XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-182-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Humanos. 3. Efetividade. 4. Processos Participativos. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

Como coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) n. 19 – Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos do XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, tivemos a grata satisfação de acompanhar as diversas comunicações de altíssimo nível que foram realizadas e propiciaram um debate riquíssimo sobre os vinte e três trabalhos apresentados, naquele evento científico, congregando pesquisadores e pesquisadoras do todo o país.

Os artigos trataram da efetividade dos DDHH sob diversos aspectos:

a) teoria crítica dos DDHH; b) direito global e humanismo; c) crítica descolonial de DDHH; d) enfrentamento da lógica colonial; e) gênero; f)gênero neutro; g) discriminação de gênero e direito à diferença; h) Lei Maria da Penha; i) violência obstétrica; j) estatuto da juventude; k) L.D.B.; l) educação e participação na esfera pública; m) educação em DDHH através do Rap; n) empoderamento na mediação escolar; o) intolerância religiosa na escola; p) saúde; q) direito humano à água; r) cobrança do uso da água; s) imigração forçada; t) repercussão geral e terceiros interessados; u) teoria do reconhecimento e o processo como forma participativa; v) reforma do Estado e cidadania; w) excessos da imprensa; x) restrição de acesso à internet; e, y) arbitragem e DDHH.

A perspectiva crítica à concepção geracional e à universalidade dos direitos humanos ficou evidente nos debates dos artigos apresentados, tangenciando a sua genese e a historicidade presente nas mobilizações, cujo protagonismo revelou-se essencial para a construção e efetividade dos direitos humanos fundamentais.

A variedade dos temas tratados nos excelentes artigos aprovados, e que formaram o conjunto do grupo de trabalho, refletiu a participação dos pesquisadores e pesquisadoras de diversos pontos do país, preocupados com os caminhos que ainda devem ser trilhados na consolidação dos fundamentos e dos processos participativos que garantem a sua construção e a efetividade, para além da sua declaração em instrumentos internacionais e na positivação legislativa interna.

Os estudiosos da temática dos direitos humanos fundamentais, sob um enfoque crítico, poderão aprofundar suas pesquisas a partir de diferentes perspectivas que os trabalhos propiciaram, revelando o atual estágio das pesquisas desenvolvidos no Brasil e os avanços buscados pelas contribuições que foram reunidas pelos renomados autores.

Brasília-DF, 6 a 9 de julho de 2016

Coordenadores

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP

Prof. Dra. Eneá de Stutz e Almeida – UnB

O DIREITO À DIFERENÇA NUM CONTEXTO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

THE RIGHT TO DIFFERENCE IN THE CONTEXT OF GENDER DISCRIMINATION

Gabriele ana Paula Danielli Schmitz
Robison Tramontina

Resumo

A pesquisa tem como problema analisar se a concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres é suficiente para a concretização do direito à igualdade. Os objetivos são: a) situar o direito à diferença; b) analisar a discriminação de gênero; c) verificar a influência do direito à diferença na discriminação de gênero. A argumentação foi organizada em três capítulos, para analisar: o direito à diferença; discriminação de gênero; se a concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres é suficiente para a concretização do direito à igualdade. O estudo foi baseado no método lógico de abordagem indutiva e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Igualdade, Discriminação de gênero. diferença

Abstract/Resumen/Résumé

The research has the problem consider whether to grant the same rights to men and women is sufficient for the realization of the right to equality. The objectives are: a) to place the right to difference; b) to analyze gender discrimination; c) to verify the influence of the right to difference in gender discrimination. The argument was organized into three chapters to analyze: the right to difference; gender discrimination; to grant the same rights to men and women is sufficient for the realization of the right to equality. The study was based on logical method of inductive approach and literature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Equality, Gender discrimination. difference

INTRODUÇÃO

As discussões em torno do direito à igualdade podem conduzir às mais diversas temáticas, pois se trata de um tema extremamente rico e sempre atual, entretanto, algumas vezes, para alcançar a igualdade é preciso garantir o respeito às diferenças.

Dentre o leque de opções disponíveis, optou-se aqui por abordar a questão da discriminação de gênero não mais sob o viés da igualdade, mas sim através do estudo do direito à diferença.

O problema que se busca responder, ao final deste estudo, é se a concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres é suficiente para a concretização do direito à igualdade.

Para efetivar o estudo, alguns objetivos, foram estabelecidos: a) situar a importância do direito à diferença; b) analisar a forma como tem sido abordada a discriminação de gênero; c) verificar como o direito à diferença pode influenciar nas discussões sobre a discriminação de gênero.

O desdobramento argumentativo dos objetivos mencionados está organizado em três capítulos, um destinado ao estudo do direito à diferença, outro ao estudo da discriminação de gênero e, por fim, um destinado a responder o problema da pesquisa que é a verificar se a concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres é suficiente para a concretização do direito à igualdade.

No primeiro momento será abordado o direito à diferença, com o fim de verificar se a busca, unicamente pela diferença, é capaz de garantir que todos tenham seus direitos respeitados, especialmente num contexto de diversidade cultural.

No segundo capítulo a abordagem recairá sobre as discriminações, no intuito de analisar em que situações será possível haver tratamento diferenciado, sem que represente uma arbitrariedade.

Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise do direito à diferença aplicado à discussão em torno da discriminação de gênero, isso para responder o problema dessa pesquisa, que é analisar se a concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres é suficiente para a concretização do direito à igualdade.

O estudo ora apresentado se desenvolveu com base no método lógico, de abordagem indutiva do tema, utilizou-se a pesquisa bibliográfica que aplica a técnica de coleta de dados, leitura e interpretação de textos publicados em diversos meios.

1 O DIREITO À DIFERENÇA

Antes de adentrar ao estudo da discriminação de gênero e analisar os instrumentos de proteção contra situações discriminatórias, é necessário fazer uma breve apresentação do direito à diferença, que está estritamente ligado à concepção de igualdade em seus mais diversos vieses.

Assim, é imprescindível que se faça uma abordagem em torno do princípio da igualdade para atingir um objetivo central neste estudo, que é tornar possível discernir em quais situações o tratamento diferenciado será considerado discriminatório e em quais será considerado a concretização do direito à isonomia.

Adverte-se, de início, que a igualdade não é um privilégio da modernidade, pois já no período antigo havia uma noção daquilo que hoje é consagrado como o princípio da igualdade. (GUERRA, 2011).

Entretanto, na antiguidade a ideia de igualdade foi construída sobre as bases da teoria geométrica de Aristóteles e estava adstrita apenas ao grupo a que o indivíduo pertencia, ou seja, cada grupo de pessoas usufruía de determinados direitos que não eram partilhados por outros grupos. Essa igualdade aristotélica era, de certa forma, excludente, pois variava de acordo com cada grupo social. (GUERRA, 2011).

Foi o descontentamento com a igualdade excludente (Aristotélica) que fez com que a modernidade caminhasse para a igualdade aritmética (inclusiva), cujo nascedouro coincide com a Revolução Francesa. (GUERRA, 2011).

Embora o princípio da igualdade não seja algo recente, até 1789 não era contemplado em qualquer documento jurídico, haja vista que foi apenas neste ano, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que o princípio da igualdade foi formalizado no art. 1º da Declaração onde há previsão de que: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As

distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.” (GUERRA, 2011)

Mais importante do que o período temporal em que surgiu a concepção de igualdade, é saber qual é seu objetivo e qual a sua função na vida em sociedade. Buscando respostas a tais questionamentos, é possível encontrar em Mello (2002) uma descrição do princípio da igualdade, no sentido de que se trata de norma cujo objetivo é extinguir privilégios e propiciar a garantia individual contra possíveis arbitrariedades, em especial, porque a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social, diante da necessidade de se tratar equitativamente todos os cidadãos.

Do ponto de vista estritamente legal, as pessoas não podem ser discriminadas em razão da raça, sexo, trabalho, credo religioso ou mesmo convicções políticas, conforme nos mostra o artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”. (BRASIL, 1988)

Entretanto, a igualdade não é absoluta, uma vez que o princípio não obriga a tratar igualmente situações de fato desiguais. A igualdade deve ser proporcional, a exemplo do entendimento expresso pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3330, onde se questionava a Lei que criou o PROUNI. Na ocasião, o STF entendeu que o objetivo da lei é fazer desigualações compensatórias que buscam o reequilíbrio social a fim de combater aquelas desigualações que perturbam a ordem social. A função da lei, portanto é discriminar situações. (BRASIL, 2012).

Sendo função de lei discriminar situações, é possível concluir que o princípio da isonomia tem como principal destinatário o legislador, na medida em que cabe a ele a função de criar as leis que irão contemplar as possibilidades de tratamento discriminatório, lembrando sempre que as discriminações devem, apenas, servir como instrumento para possibilitar a concretização da isonomia que, ressalte-se, não pressupõe sempre que todos devem ser tratados da mesma forma. (MELLO, 2002).

As normas que autorizam o legislador a impor restrições aos direitos fundamentais são as normas de competência, que são estabelecidas pelo texto constitucional e abrem a possibilidade da edição de leis, decretos ou outros

atos administrativos que podem conter restrições a direitos fundamentais (ALEXY, 2014).

Antes de prosseguir com o estudo dos critérios que devem ser respeitados para que uma discriminação seja considerada de acordo com o ordenamento jurídico, é preciso fazer uma pausa a fim de esclarecer um ponto de extrema relevância para a compreensão do tema, que é a importância que a distinção entre regras e princípios tem para a teoria dos direitos fundamentais, sobretudo pelo caráter principiológico, do qual se revestem as normas de direito fundamental e pela igualdade de ser tratada com um princípio.

Dentre os mais diversos critérios que podem ser empregados para diferenciar regras e princípios, optou-se aqui por adotar aquele explicitado por Alexy (2014), na obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

Segundo Alexy (2014), a diferença entre regras e princípios é qualitativa, o que permite uma distinção precisa, compreendendo-se como princípios as normas que determinam a realização de algo na maior medida possível (mandamentos de otimização) e como regras as normas que dizem exatamente aquilo que deve ser feito, contendo, portanto, determinações.

Encarando os princípios como mandados de otimização e as regras como determinações Alexy (2014) conclui que, em geral, os princípios são *prima facie*, enquanto que as regras são definitivas, salvo se houver exceção.

Considerando a isonomia um princípio constitucional, deve ser respeitada na maior medida possível, o que significa dizer que poderá haver situações em que tal princípio será sujeito a restrições. (ALEXY, 2014).

Inclusive, Alexy (2014), ao estabelecer que as normas, desde que compatíveis com a Constituição, são restrições aos direitos fundamentais, abre a possibilidade da imposição de restrições por meio dos princípios, e isso ocorrerá quando forem utilizados como razão para a imposição de uma não liberdade. Ou seja, direitos fundamentais não são absolutos.

Essas restrições, segundo Alexy (2014), podem se originar diretamente do texto constitucional, quando decorrentes de normas constitucionais ou, indiretamente, quando derivadas de normas infraconstitucionais autorizadas pela Constituição. Atente-se ao fato de que normas infraconstitucionais que tiverem como conteúdo uma restrição, contrariam a Constituição, não serão consideradas restrições, mas apenas intervenções. (ALEXY, 2014).

Admitindo restrições a direitos fundamentais e, portanto, ao direito à isonomia, torna-se imprescindível a compreensão de que tais restrições somente devem existir quando autorizadas pela constituição e com ela forem compatíveis, sob pena de se caracterizarem como uma violação aos direitos fundamentais.

O direito à igualdade, estampado no art. 5°, “caput” da Constituição Federal Brasileira de 1988, e no art. 1° da DUDH é um direito geral de igualdade que pressupõe que todos são iguais perante a lei, o que não importa em dizer que é vedada toda e qualquer forma de discriminação.

Como um princípio, esse direito geral de igualdade comporta restrições, que poderão ocorrer quando, aos princípios em colisão, for atribuído um peso maior que o peso do próprio direito fundamental assegurado, em outras palavras, são os próprios direitos fundamentais que impõem restrições à sua restringibilidade. (ALEXY, 2014).

É primordial que se compreenda que o direito à igualdade não significa a colocação de todas as pessoas na mesma posição jurídica, mas sim a busca por garantir que os iguais sejam tratados de maneira semelhante e os desiguais sejam tratados na medida de suas diferenças. (ALEXY, 2014).

A igualdade, visualizada como a exigência do tratamento dos iguais de forma semelhante e dos desiguais diversamente, passa a demandar a sua compreensão como um dever material, que deve ser concretizado nas relações entre indivíduo e sociedade e não apenas no sentido formal, sob pena de sua aplicação ser inviabilizada. (ALEXY, 2014).

A igualdade formal é extremamente importante, pois se trata de um mandamento geral que deve ser respeitado, entretanto, é por meio da igualdade material que é possível chegar a uma valoração que, segundo Alexy (2014), deve ser realizada com base em três aspectos: em relação às igualdades fáticas; em relação a determinados tratamentos; e em relação ao critério de valoração.

Para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a aplicação correta do enunciado geral de igualdade ao caso concreto demanda a existência de uma situação fática que pode servir como base para o exame da desigualdade; a igualdade fática deve ser substancial; deve-se verificar se o tratamento desigual não foi arbitrário.

Ou seja, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, a discriminação é possível e legítima quando existirem razões suficientes para justificá-la, pois, do contrário, a igualdade restará violada e a discriminação configurará uma arbitrariedade.

Nesse sentido, Alexy (2014) ressalta a importância de que o tratamento desigual esteja fundamentado em razões suficientes, no intuito de evitar que sejam perpetradas arbitrariedades ao invés da concretização da igualdade.

Caso não seja possível encontrar razões suficientes para embasar uma discriminação, a igualdade se torna obrigatória, já que o tratamento desigual depende de fundamentação. (ALEXY, 2014).

Ao estabelecer que a discriminação depende de fundamentação, ao mencionar que é necessário que esteja fundada em razões suficientes, Alexy (2014) acaba expondo outro problema: o que são razões suficientes para justificar uma discriminação.

A princípio, o enunciado geral de igualdade não consegue responder a esse questionamento. O que se sabe até aqui é que a ausência de justificação ou a justificação viciada das discriminações gera o risco de que o enunciado geral de igualdade sirva como instrumento para a concretização de arbitrariedades e de discriminações indevidas, por isso, como já mencionado, é tão importante que estejam presentes razões suficientes para a permissibilidade de tratamento desigual.

Mas o que seria uma razão suficiente? Para Alexy (2014), uma razão é suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário.

Há, portanto, o princípio da igualdade jurídica, que está estampado na Constituição Federal e na DUDH, mas também há o princípio da igualdade fática, que é justamente a razão suficiente para que um direito subjetivo definitivo possa ser submetido a tratamento jurídico desigual, sem que isso seja considerado um ato arbitrário, mas sim a real concretização da igualdade, que somente irá prevalecer, quando sopesada com todos os outros princípios relevantes e colidentes. (ALEXY, 2014).

O grande problema é que o conceito de igualdade fática é extremamente aberto e comporta as mais diversas interpretações, possibilitando, assim, os mais variados juízos acerca da desigualdade fática.

Se tomar por base uma Constituição democrática fica excluída a possibilidade de se pressupor uma única e ampla teoria acerca da igualdade fática, ancorada constitucionalmente, já que cada parlamentar e cada cidadão terão suas próprias opiniões, hipótese em que deverão ser levados em consideração a filosofia e os princípios do Estado Social a fim de que seja possível estabelecer quais discriminações serão arbitrárias e quais serão toleradas. (ALEXY, 2014).

O tratamento diferenciado, o *discrimen,* dessa forma, surgirá e será adequado sempre que for necessário conferir tratamento diferenciado a pessoas que se encontram sujeitas a regimes diversos e que, por isso, reclamam direitos e deveres próprios. (MELLO, 2002).

Mello (2002) estabelece os critérios que devem ser observados para que o tratamento diferenciado não represente uma arbitrariedade, são eles: a) deve haver um fundamento racional que justifique a conduta adotada e o critério discriminatório empregado; b) a discriminação não pode ofender o sistema constitucional; c) a lei discriminatória não pode eleger critério diferencial dirigido a um único sujeito de forma absoluta; d) o traço diferencial deve estar presente na pessoa, coisa ou situação que será discriminada.

Esses requisitos ficam muito claros ao se visualizar um julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) que, no caso BvR 683/77, enfrentou uma Reclamação Constitucional apresentada por um casal que desejava adotar o sobrenome da mulher como sobrenome de família e teve seu pedido negado perante o órgão de registros públicos. Na ocasião, o TCF entendeu que, no âmbito do matrimônio, qualquer discriminação entre homem e mulher, baseada apenas nas suas características biológicas ou funcionais, é incompatível com a Constituição da Alemanha. (SCHWABE, 2005).

À luz de tudo o que foi exposto e analisado até esse ponto, pode se perceber que falar em igualdade não significa dizer que a discriminação seja proibida, pelo contrário, a igualdade, em diversas situações, demandará a discriminação.

Em que pese à dificuldade em se estabelecer os limites para que determinada discriminação efetivamente conduza à igualdade fática, alguns critérios podem ser empregados para auxiliar nesta tarefa e são eles: constitucionalidade, racionalidade e generalidade.

Desenvolver critérios para justificar as discriminações tem grande importância, especialmente nas sociedades contemporâneas, onde o debate em torno da igualdade tem se tornado cada vez mais recorrente, já que as diferenças estão cada vez mais latentes.

Souza (2008, p. 53) afirma, inclusive, que a época da igualdade já está superada, pois, contemporaneamente, foi substituída por uma nova fase que ele determina “era da diferença real”.

Essa era da diferença real é a que se enfrenta atualmente, pois reconhecer o direito à igualdade já se tornou insuficiente, é necessária uma marcha para o reconhecimento das diferenças, garantindo a cada indivíduo o respeito das suas particularidades.

2 A DISCRIMINAÇÃO

O termo discriminação goza de uma polissemia que lhe é particular, pois é muito grande o número de conceitos que buscam defini-lo. Entretanto, neste estudo, em virtude da diversidade existente, optou-se por abordar o tema sob a ótica de Marx e Foucault que foram os teóricos que, provavelmente, melhor o teorizaram.

Marx debruçou-se sobre a desigualdade originada pelo capitalismo, enquanto que Foucault criou o conceito de exclusão, que é um fenômeno social, a partir do qual se estabelece aquilo que será aceito ou rejeitado.

Os sistemas de exclusão e de desigualdade descritos por Marx e Foucalt, respectivamente, levam à conclusão de que a discriminação é composta por dois eixos: a desigualdade econômica e a desigualdade cultural que, inclusive, em situações extremas podem atingir limites desastrosos, a exemplo do extermínio dos judeus decorrente do racismo que foi uma forma extrema de exclusão; e da escravidão, que representou, durante um largo período, a desigualdade econômica.

Foucault (1999) quando trata da igualdade o faz sobre o prisma das relações de poder e ressalta que tais relações têm como consequência a desigualdade.

O primeiro instrumento de exclusão apresentado por Foucault (1999) é a interdição, que seria um dos mais evidentes procedimentos de exclusão, em especial, porque em sociedade não se pode falar qualquer coisa.

O que leva o autor a concluir que a interdição é uma das principais formas de exclusão é sua constatação de que o discurso traduz, muitas vezes, o desejo pelo poder e aquilo sobre o que se quer apoderar, dessa forma ao proibir determinados discursos e permitir outros, as instituições conseguem se fortalecer e aumentar seu poder.

Entretanto, é importante lembrar que a interdição não é o único meio de exclusão, isto porque podem ser encontrados outros princípios de exclusão, a exemplo da separação e da rejeição, que é a oposição estabelecida entre a razão e a loucura, o que conduz aqueles que são considerados loucos a ficarem excluídos do discurso, uma vez que tudo o que eles dizem passa a ser considerado apenas um ruído e deixa de ter qualquer importância. (FOUCAULT, 1999).

Ainda, desenvolvendo a ideia de exclusão, Foucault (1999) toca num ponto essencial para que se possa estabelecer qual a relação existente entre exclusão e discriminação, que consiste na sua afirmação de que há um grande perigo em tentar tratar a oposição entre o verdadeiro e o falso como um sistema de exclusão.

Este perigo reside na pretensão dos Estados e também dos particulares que buscam o poder, impõem às pessoas a sua própria noção de verdade, por meio do discurso institucional.

O papel do Estado é tão forte na construção daquilo que é certo ou errado que até mesmo as disciplinas ministradas em escolas e universidades são produto da coerção que as instituições exercem nos indivíduos e que vão contribuir para o controle da produção dos discursos, uma vez que, desde a escola, as pessoas vão sendo moldadas a entender o certo e o errado a partir de um olhar institucional. (FOUCAULT, 1999).

Outro fator que demonstra de forma bastante clara o quão coercitiva pode ser a noção daquilo que é certo ou errado é o ritual que existe por trás do discurso, isso porque os sujeitos, a forma como o discurso é proferido, os símbolos que são utilizados, as circunstâncias em que é proferido, entre outros

fatores, podem influenciar diretamente no valor que será atribuído ao discurso e no seu próprio reconhecimento. (FOUCAULT, 1999).

Fazendo uma abordagem da discriminação a partir de Foucault (1999) se torna mais fácil perceber que num Estado democrático, o discurso que defende aquilo que é certo ou errado se sustenta no argumento de que o legislador é quem detém o poder de criar leis, cabendo-lhe, portanto, a função de escolher aquilo que será considerado certo ou errado naquela sociedade, já que ao ser eleito pela maioria ele toma para si o direito de representar o povo e fazer as escolhas que representam a vontade dos governados.

A legitimidade do legislador não é ilimitada, pois a própria Constituição estabelece que as leis criadas não devem contrariar a Constituição, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e terem seus efeitos sobrestados.

Para justificar a criação de leis e sustentar sua constitucionalidade, o legislador acaba tendo que se utilizar do ritual do discurso, já que vai fundamentar sua atuação na competência que lhe é atribuída pela constituição e suas escolhas como sendo a vontade do povo que representa.

Daí surge a importância de que as pessoas estejam habituadas a pensar como o Estado e compreender como verdadeiro aquilo que o Estado deseja impor como verdade, o que facilita a aceitação das escolhas institucionais.

Um instrumento que está a serviço do Estado para auxiliá-lo nesta tarefa é a educação que, segundo Foucault (1999), pode ser considerada uma das mais importes formas de poder, pois é por meio dela que o Estado consegue manter ou modificar os discursos, estabelecendo os papéis entre os sujeitos.

Já que o conceito de certo ou errado é uma construção que, muitas vezes, pode ser coercitiva, à luz da teoria de Foucault (1999), pode-se concluir que uma discriminação que pareça justa num determinado contexto histórico, deixe de ser em outro, diante das constantes mudanças na vontade institucional que decorrem, especialmente, da troca de governo.

Os debates que giram em torno da possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo e da igualdade de gênero, demonstram bem a força que o discurso institucional tem na construção do certo e do errado. Durante muito tempo, estes discursos não tinham grande relevância para os debates públicos, contudo, quando o Estado passou a se abrir para estes temas e leva-los à discussão, a sociedade também passou a aceitá-los melhor, tanto que quando

os Estados Unidos da América autorizaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a decisão foi comemorada em praticamente todo o mundo.

É por meio da mudança no discurso institucional, que conduz as pessoas a estabelecer a diferença entre o certo e o errado, que demandas, anteriormente impensáveis, passam a protagonizar as discussões sobre as medidas mais adequadas à concretização do princípio da igualdade.

A abordagem de Marx sobre a discriminação surgiu a partir de sua constatação de que a busca pelo acúmulo de capital, desencadeada pelo capitalismo, possibilita que as escolhas sejam feitas por aqueles que desfrutam de melhores condições financeiras, enquanto que os menos favorecidos economicamente acabam ficando excluídos da vida social. (MARX, 2013).

O que se percebe é que, um dos grandes problemas sociais consiste, justamente, em conseguir gerenciar as desigualdades de forma que, tanto a desigualação, quanto a exclusão se mantenham dentro de limites aceitáveis, evitando que alcancem situações extremas.

Algumas medidas adotadas para minimizar os efeitos da desigualdade capital são a criação de sindicatos, controle da jornada, estipulação de um salário mínimo, seguro social, entre outros, que visam a incluir o trabalhador no mercado de consumo.

Considerando os rumos tomados pelos Estados e as medidas empregadas com o objetivo de evitar as desigualdades, é possível ousar dizer que as sociedades ainda estão muito longe de gerir de forma satisfatória as discriminações, o que impede que todas as pessoas tenham suas diferenças respeitadas.

3 O DIREITO À DIFERENÇA NUM CONTEXTO DE DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, uma observação terminológica parece essencial: por que falar de discriminação de gênero e não de discriminação do sexo feminino? Há alguma diferença nisso?

Para responder a essa pergunta recorreu-se a um texto de Joan Scott, a autora explica de forma muito precisa a importância dessa terminologia para o movimento feminista.

A utilização do termo gênero, no estudo de questões ligadas à mulher, surgiu no século XX entre as feministas americanas que buscavam dissociar o feminismo do determinismo biológico.

O determinismo biológico sustentava a ideia de que só era mulher quem havia nascido com as características biológicas de mulher, e não era isso que as feministas desejavam; elas buscavam um termo que pudesse explicar as interações sociais entre homens e mulheres.

Nesse sentido, Piscitelli (2009) aponta que o anseio pela utilização do termo gênero decorre do desejo das feministas de discutir a discriminação contra as mulheres a partir das diferenças culturais e não apenas biológicas, isso em virtude de que em cada sociedade a mulher é tratada de forma distinta, em que pese suas características biológicas sejam sempre as mesmas.

No mesmo sentido Wolff (2004) reitera que a diferença entre sexo e gênero reside no fato de que o primeiro decorre da natureza biológica, enquanto que o segundo é oriundo da construção social.

O mais interessante desse debate é que, quando se analisa o problema da discriminação a partir do conceito de gênero e não de sexo, torna-se possível questionar a condição que as mais diversas sociedades atribuem à mulher, já que os papéis atribuídos à mulher variam de acordo com cada cultura. Se a discussão ficasse pautada exclusivamente no sexo, seria consideravelmente esvaziada, pois do ponto de vista biológico todas as mulheres gozam das mesmas características.

Esse tema, inclusive, foi abordado por Foucault (2014), quem evidencia que o que há de mais interessante nos movimentos feministas é o fato de as mulheres terem iniciado seus movimentos reivindicatórios no século XIX, tendo como base suas especificidades sexuais (movimentos puramente sexuais), após ter deixado de lado a questão do sexo puramente e passar à busca do reconhecimento cultural, político, social, econômico, desvinculado da questão do sexo.

Com a introdução do termo “gênero” no século XX, os estudos feministas tomaram uma nova direção, pois deixaram de tratar apenas das diferenças biológicas entre homens e mulheres para estudar as relações sociais e as formas como elas influenciam no “status” que o homem e a mulher têm na sociedade.

Superada essa observação acerca da terminologia empregada, serão apresentados alguns dos inúmeros argumentos que buscam explicar os motivos pelos quais a mulher desfruta de uma posição social considerada inferior ao homem.

Beauvoir (1970, p. 12) menciona que a mulher é considerada um ser inessencial, mas não porque se colocou nessa situação, e sim pelo fato de que os homens a definiram como “o outro” desde o início da história da humanidade.

A posição de inferioridade ocupada pela mulher no seio da sociedade foi se desenvolvendo ao longo da evolução histórica, ou seja, houve uma construção social na qual os homens foram se colocando num patamar superior e diminuindo cada vez mais as mulheres. (COELHO, 2002).

Contudo, de acordo com Beauvoir (1970), mesmo as mulheres intelectualizadas, embora demonstrassem certa indignação com sua condição de inferioridade, fizeram apenas uma “agitação simbólica” e não uma verdadeira luta em prol de seus direitos, em virtude de terem aceitado apenas aquilo que os homens concordaram em lhes conceder.

Na antiguidade, houve uma divisão natural do trabalho entre homens e mulheres, tanto os homens quanto as mulheres asseguravam o sustento da comunidade e as tarefas domésticas. O trabalho feminino era tão importante quanto o masculino e eram realizados coletivamente. Apesar de a mulher ser vista como reprodutora, não era somente esse seu papel na comunidade. (AUAD, 2003).

Na Indonésia e na África Central, consideradas sociedades primitivas, a possibilidade de procriar tornava a mulher um ser sagrado diante dos olhos dos homens, que não tinham a mínima noção do seu papel na procriação e acreditavam que eram os deuses que concebiam os fetos. (AUAD, 2003).

Foi somente no período neolítico, por volta do ano 7000 a. C, que os homens começaram a ter percepção de qual era seu papel na reprodução humana. Foi nesse momento que surgiram as primeiras noções de casamento e de controle da sexualidade. (AUAD, 2003).

Posteriormente, com o advento do patriarcado, o macho reivindica seu papel na procriação e passa a atribuir à mulher apenas o papel de carregar e alimentar o feto que o homem criou. (BEAVOUIR, 1970).

A partir do momento em que o homem se dá conta do seu papel ativo na reprodução, ele passa a ver a mulher como sua propriedade, isso porque, quanto mais filhos ela lhe der, maior será a quantidade de mão de obra disponível para o trabalho. Nessa fase, a mulher chegou a ser considerada patrimônio do marido, e era utilizada como moeda de troca.

AUAD (2003) aponta que a dependência econômica e psicológica da mulher não foi construída, durante séculos e séculos, sobre dados biológicos irrefutáveis que comprovassem a fragilidade da mulher, as características biológicas da mulher, como por exemplo, a possibilidade de gerar filhos levou-a a ser considerada como ser submisso e inferior.

Com o início do controle da sexualidade, a sociedade começa a criar regras para a virgindade e para a monogamia que, lembra-se aqui, somente era aplicada às mulheres, jamais aos homens.

É exatamente nesse momento da história que surge a cultura doméstica, segundo a qual a mulher deve viver restrita ao lar, cuidando dos afazeres domésticos e dos filhos, que são considerados seus deveres primordiais.

A subordinação da mulher, também, é fundamentada na biologia e decorre do fato de que ela, em geral é menor que os homens, menos pesada e tem metabolismo instável. Contudo, tal afirmação não se mostra suficiente para definir a hierarquia dos sexos, haja vista que não podemos admitir que as diferenças biológicas condenassem a mulher à subordinação eterna ao homem. (BEAVOUIR, 1970).

Nesse diapasão, BEAVOUIR (1970) leciona que a sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para defini-la. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência por meio das ações no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista por meio da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana.

A religião e, até mesmo, o Cristianismo também contribuiu para essa visão da mulher como um ser inessencial, o que é possível concluir após a análise da passagem bíblica de Gênesis: 3,16, após saber que Adão e Eva

comeram frutos da árvore proibida, Deus disse à Eva “Multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua conceição; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará.”

Pelo fato de ver a mulher como um ser demoníaco, a Igreja Católica, inclusive, instituiu o celibato aos padres (BEAUVOIR, 1970, p. 118).

As religiões forjadas pelos homens refletem essa vontade de domínio: buscaram argumentos nas lendas de Eva, de Pandora, puseram a filosofia e a teologia a serviço de seus desígnios, como vimos pelas frases citadas de Aristóteles e Santo Tomás. (p. 16)

É impressionante que no século XVI, a fim de manter a mulher casada, sob tutela, apele-se para a autoridade de Santo Agostinho, declarando que “a mulher é um animal que não é nem firme nem estável”, enquanto que à celibatária se reconhece o direito de gerir seus bens. (BEAUVOIR, 1970, p. 16).

A discriminação de gênero é um tema que tem sido amplamente debatido, isso porque a discriminação está presente em vários ambientes sociais, tais como no ambiente doméstico, nas relações de trabalho, na religião, nas escolas e universidades, entre outros.

É justamente da ideia de poder que os homens exercem sobre as mulheres, dessa dominação que se construiu ao longo da historia, que surgem os movimentos de resistência, pois Foucault (1996) já alertou que o poder desencadeia a possibilidade de resistência.

Cada vez mais, as mulheres buscam concorrer com os homens de forma paritária, a fim de garantir que possam desfrutar, de maneira concreta e não apenas formal, dos mesmos direitos e obrigações.

A subordinação das mulheres aos homens é um fato notável, que pode ser percebido em todo o mundo e em diversos períodos da historia. A Grã-Bretanha, por exemplo, até 1970 tinha uma lei que previa faixas salariais distintas para homens e mulheres, sendo que estas recebiam valores inferiores aos pagos para o sexo oposto. (WOLFF, 2004).

Analisando todo o contexto histórico é possível aferir que as mulheres já conseguiram inúmeras vitórias na sua luta contra a discriminação, contudo ainda resta muito a ser conquistado, haja vista que, em que pese em inúmeros países, as leis concedam tratamento isonômico a homens e mulheres, na

prática o Estado não consegue fiscalizar a aplicação de tais leis o que pode ensejar uma discrepância entre teoria e prática. (WOLFF, 2004).

É nesse ponto que Wolff (2004) tece sua crítica à concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres, uma vez que possuem desejos e necessidades distintas, o que demandaria o reconhecimento de direitos específicos às mulheres, a exemplo da licença maternidade que, em geral, é um direito cujo titular, salvo algumas raras exceções, será a mulher.

Diante do entendimento manifestado pelo STF e pelo TCF é possível concluir que a discriminação apenas sob o argumento da diferença entre gênero masculino ou feminino não encontra respaldo constitucional, pois não é passível de justificação.

Assim, cada Estado deve adotar medidas e fiscalizar sua aplicação, no intuito de garantir que somente sejam admitidas apenas as discriminações que tem como objetivo garantir que todas as pessoas, independentemente de se gênero, tenham suas diferenças respeitadas.

CONCLUSÃO

A proposta deste estudo foi fazer uma análise da discriminação de gênero para, ao final responder o problema da pesquisa, que é a verificar se a concessão dos mesmos direitos a homens e mulheres é suficiente para a concretização do direito à igualdade.

Para abordar esse tema, optou-se por uma análise da discriminação de gênero não mais sob o viés da igualdade, mas sim através do estudo do direito à diferença.

Assim, os capítulos foram organizados de forma que fosse possível apresentar ao leitor conclusões que vão permitindo compreender a temática proposta. Para sintetizar as conclusões alcançadas no estudo, serão apresentadas na ordem em que aparecem no desenvolvimento do texto:

1. Atualmente, a sociedade está numa fase em que se busca o respeito à diferença real, pois reconhecer o direito à igualdade já se tornou insuficiente, é necessária uma marcha para o reconhecimento das diferenças, garantindo a cada indivíduo o respeito das suas particularidades.

2. Para que as diferenças sejam respeitadas, verificou-se que as discriminações, desde que não sejam arbitrárias, são meios para se alcançar a igualdade real.

3. Entretanto, a discriminação realizada apenas sob o argumento da diferença entre gênero masculino ou feminino não encontra respaldo constitucional, pois não é passível de justificação, por isso é arbitrária e deve ser combatida.

As conclusões expostas demonstram que é necessário que cada Estado implemente e fiscalize, em seu território, medidas que tenham como objetivo de garantir que somente sejam admitidas as discriminações que tem como objetivo garantir que todas as pessoas, independentemente de seu gênero, tenham suas diferenças respeitadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A teoria dos direito fundamentais.** Trad. Virgilio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AUAD, Daniela. **Feminismo:** que história é essa? Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

BEAVOUIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

GUERRA, Raquel Diniz. **Mulher e discriminação**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de incnstitucionalidade nº 3330**. Relator: Ministro Ayres Brito. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 03 de maio de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000202334&base=baseAcordaos. Acesso em: 20 de nov. de 2015

COELHO, Mariana. **A evolução do feminismo:** subsídios para a sua história. 2. ed. Org. Zahidé L. Muzart. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. Edições Loyola. São Paulo: 1996.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Edições Graal. Rio de Janeiro: 1999.

MARX, Karl. **O capital:** critica da economia política. Trad. Rubens Enderle. Boitempo editorial, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. Malheiros Editores. São Paulo: 2002.

PISCITELLI, Adriana. **Gênero: a história de um conceito**. Diferenças, igualdade I Heloisa Buarque de Almeida, José Eduardo Szwako (orgs.) - São Paulo: Berlendis & Vertecchia, 2009.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Org. Leonardo Martins. Fundação Konrad Adenauer: Montevideo, 2005.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Em torno à diferença**: aventuras da alteridade na complexidade da cultura contemorânea. Porto Alegre: Lumen Juris: 2008.

WOLFF, Jonathan. **Introdução à filosofia política**. Trad. Maria de Fátima ST. Aubyn. Gradiva, 2004.