídicas de direito privado dispostas paralelamente ao Estado, executando atividades de interesse público. São entidades da iniciativa privada, não pertencentes ao Estado, que desenvolvem atividades de interesse coletivo, e, por conseguinte, recebem qualificações como entes de cooperação pelo Poder Executivo, passando a gozar de incentivos públicos.

<sup>335</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza, *op. cit.*, p. 354

A própria *Constituição* já a restringe em diversos casos. As normas relativas ao direito do trabalho (art. 7º) e ao direito do consumidor (art. 5º, XXXII) excepcionam a igualdade formal nas relações contratuais para equiparar, de fato, as partes contratantes. Há a própria reserva de vagas em concursos públicos para pessoas portadoras de deficiência (art. 37, VIII).<sup>336</sup>

A promoção da igualdade material, por meio de discriminações positivas e ações afirmativas, pressupõe a concessão de tratamento diferenciado na lei. Conforme já afirmado, quando se quer promover igualdade material, é necessário estar disposto a desigualar no plano formal. Desigualar-se no plano formal a fim de produzir a igualdade material. É certo que as medidas a serem adotadas e, portanto, passíveis de ocasionar restrições, devem estar amparadas em um juízo de proporcionalidade.

Conforme aponta Ronald Dworkin, ao se referir a quotas para negros em universidades públicas norte-americanas, os críticos argumentam que a política de quotas faz mais mal do que bem, pois exacerba, em vez de reduzir, a hostilidade racial, e prejudica os alunos oriundos de minorias porquanto os submete à competição com outros alunos cujas notas e outras qualificações acadêmicas são muito altas.<sup>337</sup> Cabe aqui uma observação: pouco se tem estudado e debatido acerca de quotas femininas; a discussão mais expressiva na doutrina e jurisprudência concerne a quotas raciais e de deficientes, de forma que estas serão tomadas neste estudo, na medida em que guardam alguma relação com a temática aqui tratada.

Quando se trata de quotas para negros em universidades públicas, sustenta-se, usualmente, que a quota tem por finalidade possibilitar o acesso de pessoas negras às universidades, combatendo a ideia de que as universidades são espaços eminentemente para brancos e propiciando o reconhecimento de identidades. Todavia, a inserção de negros com observância de processo seletivo menos rígido do que aquele aplicado para os demais candidatos levantou debates que chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Questiona-se, ainda, se as quotas seriam passíveis de ocasionar efeito oposto ao esperado, qual seja, de que negros são quotistas e, portanto, menos preparados para o desempenho de suas competências à vista do *déficit de conhecimento*.<sup>338</sup>

<sup>336</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza, *op. cit.*, p. 354.

<sup>337</sup> DWORKIN, *op. cit.*, p. 582.

<sup>338</sup> Sobre o debate acerca do sistema de quotas para negros norte-americano afirma Dworkin: “A pergunta prática tem sido mais debatida nos últimos anos. Os defensores da ação afirmativa quase sempre insistem que os diversos tipos de políticas sensíveis à raça são essenciais, no curto prazo, se tivermos a esperança genuína de erradicar ou diminuir o impacto da raça no longo prazo. Os críticos mais destacados desses programas, tanto brancos quanto negros, respondem que a ação afirmativa tem sido contraproducente em todos os aspectos: que ‘sacrificou’, em vez de ajudar, os negros admitidos nos programas, perpetuando a noção da inferioridade negra entre os brancos e os próprios negros, e promovendo o separatismo negro e uma sociedade prevenida com relação à raça, e não a integração dos negros e uma comunidade genuinamente indiferente à cor. Tanto os defensores quanto os críticos se

Os questionamentos acerca da constitucionalidade de quotas para negros em universidades públicas foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 186/DF, que assim se posicionou: no Brasil, é admitida ação afirmativa racial, pois o critério étnico é considerado razoável para a concepção de uma ação afirmativa, conquanto não seja o único critério a ser adotado. Ademais, a autoafirmação da característica erigida como discriminem é admitida e justifica a concessão do benefício. Se verificada posteriormente alguma falsidade na declaração ou autoafirmação, a conduta será passível de penalização nas esferas civil, penal e administrativa.<sup>339</sup>

---

baseiam, porém, apenas em dados superficiais para amparar suas grandes afirmações. Citam relatos publicados em jornais sobre incidentes isolados de cooperação inter-racial – ou sobre desarmonia racial – em universidades. Baseiam-se em relatos introspectivos ou casuais de negros bem-sucedidos que atribuem à ação afirmativa o fato de terem tido uma chance, ou a culpam por estigmatiza-los, insultá-los ou vulgariza-los. A maioria deles apela a pressupostos tidos como de senso comum sobre como os brancos e os negros ‘devem’ ou ‘podem’ pensar ou reagir. [...] A ação afirmativa prejudica os negros porque os insulta ou constrange, ou destrói seu auto-respeito, ou envenena a imagem dos negros? Os argumentos mais comoventes contra a ação afirmativa provêm dos negros que se sentem ofendidos ou prejudicados pelo pressuposto de que eles precisam de favores especiais. Qualquer pessoa, seja um graduando negro ou o filho bem-sucedido de pais ricos ou famosos de qualquer raça, magoar-se-á com desconfianças que desvalorizem suas realizações, e o fato de que muitos negros importantes acreditem que a ação afirmativa tenha incentivado tal suspeita é o preço indubitável e lamentável de tal política”. (DWORKIN, *op. cit.*, p. 549/550 e p. 564)

<sup>339</sup> ADPF 186/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012, v.u., DJe 20/10/2014: “ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 1º, CAPUT, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, CAPUT, 205, 206, CAPUT, I, 207, CAPUT, E 208, V, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. I – Não contrária - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. II – O modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade. III – Esta Corte, em diversos precedentes, assentou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa. IV – Medidas que buscam reverter, no âmbito universitário, o quadro histórico de desigualdade que caracteriza as relações étnico-raciais e sociais em nosso País, não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro. V - Metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição. VI - Justiça social, hoje, mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. VII – No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. VIII – Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente.”

Quotas devem ser adotadas com especial cautela: em primeiro lugar, porque envolvem decisões que beneficiam cidadãos em prejuízo de outros, embora sejam do interesse geral de toda a comunidade.<sup>340</sup> Em segundo lugar, a fim de evitar que por meio delas se conceda o resultado final (vagas nas universidades, cargos públicos, postos de chefia) e não os meios necessários para que esse resultado seja alcançado pelo mérito próprio de cada indivíduo.

A análise de constitucionalidade de ações afirmativas deve ser feita também à luz dos fatores sociais, econômicos e culturais de cada localidade, não sendo apropriado concluir de antemão que experiências bem sucedidas em outros países aqui produzirão os mesmos efeitos, embora possam consistir em ponto de partida para estudos dessa mesma ordem. Inequivocamente, não são admissíveis ações afirmativas que contrariem preceitos constitucionais, pois isso implicaria adentrar no universo da arbitrariedade, esvaziando o próprio conteúdo das ações afirmativas que é a promoção da igualdade de fato. Sem dúvida, o que há de ser distribuído em cumprimento aos ditames da justiça social é a igualdade de oportunidades e não resultados.

Ronald Dworkin mostra-se favorável à política norte-americana de quotas para negros em universidades, pois em sua visão, “a defesa da ação afirmativa não expressa, seja direta ou indiretamente, preconceito contra cidadãos brancos”, mesmo porque “os danos que a ação afirmativa inflige a qualquer candidato não preferencial são muito pequenos”, isso no contexto norte-americano.<sup>341</sup> Ronald Dworkin conclui:

Não há transgressão à cláusula da igual proteção quando algum grupo perde uma decisão importante sobre os méritos do caso ou por intermédio da política, mas quando sua perda resulta de sua vulnerabilidade especial ao preconceito, à hostilidade ou aos estereótipos e à sua conseqüente situação diminuída – cidadania de segunda classe – na comunidade política.<sup>342</sup>

Questionamentos de mesma ordem podem ser levantados em relação à instituição de quotas femininas para preenchimento de cargos eletivos (objeto da PEC 98/2015 - Senado, atual PEC 134/2015 – Câmara dos Deputados), em face do direito de voto com igual valor para todos. É preciso cautela na utilização da sistemática de quotas, para que estas assegurem a igualdade de oportunidades, e não medidas correspondentes ao resultado, sem que se assegure a oportunidade de obtê-lo em igualdade de condições com os demais indivíduos.

---

<sup>340</sup> Cf. DWORKIN, *op. cit.*, p. 584.

<sup>341</sup> *Ibidem*, p. 568 e 575.

<sup>342</sup> *Ibidem*, p. 584.

No precedente norte americano anteriormente citado (caso *Weber*), colhe-se a possibilidade de participação de particulares na promoção de ações afirmativas, o que vem sendo aceito, de modo geral, também no Brasil. O Art. 373-A, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho permite a adoção de medidas temporárias, dando ensejo à formulação de sistemas de quotas.<sup>343</sup> O caso *Johnson v. Transportation Agency S. Clara Comity*, 480 U.S. 616 (1987) perpassa pela ideia de que a presença de mulheres em cargos de destaque auxilia no combate ao preconceito. Nesse particular, parece-me que quotas voltadas à mera inserção das mulheres em postos de chefia ou em cursos de formação profissional, sem que elas encontrem o necessário respaldo não é o meio mais eficaz de combate à discriminação. De acordo com Patrícia Tuma Martins Bertolin, as ações afirmativas vêm ganhando espaço no Brasil, “mas, para que tais medidas sejam eficazes, devem se fazer acompanhar de outras, como educação, incentivos fiscais, subsídios, além de uma fiscalização eficiente”.<sup>344</sup>

Sem receber o preparo necessário e à míngua da divisão de responsabilidades dentro da casa, é possível que enfrentem maior dificuldade em desempenhar a atribuição de chefia, o que pode, em última análise, reforçar a ideia de *fracasso feminino* nos postos de gestão. Assim, quando instituída a política de quotas, faz-se necessária a formulação de políticas de apoio, no sentido de equilibrar ou minimizar os efeitos negativos ocasionados por essa sistemática, como, por exemplo, o oferecimento de cursos complementares que otimizem o aprendizado e, com isso, possibilitem um bom processo de formação profissional. Portanto, a disponibilização da vaga ou posto de trabalho, por si só, não é suficiente; é preciso propiciar os meios necessários para o bom desempenho nos estudos e no trabalho.

### 2.13.3. *A flexibilização e a desregulamentação no mercado de trabalho feminino.*

As conquistas legislativas havidas no decorrer do Século XX representaram um grande progresso no caminho de igualização das mulheres, frente a todo um contexto histórico de séculos de discriminação. A legislação protetiva representou, num primeiro momento, um grande ganho não só para a mulher, mas também para família e para a sociedade. Mas, com o passar das décadas, e frente à constante busca das mulheres por sua independência social e

---

<sup>343</sup> Art. 373-A. [...] Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

<sup>344</sup> BERTOLIN, *op. cit.*, p. 255.

econômica, essa legislação começou a assumir uma feição prejudicial às próprias mulheres, especialmente nas últimas décadas, na medida em que lhe restringia o acesso ao trabalho.

Essa restrição foi vista, primeiramente, com relação a regras que, tempos atrás, inviabilizavam o desempenho de certas atividades de trabalho pelas mulheres, tais como a vedação de exercício de atividades perigosas e insalubres. Essas regras restritivas (embora protetivas) foram suprimidas do ordenamento jurídico, pois passaram a representar um obstáculo para o estabelecimento de relações de emprego com mulheres, como bem observa Alice Monteiro de Barros, que trata com clareza dos benefícios advindos com a *desregulamentação do trabalho* da mulher:

O capítulo da CLT que mais sofreu os efeitos da desregulamentação foi o atinente ao trabalho da mulher.

A desregulamentação normativa sobre o trabalho da mulher, ocorrida após a Constituição da República de 1988, teve mais o intuito de promover a sua igualdade no mercado de trabalho do que flexibilizar as normas em questão.

A legislação tutelar inserida em documentos internacionais e transplantada para a legislação interna dos países mostrou-se necessária, em determinado momento histórico, diante da exploração de que eram vítimas as mulheres e em face de um proletariado pouco consciente.

**Ocorre que, atualmente, com a evolução científica, tecnológica e social, as intervenções legislativas referentes, por exemplo, ao trabalho da mulher em determinados locais, horários e circunstâncias passaram a restringir-lhe as oportunidades de emprego e a institucionalizar a segregação profissional, constituindo-se em um obstáculo às necessidades econômicas e sociais. [...]**

Já no Brasil, a revogação das leis tutelares teve por objetivo imediato fomentar a igualdade da mulher no mercado de trabalho, princípio proclamado no art. 5º, inciso I, e no art. 7º, inciso XXX, da Constituição da República de 1988.

Nossa legislação infraconstitucional, influenciada pelas normas internacionais, sobretudo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), possuiu, durante mais de meio século, um caráter altamente tutelar em relação às mulheres, em geral, estabelecendo restrições que não mais se justificam na sociedade contemporânea.<sup>345</sup>

Segundo Patrícia Tuma Martins Bertolin, o dispositivo constitucional vedando a discriminação no tocante a salário e critério de admissão por motivo de sexo, entre outros, levou à revogação da maior parte das normas da CLT, que, “a pretexto de proteger o trabalho da mulher, estabeleciam restrições excessivas, que lhe dificultavam sobremaneira o acesso ao mercado de trabalho”.<sup>346</sup>

<sup>345</sup> BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 71.

<sup>346</sup> BERTOLIN, *op. cit.*, p. 257.

Na esfera trabalhista há importante debate sobre o tema *flexibilização e desregulamentação*. Antes, convém anotar que o Direito do Trabalho tem princípios próprios que reforçam sua autonomia, sendo que, dentre eles, o *princípio da proteção* aparece como principal vetor. Com fundamento nesse princípio, a fragilidade de uma das partes na relação (o empregado) é reconhecida, de forma que a lei confere mecanismos voltados a assegurar a igualdade substancial. O *princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas* é um desdobramento do princípio da proteção. Esse segundo princípio traduz a função social do contrato de trabalho e visa a assegurar um núcleo de direitos mínimos ao trabalhador, que não pode ser objeto de negociação entre as partes.

Os direitos trabalhistas podem ser subdivididos em três níveis distintos, à luz do que dispõe o Art. 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. Na base primária, estão situadas as regras de ordem pública, concernentes à proteção do trabalho, cuja inobservância acarreta nulidade de pleno direito, com fundamento no Art. 9º da CLT (“Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”). Na base jurídica secundária, há os direitos previstos em normas coletivas, de observância obrigatória, e cujo descumprimento também dá ensejo ao reconhecimento de nulidade de pleno direito, vale dizer, empregado e empregador não podem estipular regras que contrariem negociações coletivas, pois, nesse caso, a pactuação individual será considerada nula de pleno direito, com fundamento no Art. 619 da CLT (“Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”). Por fim, há regras que podem ser objeto de livre estipulação pelas partes interessadas, desde que não contrariem a lei, negociações coletivas e decisões de autoridades competentes. Essas regras são regidas pelo *princípio da condição mais benéfica*, e sujeitam-se ao disposto no Art. 468 da CLT (“Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”).

A *flexibilização* permite que a lei seja amoldada por meio da vontade de particulares, com vistas a propiciar o alcance dos objetivos buscados pelo legislador quando de sua elaboração. A *flexibilização* na esfera trabalhista é feita por intermédio de negociações



coletivas, nas quais sindicatos da categoria profissional e de empregadores (ou grupo de empresas) tecem o detalhamento da lei, pormenorizando-a em seus aspectos mais comezinhos, por meio do consenso. De acordo com Sérgio Pinto Martins, o Direito do Trabalho é um ramo da ciência muito dinâmico, que vem sendo modificado constantemente, principalmente para resolver o problema do capital e do trabalho:

Para adaptar esse dinamismo à realidade laboral, surgiu uma teoria chamada de flexibilização dos direitos trabalhistas.

A flexibilização das condições de trabalho é um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.

[...]

Visa a flexibilização a assegurar o conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando garantir aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.<sup>347</sup>

A flexibilização é permitida somente com relação a regras que não compõem o *patamar mínimo civilizatório*, ou seja, o conjunto de regras mínimas e essenciais à proteção do trabalhador, cuja violação implica nulidade de pleno direito, nos moldes do Art. 9º da CLT. Trata-se da base jurídica primária anteriormente aludida. Logo, a flexibilização é permitida quanto a regras de indisponibilidade relativa que compõem a base jurídica secundária, passíveis, portanto, de negociação coletiva, e aquelas de livre estipulação pelas partes. A flexibilização encontra amparo no *princípio da adequação setorial negociada* e no *ius variandi*:

Para fiscalizar essa flexibilização, com essa maleabilidade, é que o sindicato passa a deter o papel principal, ou seja, na participação das negociações coletivas que conduzirão ao acordo ou à convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um grau de lucro razoável à última e certas garantias mínimas ao trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas.<sup>348</sup>

A propósito, há três situações concernentes à proteção do trabalho, em que a flexibilização é admitida por força de norma constitucional. São elas: a) irredutibilidade salarial, mediante o oferecimento de contrapartida (Art. 7º, inciso VI); b) redução ou

<sup>347</sup> MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito do Trabalho*, 29ª edição, São Paulo: Atlas, 2013, p. 570/571.

<sup>348</sup> *Ibidem.*, p. 571.

compensação da jornada de trabalho (Art. 7º, inciso XIII); c) aumento da jornada de trabalho de 6 (seis) horas para turnos ininterruptos de revezamento (Art. 7º, inciso XIV).<sup>349</sup>

Certo é que a flexibilização não pode contrariar a lei e negociações coletivas, e sempre que necessário deve ser levada a efeito com a participação do sindicato da categoria profissional:

Como se vê, há flexibilização de certas regras do Direito do Trabalho que só pode ser realizada com a participação do sindicato, podendo tanto ser instituídas condições de trabalho *in mellius* (redução da jornada) ou *in peius*, para pior, como no aumento da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento ou na redução de salários.<sup>350</sup>

A flexibilização é usualmente utilizada com relação ao local, modo de prestação e tempo de trabalho. Mas seu campo pode ser ampliado, de modo a abarcar outros critérios que possam otimizar a prestação do serviço. A instituição de trabalhos à distância, por exemplo, é uma forma de otimização do tempo, que traz inúmeros benefícios. O elemento *subordinação* na relação de emprego vem se modificando, pois já se percebeu que mais importante do que o comando é a obtenção de resultados, por intermédio de uma gestão por metas ou por desempenho.<sup>351</sup> Nesse passo, a flexibilização da jornada de trabalho e do local de sua prestação tem importância especial para as mulheres, como um primeiro passo. Posteriormente, pode se avançar na instituição de medidas de absorção dos afazeres domésticos (como a criação de lavanderias, creches e restaurantes nos locais de trabalho), que podem ser instituídas em conjunto por empregadores e empregados, por meio de negociações coletivas, desonerando as mulheres dessas atribuições. São universos que podem ser otimizados.

Por sua vez, na *desregulamentação*, busca-se obstar a intromissão do Estado em determinadas matérias, o que, a princípio, não se admite na seara trabalhista, diante da ausência de sindicatos fortes e participativos. A desregulamentação implica a ausência de proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que as partes estipulem livremente as condições de trabalho

---

<sup>349</sup> Constituição Federal. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

<sup>350</sup> MARTINS, Sérgio Pinto, *op. cit.*, p. 571.

<sup>351</sup> São elementos da relação de emprego a *personalidade*, a *subordinação*, a *habitualidade*, a *onerosidade* e a *alteridade*. A forma clássica de subordinação, fíncada no controle, vem sendo substituída pela subordinação estrutural, na qual se considera a posição ocupada pelo trabalhador em todo o processo de produção, sendo irrelevante a pessoa do empregador. Essa forma de subordinação ganhou força frente à tendência de descentralização, no mais das vezes na forma de terceirização, das etapas de produção.

e os direitos e obrigações decorrentes, com base na autonomia privada. Trata-se de medida que deve ser analisada com cautela, pois obsta a intervenção do Estado naquela matéria.

Nem sempre a desregulamentação será prejudicial. A derrocada das leis que impediam as mulheres de exercerem determinadas profissões e em determinadas condições, por exemplo, possibilitou a ampliação do mercado de trabalho feminino e a formalização de relação de emprego em atividades antes vedadas. Ainda sobre os avanços advindos da desregulamentação do trabalho da mulher, Alice Monteiro de Barros anota que a proteção normativa, na forma então concebida, reforçava uma divisão sexista de atividades de trabalho, que não encontrava respaldo científico, ou seja, que não se coadunava com o princípio da igualdade e, por conseguinte, da discriminação positiva, já que o fator discriminador considerado para o tratamento diferenciado não se justificava:

Em 24 de outubro de 1989, a Lei n. 7.855 revogou, expressamente, os art. 379 e 380 da CLT, que continham restrição ao trabalho noturno da mulher. A medida representou um avanço considerável na legislação sobre a matéria, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico. A rigor, do ponto de vista fisiológico, o trabalho noturno é prejudicial tanto à mulher como ao homem, tanto é que se recomenda o afastamento do empregado, em geral, desse turno.<sup>352</sup>

Alice Monteiro de Barros prossegue:

A CLT proibia, ainda, o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, nos serviços perigosos e insalubres, até a revogação do dispositivo pertinente pela referida Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989, que deu efetividade ao preceito contido no art. 5º, inciso I, da Constituição. Esse dispositivo prevê que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Ora, os riscos reprodutivos ocupacionais devem ser eliminados, reduzidos ou distribuídos dentro de um sistema racional de trabalho, de acordo com as particularidades de cada sexo. Ademais, são poucas as profissões, se realmente existem, nas quais o trabalho insalubre ou perigoso é mais prejudicial às mulheres do que aos homens, se uns e outros agirem com a prudência necessária. Finalmente, em 2001, foi revogado o art. 376 da CLT, que proibia o trabalho extraordinário da mulher, salvo na força maior.<sup>353</sup>

Um dos fundamentos adotados para respaldar a proibição de horas-extras por mulheres, além das características físicas e biológicas, consistiu na responsabilidade pelos cuidados maternos. Em minha visão, essa sistemática de implantar benefícios específicos para a mulher no mercado de trabalho nem sempre é a mais adequada, conforme salientado anteriormente, quando da análise dos critérios diferenciados de aposentadoria. A vedação ora

---

<sup>352</sup> BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*, p. 71.

<sup>353</sup> *Ibidem*, p. 71.

tratada dificultava a formalização da relação de emprego com mulheres e o recebimento das horas-extras irregularmente prestadas. Bem caminhou o legislador ao revogá-la.

Atualmente, a restrição ocasionada pelo excesso de regulamentação assume contornos próprios. Se antes o mercado de trabalho era restrito às mulheres por força de regras legais que impediam o exercício de determinadas atividades sob certas condições, hoje as regras protetivas tornam mais rígidos os laços firmados entre mulheres e empregadores, o que, no mais das vezes, também é prejudicial. O excessivo rigor das regras protetivas do trabalho feminino, em algumas situações, faz com que as mulheres sejam preteridas no momento da contratação.

Um exemplo claro desse tipo de restrição está no Art. 391-A da CLT, que deve ser interpretado em conjunto com a Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

#### **Súmula nº 244 do TST**

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

**III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.** (grifos nossos)

Embora o intuito seja a proteção das mulheres e da maternidade, com a vedação de sua dispensa durante a gestação, inclusive nos casos de contratos com termo final prefixado, não há como negar que uma das consequências práticas de normas dessa natureza é a preterição de mulheres também em contratações por tempo determinado. Tanto as mulheres são preteridas em função do estado gravídico ou da possibilidade de engravidar, que a lei passou a impedir o empregador de exigir atestado médico de gravidez ou *esterilidade* para a contratação.

#### *2.13.4. O perigo da regulamentação excessiva.*

O excesso de legislação voltada à proteção das mulheres ocasiona distorções que, em última análise, podem produzir efeitos negativos. Um exemplo dessa situação é a estabilidade concedida à empregada gestante. Recentemente, a CLT sofreu alteração para conferir estabilidade não só à empregada gestante em contrato de trabalho indeterminado, mas também àquela que engravida durante o aviso prévio, ainda que indenizado. Além disso, a jurisprudência caminhou no sentido de estender a estabilidade à mulher que engravida em contratos com prazo determinado, entre os quais está o contrato de experiência.

Os contratos por prazo determinado têm seu termo final previamente ajustado, assim como o contrato de experiência. Por força de normas legais, o contrato por prazo determinado pode ser prorrogado uma única vez, até o limite máximo de 2 (dois) anos, ao passo que o contrato de experiência terá duração máxima de 90 (noventa) dias. O aviso prévio, por sua vez, é voltado à proteção do trabalhador e do empregador, seja em face de dispensa sem justa causa, seja em razão de pedido de demissão apresentado pelo empregado. Nos três casos há um termo final preestabelecido para duração do contrato de trabalho. Ainda que o contrato de experiência possa dar ensejo à contratação efetiva, sua duração tem prazo preestabelecido, não acarretando nenhuma obrigatoriedade ao empregador na manutenção do empregado que vier a cumprir todo o período de experiência.

Sendo assim, a concessão de estabilidade às mulheres que se tornam gestantes, nessas três hipóteses, pode gerar distorções. Não se está a dizer que a estabilidade abra espaço para que mulheres engravidem com o fim de prorrogar a duração do emprego, quando sabedoras da preexistência de termo final para a contratação, pois esse argumento não é dotado de plausibilidade. O problema do excessivo rigor da lei e da sua ampliação por entendimentos jurisprudenciais está no fato de que, ao trazer normas tão restritivas ao empregador, a consequência prática que se pode ter é a não contratação de mulheres, especialmente nos casos em que o contrato de trabalho for por prazo determinado.

A crítica que aqui se coloca não é contra a proteção à maternidade em si, mas contra a forma com que essa proteção vem sendo materializada pelo legislador e aplicadores da lei, pois, com o intuito de proteger, a regra protetiva pode dar ensejo à discriminação.

Veja-se, ademais, que essa situação pode levar a consequências alarmantes como é o caso do posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 244 do TST),

que reconheceu o direito de a gestante postular, no lugar da reintegração ao posto de trabalho, a indenização pelo empregador. Esse entendimento que, de início, era aplicado quando a gestante postulava a reintegração após o término do período de estabilidade, passou a ser admitido também quando não há interesse da gestante na reintegração. A mulher que, dispensada grávida (a par de o empregador ter ou não conhecimento da gravidez), comparece perante o empregador apenas 5 (cinco) meses depois do parto para comunicar a gravidez existente à época da dispensa, terá direito à indenização, a ser paga pelo ex-empregador. Melhor dizendo, é possível que uma mulher dispensada com aviso prévio indenizado, venha a engravidar nesse período que antecede o término do contrato de trabalho, e só compareça perante o empregador para pleitear indenização, 5 (cinco) meses após o parto, sem dar ao empregador a oportunidade de reintegrá-la. Ainda assim, fará jus à indenização.

Não se trata de afirmar que mulheres agiriam de má-fé. Sustenta-se aqui que, diante da possibilidade de situações como essas ocorrerem e estarem acobertadas pelo Direito, empregadores passem a discriminar ainda mais as mulheres no momento da contratação, principalmente em contratos por tempo determinado. Distorções entre os efeitos almejados pela legislação protetiva (eficácia jurídica) e alcançados na prática são possíveis, colocando em xeque a eficácia social da medida.

Outra medida que merece ponderação é a *criminalização* da conduta do empregador, consistente na exigência de atestados de esterilização ou de não gravidez, antes ou durante a vigência do contrato de trabalho, conforme previsto na Lei 9.029/1995.<sup>354</sup> Se de um lado, a exigência de atestado de esterilização e/ou gravidez é odiosa, de outro lado, a criminalização dessa conduta pode fazer com que empregadores discriminem ainda mais as mulheres no momento da contratação, diante do risco de se comprometerem com a estabilidade e com o pagamento de remuneração durante a licença maternidade.

---

<sup>354</sup> Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Pena: detenção de um a dois anos e multa. Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora; II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Enfim, é preciso cautela na previsão de regras de discriminação positiva, para que a proteção da mulher no curso da relação de emprego não enseje discriminação no momento da contratação. Melhor seria, a meu ver, a previsão de benefícios equitativos para homens e mulheres com relação à maternidade e à paternidade, como, por exemplo, a garantia de estabilidade à mãe e ao pai e a licença parental.

### III - DESAFIOS PARA O ESTADO, O DIREITO E A SOCIEDADE

O sistema normativo está sempre em aprimoramento, fruto de um constante repensar de caminhos em prol da igualdade, que não é estática.

Dois movimentos são bem definidos na busca pela igualdade de gênero, nas últimas décadas. De um lado, as demandas femininas voltaram-se, num primeiro momento, à conquista da igualdade no plano formal, *na e perante* a lei, com a supressão de toda legislação que as colocavam em condição inferior aos homens, e com o reconhecimento de direitos semelhantes àqueles pertencentes aos homens, como é o caso do direito ao voto, ao trabalho, à alfabetização. De outro lado, as demandas são voltadas à obtenção de ações afirmativas e discriminações positivas, que sejam capazes de propiciar a igualdade substancial, especialmente no mercado de trabalho. Sob esse aspecto, grandes avanços são proporcionados pelo Direito, como a proteção da mulher trabalhadora e da maternidade e o combate à violência doméstica.

No meu sentir, a busca pela igualdade de gênero está se abrindo para um terceiro movimento, no qual as ações devem ter como foco o âmbito doméstico privado. A complexidade de causas que oprimem as mulheres nos impulsiona, hoje, a repensar alguns institutos jurídicos já sedimentados (como é o caso da família, que deve se pautar pelos ideais de solidariedade, felicidade, bem estar), e o alcance que deve ser emprestado aos direitos fundamentais da liberdade, da privacidade e da intimidade. A revisão de regras de proteção conferida à maternidade e à mulher no mercado de trabalho, e dos parâmetros de *flexibilização* de regras trabalhistas e orientadores de decisões judiciais, sob o ângulo da proporcionalidade, também merecem especial atenção nas questões de gênero.

No dizer de Boaventura de Souza Santos, “provavelmente as teorias que temos e os conceitos que utilizamos não são os mais adequados e eficazes para enfrentar os desafios e para buscar soluções para o futuro”<sup>355</sup>. Precisamos ir além. Conforme esclarece José Carlos

---

<sup>355</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Os desafios das ciências sociais hoje. Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, maio 2009.



Francisco, “é nesse ambiente que vemos a coerência e utilidade no neoconstitucionalismo, por viabilizar análises sobre Direito, moral e política, e também o aprofundamento da hermenêutica jurídica, a argumentação e a ponderação para a busca de soluções adequadas para o caso concreto”.<sup>356</sup>

### 3.1. Novéis parâmetros orientadores na construção da igualdade de gênero.

Mudanças paradigmáticas do Direito são vistas na definição de dimensões dos direitos fundamentais, mas nestas não se resumem. Hodiernamente, aponta-se para a concepção de *novos direitos*, que não se amoldam a nenhuma dimensão em específico, mas com todas elas guardando relação. Os *novos direitos* não são novos do ponto de vista do bem jurídico cuidado, mas sim do conteúdo informador desse bem jurídico. Novo é, portanto, o alcance, a formatação que se pretenda dar ao direito, frente às transformações do tempo, da sociedade, da economia.

Surge, então, a necessidade de se buscarem novos caminhos, novos rumos para a sociedade, mormente por meio da proposição de mecanismos inovadores para o Direito, que sejam capazes de minimizar as formas de opressão hodiernamente suportadas, até a sua superação por completo. Estes são, pois, desafios que se colocam à frente dos *novos direitos* constitucionais. Acerca do que vem a ser os *novos direitos*, esclarece Antônio Carlos Wolkmer:

A proposição nuclear aqui é considerar os “novos” direitos como afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonizam uma dada formação societária. Neste sentido, como já foi descrito em outro contexto, importa assinalar que mesmo inserindo as chamadas necessidades em grande parte nas condições de qualidade de vida, bem-estar e materialidade social, não se pode desconsiderar as determinantes individuais, políticas, religiosas, psicológicas, biológicas e culturais. A estrutura das necessidades humanas que permeia o indivíduo e a coletividade refere-se tanto a um processo de subjetividade, modos de vida, desejos e valores, quanto à constante “ausência” ou “vazio” de algo almejado e nem sempre realizável. Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. Por consequência, as situações de necessidade e carência constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de “novos” direitos.<sup>357</sup>

Conforme apontado por Antônio Carlos Wolkmer, os *novos direitos* são decorrentes de mudanças de desenvolvimento no modo de viver e de se relacionar dos indivíduos, grupos e

<sup>356</sup> FRANCISCO, José Carlos, Capítulo: *(Neo)Constitucionalismo na pós modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto*, op. cit., p. 75.

<sup>357</sup> WOLKMER, Antônio Carlos, *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Organizadores Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

classes, que determinam novos anseios, os quais transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão.

De acordo com Danielle Annoni, falar em novos direitos não significa referir-se tão-somente a novos instrumentos jurídico-legislativos, a novos inventos ou a novas categorias jurídicas de proteção:

Simboliza um novo cenário sociopolítico-jurídico-ambiental, em que a interferência e interdependência das mais diversas ciências e dos mais diversos seres, humanos ou não, naturais e artificiais, materiais, imateriais e virtuais contribuem para a criação de uma nova realidade, de um novo paradigma, mais completo e complexo, cuja tutela do todo, muito mais do que todos, faz-se imperativa e inevitável.<sup>358</sup>

Trata-se de exigências contínuas da coletividade, que vão se delineando com particularidades até então não consideradas, advindas de novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Os *novos direitos*, na verdade, podem relacionar-se com direitos já previstos no sistema; a inovação, portanto, diz respeito ao alcance, ao conteúdo e ao modo de obtê-los, haja vista “que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial -, mas provêm de um processo de lutas específicas e conquistas das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída.”<sup>359</sup> Afirma Antônio Carlos Wolkmer:

Assim, a conceituação de “novos” direitos deve ser compreendida como *a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabem se instituindo formalmente*. O lastro de abrangência dos “novos” direitos, legitimados pela consensualidade de novos sujeitos sociais, não está rigidamente estabelecido ou sancionado por procedimentos técnico-formais, porquanto diz respeito a direitos concebidos pelas condições de vida e exigências de um devir, direitos que “só se efetivam, se conquistados”.<sup>360</sup>

Assim, os *novos direitos* advêm da necessidade de legitimação da ação de novos atores sociais, que sejam capazes de lidar com os mais complexos matizes assumidos pelas demandas individuais e sociais. De acordo com Alice Bianchini, a igualdade entre os sexos representa um *novo direito*, “ainda que longe de plenamente conquistado e de mesmo as suas já conquistas não representarem a prática vivenciada por parcela significativa das mulheres; representa um

<sup>358</sup> ANNONI, Danielle, Capítulo: *Perspectiva Histórica dos Direitos Humanos e os Novos Direitos*, parte integrante da obra *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*, Coordenador: Reinaldo Pereira e Silva, Curitiba: Juruá, 2008, p. 94.

<sup>359</sup> WOLKMER, *op.cit.*, p. 20.

<sup>360</sup> *Ibidem*, p. 20.

*novo direito*, ainda que tardiamente concebido e não plenamente reconhecido pela totalidade de seus destinatários: a sociedade”.<sup>361</sup>

Às mulheres devem ser assegurados: a libertação da *dupla jornada*, o fim do preconceito de gênero, a paridade participativa, a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho. Esses são conteúdos que merecem ser tratados também sob o enfoque da tutela coletiva, com fundamento nos direitos de igualdade e liberdade, na dignidade da pessoa humana.

Indo adiante, o aperfeiçoamento do sistema normativo deve se dar com a previsão de regras protetivas voltadas a desconstruir a divisão sexual do trabalho como paradigma orientador das relações entre os casais. Mudanças na legislação podem contribuir para a desconstrução desse paradigma. A previsão legal da guarda compartilhada, por exemplo, é um avanço no processo de equalização das responsabilidades diárias com as crianças, embora, infelizmente, ainda seja minimamente utilizada. Conquanto não estejam acostumados ou não tenham o preparo necessário, os homens podem desenvolver a capacidade necessária para realização das tarefas inerentes à guarda compartilhada.

Acredito que, sem interferência do Poder Público na forma de organização familiar, serão necessárias muitas décadas ou séculos para que o compartilhamento, por igual, das responsabilidades do lar e dos filhos, se torne um processo comum e natural para os homens e para as mulheres. A divisão sexual do trabalho predomina na sociedade há séculos, o que torna maior o desafio de se propor medidas que se voltem a modificar essa prática.

Mudanças na legislação devem vir acompanhadas de medidas que auxiliem no alcance dos objetivos traçados pela lei. Essas medidas podem encontrar previsão na lei, ou decorrer de uma aplicação direta de princípios, ou simplesmente conformarem-se aos preceitos constitucionais, sendo executadas dentro do âmbito de liberdade pertencente a cada pessoa ou indivíduo. O que as caracteriza, em especial, é o fato de compreenderem prestações positivas, que podem ficar a cargo do Poder Público e de particulares, e que se voltem a desconstruir os paradigmas desigualdade de gênero, entre os quais está a divisão sexual do trabalho.

Evidentemente, não é razoável a imposição de qualquer tipo de regulação estatal acerca da execução dos serviços domésticos ou responsabilidades inerentes às crianças (como a estipulação de horários ou jornadas de trabalho doméstico ou a obrigatoriedade da guarda compartilhada), pois medidas desse porte não atendem à proporcionalidade, e ferem, a meu ver,

---

<sup>361</sup> BIANCHINI, Alice, *op. cit.*, p. 205.

o nível de proteção que deve ser assegurado à privacidade. A interferência estatal dentro dos lares deve se dar de forma paulatina e com caráter orientador, educador; sendo possível e recomendável que a atuação se dê em conjunto com particulares.

A propósito, sustenta Tâmara Amoroso Gonçalves que a situação das mulheres na sociedade brasileira e a reversão das desigualdades somente serão superadas quando da mudança dos parâmetros, percepções, concepções e comportamentos marcados pelo gênero.<sup>362</sup> É, sem dúvida, um objetivo que dificilmente será alcançado sem o auxílio da legislação e de medidas políticas que possam auxiliar na construção desse novo ideal. Não se trata de um processo célere, mas, com certeza, é necessário.

Desse modo, duas questões são aqui colocadas: a) de que modo o sistema normativo pode ser reformulado em prol da igualdade de gênero; b) como emprestar maior eficácia às ações públicas e privadas, com vistas a propiciar maior efetividade aos direitos de igualdade e liberdade para as mulheres.

### **3.2. Os direitos à privacidade e à intimidade e o direito geral de liberdade.**

Há uma evidente diferença de conteúdo do direito geral de liberdade para homens e mulheres, e a manutenção dessa diferença vem sendo possível também em virtude da não interferência estatal (e nem tampouco privada) no âmbito de proteção da privacidade e da intimidade. Quanto maior for o âmbito de proteção conferido à privacidade e à intimidade conferido à família, menor será o poder de realização do direito geral de liberdade para as mulheres, vale dizer, menor será a sua capacidade de se autodeterminar conforme a sua vontade, em busca da sua realização pessoal e da sua felicidade.

Sendo assim, é preciso que o operador do Direito esteja atento a essa diferenciação, no momento de definição das medidas legislativas e políticas a serem adotadas.

Esforços hão de ser concentrados no sentido de delimitar o alcance de cada direito fundamental em conflito. Têm-se, de um lado, os direitos de igualdade, de liberdade, da dignidade da pessoa, em prol das mulheres (e de cada membro da família), pois o ganho a ser obtido com a igualdade de gênero não é exclusivamente feminino. De outro lado, estão os direitos à privacidade e à liberdade pertencentes à família (como um todo), que favorecem a manutenção da divisão sexual do trabalho.

---

<sup>362</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, *op. cit.*, p. 95.

A hermenêutica constitucional conduz à aplicação dos princípios da cedência recíproca, da harmonização, da concordância prática. A teoria externa de limites a direitos fundamentais, por sua vez, em atenção a esses princípios conduz ao juízo de proporcionalidade, que se desdobra nos critérios *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*, conforme apontado anteriormente. As demandas femininas, embora encontrem diversos pontos de intersecção, são compostas de diferentes matizes. Logo, as medidas a serem adotadas, tanto no plano legislativo, quanto no plano político, hão de ser definidas levando-se em consideração, além do gênero, os critérios social, econômico, regional, de raça, entre outros que se mostrem relevantes, à luz da realidade a ser regulada.<sup>363</sup>

Dedico-me, a seguir, a propor algumas medidas de maior ou menor impacto social, sob à ótica dos *novos direitos* que, de modo geral, podem trazer ganhos não só para as mulheres, mas também para os homens, e, principalmente, para toda a sociedade.

### **3.3. A divisão sexual do trabalho voltada à igualdade de gênero.**

A divisão de tarefas entre homens e mulheres não é algo, por si só, prejudicial. Ao contrário, o compartilhamento de tarefas que melhor se adéquem às compleições físicas, à força muscular, entre outros aspectos, é uma medida salutar, especialmente quando essa divisão se dá mediante o consenso. O que se está aqui a combater com relação à *divisão sexual do trabalho* é o desnivelamento dos encargos femininos e masculinos dentro dos lares (especialmente quando a mulher também trabalha fora), e/ou a limitação da mulher à esfera meramente reprodutiva (cuidando dos filhos dentro do lar).

---

<sup>363</sup> Sobre esse aspecto, Luiz Felipe Miguel e Flávia Biroli trazem importante consideração: “[o feminismo] contribuiu para mostrar também que os diferentes padrões de dominação e de discriminação não estão apenas sobrepostos, mas se entrelaçam e produzem padrões novos, específicos. Tudo isso faz com que um projeto de mudança social que seja sensível à multiplicidade dessas vivências não tenha nada de óbvio. A construção dos problemas e a produção da crítica à sociedade e à política precisam levar em conta gênero, classe e raça, além de outros elementos, como sexualidade, deficiências ou geração. Mas, se isso simplesmente levar a uma multiplicação sem fim de posições particulares, perde-se uma vez mais a possibilidade de conceber uma ação política transformadora. No limite, a multiplicação das particularidades nos leva de novo ao liberalismo: cada indivíduo é único, logo as injustiças são também individuais e a ação política pode ser pensada como nada mais do que ação individual autointeressada. É evidente que a teoria feminista não tem, em nenhuma de suas múltiplas vertentes, a solução para esses dilemas. Mas, ao mesmo tempo, nenhuma solução pode prescindir de suas contribuições. A teoria política feminista, [...] deslocou a compreensão do que é justiça, democracia, autonomia, identidade e fez isso motivada por uma compreensão profundamente crítica das instituições vigentes e das relações que elas fomentam. É esse olhar crítico, transformador – e não aquele que busca apenas um lugar ao sol para as mulheres, nos quadros da sociedade tal como é hoje – que produziu e produz o melhor do feminismo como movimento social e também como teoria política”. (MIGUEL, Luis Felipe, *Feminismo e política: uma introdução*, Luiz Felipe Miguel, Flávia Biroli, 1ª. Edição – São Paulo: Boitempo, 2014, p. 151/152).

### 3.3.1. *As relações compartilhadas.*

*Relações compartilhadas* é uma medida de menor impacto social, que se opõe à divisão sexual do trabalho. Consiste em passo inicial na promoção da igualdade de gênero, na medida que seu fomento pode ser levado a efeito por intermédio de particulares (por diversos atores sociais, inclusive o Poder Público), pois independe de leis, políticas públicas ou recursos volumosos. Auxilia na promoção da igualdade de gênero frente ao contexto hoje experimentado em que as mulheres são minoria no parlamento e no Executivo, o que dificulta a adoção de medidas políticas que se destinem a esse fim. *Relações compartilhadas* é a nomenclatura atribuída às relações familiares em que homens e mulheres dividem igualmente a responsabilidade pela execução das tarefas domésticas e dos cuidados com os filhos. A ideia de que o homem *auxilia* a mulher nos trabalhos domésticos não procede dentro das relações compartilhadas: compartilhar significa, no contexto, dividir, atuar em conjunto. Trata-se de uma colaboração, de uma ação conjunta, de acordo com o ideal de solidariedade que deve informar não só a sociedade (art. 3º, inciso I, da CF), mas também a família, dentro do objetivo conjunto de promoção do bem de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Os ganhos obtidos com as *relações compartilhadas* são evidentes, pois auxiliam na desconstrução do paradigma social da divisão sexual do trabalho. Especialmente nos casos em que homens e mulheres trabalham fora do lar, propiciam a equalização das responsabilidades inerentes à família, diminuindo, consideravelmente, a duração da *dupla jornada*. Além disso, permitem aos homens se apropriarem dos conteúdos domésticos e desenvolverem suas capacidades na execução das tarefas, aprimorando os modos de sua realização, por meio de um diálogo construtivo entre o casal. Servem, ainda, de exemplo às crianças que, presenciando a atuação conjunta do pai e da mãe dentro de casa, terão reforçados valores como a solidariedade, o respeito e reconhecimento ao trabalho doméstico, o dever de responsabilidade em relação a esses afazeres e, o mais importante, deixarão de reproduzir no futuro a lógica da divisão sexual do trabalho e comportamentos de natureza machista e patriarcal.

Dadas as mudanças a que se propõem, as relações compartilhadas dificilmente se tornarão regra, sem o auxílio do Poder Público. Aqui ganha especial importância o papel fomentador do Estado, que pode incentivar a sua implementação dentro dos lares, por intermédio de políticas públicas que: a) compreendam a realização de cursos sobre o tema ou, ao menos, sua divulgação no país em *sites* oficiais; b) fomentem as relações compartilhadas entre os integrantes dos mais diversos órgãos públicos, divulgando e prestigiando bons

exemplos; c) promovam a elaboração de cartilhas de esclarecimento sobre o que são e quais os ganhos que podem ser obtidos; d) concedam prêmios e/ou incentivos a homens e mulheres que vivam sob as *relações compartilhadas* e se disponham a trocar experiências e ensinamentos sobre essa forma de gerenciar as tarefas inerentes à família. Há, sem dúvida, um universo de possibilidades que merece ser explorado e que, a depender da forma de implementação, não necessariamente impliquem custos ao Estado.

Para contornar a sempre presente *reserva do possível* ou *insuficiência de recursos*, a gigantesca máquina estatal pode contribuir com a propagação de boas experiências. A criação de incentivos ou premiações pode ser instituída não só em órgãos ou entes públicos, mas também em escolas, empresas, Igrejas, entre outros tantos locais, com vistas a divulgar e incentivar bons exemplos dentro do lar. Revistas e jornais de circulação interna em órgãos públicos poderiam conter uma coluna destinada a divulgar bons exemplos. Medidas assim podem ser adotadas com relação a homens e mulheres que compartilham os afazeres domésticos, fazendo com que sirvam de incentivo àqueles que passam ao largo dos debates de gênero. Essas medidas são capazes de despertar curiosidade sobre o tema e ajudar a quebrar os obstáculos ocasionados pelo preconceito, propiciando uma importante mudança de paradigma. Enfim, há inúmeros exemplos que podem ser pensados nesse sentido.

A iniciativa privada também pode atuar adotando medidas semelhantes. A implementação de políticas de gênero na iniciativa privada pode se dar com a participação de sindicatos, centrais sindicais, empresas, escolas, universidades, Igrejas, sendo a participação do Estado de caráter fomentador e orientador dessas medidas. A Administração pode participar na identificação da prática virtuosa e no delineamento da forma mais adequada de motivá-la, além de sua ampla divulgação em seus mais diversificados setores. Aos demais atores sociais competirão a consecução da medida delineada pela Administração. No meu sentir, é possível abrir espaços para o diálogo voltado ao estabelecimento de parcerias entre a Administração e entes privados, inclusive empresas, pois o equilíbrio dentro dos lares propicia melhor desempenho nas atribuições profissionais e amplia o acesso feminino ao mercado de trabalho, inclusive em postos de chefia e em profissões mais valorizadas.

O estabelecimento do diálogo estatal com entes privados pode ser iniciado entre Secretarias Públicas das Mulheres e sindicatos das categorias profissional e econômica, propondo a realização de palestras ou de cursos de curta duração, a elaboração de material didático para distribuição em empresas, premiações de boas práticas. O Ministério Público também pode colaborar nesse sentido, reforçando esse canal.

Se as *relações compartilhadas* passarem a integrar a conceituação do instituto *família* isto é, se a conceituação de *família* perpassar pela ideia de *relações compartilhadas*, muito se poderá avançar também na interpretação, construção e aplicação das normas jurídicas. A concepção da *família* como ambiente de desenvolvimento de *relações compartilhadas* atende aos fins propostos por direitos universais constitucionalmente albergados, como o *direito à felicidade, ao respeito, ao bem estar, ao desenvolvimento pessoal*, e deve orientar: a) o legislador, no momento de elaboração das regras jurídicas; b) o Judiciário, na construção da norma aplicável a cada caso concreto; c) o Executivo, no momento de definição de políticas de gênero; d) particulares, no desenvolvimento das relações sociais, econômicas e profissionais.

Trata-se, como já dito, de um primeiro passo voltado à igualdade de gênero, sob a ótica da divisão sexual do trabalho. O segundo passo consiste na publicização dos afazeres domésticos.

### 3.3.2. A publicização dos afazeres domésticos.

A publicização dos afazeres domésticos é representativa de uma tendência que vem sendo observada pelos movimentos feministas que é condizente com a publicização do direito privado. Consiste na identificação de formas de transferência das tarefas domésticas para os setores público e privado (não-doméstico), com a formação de parcerias *lato sensu* entre o Estado e entes privados.

Esse ideal de transferência das atribuições do lar para a esfera pública foi chamado por Alexandra Kollontai, no início do Século XX, de *socialização dos afazeres domésticos*.<sup>364</sup> O desafio concernente à socialização ou, atualmente, à publicização dos afazeres do lar e cuidados com os filhos está na definição da forma mais adequada, razoável e proporcional de sua concretização, frente às particularidades que informam cada meio social.

No horizonte vislumbrado por Susan Okin acerca da promoção da igualdade de gênero, o primeiro passo compreende o compartilhamento das tarefas domésticas e criação dos filhos, de forma igualitária entre o casal. O segundo passo consiste na transferência dessas tarefas para a esfera pública:

Nós devemos ter como objetivo uma sociedade em que homens e mulheres dividirão, como iguais, a criação dos filhos e outras tarefas domésticas que o pensamento político hegemônico presumiu explicitamente, e continua

---

<sup>364</sup> KOLLONTAI, *A Mulher no Marxismo*, Título original: *Marxisme et Revolution Sexuelle*, Tradução Silvia Sobral, compilação elaborada por Judith Stora-Sandor, Lisboa: Delfos, 1975, p. 164.



implicitamente a presumir, por meio de seu silêncio sobre as questões de gênero e sobre a família, serem “naturalmente” pertencentes à mulher. Como já aconteceu em algum grau no que se refere à preparação dos alimentos, ao cuidado com as crianças e com a saúde, atividades que antes se localizavam na esfera doméstica passarão a ser realizadas fora dela. A ligação entre as duas esferas, nunca tão distintas de fato quanto na teoria, continuará a flutuar. Se nós precisamos manter alguma proteção à vida privada e pessoal em relação à intromissão e ao controle, a dicotomia entre o público e o doméstico, por outro lado, não será, provavelmente, na teoria ou nas práticas de um mundo livre das amarras do gênero, algo tão distinto como o que tem prevalecido na teoria política hegemônica do século XVII até o presente.<sup>365</sup>

Importantes medidas já foram adotadas nesse horizonte ao longo das décadas; é preciso, contudo, aprimorá-las. A instituição de creches públicas, escolas em período integral públicas e privadas, restaurantes populares, programas públicos de proteção à maternidade existem há bom tempo no Brasil. Mas é possível ir além.

É sempre crescente o número de afazeres domésticos que passaram a ser realizados por instituições públicas, privadas ou comunitárias, e que nos séculos passados ficavam exclusivamente a cargo da família. Trata-se de uma tendência que vem se fortalecendo ao longo dos tempos. Antigamente, as famílias concentravam toda ordem de afazeres, como a confecção de suas próprias vestimentas, o cultivo de alimentos, a produção de manufaturados para comércio, a alfabetização e educação de seus membros, entre outras, ao passo que, na atualidade, muitas dessas tarefas são realizadas fora do lar por terceiros, na forma de prestação de serviços. É possível que cada vez mais essas tarefas sejam transferidas para a esfera pública.

Exatamente porque a transferência das tarefas domésticas para a esfera pública é uma tendência que traz ganhos para a igualdade de gênero, torna-se necessária a intensificação dessa mesma tendência, de forma a abarcar famílias menos abastadas. Um novo universo de possibilidades pode ser explorado, especialmente para proteção de famílias carentes.

Exemplo de medida voltada à publicização de afazeres domésticos é a criação de creches, lavanderias e restaurantes coletivos, dentro de empresas, voltados ao atendimento de seus próprios funcionários. Essa medida pode ser adotada por intermédio de negociações coletivas, entre empresas e sindicatos da categoria profissional (acordo coletivo) ou entre sindicatos das categorias profissional e econômica (convenção coletiva). Há ganhos evidentes para os empregadores, porque à medida em que seus empregados, homens e mulheres, são desonerados dos trabalhos domésticos e/ou têm seus filhos pequenos sob cuidados ao seu redor, seu rendimento no mercado de trabalho é otimizado e o tempo de deslocamento reduzido.

---

<sup>365</sup> OKIN, *op. cit.*, p. 327.

Medidas assim podem ser implementadas em sistemas de parceria, com a participação de empregadores e empregados. À guisa de ilustração, pode ser citada a criação de uma creche no estabelecimento empresarial, que seja mantida com recursos do empregador e dos empregados e, para minimização de custos, a mão-de-obra utilizada conte com a participação dos próprios empregados, sendo o serviço fornecido a preço de custo. Lavanderias e restaurantes podem ser criados com a mesma sistemática, inclusive em órgãos públicos e outras entidades, com o serviço prestado a preço de custo. Trata-se de um universo de escolhas cuja implementação é passível de deliberação no âmbito da flexibilização, por meio de negociações coletivas ou mesmo em contratos individuais, que prevejam, entre outros aspectos, uma possível diminuição da jornada de trabalho, sem redução salarial, daqueles que tenham interesse em participar do benefício com sua mão-de-obra, em vez de pagar o preço de custo. São regras que podem ser livremente negociadas entre as partes (pois voltadas à criação e não à supressão de benefícios), e que atendem ao *princípio da proteção* do trabalhador, propiciando maior bem estar, saúde, qualidade de vida, e ao princípio da proteção integral da criança, que ficará sob o cuidado de terceiros fiscalizados pelos pais trabalhadores.

Na tendência de publicização, a participação estatal não necessariamente precisa ser custosa, diante da possibilidade do Poder Público atuar com papel fomentador. Nada obsta, outrossim, que se estabeleçam parcerias públicas e privadas de mesma natureza, ou que o Poder Público adote medidas desse teor dentro de órgãos ou instituições públicas, para atendimento de seus empregados e servidores.

Impende anotar que a França adotou uma política ativa de desenvolvimento de empregos familiares por meio de medidas de redução fiscal, mas que colocou em xeque o reconhecimento social que pretendia incentivar para esses postos de trabalho, diante dos estatutos propostos aos empregados, rumo à extinção do contrato de trabalho, e do nível de remuneração oferecido, frente à necessidade de custos mais baixos.<sup>366</sup> De acordo com Yumi

---

<sup>366</sup> Afirma Dominique Fougeyrollas-Schwebel: “Para responder aos cortes nos orçamentos públicos, ampliando as condições de acesso à licença parental, por um lado, e o trabalho de tempo parcial, por outro, a França adotou uma política ativa de desenvolvimento de empregos familiares por meio de medidas de redução fiscal. Constatando a fragilidade evidente do recurso a empregadas domésticas e outros trabalhadores da casa, essas medidas contam com o desenvolvimento potencial desses postos de trabalho, uma vez que o seu custo baixaria (Flipo e Hourriez, 1995). As políticas de promoção de empregos familiares se inserem numa multiplicidade de lógicas mais comumente contraditórias do que convergentes: reduzir os gastos públicos sem, contudo, questionar radicalmente o compromisso anteriormente anunciado, em termos de justiça social, de garantir a todas as mulheres acesso à atividade profissional. Estas políticas pretendem ser também uma resposta à crise do emprego e a uma demanda cada vez maior pelos serviços de cuidado a pessoas. Mas, diante dos novos estatutos que propõe para os empregados (rumo à extinção do contrato de trabalho) e do nível de remuneração que oferece (responder às necessidades de custos mais baixos), essa promoção de empregos coloca em xeque, efetivamente, o reconhecimento social que pretendia incentivar para esses postos de trabalho. A grande proporção de mão de obra imigrante existente nesses setores testemunha que se trata de tarefas que preferimos deixar para os outros. A

Garcia dos Santos, a tradição francesa deixava para as mulheres a escolha entre ingressar ou não no mercado de trabalho, mas suas atividades profissionais eram sempre limitadas pelo papel que deveriam cumprir no espaço privado. Com a crise do emprego, a partir da década de 1980, medidas como a introdução do trabalho em tempo parcial e retorno das mulheres ao lar foram adotadas, o que contribuiu para não só para o aumento da desigualdade entre os sexos, haja vista a diminuição da renda das mulheres, mas também para o aumento da polarização entre as mulheres instruídas e as de baixa qualificação, que não tinham opção de recusar o emprego em tempo parcial. Atualmente, o sistema público de acolhimento de crianças compreende as escolas maternas, as creches e as *nourrices agréées* (mães crecheiras credenciadas), sendo que estas últimas consistem no sistema mais utilizado na esfera pública. Todavia, em 56% dos casos, as crianças com menos de 3 anos são cuidadas pela mãe ou por alguém da família.<sup>367</sup>

No Brasil, as regras contidas no Art. 389, §1º, §2º e no Art. 397, da CLT incentivam a transferência dos cuidados inerentes às crianças de tenra idade para a esfera não-doméstica, mediante o estabelecimento de convênios com entidades públicas e privadas, ou pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo de entidades pertencentes ao Terceiro Setor (Sistema “S” ou Serviços Sociais Autônomos) e entidades sindicais.<sup>368</sup> É possível pensar, também no Brasil, na criação de um sistema de *mães* ou *pais crecheiros* credenciados, instituído por legislação própria, que defina direitos e deveres também no que concerne à proteção do trabalho, à semelhança do que ocorre com as *mães sociais* (Lei 7.644/1985).<sup>369</sup> A

---

contratação de trabalhadores domésticos é um fato social antigo, mas a novidade está nos desdobramentos desses empregos, implicando a emergência de relações entre empregador e empregado nas classes médias (as categorias intermediárias do INSEE) e nas classes populares, o aumento das polarizações nos empregos femininos.” (*op. cit.*, p. 260/261)

<sup>367</sup> SANTOS, Yumi Garcia dos, *Mulheres chefes de família entre a autonomia e a dependência: um estudo comparativo entre Brasil, França e Japão*, tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Sociologia em co-tutela com Université Paris 8 – Vincennes – Saint-Denis, Département de Sociologie, São Paulo, junho de 2008, p. 173/174.

<sup>368</sup> Art. 389. [...] §1º. Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. §2º. A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternas e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

<sup>369</sup> A Lei 7.644/1987 regulamenta a atividade de Mãe Social, exercida por meio do sistema de casas-lares. De acordo com o Art. 1º, da lei, as casas-lares são instituições sem finalidade lucrativa, ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado, e que se utilizam de mães sociais visando a propiciar ao menor as condições familiares ideais ao seu desenvolvimento e reintegração social. Considera-se mãe social, aquela que, dedicando-se

criação de uma lei que possibilite a contratação de uma mesma profissional para o desempenho da função de babá, por duas empregadoras mães, onde estas compartilhem os benefícios advindos do trabalho e respondam solidariamente pelos encargos trabalhistas, é um caminho.

A propósito do tema, estudos efetuados pela OIT apontam para os benefícios advindos da possibilidade de homens e mulheres desenvolverem suas atribuições profissionais à distância e sem fixação do horário para a jornada de trabalho.<sup>370</sup> A não obrigatoriedade de deslocamento à empresa, assim como a flexibilização do horário de trabalho (por meio de banco de horas ou compensação de jornada) podem propiciar melhor qualidade de vida para homens e mulheres, de forma a compatibilizar a demanda familiar com as atribuições inerentes ao trabalho. Medidas como essa desoneram o governo de gastos com creches públicas e lares para idosos, e podem trazer melhorias na qualidade de vida dos trabalhadores, propiciando, inclusive, melhor desempenho para as empresas. Entretanto, cabem, aqui, algumas advertências: o *teletrabalho* ou trabalho à distância deve ser sopesado com cautela, para que não se volte contra o próprio trabalhador (majorando a sua jornada de trabalho e implicando custos que pertencem, a rigor, ao empregador). Além disso, seria uma medida válida quando voltada ao atingimento de um ideal maior, que é a publicização dos afazeres domésticos, e não contrário, ou seja, o fim buscado não deve ser a reafirmação do papel desempenhado pelas mulheres dentro dos lares.

### 3.3.3. *A automação no âmbito doméstico e a concessão de incentivos fiscais.*

Não há dúvida de que a automação no âmbito doméstico é um importante facilitador no desempenho das tarefas domésticas, e capaz de dialogar com as *relações compartilhadas*, ou

---

à assistência ao menor abandonado, exerça o encargo em nível social, dentro do sistema de casas lares. O art. 5º prevê os direitos de natureza previdenciária e trabalhista que são assegurados à mãe social: anotação na Carteira de trabalho e Previdência Social, remuneração em valor não inferior ao salário mínimo, repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, apoio técnico, administrativo e financeiro no desempenho de suas funções, trinta dias de férias anuais remuneradas, benefícios e serviços previdenciários, inclusive em caso de acidente de trabalho, na qualidade de segurada obrigatória, gratificação de natal, fundo de garantia do tempo de serviço ou indenização.

<sup>370</sup> *Vantagens do trabalho à distância*, disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/vantagens-do-trabalho-distancia>, acessado em 25/05/2016: “A idéia de que é necessária a presença dos empregos em um lugar físico para poder colaborar eficazmente está arraigada na “velha escola” de gerência, que em parte se baseia na convicção de que não se pode confiar no trabalho realizado em casa. No entanto, existe uma grande quantidade de evidências que demonstram que os trabalhadores tendem a ser mais produtivos e trabalhar mais horas que seus colegas que trabalham no escritório. Algumas grandes empresas, como Best Buy, British Telecom e Dow Chemical, afirmam que os teletrabalhadores são entre 35 e 45 por cento mais produtivos. [...] Alguns empregados podem preocupar-se pelo isolamento ou que sua promoção profissional seja comprometida. Mas com a quantidade de inovação tecnológica disponível para as empresas – videoconferência, mensagens instantâneas, correio eletrônico e até o tradicional telefone – assim com o contato direto e ocasional e os sistemas de avaliação baseados no rendimento, o teletrabalho oferece argumentos convincentes.” (s/ página)

seja, trata-se de um facilitador para homens e mulheres, indistintamente, capaz de incentivar a adoção das *relações compartilhadas*. Exemplos são as máquinas *lava-louças* e as máquinas *lava-seca* de roupas. Na medida em que eletrodomésticos se tornam mais avançados e desenvolvidos, a mão-de-obra necessária para o labor doméstico é menos solicitada. É importante ressaltar que nem todas as famílias têm acesso à automação. Quando se trata de famílias abastadas, é comum a existência de aparelhos domésticos, aliada à contratação de empregadas domésticas. Mas, quando se está diante de famílias menos favorecidas, nem sempre a aquisição de eletrodomésticos é possível. Por essa razão, a concessão de incentivos fiscais, tais como a redução do IPI da linha branca com o escopo de incentivar setores internos frente à crise econômica, também deve ser sopesada à luz da igualdade de gênero.<sup>371</sup> Em outras palavras, a concessão de incentivos fiscais deve ser analisada e motivada também com o intuito de promoção da igualdade de gênero.

#### **3.4. A transformação das licenças maternidade e paternidade: a licença parental.**

Defendo a necessidade de transformação das licenças maternidade e paternidade. Para tanto, há que se ponderar, em primeiro lugar, se as licenças maternidade e paternidade consistem em cláusulas pétreas e, por conseguinte, se sua transformação implicaria violação ao art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal (“§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias fundamentais). Os direitos e garantias individuais não se limitam àqueles previstos no Capítulo I da Constituição (“Dos direitos e deveres individuais e coletivos”), sendo possível a existência de outros direitos fundamentais espalhados pelo texto constitucional. Sendo assim, há direitos que se situam fora do art. 5º, mas que encontram igual proteção na regra do art. 60, §4º, da CF.

A fim de se identificar se um determinado direito é ou não fundamental, realiza-se o teste de consistência já aludido. Com amparo em referido teste, parece-me que as licenças maternidade e paternidade, embora previstas no art. 6º, incisos XVII e XIX, da CF, consubstanciam-se em regras de direitos fundamentais, pois que são dotadas das características informadoras dessa categoria de direitos. Note-se que nada obsta que direitos sociais venham a ser reconhecidos como direitos fundamentais e recebam, portanto, a proteção conferida pelo

---

<sup>371</sup> Sobre a política fiscal e econômica de diminuição do IPI para linha branca, confira-se: *Notícia IPI de móveis e linha branca sobe nesta terça-feira*, divulgada em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/ipi-de-moveis-e-linha-branca-sobe-nesta-terca-feira.html>, acessada em 08/06/2016 e *Notícia IPI para linha branca continua por tempo indefinido*, divulgado em <http://www.redebrasilatual.com.br/economia/2014/01/ipi-para-linha-branca-continua-por-tempo-indefinido-6310.html>, acessada em 08/06/2016.

art. 60, §4º, da CF. Como exemplo, tem-se o direito à *educação*. Trata-se de um direito social, cuja previsão está no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, juntamente ao direito ao trabalho. O direito à educação, quando confrontado com as características informadoras dos direitos fundamentais antes referidas, a elas se conforma, razão pela qual é forçosa a conclusão de que o direito à educação, além de social, também é fundamental. Interessante, todavia, é ponderar a respeito da medida de *fundamentalidade* que a esse direito se deve emprestar, pois, comportando a educação os níveis de ensino infantil e fundamental – os quais compõem a *educação básica* –, bem como médio, técnico profissionalizante e superior, é possível perquirir-se a respeito de qual ou quais níveis estariam abrangidos pela especial proteção jurídica dos direitos fundamentais. Acaso se entenda que todos os níveis compõem o direito fundamental à educação, exsurge outra questão: em que medida incide, sobre cada nível de educação, a regra do art. 5º, §1º, da Constituição, que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Trata-se de tortuosa ponderação que há de levar à consideração o complexo panorama social brasileiro e os objetivos buscados pelo Estado Democrático de Direito.

Assim como o direito à educação, que está situado fora do Art. 5º do texto constitucional de 1988, é direito fundamental, parece-me que as licenças maternidade e paternidade também constituem direitos (ou garantias) fundamentais. Por conseguinte, não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda tendente a aboli-las.<sup>372</sup>

Todavia, ainda que constituam cláusulas pétreas, são passíveis de ampliação ou fortalecimento, seja pelo poder constituinte derivado reformador, seja por meio de mutação

---

<sup>372</sup> Acerca da licença maternidade e as cláusulas pétreas, destaca-se o posicionamento do STF na ADIn 1.946-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, 29.4.99, noticiado no Informativo STF, Brasília, 26 a 30 de abril de 1999, n.º 147: “Salário Maternidade e Cláusulas Pétreas – 1. Dando continuidade ao julgamento de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro-PSB contra o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98 (v. Informativo 144), o Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido para, dando interpretação conforme à Constituição ao referido dispositivo [“Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”], deixar expresso que o mesmo não se aplica à licença maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CF, respondendo a Previdência Social pela integralidade do pagamento da referida licença. Tendo em vista que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º, IV), o Tribunal afastou a exegese segundo a qual a norma impugnada imputaria o custeio da licença maternidade ao empregador, concernente à diferença dos salários acima de R\$ 1.200,00, porquanto esta propiciaria a discriminação por motivo de sexo, ofendendo o art. 7º, XXX, da CF (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;”), que é um desdobramento do princípio da igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I). Levou-se em consideração também que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV)”. Divulgado em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo147.htm>, acessado em 20/06/2016.

constitucional, que permite a extração de novos significados à vista de conceitos pré-estabelecidos. A licença maternidade representou inegável ganho às mulheres e às crianças, mas sua previsão original demanda revisão. É preciso elastecer seu alcance, pois há situações em que a possibilidade de escolha ou de alternância, entre mulheres e homens, com relação ao gozo da licença, pode ser mais benéfica à criança, ao casal, à família. Exemplos dessa necessidade são os casos em que a família é composta por um homem e uma mulher, sendo o homem trabalhador empregado e a mulher trabalhadora autônoma. Se essa mulher for a principal responsável pela composição da renda familiar, a licença maternidade será prejudicial à família. Nessa hipótese, a licença-parental, em que há possibilidade de alternância ou de escolha sobre quem deva usufruí-la e em que medida, melhor se adequará às suas necessidades concretas.

A escolha, além de se adequar às necessidades concretas da família, traz outros dois benefícios: (i) sendo a licença parental passível de gozo ou pelo homem, ou pela mulher, o empregador não saberá, no momento da contratação, qual deles poderá vir a se afastar futuramente do local do trabalho. Esse é um dos aspectos positivos propiciados pela licença parental no combate à discriminação; (ii) a licença parental possibilita que o pai tenha contato com os primeiros cuidados com a criança, o que favorece a desconstrução do paradigma moral, social e consuetudinário de que os cuidados com os filhos devem recair prioritariamente sobre a mulher. O gozo da licença pelo pai, a critério do casal, possibilita não só melhor qualidade de vida à família, mas também o aprendizado do pai com relação aos cuidados com os filhos.

A respeito da licença parental, merece destaque o comentário tecido na Nota da OIT – Trabalho e Família, n. 6, p. 4:

A licença parental é uma licença relativamente longa concedida ao pais ou à mãe para cuidar de um bebê ou de uma criança pequena após o período da licença maternidade ou licença paternidade. As disposições relativas à licença parental variam consideravelmente de país a país, pois refletem preocupações mais amplas dentro da sociedade, como preocupações relativas ao desenvolvimento infantil, à taxa de fecundidade, à oferta de mão-de-obra, à igualdade de gênero e à distribuição da renda. Há um debate em andamento sobre a duração ideal da licença parental para que não afete o desenvolvimento profissional. Nesse sentido, é importante que a licença seja compartilhada entre pais e mães. O direito à licença parental é uma estratégia importante de promoção da modificação dos padrões comportamentais de homens e mulheres com relação à distribuição do trabalho produtivo e reprodutivo e alimenta o debate em torno do reconhecimento dos homens como sujeitos de direitos com relação ao exercício da paternidade e da importância de seu papel no nascimento dos/das filhos/as.<sup>373</sup>

---

<sup>373</sup> Acessível em [www.oit.org.br](http://www.oit.org.br).

Bons exemplos a respeito da licença parental são vistos na Suécia e na Noruega. Recentemente, o governo da Suécia concedeu mais um mês de licença parental, o qual irá somar-se aos dezesseis meses já concedidos ao casal, para uso exclusivo pelo pai. Com essa mudança, os homens passaram a gozar de um total de noventa dias de licença, sem que possam trocar com as mães nesse período. O mesmo período é concedido às mães, sem possibilidade de troca com os pais. O restante do tempo pode ser dividido, até à hora, pelo casal. A medida destina-se a promover a criação de laços entre os pais e as suas crianças.<sup>374</sup> Na Noruega, por sua vez, “a licença remunerada com a chegada dos filhos é de 46 semanas, que pode ser utilizada tanto pela mãe quanto pelo pai. Dentre essas 46 semanas, 9 semanas (3 antes do parto e 6 depois) são reservadas para a mãe, e 12 semanas são destinadas apenas para os homens, não podendo ser transferidas. A ideia é estimular que os homens participem ativamente do cuidado com os filhos, e 90% dos pais noruegueses usufruem felizes desse benefício”.<sup>375</sup>

A transformação das licenças maternidade e paternidade em parental implica inegáveis avanços, de forma que não há violação à proteção conferida pelo art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal. Seguindo-se a sua formatação atual, não há qualquer espaço para o diálogo entre os pais e empregadores, que possibilite a realização da melhor escolha para aquela situação concreta. Ainda quando há consenso entre as partes envolvidas, o gozo da licença maternidade pelo pai acarreta o descumprimento da norma constitucional, que determina o gozo somente às mães, excetuados os casos em que há adoção por casais homoafetivos ou em que a mãe vem a falecer durante esse período. Por conseguinte, o pai fica desprotegido da legislação previdenciária, pois não lhe é assegurado o recebimento do benefício do salário-maternidade à míngua de previsão legal. Assim, ainda que haja consenso entre as partes envolvidas sobre o alcance a ser emprestado à licença maternidade, este não impera, pois o rigor da lei não permite a flexibilização a ponto de melhor adequá-la a cada realidade concreta.

Sendo assim, até que haja uma modificação legislativa que institua a licença parental, penso que haja a possibilidade de o Judiciário assegurar o gozo pelo pai, dentro do universo da mutação constitucional. Do mesmo modo que o conceito *família* (tradicionalmente utilizado para definir a reunião, em matrimônio, de um homem e uma mulher e seus descendentes) passou a albergar a reunião de pessoas do mesmo sexo, a licença maternidade é um instituto

---

<sup>374</sup> Notícia veiculada em <http://www.paisefilhos.pt/index.php/actualidade/noticias/7961-tres-meses-de-licenca-parental-para-homens-suecos>, acessada em 17/08/2015.

<sup>375</sup> Notícia veiculada em <http://www.mundoovo.com.br/2013/noruega-um-bom-exemplo-de-licenca-paternidade>, acessada em 17/08/2015.



que reclama renovação em seu alcance. A crescente conquista do mercado de trabalho pelas mulheres implica a formatação de novos papéis dentro e fora do lar, de tal modo que a licença maternidade, tradicionalmente concedida às mulheres mães, deve ser estendida aos pais, nos casos em que essa medida seja mais adequada para o bem estar da família e, em especial, da criança bem-vinda. Devemos dar uma interpretação mais efetiva ao art. 226, §5º da Constituição Federal, que trata da igualdade entre homens e mulheres nas relações familiares, para que essa igualdade seja concretizada também dentro dos lares.

### **3.5. A regulamentação e a desregulamentação em prol das mulheres.**

A regulamentação e a desregulamentação são horizontes que merecem ser tratados com especial cautela, tendo em vista a possibilidade de colocar em risco todo o sistema normativo protetivo das mulheres. Assim como a regulamentação é necessária, a desregulamentação também se mostrou vantajosa, com relação às regras que impediam as mulheres de exercer o trabalho em igualdade de condições com os homens (trabalho noturno, trabalho insalubre, horas extras etc.).

#### *3.5.1. Sobre o rigor legislativo em face dos empregadores.*

O direito fundamental ao trabalho, como direito social básico, versa sobre aspectos da proteção ao trabalhador e de direitos dos trabalhadores. O direito fundamental ao trabalho se encontra previsto no art. 6º, ao qual se alinham os direitos e garantias fundamentais concernentes à relação de trabalho, previstos nos Artigos 7º a 11 da Constituição Federal de 1988 (proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária, proteção do salário, direitos de liberdade sindical, direito de greve, participação de trabalhadores na gestão da empresa etc.). Todos esses dispositivos compõem o que se denomina de *linhas mestras* do regime constitucional do direito fundamental ao trabalho, o qual pode ser conceituado como o direito de ter um trabalho protegido pelas regras constitucionais acima referidas. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos:

*Trabalho*, à luz do que estabelece a linguagem prescritiva do legislador constituinte, significa meio de se ganhar a vida lícitamente, através do desempenho de uma atividade produtiva remunerada. Nesse particular, assemelha-se a emprego. De fato, o que se buscou, em tese, foi uma resposta

contra o desemprego, o descontentamento, a fome, a miséria, a violência e outros males ínsitos à estrutura dos Estados capitalistas.<sup>376</sup>

Segundo Alexandre Veronese, “o direito ao trabalho possui uma sistemática complexa na Constituição de 1988. [...] Em todos os dispositivos, fica clara a preocupação em permitir que o trabalhador possa efetivamente participar da vida social, exercitando, assim, sua cidadania”.<sup>377</sup>

Sendo dotado de eficácias vertical e horizontal, o direito ao trabalho deve ser garantido pelo Estado, especialmente por meio de políticas voltadas ao combate do desemprego e ao fomento de oportunidades, bem como pelas empresas, garantindo o acesso a postos de trabalho.

Partindo-se do pressuposto de que de todo direito emana um dever, o qual se traduz na obrigatoriedade de observância, respeito, e, até mesmo, de uma prestação, torna-se perceptível a dificuldade de se delimitar o alcance desse dever. Consistindo em direito fundamental, a oportunidade de um trabalho integra o núcleo de aplicabilidade imediata assegurada pelo art. 5º, § 1º, pela Constituição Federal. E, nesse passo, o Estado deve engendrar esforços no sentido de fomentar a criação e acesso a postos de trabalho e combater o desemprego. Além disso, considerando-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que se trate de norma de cunho eminentemente principiológico, dotada de alto grau axiológico, devem as empresas ser coagidas a bem atuar em prol da criação e acesso a postos de trabalho, sem prejuízo da observância da livre iniciativa.

Em regra, as escolhas efetuadas pelo empregador no momento de contratação tendem a se adequar à sua perspectiva de ganhos, ou seja, à sua livre iniciativa, de forma que o empregador irá identificar opções que lhe propiciem maior obtenção de lucro, respeitadas, à evidência, as regras de proteção do trabalhador. Quando se está diante de um panorama de crise e desemprego, a disputa por uma vaga de trabalho se agrava. As mulheres, em geral, enfrentam obstáculos no momento da contratação: a capacidade de concepção aliada à perspectiva próxima de geração de filhos é uma razão que muitas vezes conduz ao seu preterimento; a existência de filhos também. Por esse motivo, o legislador criminalizou a conduta do empregador de exigir testes, atestados, exames ou declaração relativa à esterilização ou estado de gravidez, e de adoção de quaisquer medidas que induzam ou instiguem à esterilização ou de promoção do controle de natalidade (Art. 1º e Art. 2º da Lei 9.029/1995), para fins de acesso ou manutenção do trabalho.

---

<sup>376</sup> BULOS, *op. cit.*, p. 427.

<sup>377</sup> VERONESE, Alexandre, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, *op. cit.*, p. 362/363.

Recente alteração na CLT passou a conceder estabilidade à trabalhadora gestante quando a confirmação do estado de gravidez se dá durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado (art. 391-A, CLT). À alteração legislativa somou-se o entendimento firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de conferir estabilidade provisória à empregada gestante, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado e de experiência (Súmula 244 do TST).

Não cabe aqui a discussão sobre a justiça ou não da regra legal e do entendimento jurisprudencial que assegura a estabilidade à gestante nos contratos por prazo determinado. O que se está aqui a sopesar é a possibilidade de as mulheres serem discriminadas no momento da contratação, por conta de regras legais protetivas que abram espaço para situações que podem se converter em abuso de direito. É possível que, diante do rigor trazido pela lei e, no meu sentir, ampliado pela jurisprudência para albergar contratos por prazo determinado, e da possibilidade de abuso de direito, o empregador discrimine ainda mais as mulheres no momento da contratação. Logo, com o intuito de proteger a mulher no mercado de trabalho, a legislação e a jurisprudência em tela podem ocasionar riscos ao acesso ao trabalho, que é um direito fundamental social. Por essa razão, acredito que toda regulamentação legal que se proponha a proteger a mulher e a maternidade (assim como a desregulamentação) deve ser sopesada também à luz do direito fundamental ao trabalho, para que, no caso específico da regulamentação, sejam determinadas, em concomitância, medidas capazes de diminuir ou obstar os efeitos de uma possível discriminação no momento da contratação.

### *3.5.2. Um repensar sobre as ações afirmativas femininas.*

Importante espécie de ação afirmativa é o sistema de quotas, que são medidas temporárias voltadas a minimizar o panorama da desigualdade durante o período de tempo necessário para que sejam criadas condições materiais voltadas a assegurar a igualdade de oportunidades. Sendo assim, uma vez instituídas, as quotas devem ser aliadas a medidas aptas a propiciar a igualdade de oportunidades.

Assim, quando da regulamentação do Art. 7º da CF, que embasa a criação de quotas para mulheres, o legislador infraconstitucional deve estar atento ao dever de aliar medidas aptas a propiciar a igualdade de oportunidades, durante o período de duração da política de quotas, de maneira proporcional, em conformidade com os objetivos que se busca alcançar.

No tocante ao horizonte normativo da igualdade, Souza Neto e Ferez Junior sustentam que a “restrição controlada da igualdade formal, pela via da discriminação positiva, somente se justifica se maior igualdade material for produzida.”<sup>378</sup> Assim, segundo Souza Neto e Ferez Junior “esse tipo de raciocínio se coaduna perfeitamente com o argumento da justiça social, segundo o qual as diferenças sociais aleatórias, não justificáveis, devem ser objeto de redistribuição, para que se crie igualdade de oportunidades.”<sup>379</sup> O bem maior a ser conquistado por intermédio de ações afirmativas há de ser a igualdade de oportunidades, pois, do contrário, prejudicar-se-ia o caráter meritório daqueles que empenharam esforços na obtenção daquele resultado.

Além disso, para avançar no caminho de concretização da igualdade de gênero, é preciso conhecer as causas da desigualdade para então combatê-las, o que nem sempre será tarefa fácil, dada a profundidade e a essencialidade dos elementos que a ensejam. O preconceito, o individualismo, a exploração, o desconhecimento, entre outras tantas, são causas de difícil aniquilamento. Nesse contexto, políticas de conscientização e de esclarecimento podem ser eficazes, quando trabalhadas em conjunto pelo Poder Público e pela comunidade. O desenvolvimento de uma consciência social ou de um dever moral e ético pela comunidade é uma ferramenta de controle nos espaços onde a desigualdade é vista. Logo, há de se pensar o Direito também como instrumento que deve propiciar justiça social com a participação dos indivíduos e da comunidade.

Em se tratando de ações afirmativas de gênero, é preciso uma mudança de foco, para que as medidas legislativas e ações não se limitem ao mercado de trabalho, ou seja, é preciso uma maior atenção à vida privada, de forma a propiciar à obtenção de resultados em igualdade de oportunidades, sendo este um dever não só do Estado, mas também da comunidade, pois não se pode imputar somente ao Poder Público o ônus concernente à conquista da igualdade.

Além das leis protetivas das mulheres no mercado de trabalho, cuja importância é indubitável, precisamos de regras jurídicas e de políticas que incentivem a igualdade na vida privada para que, assim, as mulheres, em igualdade de condições, possam adentrar no mercado de trabalho com o mesmo potencial e energia que os homens, de forma que o resultado a ser obtido seja proporcional, conformado à dedicação, ao esforço próprio, ao mérito pessoal.

---

<sup>378</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza, *op. cit.*, p. 355.

<sup>379</sup> *Ibidem*, p. 355.

### 3.6. A transversalidade nas contradições de gênero.

Medidas de esclarecimento no combate à desigualdade assumem importante papel. Tema atual e interessante é a *transversalidade*. Trata-se de uma teoria nascida na área da educação, mas que ganhou espaço nos mais diversos ramos do conhecimento. A *transversalidade* implica, em rápidas palavras, a abertura de uma determinada área do conhecimento para as contribuições que podem ser dadas pela realidade concreta, de forma que o conhecimento se forme de maneira transversal, ou seja, pela composição entre teoria e prática. A esse respeito, o verbete a seguir:

#### **Transversalidade**<sup>380</sup>

Termo que, na educação, é entendido como uma forma de organizar o trabalho didático na qual alguns temas são integrados nas áreas convencionais de forma a estarem presentes em todas elas. O conceito de transversalidade surgiu no contexto dos movimentos de renovação pedagógica, quando os teóricos conceberam que é necessário redefinir o que se entende por aprendizagem e repensar também os conteúdos que se ensinam aos alunos.

A partir da elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de 1996, foram definidos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs) que, por sua vez, orientam para a aplicação da transversalidade. No âmbito dos PCNs, a transversalidade diz respeito à possibilidade de se estabelecer, na prática educativa, uma relação entre aprender conhecimentos teoricamente sistematizados (aprender sobre a realidade) e as questões da vida real e de sua transformação (aprender na realidade e da realidade). Não se trata de trabalhá-los paralelamente, mas de trazer para os conteúdos e para a metodologia da área a perspectiva dos temas. Dessa forma, os PCNs sugerem alguns “temas transversais” que correspondem a questões importantes, urgentes e presentes sob várias formas na vida cotidiana: Ética, Saúde, Meio Ambiente, Orientação Sexual, Trabalho e Consumo e Pluralidade Cultural.

A transversalidade se difere da interdisciplinaridade porque, apesar de ambas rejeitarem a concepção de conhecimento que toma a realidade como um conjunto de dados estáveis, a primeira se refere à dimensão didática e a segunda à abordagem epistemológica dos objetos de conhecimento. Ou seja, se a interdisciplinaridade questiona a visão compartimentada da realidade sobre a qual a escola se constituiu, mas trabalha ainda considerando as disciplinas, a transversalidade diz respeito à compreensão dos diferentes objetos de conhecimento, possibilitando a referência a sistemas construídos na realidade dos alunos.

**Citação bibliográfica:** MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. "Transversalidade" (verbetes). *Dicionário Interativo da Educação Brasileira* - EducaBrasil. São Paulo: Midiamix Editora,

<sup>380</sup> <http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=70>, acessada em 12 de janeiro de 2015.

2002, <http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=70>, visitado em 12/1/2015.

A inserção de matérias com conteúdo doméstico nas escolas infantis, fundamentais e de ensino médio, para meninos e meninas, também é uma maneira de abrir espaços para que homens se aproximem desses conteúdos, quebrando séculos e séculos de tradição feminina no desempenho dos trabalhos domésticos, vale dizer, da divisão sexual do trabalho. A propositura de um modelo educacional que combata os padrões que colocam as mulheres em situação de inferioridade dentro dos lares possibilitará a sedimentação de valores como a solidariedade, o respeito e reconhecimento ao trabalho doméstico, o dever de responsabilidade em relação a esses afazeres, conforme já afirmado. Isso favorecerá o desempenho do trabalho doméstico de maneira solidária por homens e mulheres, até que o universo da publicização se torne realidade.

De acordo com Tâmara Amoroso Gonçalves, a reversão da igualdade pressupõe uma transformação de parâmetros e comportamentos marcados pelo gênero, ou seja, de uma mudança radical nos valores da própria sociedade, o que não ocorrerá sem que haja tolerância e respeito à diversidade na oferta educacional:

Neste sentido, a educação, ao longo de toda a vida escolar dos indivíduos, deverá ser pautada pelos direitos humanos e orientada para a garantia da equidade entre todos os sujeitos, mas em particular entre homens e mulheres.

Não é por outro motivo que a escola e a educação ali ofertada atuam como um vetor transformador das realidades e das mentalidades, na medida em que em nossa sociedade a escola ocupa um papel central como um dos principais ambientes socializatórios e formadores: [...]

[...] Para tanto, é preciso que a educação e a formação dos profissionais estejam alinhadas com os valores humanísticos e orientadores do respeito e tolerância às diversidades de todas as ordens: de gênero, geracional, étnico-racial etc.<sup>381</sup>

Para Tâmara Amoroso Gonçalves, o desafio que se impõe vai muito além da garantia do direito à educação, pois muito mais do que simplesmente assegurar a todos a possibilidade de frequentar a escola, é a promoção de uma educação não-sexista e antidiscriminatória de qualquer natureza. No seu entender, passa a importar a qualidade da educação que é ofertada, não apenas em termos de aquisição de conteúdos pelos alunos, mas também de aprendizado de uma cultura de direitos humanos, cidadã e democrática, com respeito às diferenças de todas as ordens, orientação sexual, geracional, étnico/racial, entre outras. E prossegue:

Vale lembrar que o conceito de gênero apresenta um aspecto relacional, ou seja, ao se discutir a situação das mulheres em ambiente escolar forçosamente será preciso debater a situação dos homens. O machismo e o preconceito baseados em estereótipos de gênero atingem também os meninos e homens.

<sup>381</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, *op. cit.*, p. 95.

Assim, ao se garantir o direito a todos a uma educação não-sexista e livre de estereótipos de gênero, persegue-se um ideal verdadeiramente transformador das relações sociais. É dizer, não basta mudar a condição das mulheres se uma discussão sobre o papel dos homens na sociedade e dos padrões dominantes de masculinidade não acompanhar estas mudanças e não for também revisto.

Para que estas discussões sejam ampliadas na educação, no entanto, é preciso que os profissionais da área tenham acesso a uma formação que proporcione o conhecimento e a problematização das questões de gênero, de maneira que possam promover reflexões e incentivar mudanças comportamentais nesta seara.<sup>382</sup>

No âmbito legislativo, portanto, é possível trabalhar temas como a inserção de matérias de conteúdo doméstico na grade curricular do ensino infantil e fundamental, para meninos e meninas, a cobrança desses mesmos conteúdos em vestibulares, concursos públicos e exames de qualificação profissional, entre outras tantas medidas de impacto proporcional e que não são tão agressivas quando comparadas às políticas de quotas.

Sob outro aspecto, a *transversalidade* também vem sendo empregada por Secretarias Públicas de Mulheres (sendo a Secretaria de Políticas para Mulheres vinculada ao Município de São Paulo um bom exemplo), por meio do estabelecimento de um diálogo mais consistente e participativo entre os órgãos públicos do mesmo ou de diversos entes federativos. A transversalidade mostra-se providencial especialmente nos casos de violência doméstica, em que o diálogo pode ser estabelecido entre Secretarias Públicas de Mulheres e Secretarias de Habitação, por exemplo, visando a retirar a vítima do ambiente nocivo no qual está inserida. O diálogo entre os diversos entes públicos e privados, nas três esferas de governo, com a participação da comunidade, dentro de um horizonte de transversalidade do conhecimento e de ações, deve ser otimizado.

---

<sup>382</sup> GONÇALVES, Tamara Amoroso, *op. cit.*, p. 110.

## CONCLUSÃO

Buscou-se, nesta pesquisa, aferir se a persistência das distorções de gênero é sinal indicativo da insuficiência do sistema normativo e ineficácia das medidas voltadas a viabilizar a igualdade de gênero e, por conseguinte, a necessidade de novas medidas normativas, políticas públicas e ações no âmbito privado (sobretudo domésticas) com a finalidade de acelerar o processo de concretização da equiparação de gêneros (incluindo o mercado de trabalho).

O presente estudo possibilitou que fossem fincadas as seguintes premissas e conclusões:

1) Os Estados Democráticos de Direito têm, nos direitos fundamentais, seus principais alicerces, ao lado da participação democrática popular nos processos de tomada de decisões e na formação do sistema normativo;

2) Nos regimes democráticos, a igualdade e a liberdade são valores máximos que se realizam em conjunto com a dignidade da pessoa;

3) A democracia, embora não seja perfeita, ainda é o regime mais adequado, pois privilegia os direitos fundamentais, o que não ocorre em regimes arbitrários e totalitários;

4) A igualdade esperada nos regimes democráticos de direito é a de oportunidades e não de resultados;

5) A promoção da igualdade material, da liberdade e da dignidade da pessoa compete também ao Estado, especialmente quando o próprio indivíduo encontra-se em situação de hipossuficiência ou de maior fragilidade social, incapaz de promover sua subsistência;

6) Em se tratando do mínimo vital, é possível o reconhecimento de direito subjetivo do indivíduo em face do Estado à obtenção dos recursos necessários à sua sobrevivência e autodeterminação;

7) As mulheres não alcançaram o mesmo patamar de igualdade e liberdade conferido aos homens;

8) Estatisticamente, as mulheres suportam a maior carga dos afazeres domésticos e cuidados com os filhos, e são menos reconhecidas e pior remuneradas no mercado de trabalho;

9) Há demandas femininas concernentes ao mínimo vital, como é o caso da violência doméstica;



10) A divisão sexual do trabalho ainda é um elemento presente na sociedade contemporânea e guarda relação com padrões comportamentais que dão ensejo a categorias de *gênero*;

11) *Gêneros são papéis sociais que impõem ao indivíduo a observância de padrões comportamentais predeterminados definidos a partir do sexo biológico, e com este guardando estrita relação, que vinculam homens e mulheres de modos distintos desde o nascimento, para que estes, em segundo momento, desempenhem as atribuições concernentes ao gênero que lhes é imposto;*

12) O papel público exercido pelas mulheres dentro dos lares, fruto da divisão sexual do trabalho e dos padrões de gênero, produz efeitos negativos no mercado de trabalho feminino;

13) A persistência da divisão sexual do trabalho se deve à dicotomia existente entre as esferas pública não-doméstica e doméstica privada;

14) O alcance emprestado aos direitos à privacidade e à intimidade tem favorecido a manutenção das distorções existentes dentro dos lares e, nesse sentido, a *teoria do impacto desproporcional* pode embasar demandas femininas por igualdade;

15) No processo de concretização da igualdade, é preciso desconstruir a divisão sexual do trabalho dentro dos lares, assim como os padrões, concepções e práticas marcadas pelo gênero;

16) Com o objetivo de promover a igualdade substancial, é necessário sopesar o conteúdo da liberdade negativa e de proteção à vida privada frente a outros direitos fundamentais, realizáveis em sua eficácia horizontal, por intermédio de uma análise de proporcionalidade;

17) Para que os conteúdos dos direitos à igualdade e à liberdade sejam equalizados entre os sexos, é preciso delimitar o alcance dos direitos à privacidade e intimidade;

18) O sopesamento de direitos fundamentais autoriza o Poder Público a adentrar no âmbito doméstico privado para corrigir distorções de gênero, cujas ações podem ser realizadas em conjunto com particulares;

19) Observada a forma familiar tradicional, a divisão sexual do trabalho e a opressão da mulher dentro de casa, responsável pelo desempenho dos afazeres domésticos e os cuidados

com os filhos, são considerados elementos necessários para a sua subsistência e, portanto, merece ser repensada;

20) Mudanças são necessárias no padrão familiar assentado na divisão sexual do trabalho; essas mudanças encontram fundamento nos direitos à igualdade, à liberdade, à dignidade da pessoa, *à felicidade, ao respeito, ao bem estar, ao desenvolvimento pessoal* e ao afeto, e no ideal de solidariedade;

21) O papel desempenhado pelas mulheres dentro de casa tem natureza pública, dada a sua imprescindibilidade para o desenvolvimento das relações sociais e, sendo assim, o Estado pode adotar medidas voltadas a reformulá-lo sob a ótica da igualdade, propiciando uma nova forma familiar que esteja assentada no ideal de solidariedade, no afeto, na busca da felicidade, essencial para a proteção de famílias sem filhos, sejam elas heteroafetivas ou homoafetivas;

22) Ações afirmativas e discriminações positivas para proteção das mulheres no mercado de trabalho não são suficientes para se alcançar a igualdade;

23) Mais adequado do que o reconhecimento da diferença, com o reforço dos papéis de gênero até então exercidos por homens e mulheres, é a adoção de medidas voltadas a assegurar a paridade participativa;

24) A paridade participativa será maior quanto maior for a igualdade e a liberdade assegurada à mulher no âmbito privado;

25) As regras de proteção à maternidade e à mulher no mercado de trabalho, e os parâmetros de flexibilização de regras trabalhistas e orientadores de decisões judiciais, merecem especial atenção nas questões de gênero, no que concerne à proporcionalidade;

26) Sem a adoção de medidas normativas e de ações de iniciativa pública e privada no âmbito doméstico, voltadas a equalizar os direitos e deveres inerentes à família, pouco se conseguirá avançar no processo de democratização e concretização da igualdade no âmbito público não-doméstico, especialmente no meio social e mercado de trabalho;

27) A interferência estatal dentro dos lares deve se dar de forma paulatina e com caráter orientador, educador; é possível e recomendável que a atuação se dê em conjunto com particulares.

Nesse viés de transformação do âmbito doméstico privado, com o auxílio estatal e do Direito, há medidas que podem e devem ser adotadas pelo Estado em conjunto com particulares, sob a ótica dos *novos direitos*, visando à aceleração do processo de construção da

igualdade. O *aperfeiçoamento do sistema normativo* deve se dar com a previsão de regras protetivas voltadas a desconstruir a divisão sexual do trabalho como paradigma orientador das relações entre os casais.

As *relações compartilhadas*, fundadas no ideal de solidariedade que deve orientar a família, consistem em um primeiro passo na promoção da igualdade de gênero, diante da conjuntura política atual em que as mulheres são minoria no parlamento e no Executivo. As relações compartilhadas auxiliam na desconstrução do paradigma social da divisão sexual do trabalho e podem ser fomentadas pelo Estado, inclusive com a abertura de diálogos entre o Poder Público e a comunidade.

A *publicização dos afazeres domésticos*, com a transferência das tarefas domésticas para a esfera pública, é uma tendência que vem se fortalecendo ao longo dos anos, e que pode ser adotada por intermédio de negociações coletivas (convenções e acordos coletivos) no mercado de trabalho.

A *automação no âmbito doméstico* aliada à *concessão de incentivos fiscais* são importantes facilitadores no desempenho das tarefas domésticas, sendo medidas que favorecem o estabelecimento das relações compartilhadas.

A transformação das licenças maternidade e paternidade, com a instituição da *licença parental* em que há possibilidade de escolha ou alternância entre o pai e a mãe quanto ao seu gozo, é medida cuja adoção se faz de rigor, sendo a mais importante e premente.

A *transversalidade*, com a instituição de uma política educacional sem discriminações de gênero e com a inserção de matérias com conteúdo doméstico nas escolas infantis, fundamentais e de ensino médio, é essencial para que o aprendizado se dê com fundamento em uma cultura cidadã, democrática e com respeito às diferenças.

Sem o correto direcionamento de ações públicas e privadas no combate aos fatores de opressão feminina no âmbito doméstico, dificilmente avançaremos no processo de concretização da igualdade de gênero.

## BIBLIOGRAFIA

### OBRAS GERAIS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. edição, 3ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014;

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, 6ª. Edição, São Paulo: Atlas, 2013;

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, Capítulo: *O Direito à Autodeterminação dos Povos Indígenas: entre a Secessão e o Autogoverno*, parte integrante da obra: *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, Diálogos Contemporâneos*, Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), Bahia: JUsPodivm, 2013;

ANNONI, Danielle. Capítulo: *Perspectiva Histórica dos Direitos Humanos e os Novos Direitos*, parte integrante da obra *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*, Coordenador: Reinaldo Pereira e Silva, Curitiba: Juruá, 2008;

ARAUJO, Luiz Alberto David e Vidal Serrano Nunes Júnior. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª. edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2002;

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013;

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 8ª edição, revista e atualizada, São Paulo: LTr, 2012;

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *Direito Constitucional*, Coordenação de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, São Paulo: Malheiros, 2009;

BIANCHINI, Alice. Capítulo: *Igualdade entre os sexos: novos direitos ou tardia conquista?* Parte integrante da obra: *Novos Direitos e Sociedade*, organizador Paulo Roney Ávila Fagúndez, Florianópolis: conceito Editorial, 2010;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009;

BONAVIDES, Paulo et. al. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Coordenadores Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra, Rio de Janeiro: Forense, 2009. Autores citados: ARAÚJO, Luiz Alberto David; LYNCH, Christian Edward Cyril; MELO, Alexandre José Paiva da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; SILVA MELO, Alexandre José Paiva da; VERONESE, Alexandre;

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 9ª edição revista e atualizada até a EC 57/2008, São Paulo: Saraiva, 2009;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Coimbra: Livraria Almedina, 2003;

CLÈVE, Clèmerson Merlin, Capítulo: *Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade*, parte integrante da obra: *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, Diálogos Contemporâneos, Robério Nunes dos Anjos Filho (org.), Bahia: JUsPodivm, 2013;

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*: Vol. I, Art. 1º, a 5º, I a LXVII, 3ª. edição, 1ª. reimpressão, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997;

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais*; [apresentação André Ramos Tavares]. Belo Horizonte: Fórum, 2008. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais, 2);

DAHL, Robert A., *Sobre a democracia*, tradução Beatriz Sidou, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001;

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*, tradução Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira, 2ª. Ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011;

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. *Direito à liberdade: por um paradigma de essencialidade que dê eficácia ao direito personalíssimo da liberdade*, Curitiba: Juruá, 2009;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito Constitucional*, 23ª edição, Ed. Saraiva: São Paulo, 1996;

FRANCISCO, José Carlos. Capítulo: *(Neo) Constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça no caso concreto*, parte integrante da obra: *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*, José Carlos Francisco (Coordenador e coautor), Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*, Coordenação de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, São Paulo: Malheiros, 2009;

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*, tradução de Luciano Cavini Martonaro, Rio de Janeiro: Revan, 2010;

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, 1ª edição;

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tratado de Direito Constitucional, Volume 2*. Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010;

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*, 29ª edição, São Paulo: Atlas, 2013;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011;

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*, 5ª. edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011;

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Direito Constitucional*, Coordenação de Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, São Paulo: Malheiros, 2009;

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, São Paulo: Martins Fontes, 1999;

SAMPAIO, Marcos, *O conteúdo essencial dos direitos sociais*, São Paulo: Saraiva, 2013;

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os desafios das ciências sociais hoje. *Cadernos da América Latina X, Le Monde Diplomatique Brasil*, ano 2, n. 22, maio 2009;

\_\_\_\_\_. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade, in SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento / Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chauí*, São Paulo: Cortez, 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª edição, revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009;

\_\_\_\_\_. *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*, Béatrice Maurer ... [et al.]; org. Ingo Wolfgang Sarlet; trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005;

\_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª. Edição, revista e atualizada, 2ª. Tiragem, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2012;

SARMENTO, Daniel, *A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro*, parte integrante da obra *Leituras Complementares de Direito Constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*, Marcelo Novelino Camargo, organizador, Bahia: JusPodivm, 2008;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Constitucional Positivo*, 29ª edição, São Paulo: Malheiros;

WOLKMER, Antônio Carlos, *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*, Organizadores Antônio Carlos Wolkmer e José Rubens Morato Leite, São Paulo: Saraiva, 2003.

## **OBRAS ESPECÍFICAS**

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. *Igualdade de Gênero e Ações Afirmativas: desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras pós Constituição Federal de 1988*, São Paulo: LTR, 2012;

BIROLI, Flávia, *Feminismo e política: uma introdução*, Luiz Felipe Miguel e Flávia Biroli, 1ª ed., São Paulo: Boitempo, 2014;

CRUZ, Alvaro Ricardo de Souza. *As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3ª. edição, revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009;

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*, 6ª ed. Reformulada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

\_\_\_\_\_. Prefácio à obra *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*, de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, 2ª. Edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012;

ERLICH, Carol, et al. *Women & Revolution: a discussion of the unhappy marriage of Marxism and Feminism*, edited by Lydia Sargent, Montreal: Black Rose Books, 1981;

GONÇALVES, Tamara Amoroso, *Capítulo 2 – Educação não-sexista e antidiscriminatória: Instrumento para o direito à igualdade – formal e material – de homens e mulheres*, parte integrante da obra *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças* / Carolina Valença Ferraz, Glauber Salomão Leite, Paulla Christiane da Costa Newton, coordenadores, 1ª ed., São Paulo: Editora Verbatim, 2012;

HIRATA, Helena, et al. *Dicionário Crítico do Feminismo*, org. Helena Hirata, Françoise Laborie, Hélène Le Doaré, Danièle Senotier, tradução de *Dictionnaire critique du féminisme*, 2e. éd. Augm., São Paulo: Editora Unesp, 2009. Autores e verbetes citados: DELPHY, Christine, Verbetes: Patriarcado (teorias do); DEVREUX, Anne-Marie, Verbetes: Família; FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique, Verbetes: Trabalho doméstico; KERGOAT, Danièle; Verbetes: Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo; LAMOUREUX, Diane; Verbetes: Público/Privado (tradução de Naira Pinheiro); MATHIEU, Nicole-Claude; Verbetes: Sexo e Gênero;

IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo: desigualdade y discriminación salarial*. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998;

KOLLONTAI, Alexandra. *A nova mulher e a moral sexual*, Tradução Roberto Goldkorn, São Paulo: Global (composto e impresso na Editora Parma Ltda., São Paulo), 1978;

\_\_\_\_\_. *A Mulher no Marxismo*, Título original: *Marxisme et Revolution Sexuelle*, Tradução Silvia Sobral, compilação elaborada por Judith Stora-Sandor, Lisboa: Delfos, 1975;

MARX, Karl, Friedrich Engels e Lenin. *Sobre a Mulher*, Revisão Armandina Venâncio, 3a edição, São Paulo: Global Editora, Coleção Bases n. 17, 1981;

NETO, Cláudio Pereira de Souza; FERES JÚNIOR, João. Ação Afirmativa: Normatividade e Constitucionalidade, in *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*, 2ª. tiragem, Org. Daniel Sarmiento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;



PIERDONÁ, Zélia Luiza. *A proteção previdenciária da mulher como exercício de cidadania*, parte integrante da obra *Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações*, Adriane Reis de Araújo e Tânia Fontenele-Mourão, organizadoras, São Paulo: LTr, 2007;

\_\_\_\_\_. *A proteção previdenciária da mulher e os ajustes necessários para atender aos objetivos dos direitos sociais*, parte integrante da obra *Mulher, Sociedade e Direitos Humanos*, Patrícia Tuma Martins Bertolin e Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci (organizadoras), São Paulo: Rideel, 2010;

ROCHA, Patrícia. *Mulheres Sob Todas as Luzes: a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado*, Belo Horizonte: Editora Leitura, 2009;

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*, Coleção Brasil Urgente, 2ª reimpressão, São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011;

SAMOUILLER, Ségolène e Karren Jabre. *O livro negro da condição das mulheres / direção Christine Ockrent; coordenação Sandrine Treine; posfácio Françoise Gaspard; contribuíram Fadela Amara et. al.; tradução Nícia Bonatti – Rio de Janeiro: Difel, 2011;*

SANTOS, Yumi Garcia dos. *Mulheres chefes de família entre a autonomia e a dependência: um estudo comparativo entre Brasil, França e Japão*, tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Sociologia em co-tutela com a Université Paris 8 – Vincennes – Saint-Denis, Département de Sociologie, São Paulo, junho de 2008;

SCOTT, Jonh. *Sociologia: conceitos-chave*, org. John Scott, tradução Carlos Alberto Medeiros de *Sociology: the key concepts*, consultoria técnica Luiz Fernando Dias Duarte, Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Autores e verbetes citados: CHARLES, Nickie, Conceito Chave: Gênero; GLUCKSMANN, Miriam, Conceito Chave: Trabalho doméstico; SYLVIA, Walby, Conceito chave: Patriarcado;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos*, 2ª. Edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

**ARTIGOS PUBLICADOS EM REVISTAS DIGITAIS (acessíveis na internet)**

CASTRO, Susana de. *Nancy Fraser e a Teoria da Justiça na Contemporaneidade*, Revista Redescições – Revista *on line* do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana, Ano 2, Número 2, 2010;

DUARTE, Constância Lima. *Feminismo e literatura no Brasil*, Estudos Avançados 17 (49), 2003;

FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética?* Lua Nova, São Paulo, 70: 101-138, 2007;

KOLLONTAI, Alexandra. *Preface to the Book Society and Motherhood*. Alexandra Kollontai: *Selected Articles and Speeches*, Progress Publishers, 1984; *First Published: Society and Motherhood*, Petrogrado, 1916, pp. 3-18, *abridged*; Tradução: Sally Ryan, para Marxists.org, 2000. Disponível em: <http://www.marxists.org/archive/kollonta/1915/mother.htm>, acesso em: 02/11/2009;

OKIN, Susan Moller. *Gênero, o público e o privado*, in Estudos Feministas, Florianópolis, 16(2): 440, maio-agosto/2008;

NERY, Wellington Gonçalves. *O princípio da alteridade*, in Blog Jornalista Nery, divulgado em <http://jornalistanery.blogspot.com.br/2010/11/o-principio-da-alteridade.html>, acessado em 25/08/2016;

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*, tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila, disponível em [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/185058/mod\\_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf), acessado em 21/08/2016;

WRIGHT, Erik Olin, em <http://www.fflch.usp.br/dcp/leviathan/index.php/leviathan/article/view/151>.

## **NOTÍCIA DIVULGADA EM JORNAL IMPRESSO**

- Jornal “O Estado de São Paulo”, A2, Espaço Aberto, segunda-feira, 8 de junho de 2015, Ano 136, n.º 44428, “Educação sexual compulsória”, por Carlos Alberto Di Franco.

## **DADOS EXTRAÍDOS DA INTERNET (inclusive estatísticos)**

- Estudo *Tempo, trabalho e afazeres domésticos: um estudo com base nos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2001 e 2005*, Cristiane Soares e Ana Lucia Saboia, Rio de Janeiro, 2007 - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais – Textos para discussão Número 21, divulgado em: [http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/tempo\\_trabalho\\_afdom\\_pnad2001\\_2005.pdf](http://www.ibge.com.br/home/estatistica/populacao/tempo_trabalho_afdom_pnad2001_2005.pdf);

- Estudo efetuado pela Organização Internacional do Trabalho, extraído de: <https://nacoesunidas.org/apenas-5-dos-cargos-de-chefia-sao-ocupados-por-mulheres-afirma-novo-relatorio-da-oit/>, acessado em 11/06/2016;

- Matéria: *Professora Celina Guimarães Vianna, primeira eleitora do Brasil*, in <http://www.tse.jus.br/imagens/fotos/professora-celina-guimaraes-vianna-primeira-eleitora-do-brasil>, acessado em 20/08/2016;

- Nota Técnica n. 24 – *Mulheres e trabalho: breve análise do período de 2004-2014*, elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, fundação vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em Brasília, Março de 2016, divulgada em: [http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://www.mtps.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf), acessada em 12/06/2016;

- Notícia *As mulheres vivem, em média, 7,2 anos a mais que os homens, com uma expectativa de 78,8 anos*, extraída do Portal Brasil, divulgada em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-2-anos>, acessado em 13/06/2016

- Notícia *Em 10 anos, taxa de divórcios cresce mais de 160% no país*, divulgada pelo Governo Federal, em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/em-10-anos-taxa-de-divorcios-cresce-mais-de-160-no-pais>;

- Notícia *Conheça o perfil dos magistrados e servidores da Justiça Federal*, divulgada no sítio do Conselho da Justiça Federal: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/dezembro/conheca-o-perfil-dos-magistrados-e-servidores-da-justica-federal>, acessada em 16/12/2014;

- Notícia *IPI de móveis e linha branca sobe nesta terça-feira*, divulgada em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/10/ipi-de-moveis-e-linha-branca-sobe-nesta-terca-feira.html>, acessada em 08/06/2016;

- Notícia *IPI para linha branca continua por tempo indefinido*, divulgado em <http://www.redebrasilatual.com.br/economia/2014/01/ipi-para-linha-branca-continua-por-tempo-indefinido-6310.html>, acessada em 08/06/2016;

- Notícia *Vantagens do trabalho à distância*, disponível em <http://www.oitbrasil.org.br/content/vantagens-do-trabalho-distancia>, acessado em 25/05/2016;

- Pesquisa *Algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho*  
- Gráfico 12: População ocupada e contribuição para Previdência, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, divulgada em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_mulher/Suplemento\\_Mulher\\_2008.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf), acessada em 15/06/2016;

- Pesquisa Mensal de Emprego – PME, *Mulher no Mercado de Trabalho: Perguntas e Respostas*, de 08/03/2012 - Gráfico: Participação da população ocupada com 11 anos ou mais de estudo, por grupamentos de atividade, segundo o sexo - desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, disponível em [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/Mulher\\_Mercado\\_Trabalho\\_Perg\\_Resp\\_2012.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf), acessado em 19/06/2016;

- Pesquisa de opinião pública intitulada de *Mulheres Brasileiras e gênero nos Espaços Públicos e Privado*, realizada em agosto de 2010, pela Fundação Perseu Abramo, divulgada em <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>, acessada em 15/06/2016;

- Pesquisa *Mulheres na política*, divulgada pelo Portal Brasil, em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/02/mulheres-na-politica>, acessado em 11/04/2014;

- Pesquisa *Mujeres em la política: 2015*, elaborada pela Union Interparlamentária e ONU-Mulheres, divulgada em [http://www.ipu.org/pdf/publications/wmmmap15\\_sp.pdf](http://www.ipu.org/pdf/publications/wmmmap15_sp.pdf), acessado em 21/08/2016;

- Pesquisa *Representatividade Feminina no Poder Judiciário*, divulgada pela Ordem dos Advogados do Brasil em São Paulo, em: [http://www.oabsp.org.br/palavra\\_presidente/2012/167/](http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2012/167/), acessado em 11/04/2014;

- Quadro *Violência contra a Mulher*, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE em: <http://teen.ibge.gov.br/noticias-teen/2822-violencia-contra-mulher>, acessado em 25/11/2014;

- Quadro *Estatísticas do Registro Civil 2013*, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, divulgado em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>, acessado em 12/06/2016.

## **JURISPRUDÊNCIA**

- Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Recurso Especial repetitivo 1230957/RS, j. 26/02/2014, por maioria, DJe 18/03/2014, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=SAL%C1RIO+MATERNIDADE+NATUREZA&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, acessado em 12/06/2016;

- Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, REsp 1395623, processo 201302498610, Relator Ministro Herman Benjamin, j. 01/09/2015, v.u., DJE 11/11/2015, disponível em: [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br), em *Jurisprudência Unificada*, acessado em 19/06/2016;

- Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Agresp 1487689, processo 201402637259, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 16/02/2016, v.u., DJE 23/02/2016, disponível em: [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br), em *Jurisprudência Unificada*, acessado em 19/06/2016;

- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 26/04/2012, v.u., DJe 20/10/2014, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 16/05/2016;

- Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, ARE-AgR 389593, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 20.8.2013, v.u., disponível em: [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br), em *Jurisprudência Unificada*, acessado em 19/06/2016;

- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1.946/DF, Ministro Sydney Sanches, j. 03/04/2003, DJ 16.05.2003, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 19/06/2016;

- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF 132/RJ, Relatoria do Ministro Luiz Fux, j. 05/05/2011, v.u., DJe-198 de 14/10/2011, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 16/05/2016;

- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 4.277/DF, Relatoria do Ministro Luiz Fux, j. 05/05/2011, v.u., DJe-198 de 14/10/2011, disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 16/05/2016;

- Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADC 19 e ADI 4.424, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, j. 09/02/2012, v.u., disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 16/05/2016.

- Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 227114, Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, j. 22.11.2011, v.u., disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acessado em 15/12/2015;

- Informativo STF, Brasília, 26 a 30 de abril de 199, n.º 147, Divulgado em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo147.htm>, acessado em 18/06/2016.

## ANEXO I

**Violência contra mulher**

Até o primeiro semestre de 2012, foram feitos 47.555 registros de atendimento na Central de Atendimento à Mulher. Durante todo o ano de 2011, foram 74.984 registros, bem inferior aos 108.491 de 2010. O tipo de registro que aparece em maior número é para relatar violência física contra a mulher que pode variar de lesão corporal leve, grave ou gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio consumado. Foram 63.838 em 2010, 45.953 em 2011 e 26.939 até julho de 2012.

Casos de violência sexual como estupro, exploração sexual e assédio no trabalho aparecem em 5º lugar com 2.318 casos em 2010, 1.298 em 2011 e 915 este ano.

**Registros de atendimentos da Central de Atendimento à Mulher, segundo o tipo de relato - Brasil  
- 2009-2012**

Tipo de relato	Registros de atendimentos da Central de Atendimento à Mulher			
	2009	2010	2011	2012 (1)
<b>Total</b>	<b>40 857</b>	<b>108 491</b>	<b>74 984</b>	<b>47 555</b>
Violência física - lesão corporal leve, grave e gravíssima, tentativa de homicídio e homicídio	22 006	63 838	45 953	26 939
Violência psicológica - ameaça, dano emocional, perseguições, assédio moral no trabalho	13 555	27 440	17 987	12 941
Violência moral - difamação, calúnia e injúria	3 595	12 608	8 176	5 797
Violência patrimonial	817	1 840	1 227	750
Violência sexual - estupro, exploração sexual e assédio no trabalho	576	2 318	1 298	915
Outros tipos de violência	308	447	343	213

Fonte: Secretaria de Políticas para as Mulheres, Central de Atendimento à Mulher - Ligue 180.

(1) Informações correspondentes ao primeiro semestre.

A Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 é um serviço de atendimento telefônico que recebe denúncias de maus-tratos contra as mulheres oferecido pela a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República. Para entrar em contato com a central, basta ligar gratuitamente para 180 de qualquer telefone (móvel ou fixo, particular ou público). O serviço funciona 24 horas por dia, 7 dias por semana, inclusive durante os finais de semana e feriados.

**clique aqui** para saber mais sobre os indicadores pesquisados na Síntese de Indicadores Sociais 2012.

(Novembro/2012)

## ANEXO II

**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.**

[\(Vide ADI nº 4427\)](#)

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

## TÍTULO I

## DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do [§ 8º do art. 226 da Constituição Federal](#), da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

## TÍTULO II

### DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

#### CAPÍTULO I

##### DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [\(Vide Lei complementar nº 150, de 2015\)](#)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

#### CAPÍTULO II

### DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

#### CONTRA A MULHER

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça

de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

### TÍTULO III

#### DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

##### CAPÍTULO I

##### DAS MEDIDAS INTEGRADAS DE PREVENÇÃO

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no [inciso III do art. 1º](#), no [inciso IV do art. 3º](#) e no [inciso IV do art. 221 da Constituição Federal](#);

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

## CAPÍTULO II

### DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.

## CAPÍTULO III

### DO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

## TÍTULO IV

### DOS PROCEDIMENTOS

#### CAPÍTULO I

#### DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 13. Ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis e criminais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processo Penal e Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que não conflitarem com o estabelecido nesta Lei.

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Art. 15. É competente, por opção da ofendida, para os processos cíveis regidos por esta Lei, o Juizado:

- I - do seu domicílio ou de sua residência;
- II - do lugar do fato em que se baseou a demanda;
- III - do domicílio do agressor.

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

## CAPÍTULO II

### DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

#### Seção I

##### Disposições Gerais

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

- I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
- II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
- III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

Parágrafo único. A ofendida não poderá entregar intimação ou notificação ao agressor.

## Seção II

### Das Medidas Protetivas de Urgência que Obrigam o Agressor

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da [Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#);

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no [caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003](#), o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos [§§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 \(Código de Processo Civil\)](#).

### Seção III

#### Das Medidas Protetivas de Urgência à Ofendida

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

### CAPÍTULO III

#### DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 25. O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:

I - requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;

II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;

III - cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

### CAPÍTULO IV

#### DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei.

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

### TÍTULO V

#### DA EQUIPE DE ATENDIMENTO MULTIDISCIPLINAR

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.



## TÍTULO VI

### DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

## TÍTULO VII

### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 34. A instituição dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher poderá ser acompanhada pela implantação das curadorias necessárias e do serviço de assistência judiciária.

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I - centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar;

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Art. 36. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios desta Lei.

Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

Parágrafo único. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando entender que não há outra entidade com representatividade adequada para o ajuizamento da demanda coletiva.

Art. 38. As estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher serão incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais do Sistema de Justiça e Segurança a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres.

Parágrafo único. As Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal poderão remeter suas informações criminais para a base de dados do Ministério da Justiça.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no limite de suas competências e nos termos das respectivas leis de diretrizes orçamentárias, poderão estabelecer dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas nesta Lei.

Art. 40. As obrigações previstas nesta Lei não excluem outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#).

Art. 42. O [art. 313 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941](#) (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 313. ....

.....

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.” (NR)

Art. 43. A [alínea f do inciso II do art. 61 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 61. ....

.....

II - .....

.....

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

..... ” (NR)

Art. 44. O [art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 129. ....

.....

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

.....

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.” (NR)

Art. 45. O [art. 152 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984](#) (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 152. ....

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” (NR)

Art. 46. Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação.

Brasília, 7 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*Dilma Rousseff*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 8.8.2006

## ANEXO III

## PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 98, DE 2015

(APRESENTADA COMO CONCLUSÃO DO  
RELATÓRIO PARCIAL Nº 6 DA COMISSÃO  
ESPECIAL DE REFORMA POLÍTICA)

Acrescenta artigo ao Ato das Disposições Transitórias da Constituição para reservar vagas para cada gênero na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais, nas três legislaturas subsequentes.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

**Art. 1º** O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte art. 101:

“**Art. 101.** É assegurado a cada gênero percentual mínimo de representação nas cadeiras da Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa do Distrito Federal e Câmaras Municipais, nas três legislaturas subsequentes à promulgação desta Emenda Constitucional, nos termos da lei, vedado patamar inferiora:

- I – 10% das cadeiras na primeira legislatura;
- II – 12% das cadeiras na segunda legislatura; e
- III – 16% das cadeiras na terceira legislatura.

§ 1º Caso o percentual mínimo de que trata o *caput* não seja atingido por um determinado gênero, as vagas necessárias serão preenchidas pelos candidatos desse gênero com a maior votação nominal individual dentre os partidos que atingiram o quociente eleitoral.

§ 2º A operacionalização da regra prevista no § 1º dar-se-á, a cada vaga, dentro de cada partido, com a substituição do último candidato do gênero que atingiu o percentual mínimo previsto no caput, pelo candidato mais votado do gênero que não atingiu o referido percentual.

§ 3º Serão considerados suplentes os candidatos não eleitos do mesmo gênero dentro da mesma legenda, obedecida a ordem decrescente de votação nominal.”

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão,

Presidente

Relator

Raimundo Pinheiro  
Gerson  
Lisandro B. Mendonça  
Aurelio  
Gauzeiro  
Gauzeiro Nogueira  
Fátima  
Waldemar  
Sandro  
REGUFFE  
Liliane da Silva e Souza  
Rafael  
Emiliano

Antonio Carlos  
Dario  
Cristina  
Alvaro  
Reuel

ESTADO  
N.º 137  
RUBRICA

## SENADO FEDERAL

### RELATÓRIO PARCIAL Nº 6, DE 2015

Da COMISSÃO TEMPORÁRIA DE REFORMA  
POLÍTICA DO SENADO FEDERAL, sobre o  
tema representação política feminina.

Relator: Senador **ROMERO JUCÁ**  
**REPRESENTAÇÃO POLÍTICA FEMININA**

O aprimoramento do nosso sistema eleitoral foi identificado pela sociedade brasileira como uma medida necessária na direção do fortalecimento da democracia. A finalidade é consolidar as instituições; qualificar e responsabilizar mais os quadros políticos pelas decisões que tomam; e, também, tornar mais fiel a identidade do eleitorado com a representação político-partidária.

Nesse sentido, é grande a expectativa de que, entre as medidas adotadas, seja incluída providência que tenha por objetivo reduzir a sub-representação das mulheres brasileiras na vida política.

Sabe-se que na esfera política há nítida desigualdade entre homens e mulheres em relação à ocupação de cargos públicos. Nunca é demais repetir que elas são maioria na população, maioria no eleitorado, mas enfrentam dificuldades dos mais diversos matizes para se candidatarem e disputarem, dentro de uma estrutura que lhes é estranha, meios que viabilizem seu esforço eleitoral. Talvez por isso, na Câmara dos Deputados, dos 513 cargos em disputa em 2014, apenas 51 foram ocupados por mulheres. No Senado Federal, de um total de 81 vagas, somente 13 parlamentares são do sexo feminino.

Esse é um problema real a ser enfrentado pelas mulheres e pelos homens brasileiros. Note-se que, dos 20 países da América Latina, o Brasil só não perde do Haiti em quantidade de representantes do sexo feminino. Todos os outros 19 países estão à nossa frente na ocupação por mulheres de cargos no Poder Legislativo federal. Além disso, percebe-se que, no mundo, o Brasil ocupa uma das últimas posições entre os países em relação à participação de mulheres.

Identificado o problema, e cientes de que a sub-representação feminina é um problema a ser enfrentado pela democracia brasileira, propomos a adoção de ação afirmativa,

que se apresenta na forma de reserva de um percentual mínimo de cadeiras nas representações legislativas em todos os níveis federativos.

Nossa proposta começa com um patamar mínimo de 10%, que se eleva gradualmente até alcançar, pelo menos, os 16%. Ressalte-se que a ação afirmativa tem prazo definido. Entendemos que, uma vez garantida a representação, as barreiras socioculturais enfrentadas pelas mulheres serão mitigadas a tal ponto que, a partir da quarta legislatura subsequente à promulgação desta Emenda Constitucional, não se fará mais necessário consignar na legislação um nível mínimo de representação.

Diante do exposto, nos termos do art. 133, V, *a* do Regimento Interno do Senado Federal, concluímos pela apresentação da seguinte Proposta de Emenda à Constituição.



Senado Federal  
**Relatório de Registro de Presença**  
**CTREFORMA, 08/07/2015 às 14h30 - 5ª, Reunião**  
 Comissão Temporária de Reforma Política do Senado Federal

TITULARES		SUPLENTE	
JORGE VIANA	PRESENTE	1. WALTER PINHEIRO	PRESENTE
HUMBERTO COSTA	PRESENTE	2. DONIZETI NOGUEIRA	PRESENTE
FÁTIMA BEZERRA	PRESENTE	3. ELMANO FÉRRER	
GLEISI HOFFMANN	PRESENTE	4. EDUARDO AMORIM	
REGUFFE	PRESENTE	5. TELMÁRIO MOTA	
LASIER MARTINS	PRESENTE	6. GLADSON CAMELI	
IVO CASSOL	PRESENTE	7. VAGO	
BENEDITO DE LIRA		8. VAGO	
EUNÍCIO OLIVEIRA	PRESENTE	9. VAGO	
OTTO ALENCAR		10. VAGO	
ROMERO JUCA	PRESENTE	11. VAGO	
SIMONE TEBET	PRESENTE	12. VAGO	
JADER BARBALHO		13. VAGO	
GARIBALDI ALVES FILHO	PRESENTE	14. VAGO	
EDISON LOBÃO	PRESENTE	15. VAGO	
SANDRA BRAGA	PRESENTE	16. VAGO	
JOSÉ AGRIPINO		17. VAGO	
RONALDO CIAADO	PRESENTE	18. VAGO	
AÉCIO NEVES	PRESENTE	19. VAGO	
ALOYSIO NUNES FERREIRA	PRESENTE	20. VAGO	
TASSO JEREISSATI	PRESENTE	21. VAGO	
ANTONIO CARLOS VALADARES	PRESENTE	22. VAGO	
LÍDICE DA MATA	PRESENTE	23. VAGO	
RANDOLFE RODRIGUES		24. VAGO	
FERNANDO COLLOR	PRESENTE	25. VAGO	
MARCELO CRIVELLA		26. VAGO	
MAGNO MALTA	PRESENTE	27. VAGO	
MARTA SUPLICY	PRESENTE	28. VAGO	
LÚCIA VÂNIA	PRESENTE	29. VAGO	

Não Membros Presentes

LINDBERGH FARIAS  
 WALDEMIR MOKA