

## Desafios para a construção da igualdade de gênero: os *novos direitos* constitucionais



### Paula Loureiro da Cruz

Doutoranda em Direito Político e Econômico do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**RESUMO:** O presente artigo considera a insuficiência dos mecanismos jurídicos conhecidos para superação da problemática de gênero existente na sociedade contemporânea, caracterizada, essencialmente, pelas contradições oriundas da criação de padrões comportamentais, culturais e sociais específicos, definidos a partir do sexo biológico e impostos aos indivíduos desde o nascimento. Partindo-se do pressuposto de que mudanças no plano concreto não ocorrem de forma concomitante ao aprimoramento do conteúdo formal da igualdade e das fórmulas destinadas a emprestar-lhe maior efetividade, analisa-se a necessidade de se repensar a função do Direito e de se conceber novos mecanismos que sejam capazes de atender às demandas existentes. No caminho voltado à concreção da igualdade, são ponderadas contribuições ofertadas pela teoria que defende a existência de uma nova categoria de direitos constitucionais fundamentais, denominada de *novos direitos*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gênero. Igualdade. Cidadania. Desafios. *Novos direitos* constitucionais.

**ABSTRACT:** This article considers the failure of legal mechanisms to overcome known problems existing gender in contemporary society, characterized essentially by the contradictions arising from the creation of specific behavioral, cultural and social patterns, defined from biological sex and obligation of the individuals from birth. Starting from the assumption that changes in the specific plan does not occur concomitantly to improve the content of formal equality and formulas designed to lend it greater effectiveness, examines the need to rethink the function of law and of conceiving new mechanisms that are able to meet existing demands. On the road facing the concretion of equality, contributions offered by the theory that defends the existence of a new category of fundamental constitutional rights, called the new rights are weighted.

**KEYWORDS:** Gender. Equality. Citizenship. Challenges. New constitutional rights.

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. Gênero, patriarcado e capitalismo. III. Fundamentalidade do direito à igualdade de gênero. IV. Desafios contemporâneos para o Estado, o Direito e a sociedade: os *novos direitos*. V. Conclusão. Bibliografia.

## I. Introdução.

Pensar em igualdade, na sociedade contemporânea, é algo intrigante. O desafio inicia-se com a definição da dimensão que se deve emprestar à igualdade constitucionalmente assegurada, no panorama social brasileiro marcado por preconceito, exploração e graves distorções sociais e econômicas. Conquanto sejam aprofundadas as formulações a respeito dos conteúdos formal e material da igualdade, assim como são científicas as fórmulas concebidas com o intuito de propiciá-la, não há dúvidas de que ainda se está muito longe de atingir o patamar de igualdade que se espera de uma sociedade justa e igualitária.

Caminhamos, de modo geral, no sentido de aprofundar o conceito jurídico da igualdade e aperfeiçoar as fórmulas voltadas à realização de seu conteúdo, ao mesmo tempo em que aceitamos ser necessária a concessão de tempo – indefinido quanto à sua extensão – para que mudanças se tornem efetivas no plano concreto. Nesse contexto, em que alterações no plano formal não são suficientes para superar as demandas oriundas da desigualdade no plano concreto, situam-se grandes angústias. Não se trata de negar os avanços havidos no decorrer dos anos, das décadas, dos últimos séculos, no que se refere à construção da igualdade tanto no campo formal como material, mas, sim, de sopesar o ritmo com que esses avanços são perpetrados dentro de um contexto desarmônico cuja transformação tem uma perspectiva ainda indeterminada.

A pergunta que se coloca diz respeito à existência, ou não, de um caminho jurídico eficiente, capaz de transformar a realidade, em período de tempo indefinido, porém certo quanto à sua ocorrência. Pois há a possibilidade de que a crença nos mecanismos jurídicos então conhecidos reflita a existência de uma ideologia capaz de mascarar a insuficiência do Estado e do Direito no processo de transformação do contexto social e econômico de opressão e exploração contemporâneo.

O presente estudo busca respostas ao questionamento colocado especificamente no que concerne à problemática de gênero. Trata-se de analisar as contradições de gênero e do sexismo frente à capacidade dos instrumentos jurídico-estatais de promover a superação destas.

## II. Gênero, patriarcado e capitalismo.

A terminologia *desigualdade de gênero* é comumente utilizada pelas diversas correntes do movimento feminista, com o intuito de se referir unicamente à opressão e exploração suportadas pela mulher na sociedade contemporânea.<sup>1</sup> Entretanto, a expressão *desigualdade de gênero* também pode ser utilizada com concepção mais ampla, para abranger a problemática verificada na sociedade contemporânea, em decorrência da atribuição de tratamento desigual e discriminatório a determinados indivíduos, em razão do *papel de gênero* desempenhado.

Sobre *papel de gênero*, é pertinente consignar, desde já, que este não se confunde e nem necessariamente guarda correspondência com o sexo biológico do indivíduo, nem tampouco com sua orientação sexual. Um primeiro 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. A respeito do acúmulo de tarefas sobre a mulher, aponta Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci:

1 Sobre a diferença entre *opressão* e *exploração*, sugere-se: PESCHANSKI, João Alexandre. Exploração e opressão na teoria social de Erik Olin Wright, e um complemento marxiano. *Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política*, n. 4, p. 138-149, 2012. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/dcp/leviathan/index.php/leviathan/article/view/151>>. Acesso em: 10 set. 2015.

(...) sobrealça 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>2</sup>

Portanto, o papel de gênero desempenhado torna-se importante fator de opressão e exploração. Essa 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 os 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>3</sup>

Nessa primeira concepção, o *papel de gênero* – ou simplesmente *gênero* – cinge-se



à forma de apresentação social adotada pelos indivíduos, ou seja, ao padrão comportamental específico que permite a distinção entre *masculino* e *feminino*. Há quem sustente a existência de outros padrões comportamentais de gênero, além do *masculino* e do *feminino*, que podem estar relacionados com a adoção de orientação sexual diversa da heterossexualidade ou não. Estariam enquadrados nesta situação os travestis, transexuais, intersexuais e os transformistas, embora não necessariamente sejam homossexuais. Trabalha-se, aqui, a ideia de *diversidade* quanto à sexualidade: “embora todas as culturas girem na mesma faixa de diversidade humana, elas têm diferentes maneiras de distinguir identidades gays, lésbicas e transgêneros”.<sup>4</sup>

Assim, dentro da denominada *desigualdade 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

2 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, p. 120.

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

4 ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005, p. 6.

*masculino*, em detrimento do *feminino* e dos demais papéis de gênero, quando admitida sua existência. O papel de gênero assume grande importância na vida do indivíduo, posto fazer-se presente em todos os seus atos, comportamentos e relações, e mesmo de sua sexualidade, porquanto a criança é educada desde o nascimento para assumir o padrão comportamental correspondente ao seu sexo biológico.

É possível afirmar que a sociedade, com seus regramentos moral, jurídico e religioso, estruturou-se adotando como regra a heterossexualidade. A diversidade de gêneros e orientação sexual nem sempre é bem acolhida, pois vivemos em um modelo de sociedade eminentemente patriarcal. A ciência jurídica, por sua vez, caminha lentamente no sentido de eliminar as discriminações de gênero, notadamente porque confere às mulheres e gêneros *divergentes*<sup>5</sup> tratamento dúbio, caracterizado quando é assegurado o exercício de apenas uma parcela dos direitos subjetivos previstos no ordenamento jurídico, e não a sua totalidade.

Como exemplo, pode ser citado o recente posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que conferiu interpretação mais elástica aos dispositivos constitucionais concernentes à família, de modo a reconhecer o direito de homossexuais se unirem sob o manto de proteção jurídica da *união estável*. Em consonância com o julgado, aos homossexuais deve ser resguardado o direito de firmarem contrato de união estável, mas não necessariamente de contraírem *casamento* ou de adotarem filhos, dependendo o exercício desses direitos muitas vezes da judicialização da questão.

Segundo Michael Foucault, a sexualidade é vista na sociedade contemporânea como elemento de dominação. Cuida-se de uma forma de controle do indivíduo e da população, de forma a amoldá-la a interesses predo-

minantemente econômicos. Para o autor, há um *dispositivo* concernente à sexualidade, ou seja, existe um conjunto de elementos heterogêneos que determinam a forma com que a sexualidade deve ser conduzida na sociedade. O *dispositivo* guarda estrita relação com a *instituição*, a qual é assim definida:

Geralmente se chama instituição todo comportamento mais ou menos coercitivo, aprendido. Tudo que em uma sociedade funciona como sistema de coerção, sem ser um enunciado, ou seja, todo o social não discursivo é a instituição.<sup>6</sup>

Prosseguindo-se nessa linha de raciocínio, para admitir-se que o *casamento* também é uma instituição, não só do ponto de vista jurídico, mas também comportamental, é possível afirmar que a sexualidade adequa-se a interesses econômicos, os quais também impõem restrições mais rígidas sobre a mulher. Exponentes do feminismo marxista, como Alexandra Kollontai e August Bebel, seguindo o caminho originariamente perflhado por Engels, enxergam a família como instituição que se distancia do ideal de amor sexual, aproximando-se mais de um contrato de conveniências, porquanto atende prioritariamente a interesses econômicos. Esses pensadores do século XIX concebem a instituição familiar como peça elementar para o direito de propriedade, a transmissão hereditária e o acúmulo de capital. Para a formação de uma nova família com o casamento, são levados à consideração outros elementos que não o ideal de amor, tais como a posição social dos noivos e a conveniência econômica dessa união.

Por essas razões, o conceito de família ainda é rígido, se pensado diante do tratamento conferido pelo Direito, pela moral, pela religião e pelos costumes. É certo que, diante da diversidade de regramentos, torna-se mais difícil conferir maior elasticidade

5 Com a expressão *gêneros divergentes*, referimo-nos aos papéis de gênero diferentes do *feminino* e *masculino*, tais como *travestis* e *transexuais*.

6 FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 247.

ao conceito, de modo a albergar seres que se reúnam unicamente em prol do afeto, pouco importando a classe, o gênero ou a orientação sexual. A concepção de uma forma familiar livre, sem contornos predefinidos, desprovida do dever de fidelidade e da imposição da heterossexualidade, encontra resistências nos planos jurídico e moral, além de ser questionável a sua funcionalidade frente a interesses hereditários. Partindo-se da premissa de que a família monogâmica é instituição que atende prioritariamente a interesses econômicos e hereditários, é possível compreender porque sua estruturação se dá fundamentalmente por um homem e uma mulher, com seus descendentes, tendo como pressuposto a monogamia e, sempre que possível, a identidade de classes sociais entre os cônjuges.

O patriarcado, que coloca o homem em posição de primazia, amolda-se à sistemática familiar, fazendo com que se estabeleça uma relação simbiótica entre o patriarcado e a sociedade capitalista. Com relação à conjugação do patriarcado e capitalismo e às contradições de gênero, Joachim Hirsch traz importante contribuição:

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* (Genetti, 2003) (...). 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.<sup>7</sup>

Exatamente porque a divisão da sexualidade em dois gêneros – masculino e feminino, com características e atribuições próprias – assegura a existência da família monogâmica, identidades de gênero diversas dos dois tipos referidos são foco de preconceito social, ficando, muitas vezes, fora do âmbito de proteção do direito. O mesmo ocorre com a diversidade de orientação sexual. Homossexuais, transexuais, travestis, transformistas são vistos como *anomalia*.<sup>8</sup> Assim sendo, é possível afirmar que o Direito, a moral e os costumes têm demorado a aceitar sua existência, e conferir-lhes tratamento igualitário aos demais, haja vista representarem risco à família monogâmica. Nesse particular, tem-se a conclusão atingida por Hirsch:

(...) Exatamente nesse sentido, a família e o casamento não são a “célula-mater” da sociedade, mas fundamentos essenciais das relações de domínio estatal. Esse é um dos motivos para o comportamento sexual discordante frequentemente ser tido como socialmente destrutivo, e considerado uma ameaça ao Estado.<sup>9</sup>

7 HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 82, destaques nossos.

8 A propósito do uso do termo *anomalia* para os gêneros divergentes: “Em ecologia e evolução, a diversidade em gênero e sexualidade é denegrida pela teoria da seleção sexual, uma perspectiva seguida a partir de Darwin. Essa teoria proclama que machos e fêmeas obedecem a certos padrões universais – e que desvios desses padrões são anomalias. No entanto, o que acontece na natureza torna falsa a teoria de Darwin. Na biologia molecular e na medicina, a diversidade é vista pelo prisma patológico: a diferença é considerada uma doença. Mas a ausência de uma definição científica para a doença implica que sua diagnose é, frequentemente, uma prática que tende ao preconceito. E, nas ciências sociais, a variação em gênero e sexualidade é considerada irracional, e o fator pessoal é negado. Pessoas que diferem em gênero e sexualidade são tidas como motivadas por uma estúpida devoção a deuses primitivos, ou compelidas por impulsos psicológicos não naturais, ou que sofrem lavagem cerebral devida a convenções sociais e assim por diante: há sempre alguma razão para evitar considerar mais seriamente porque as pessoas diferem em gênero e sexualidade”. (ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005, p. 7).

9 HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 83.



A respeito da definição de patriarcado, e da dificuldade de se estabelecer uma conceitualização 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>10</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>11</sup>

Assim, no âmbito da problemática da desigualdade de gênero, aproximam-se mulheres, homossexuais, travestis, transformistas, transexuais, intersexuais. Todos em busca da superação das contradições experimentadas. É certo que as características que a discriminação de gênero assume, de um lado, entre as mulheres, e de outro, entre os demais gêneros citados, não são exatamente as mesmas, embora seja possível identificar diversos pontos de intersecção. Diante da complexidade de fatores que interferem nos papéis comportamentais, meras alterações legislativas, ainda que acompanhadas de prestações positivas estatais, podem não ser suficientes para propiciar a superação das contradições de gênero. Nesse sentir, a crítica de Celso Naoto Kashiura Júnior:

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 120-128, tradução livre. 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."

<sup>10</sup> Artigo integrante do livro: SARGENT, Lydia, et al. *Women & revolution: a discussion of the unhappy marriage of marxism and feminism*. Quebec: Black Rose Books, 1981, p. 109-133.

O capitalismo é contraditório, isto já se sabe. Suas contradições, que não aparecem socialmente como tais, são eventualmente mitigadas, ao mesmo tempo em que novas contradições surgem e se aprofundam – em qualquer caso, as contradições jamais são eliminadas por completo, visto que são a “vida” do capitalismo. O ciclo do capital exige, por exemplo, igualdade jurídica formal e desigualdade social material: nenhuma pode triunfar sobre a outra, sob pena de restar destruído o próprio modo de produção. A manutenção desta contradição demanda, portanto, que as desigualdades sociais sejam sempre, de algum modo, redutíveis à igualdade jurídica, isto é, as desigualdades sociais devem ser continuamente “encurtadas” para que “caibam” na igualdade jurídica, ou esta deve ser artificialmente “esticada” para que “cubra” as desigualdades sociais.<sup>12</sup>

Segundo essa visão, políticas públicas e ações afirmativas são ferramentas que, segundo uma análise filosófica crítica, mais têm servido para assegurar a manutenção do Estado patriarcal, do que como medidas compensatórias juridicamente determinadas, atribuídas a grupos objetivamente discriminados por preconceitos, que sejam objeto de discriminação negativa. A assimilação dessa assertiva há de ser feita com cautela, pois não se pode desmerecer as conquistas havidas na legislação, nem tampouco dos benefícios delas decorrentes, em tão pouco tempo de existência dos Estados Democráticos de Direito, sempre em aperfeiçoamento, se comparadas ao longo da história da humanidade. Por essa razão, é possível que o caminho para a superação das contradições de gênero exija maior aproximação de uma análise principiológica dos fundamentos e objetivos buscados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, em vez de ficar restrito a disputas políticas

visando a aprovação de alterações meramente legislativas.

### III. Fundamentalidade do direito à igualdade de gênero.

O Brasil adota, por força da Constituição Federal de 1988, o modelo de Estado Social Democrático de Direito. Desde o preâmbulo 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 artigo 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 artigo 3º, incisos I, III e IV e artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal. Além disso, os fundamentos de *cidadania e dignidade da pessoa humana*, insertos nos incisos II e III do artigo 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. E ambas consistem em objetivos traçados pelo Estado brasileiro, instrumentalizados a partir dos direitos fundamentais e sociais.

A cidadania almejada pelo Estado brasileiro 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 regio-

12 KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 193-194.

nais, além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 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. Este é um dos fundamentos do Estado brasileiro, sem o qual não há dignidade humana, sem o qual não há cidadania. Sobre o pluralismo, Marcelo Novelino cita brilhante 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”.<sup>13</sup> E mais:

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 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>14</sup>

Não é demais reafirmar que não há cidadania plena desprovida de igualdade fática, sem a superação de toda forma de discrimi-

nação, sem a beleza da diversidade, sem o respeito às diferenças.

No tocante ao direito da igualdade, a discussão mais sensível consubstancia-se na concepção do direito à igualdade material, em contraponto à igualdade formal. 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>15</sup> Pois, segundo o autor a *igualdade material traz a liberdade para aqueles que, no Estado de Direito da burguesia, tornaram-se súditos*.

Se, de um lado, a Constituição Federal estabelece serem todos iguais (igualdade jurídica); 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 (fática), da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Portanto, facilmente é vista a discrepância entre os conteúdos informadores da igualdade em sua acepção formal e material. A propósito desses conteúdos, Robert Alexy afirma que *quem quer promover a igualdade fática, tem que estar disposto a aceitar desigualdade jurídica*.<sup>16</sup> Em outras palavras, a igualdade fática pressupõe tratamento jurídico diferenciado, voltado justamente a assegurar a igualdade de fato com diminuição das diferenças, ao passo que o tratamento jurídico igualitário não necessariamente estaria a assegurar a igualdade de fato.

No que concerne à problemática de gênero, muito se discute a respeito da medida de igualdade (ou desigualdade) verificada em

13 NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 375.

14 *Ibidem*, p. 375-376.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 376-381.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393-432.

decorrência do sexo biológico, do papel de gênero, da orientação sexual assumida pelo indivíduo, na sociedade brasileira.

No plano formal, homens e mulheres são iguais, mas não o são no plano concreto, pois enquanto recair prioritariamente sobre as mulheres a responsabilidade pelos afazeres do lar e dos cuidados com os filhos, e mais, enquanto a moral exigir da mulher comportamentos mais rígidos do que dos homens, nós estaremos diante de evidente desigualdade material. Já 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 é vista também no plano formal, na medida em que o ordenamento jurídico exclui homossexuais, bissexuais, travestis, transformistas, transexuais, intersexuais etc. da esfera de proteção jurídica conferida pelo Direito, mormente no que se refere ao direito de constituir família, além de ser omissa na criação de normas específicas protetivas no mercado de trabalho e de combate ao preconceito, em todas as suas formas.

Para Hirsch, os seres humanos ocupam posições objetivas dentro da estrutura social e de classes existentes e, simultaneamente, por ostentarem o atributo de sujeitos de direito, que lhes confere liberdade e igualdade no plano formal, dispõem de alguma margem de ação para formar e expressar seus interesses e organizar a sua vida. É justamente essa margem de ação, conferida aos sujeitos de direito, que possibilita a perpetuação de todos os antagonismos sociais, próprios da sociedade capitalista, como é o caso das relações de gênero e das oposições étnicas, por exemplo. Sob essa visão, essas relações, eminentemente conflituosas, são reguladas pelo Estado, de forma a se adequarem à existência da sociedade capitalista. Não só tais relações se adequam aos ditames do capitalismo, mas também se tornam necessárias à reprodução do processo de acumulação de capital. Especificamente no que tange às mulheres, Hirsch aponta:

As mulheres, por exemplo, se mantêm em sua condição de gênero em suas orientações sociais e possibilidades de ação dentro das formas sociais existentes: relação salarial, família, dinheiro e Estado. (...) Finalmente, a família é o lugar onde se produzem e se reproduzem as posições de classe, onde a individualidade e os sentimentos podem desenvolver-se e acontece a socialização e a divisão de trabalho específica de sexos. (...) Segundo a posição no mercado, o gênero, a religião, a tradição cultural etc., surgem interesses singulares, separados e confrontados entre si, os quais serão “considerados” e expressos de maneira específica no aparelho estatal, nas organizações burocráticas e nos meios de comunicação comerciais etc. É por isso que não há um interesse social genuíno fora do sistema de regulação existente. (...) <sup>17</sup>

Assim sendo, o processo de regulação comporta sempre uma relação complexa e contraditória, de integração e exclusão. Conclui referido autor:

(...) a regulação capitalista mantém um contexto de exploração e de opressão que só pode ser modificado por lutas sociais, e cuja supressão está ligada à eliminação das estruturas de dominação da sociedade.<sup>18</sup>

É possível a construção da igualdade 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. Ocorre que, frente à impossibilidade de a sociedade e, por conseguinte, o Estado darem conta de atender a todas as demandas sociais, seja em razão

<sup>17</sup> HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 114-115.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 116.

da insuficiência de recursos, seja em virtude da proliferação da pobreza e marginalização, sempre há uma escolha a ser feita sobre qual demanda deve ser priorizada. Certo é que as escolhas devam ser efetuadas dentro de uma série de possibilidades, com amparo, em primeiro lugar, no interesse público, conquanto se reconheça que a definição sobre qual escolha melhor atente ao interesse público, dentre o universo de possibilidades de sua satisfação, exija que se socorra do critério do justo. E o conteúdo do justo está longe de ser uníssono. Artur Sanchez Badin mostra, em breves palavras, 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 der "a cada um de acordo com sua necessidade e de cada um conforme sua capacidade". O cardápio de opções é extenso.<sup>19</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 de

desigualdades. 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.

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 podem fazer com que suas demandas sejam relegadas para segundo plano. A escassez de recursos torna o Estado incapaz de atender a todas as demandas sociais, fazendo com que o desenvolvimento das políticas e ações voltadas à igualdade pressuponha um processo anterior de escolha. E, nesse processo de escolha, outras demandas podem ser priorizadas em detrimento das demandas de gênero.

#### **IV. Desafios contemporâneos para o Estado, o Direito e a sociedade: os *novos direitos constitucionais*.**

A propositura de um caminho concreto e seguro, capaz de estabelecer o correto equilíbrio entre os dois lados muitas vezes antagônicos da relação *mínimo existencial ou vital e reserva do possível*, perpassa pela análise do Estado e do Direito e de suas finalidades máximas. Certo que, numa visão mais crítica, é possível que se conclua pela impossibilidade de esses dois institutos corrigirem distorções sociais, porque são incapazes de aniquilarem

<sup>19</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, 2013, p. 93.



a relação contraditória fundamental entre capital e trabalho, a qual serve de base para a exploração capitalista. Entretanto, a par do paradigma filosófico que se pretenda adotar, é imprescindível a desenvoltura de estudos voltados a conceber parâmetros objetivos que possam equilibrar o conflito inerente às demandas sociais e ao orçamento disponível, valorando cada um desses institutos à luz do ordenamento jurídico e da realidade social concreta.

Nesse trilhar, de estabelecer parâmetros objetivos por intermédio de *normas jurídicas*, sejam principiológicas (normas-princípios), sejam regulatórias (normas-regras), há que se ter o cuidado para que a norma jurídica não entre em colisão com os valores máximos informadores de nosso Estado de Direito:

Contudo, a *especificação* e a *determinabilidade da norma-regra* podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isto porque trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo. Surge, então, nesse desenho a *derrotabilidade das regras*, também chamada de *superabilidade* ou

*defeasibility*. Buscando inspiração na tese da *derrotabilidade da norma regra*, é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto. (...) <sup>20</sup>

No campo da hermenêutica, estuda-se que o Direito comporta diversas formas de interpretação, entre as quais se destacam a histórica e sociológica, que admitem não só a modificação dos conceitos em consonância com a evolução verificada nas situações fáticas que lhes deram origem, mas também sua compreensão com vistas a atender ao bem-estar social. O conceito *família* é exemplo desse movimento evolutivo: se em primeiro momento a família era composta essencialmente por genitores e seus descendentes, pode-se afirmar, atualmente, que o conceito alberga outras composições, como no caso de casais divorciados com filhos.

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 indevido ativismo judicial, em prejuízo de uma decisão eminentemente política, mostra-se relevante a ponderação acerca da suficiência ou não desse

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 98. E mais: "Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, superando a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). Contudo, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulação decorrente da norma-regra (afastamento pontual da norma regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de justiça social (CF, art. 3º)". (p. 99)

provimento jurisdicional no sentido de pôr termo às discussões de gênero. É possível que se afirme não só a insuficiência da medida, mas também a sua potencialidade na intensificação das discussões, porquanto traz à tona a necessidade de se repensar a forma familiar monogâmica.

Algumas críticas foram tecidas quanto ao possível caráter exclusivamente econômico do posicionamento adotado pela Suprema Corte, que se voltaria muito mais a atender demandas econômicas como medida facilitadora das relações de troca no mercado de trabalho, do que manifestar uma preocupação latente quanto à felicidade. Aponta-se, como fundamento, 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. Tais críticas são merecedoras de uma abordagem mais aprofundada, inclusive no que se refere aos aspectos processuais potencialmente limitadores de um provimento jurisdicional de maior amplitude. Por ora, 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, de direito ao amor, de direito constitucional de família, 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.

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. Do ponto de vista jurídico, há de ser enfocada a assimilação do conceito família sob a ótica de Direito Público, na medida em que o Supremo Tribunal Federal analisou

a questão à luz do *direito constitucional de família*. 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, tais como a substituição da licença maternidade pela licença parental quando do nascimento dos filhos. Há evidente possibilidade de a orientação jurisprudencial acima referida consistir em marco de mudanças na esfera legislativa, para um universo que vai além dos citados interesses econômicos no campo do Direito Privado. Abre-se quiçá a possibilidade de utilização de alterações legislativas por um caminho mais eficiente em prol das minorias, afastando-se da sistemática dos direitos sociais apontada por Hirsch.

Nesse complexo panorama até aqui retratado, o que se espera do Estado e do Direito é que evoluam no sentido de proporcionar maior efetividade às suas ações. Não se pode olvidar que os dois institutos são mutáveis, vale dizer, a funcionalidade do Estado e do Direito na promoção da igualdade material varia de acordo com elementos históricos e sociológicos, e até mesmo circunstanciais. As mudanças paradigmáticas do Direito são vistas pelas suas dimensões, mas nelas 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.

A título de ilustração, o direito à igualdade de gênero. Se, num primeiro momento, o bem jurídico “igualdade” limitava-se a conquistas nas esferas políticas e jurídicas, hoje já se percebe a insuficiência destas. A igualdade de gênero comporta uma outra ordem de medidas, jamais pensadas quando da primeira concepção. Enxergar as mulheres, transgêneros e homossexuais como seres hu-

manos independentes e livres, com direito ao respeito, à educação e ao trabalho, e capazes de conquistarem seu espaço na esfera pública e social, tudo isso fez parte da evolução do direito à igualdade de gênero. Porém, a busca pela igualdade não morre nesses patamares. A sociedade muito caminhou no sentido de construir um universo de igualdade entre os gêneros, mas ainda falta muito por trilhar. O caminho para superação das contradições de gênero demanda muito mais que uma análise no campo da dogmática jurídica, isto é, uma reflexão restrita do direito, acerca das técnicas jurídicas e das questões que surgem com a prática do Direito, especialmente no que concerne às normas jurídicas e sua aplicação ao caso concreto. Em realidade, é preciso que se caminhe em direção ao que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denominou de *zetética* jurídica. Segundo Alysson Mascaro:

Por *zetética* jurídica se compreenderia toda a reflexão a respeito das origens, da história, das causas e das relações sociais do direito, seus objetivos e finalidades. A *zetética* seria um estudo amplo, que investigasse as estruturas do fenômeno jurídico. O estudo dogmático do direito seria então fechado, e o estudo *zetético* aberto. Tal diferença, salienta Ferraz Jr., é apenas didática, porque o fenômeno jurídico que se apresenta de maneira total.<sup>21</sup>

Nesse caminhar, portanto, não basta aquilatar quais mudanças podem ser feitas no plano legislativo; há de se repensar o próprio papel do Direito como instrumento que deve propiciar justiça social numa sociedade eminentemente patriarcal. Sobre essa visão crítica do Direito, complementa Mascaro:

Para que se compreenda de maneira correta o que é o fenômeno jurídico na atualidade é preciso, pois, um pensa-

mento crítico, que saiba ver para além da aparência e do discurso do direito. Só a análise histórica e a contribuição de outros saberes, como a economia, a política, a sociologia, a filosofia, dentre tantos outros mais, unificados a partir de uma visão crítica, poderão auxiliar a dar corpo ao direito naquilo que ele efetivamente se apresenta no mundo contemporâneo.<sup>22</sup>

A sociedade deve caminhar para superação das contradições de gênero: compreender a imbricação existente entre gênero, patriarcado, capitalismo, Estado e Direito, para, em segundo momento aquilatar os papéis do Estado e do Direito, e maximizar a sua capacidade de propiciar mudanças voltadas à superação completa das contradições de gênero. Com relação ao Direito, há que se ponderar não só sua funcionalidade do ponto de vista da promoção de alterações legislativas que possam minimizar as condições de opressão suportadas, mas, principalmente, repensando-se o papel do próprio Direito, que hodiernamente é tido como instrumento legitimador da desigualdade verificada no plano concreto. Trata-se da possibilidade de abertura de novos caminhos seguros para serem trilhados na busca da concreção da igualdade material. A crise do Estado Social pós-moderno é incontestável e vem acarretando descrença geral na sua capacidade de pacificar os conflitos. Acaba, assim, por colocar em xeque a eficácia, e até mesmo a própria existência, dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, diante do sufocamento perpetrado pela ordem econômica. A respeito da questão, Marco Aurélio Romagnoli Tavares sustenta que:

Ao se analisar a sociedade atual que apresenta descrença na capacidade de mudanças das práticas de políticas públicas pelo Estado, em especial no

21 MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 65-66.

22 *Ibidem*, p. 53.

atendimento de suas necessidades básicas, o que leva inevitavelmente ao acaso da civilidade, é imperioso se perguntar que tipo de Estado se quer instituir para a nação, tanto agora, como num futuro próximo. (...) É impossível negar que o Estado tem recorrentemente falhado na aplicação e implementação dos direitos sociais constitucionais. Inevitavelmente essa ausência traz à tona o que há de pior no ser humano, a sua desumanização, retirando de seu caráter a noção do cuidado com o próximo.<sup>23</sup>

É certo que os princípios da progressividade dos direitos sociais e da vedação do retrocesso impedem não só a reversibilidade dos direitos implementados no plano concreto, mas também determinam que se caminhe no sentido de ampliar o material subjetivo desses mesmos direitos. Entretanto, não se pode negar que “o desenlace do sistema econômico, adotado no Brasil, ainda se apresenta como base precária à sustentação da democracia”.<sup>24</sup> Para o mesmo autor, o Estado social brasileiro necessita posicionar-se no contexto econômico mundial, convertendo seus ganhos para a satisfação plena dos direitos fundamentais sociais necessários para estabilização da sociedade. Nesse passo, exsurge a necessidade de mudanças de paradigmas, da concepção de novos caminhos e novas formas de elaboração e aplicação do Direito. Nas precisas palavras de Tavares:

Portanto, para a realidade brasileira, não basta apenas relacionar a ausência de condição econômica para a negação de direitos sociais fundamentais, já que epistemologicamente está o problema centrado exatamente no conceito e modelo desejável de aplicação do capitalismo neoliberal contemporâneo, que, através da criação de “normas” sociais

e jurídicas, anula o indivíduo em detrimento do sistema.<sup>25</sup>

Partindo-se do pressuposto de que a concepção do Direito como norma proveniente unicamente do Estado Soberano não tem se mostrado capaz de dar conta das graves contradições em nossa sociedade, é preciso enfrentar os riscos provenientes da abertura do Direito, para o universo dos *novos direitos*, como reflexos de lutas e conquistas de identidades coletivas e plurais, com seus prós e contras, como forma de maximizar os efeitos das ações que hoje ainda se encontram amarradas pela soberania estatal e sua burocracia inerente. 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>26</sup>. E prossegue, com palavras marcantes:

A sociedade capitalista moderna cria uma discrepância enorme entre experiências atuais e expectativas de futuro. Isto é, é a primeira vez que as experiências correntes da atualidade não coincidem com as experiências do futuro. Uma pessoa nasce pobre, mas pode morrer rica, uma pessoa nasce iletrada, mas pode morrer sendo pai e mãe de um médico; essa é a ideia de progresso, a ideia de que as expectativas superem as experiências e é isto o que chama a atenção entre a regulação e a emancipação. (...) Este conhecimento de regulação passou a dominar totalmente e ao dominar totalmente edificou, transformou, absorveu o conhecimento de emancipação, de forma que o conhecimento passou a ser a ignorância, a solidariedade passou a caos solidário entre cidadãos, o perigo da solidariedade en-

23 TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 84-85.

24 *Ibidem*, p. 86.

25 *Ibidem*, p. 89.

26 SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Encarte Clacso - Cadernos da América Latina X*. Disponível em: <<http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/Xcadernopensamentocritico.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2005.

tre cidadãos; a emancipação passou de ignorância no colonialismo a ser ordem e o é de uma boa maneira. Isto é o que temos hoje: o conhecimento da emancipação está completamente absorvido pelo conhecimento de regulação e por isso fica difícil pensar a emancipação. Por isso é necessário pensar em outros mecanismos e reinventar a emancipação social talvez nos obrigue a repensar toda a questão do conhecimento.<sup>27</sup>

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald, embora se referindo ao Direito Privado, apontam para a nova tendência das ciências jurídicas, que também é vista na órbita do Direito Público:

A grande questão que toca ao jurista do novo tempo é a proteção a ser conferida aos cidadãos (*rectius*, aos entes dotados de personalidade como um todo, para que não se exclua parcela de interessados) perante essas novas relações jurídicas. É de se buscar a maneira mais segura para garantir os direitos fundamentais nesse novo quadro de relações sociais, econômicas e jurídicas, impedindo sua violação. E reconheça-se que o *ponto de partida para tanto deve estar, sempre, no conceito de cidadania*. Isso porque a cidadania, concebida como elemento essencial, concreto e real, para servir de centro nevrálgico das mudanças paradigmáticas da Ciência Jurídica, será a ponte, o elo, com o porvir, com os avanços de todas as naturezas, com as conquistas do homem que se consolidam, permitindo um Direito Civil mais sensível, aberto e poroso aos novos elementos que se descortinem na sociedade. Um Direito mais real, humano e, por conseguinte, justo.<sup>28</sup>

Em realidade, a tendência contempo-

rânea das ciências jurídicas consiste em *fle-xibilizar* o alcance das normas jurídicas, até então interpretadas de forma essencialmente positivista, a fim de que se adêquem aos princípios maiores buscados pelo nosso Estado Constitucional e Democrático de Direito, vale dizer, a fim de propiciar a realização, no plano concreto, dos princípios e objetivos que justificam a existência de todo o aparato estatal. Quanto maior for o apego à interpretação essencialmente positivista da norma, na qual a regra prepondera sobre a justiça do caso concreto, à ideia de que o Direito somente será válido quando emanado do ente soberano estatal, mais nos desviaremos do caminho que leva à correção das distorções sociais. Nessa mesma linha de raciocínio, o apontamento de José Matias Pereira:

No processo das transformações que vêm ocorrendo no mundo, o Estado mantém um papel fundamental, que passa a demandar, entretanto, o desenvolvimento de novas capacidades e competências, para garantir maior efetividade nas suas ações. A mudança fundamental do planejamento pode ser descrita como a transição do planejamento normativo, tradicionalmente adotado pelas organizações estatais até recentemente, e o direcionamento para um planejamento estratégico, que começa a ser discutido e adotado por tais organizações.<sup>29</sup>

Daí por que a imprescindibilidade de se buscar 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, os desafios que se colocam à frente dos *novos direitos* constitucionais. Acerca do que vem a ser os *novos direitos*, esclarece Antônio Carlos Wolkmer:

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 11. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 95.

<sup>29</sup> MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

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>30</sup>

Conforme apontado pelo autor, os *novos direitos* são decorrentes de mudanças e desenvolvimento no modo de viver e de se relacionar dos indivíduos, grupos e classes, que determinam novos anseios, os quais transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão. Tratam-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>31</sup> Afirma referido autor:

Assim, a conceituação de “novos” direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e meta-individuais (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>32</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. Especificamente no que concerne às contradições de gênero, vê-se que a mulher conquistou a esfera pública, mas não logrou libertar-se da *escravidão doméstica*, da dupla moral e da maior carga de exploração no mercado de trabalho. Portanto, não basta o direito à igualdade formal, ao voto, à educação, ao trabalho, à autonomia. À mulher deve ser assegurada a libertação da *escravidão doméstica*, a igualdade de tratamento moral, o fim do preconceito sexual, a paridade no mercado de trabalho. Esses são conteúdos dos quais o direito não conseguirá se desviar; são estes

30 WOLKMER, Antônio Carlos. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

31 *Ibidem*, p. 20.

32 *Ibidem*, p. 20.



os conteúdos da igualdade material, sonhada pela comunidade e prometida pelo Estado e pelo Direito. Sua realização ultrapassa o paradigma tradicional da ciência jurídica, caracterizado por um modelo individualista, formal e dogmático. Nesse passo, a criação e incorporação de novéis parâmetros para o Direito, por intermédio de um diálogo interdisciplinar e solidário, que permita aprofundar o conhecimento dos liames que caracterizam cada demanda pelo Direito, são essenciais. Certamente, importante passo foi dado pela Corte Suprema ao considerar a existência jurídica dos direitos à felicidade, ao amor, à realização da família, desaguando na admissão de uma nova forma familiar, diversa do modelo originariamente positivado. Assim como esse, outros importantes passos podem ser contemplados pelo Direito, possibilitando a superação e o aniquilamento dos elementos que são determinantes das contradições de gênero. Dentre eles está a assunção do olhar coletivo e plural propiciado por aqueles que se arriscam a pensar sobre os *novos direitos* e conceber caminhos coletivos diversificados daqueles então existentes.

É possível que a união de esforços no combate à discriminação de gênero, com a adoção, pelo Estado e pela sociedade, de medidas coletivas educativas e de esclarecimento, seja mais eficaz do que meras alterações legislativas de efeitos paliativos ou de políticas

públicas que se encontrem amarradas pela insuficiência do orçamento estatal. Medidas de conscientização da necessidade de respeito às diferenças e que reforcem a responsabilidade dos homens pela execução compartilhada das tarefas domésticas, por exemplo, podem ser promovidas pelo Estado e pela comunidade no âmbito das escolas, das empresas, das repartições públicas, sem que isso implique gastos e sem necessidade de lei. Pouco se ousa caminhar no sentido de direcionar o gênero masculino também para dentro dos lares, a fim de que haja o compartilhamento das tarefas domésticas até então atribuídas exclusivamente ao gênero feminino.

O reconhecimento dos reais fatores que compõem a desigualdade de gênero, em toda sua extensão e intensidade, aliado à unificação de esforços provenientes da comunidade, do Estado e do Direito na defesa da igualdade, por meio da concepção de uma forma de tutela coletiva dessas mesmas demandas, que não se restrinja a alterações legislativas e políticas públicas, mas que seja capaz de alçar novos rumos fundados na proporcionalidade e razoabilidade que devem informar toda atuação estatal (jurídica, política, legislativa), é um horizonte que merece ser pensado.

## V. Conclusão.

Em razão da complexidade assumida na sociedade contemporânea, a abordagem da questão de gênero se torna desafiadora para o Direito, pondo em xeque os instrumentos jurídicos convencionais. O grande desafio que se coloca está na proposição de caminhos plurais, seguros e justos, que se coadunem com a estrutura jurídica e estatal existentes, e que sejam mais eficazes no contínuo processo de superação de nossa grave desigualdade social. Trata-se da elaboração inovadora de programas de ação, em sentido amplo, com objetivos claramente identificados e sopesados frente à estrutura estatal, aos recursos disponíveis, às circunstâncias dadas pela realidade concreta, sem se desviar, nesse

processo de formulação, de premissas básicas que devem ser necessariamente respeitadas para que todo o programa tenha coerência e sustentação, sendo este o ponto chave da elaboração. Porque o cerne do desafio está na

formulação de um caminho jurídico eficiente, que seja ao mesmo tempo inovador e seguro, notadamente no que concerne à sua composição jurídica, possibilitando o combate aos reais fatores de discriminação.

## Bibliografia.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

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, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Bahia: JusPodivm, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do Estado*. Tradução de Luciano Cavini Martonaro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

IZQUIERDO, Maria de Jesús. *Aguantando el tipo: desigualdade y discriminación salarial*. Barcelona: Institut d'Edicions de la Diputació de Barcelona, 1998.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MASCARO, Alysson. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de gestão pública contemporânea*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PESCHANSKI, João Alexandre. Exploração e opressão na teoria social de Erik Olin Wright, e um complemento marxiano. *Leviathan – Cadernos de Pesquisa Política*, n. 4, p. 138-149, 2012. Disponível em: <<http://www.fflch.usp.br/dcp/leviathan/index.php/leviathan/article/view/151>>. Acesso em: 10 set. 2015.

ROUGHGARDEN, Joan. *Evolução do gênero e sexualidade*. Tradução Maria Edna Tenório Nunes. Londrina: Planta, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os desafios das ciências sociais hoje. *Encarte Clacso - Cadernos da América Latina X*. Disponível em: <<http://flacso.redelivre.org.br/files/2015/03/Xcadernopensamentocritico.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2005.

SARGENT, Lydia, et al. *Women & revolution: a discussion of the unhappy marriage of marxism and feminism*. Quebec: Black Rose Books, 1981.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

