



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE DOUTORADO

MÔNICA NICKNICH

**O DIREITO SOCIAL DAS MULHERES AO TRABALHO E O
PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: UMA NOVA
RELACIONALIDADE NA PÓS-MODERNIDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Dr^a.

Florianópolis
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

NICKNICH, MÔNICA

O DIREITO SOCIAL DAS MULHERES AO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE : UMA NOVA RELACIONALIDADE NA PÓS MODERNIDADE / MÔNICA NICKNICH ; orientadora, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira - Florianópolis, SC, 2016.

469 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito social ao trabalho. 3. Mulheres. 4. Princípio da Fraternidade. 5. Pós-Modernidade. I. Oliveira, Olga Maria Boschi Aguiar de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

O direito social das mulheres ao trabalho e o princípio da fraternidade: uma nova relacionalidade na pós-modernidade

MÔNICA NICKNICH

Esta tese foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:



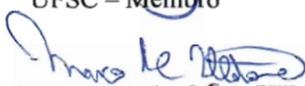
Prof. Dr. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira
UFSC – Orientador



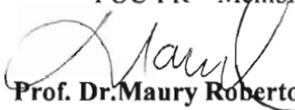
Profa. Dra. Priscila Campana
ABDConst – Membro



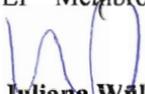
Profa. Dra. Josiane Rose Petry Veronese
UFSC – Membro



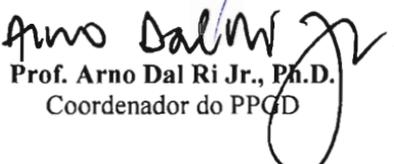
Prof. Dr. Marco Antonio César Villatore
PUC-PR – Membro



Prof. Dr. Maury Roberto Viviani
UNIVALI – Membro



Profa. Dra. Juliana Wülfing
UFSC – Membro



Prof. Arno Dal Ri Jr., Ph.D.
Coordenador do PPGD

Dedico este trabalho ao meu querido marido Marcelo, à minha amada filha Catarina, aos meus estimados pais, Ariberto e Ronilda e às minhas admiráveis irmãs, Daniela e Marina.

AGRADECIMENTOS

Importante agradecer àqueles que me ajudaram na caminhada da construção da tese. Eu não poderia deixar de registrá-los neste momento.

Inicialmente, à Deus por abençoar o meu cotidiano e por colocar pessoas tão especiais em minha vida.

Ao meu marido Marcelo e à minha filha Catarina, amores da minha vida, pela compreensão e pela maneira com que sempre me incentivaram na construção deste trabalho.

Aos meus pais, Ariberto e Ronilda, com todo o meu amor e gratidão, por tudo o que me ensinam.

Às minhas irmãs, Daniela e Marina, ao meu cunhado Adilson e ao meu amado sobrinho Filipe pelo afeto e companheirismo nesta fase especial de minha vida.

À minha querida orientadora, Dr^a. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, pelo carinho e ensinamentos transmitidos ao longo de muitos encontros.

A todos os integrantes do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade.

Aos meus professores e colegas do Doutorado que contribuíram através do compartilhamento de seus conhecimentos e amizade, em especial, Dr^a. Heloísa Maria José de Oliveira, Dr^a. Josiane Rose Petry Veronese, Dr^a. Juliana Wulfing, Dr. Marco Antônio Villatore e Dr. Maury Roberto Viviani.

Aos funcionários da secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito pela atenção dedicada, em especial, Maria Aparecida de Oliveira e Fabiano Dauwe.

Aos meus queridos amigos e colegas do Tribunal de Justiça de Santa Catarina pelo estímulo permanente desde o início de minha busca pelo Programa do Doutorado em Direito, em especial, Adalto Barros dos Santos, Alessandra Gramkow Hammes, Juliana Nunes Vizzotto e Ricardo Uliano dos Santos.

Finalmente, um agradecimento especial a todas as mulheres que me ensinaram a nunca desistir e que lutam por reconhecimento, por direitos, por respeito, por inclusão e por mais amor.

RESUMO

As relações entre o gênero feminino, o direito fundamental social ao trabalho, o princípio jurídico da fraternidade e a pós-modernidade precisam ser evidenciadas a fim de se corroborar os valores humanitários que se deseja. Questiona-se: Até que ponto o direito social das mulheres ao trabalho, ainda caracterizado por desigualdade e discriminação, pode ser efetivado à luz de uma nova relacionalidade com o princípio da fraternidade na pós-modernidade? Partindo-se de tal problema de pesquisa, delineou-se a hipótese de que os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os quais deveriam possibilitar formas de desenvolvimento razoável às pessoas parecem ter se tornado um discurso vazio. Diante de tal cenário, por meio do princípio jurídico da fraternidade acredita-se no estabelecimento de uma “ponte” entre o direito social ao trabalho e o gênero feminino. Referido princípio possibilita um rompimento com o paradigma do gênero masculino ao tempo que é capaz de dar fundamento ao reconhecimento e unidade de diferentes. Para tanto, elegeu-se como objetivo nuclear da presente tese a verificação da efetivação do direito social das mulheres ao trabalho, caracterizado por desigualdade e discriminação, à luz do princípio jurídico da fraternidade. Dessa forma, inclinou-se à satisfação dos seguintes objetivos específicos: estudo do direito fundamental social ao trabalho; análise do princípio jurídico da fraternidade; exame das relações de gênero no contexto do direito social ao trabalho, ainda assinaladas por tratamentos discriminatórios e desiguais; e, por fim, verificação de um novo horizonte para o direito social das mulheres ao trabalho na pós-modernidade, tendo como diretriz o princípio jurídico da fraternidade. Utilizando-se o método indutivo a tese foi estruturada com rigor científico, de forma a atingir os objetivos propostos. Assim, o primeiro capítulo abordou o direito social ao trabalho, inserido na seara dos direitos sociais, que se apresenta com um discurso jurídico consistente mas que, no entanto, revela sua insuficiência pelo que silencia. Neste sentido, o segundo capítulo versou sobre o princípio jurídico da fraternidade, interpellando diretamente o comportamento estatal, social e individual. Constatou-se que nos espaços de interlocução da sociedade com o Estado - verdadeiros centros de poder historicamente dominado por homens numa construção política sutil - às mulheres são atribuídos papéis compatíveis à maternidade e ao casamento, restringindo sua participação nos espaços públicos e no gozo de muitos direitos fundamentais sociais. Deste modo, no terceiro

capítulo se considerou que é na seara do direito social ao trabalho que aspectos como a discriminação e a desigualdade, em razão do gênero, têm sido negligenciados. Por fim, no quarto capítulo, examinou-se que o sentido do direito social das mulheres ao trabalho passa por uma reflexão acerca de implicações de ordem humana e relacional na pós-modernidade. O momento histórico de transição de cenários, ocasionado pela descrença nos paradigmas da modernidade, conduzem a uma nova condição humana. O desafio que se propõe, desse modo, é resgatar o princípio da fraternidade para que ganhe contornos pragmáticos, sem os quais não será possível a emancipação que importe em mudanças concretas na vida das mulheres.

Palavras-chave: Direito social ao trabalho. Mulheres. Princípio da Fraternidade. Pós-Modernidade.

ABSTRACT

Relations between the female gender, the social fundamental right to work, the legal principle of fraternity and postmodernity must be highlighted in order to corroborate the humanitarian values that you want. Up questions: To what extent the social right of women to work, still characterized by inequality and discrimination can be effected in the light of a new relatedness with the principle of fraternity in postmodernity? Starting from this research problem, the hypothesis that the fundamental social rights in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, which should allow reasonable development ways of people seem to have become an empty speech. Faced with this scenario, through the legal principle of fraternity believes in the establishment of a "bridge" between the social right to work and the female. That principle enables a break with the male paradigm to the time it is able to ground the recognition and unity of different. For this, he was elected as a core objective of this thesis the verification of effective social right of women to work, characterized by inequality and discrimination, considering the legal principle of fraternity. Thus, we tried to satisfy the following specific objectives: study the fundamental social right to work; analysis of the legal principle of fraternity; examination of gender relations in the context of the social right to work, still marked by discriminatory and unequal treatment; and finally, verification of a new path for the social rights of women to work in postmodernity, taking as a guideline the legal principle of fraternity. Using the inductive method the thesis was structured with scientific rigor in order to achieve the proposed goals. Thus, the first chapter dealt with the social right to work, inserted in the area of social rights, which is presented with a consistent legal discourse but which, however, it reveals his failure so silent. In this sense, the second chapter studied on the legal principle of fraternity, directly interpellating state behavior, social and individual. It was found that the interlocution spaces of society with the state - true centers of power historically dominated by men in a subtle political construction - women are assigned roles compatible with motherhood and marriage, restricting their participation in public spaces and in the enjoyment of many fundamental social rights. Thus, in the third chapter considers that it is in the area of social right to work issues such as discrimination and inequality on the grounds of gender, have been neglected. Finally, in the fourth chapter, it examined the meaning of the social right of women to work undergoes a reflection on human and relational implications in order postmodernity.

The historical moment of transition scenarios, caused by disbelief in the paradigms of modernity, lead to a new human condition. The challenge is proposed, therefore, is to rescue the principle of fraternity to gain practical contours, without which the emancipation that matters in concrete changes in the lives of women is not possible.

Keywords: Right to Work. Women. Principle of Fraternity. Post-Modernity.

RESUMEN

Las relaciones entre el género femenino, el derecho social fundamental al trabajo, el principio legal de la fraternidad y de la posmodernidad hay que destacar el fin de corroborar los valores humanitarios que desee. Hasta preguntas: ¿En qué medida el derecho social de la mujer al trabajo, aún se caracteriza por la desigualdad y la discriminación puede ser efectuada a la luz de una nueva relación con el principio de la fraternidad en la posmodernidad? A partir de este problema de la investigación, la hipótesis planteada, que los derechos sociales fundamentales en la Constitución de la República Federativa del Brasil en 1988, lo que debería permitir formas razonables de desarrollo de las personas parecen haberse convertido en un discurso vacío. Ante este escenario, a través del principio legal de la fraternidad cree en el establecimiento de un "puente" entre el derecho social al trabajo y la hembra. Este principio permite a una ruptura con el paradigma masculino a la vez que es capaz de conectar a tierra el reconocimiento y la unidad diferente. Para esto, fue elegido como un objetivo fundamental de esta tesis la verificación del derecho social efectiva de la mujer al trabajo, caracterizado por la desigualdad y la discriminación a la luz del principio jurídico de la hermandad. De este modo, se inclinó para cumplir los siguientes objetivos específicos: estudiar el derecho social fundamental para el trabajo; análisis del principio jurídico de la fraternidad; examen de las relaciones de género en el contexto del derecho social a trabajar, todavía marcado por el trato discriminatorio y desigual; y, por último, la verificación de un nuevo camino para los derechos sociales de la mujer al trabajo en la posmodernidad, tomando como pauta el principio legal de la fraternidad. Utilizando el método inductivo de la tesis se ha estructurado con rigor científico con el fin de alcanzar los objetivos propuestos. Por lo tanto, el primer capítulo aborda el derecho social al trabajo, se inserta en el campo de los derechos sociales, que se presenta con un discurso jurídico consistente, pero que, sin embargo, revela su fracaso tan silencioso. En este sentido, el segundo capítulo expone en el principio legal de la fraternidad, interpelando directamente el estado, el comportamiento social e individual. Se encontró que los espacios de interlocución de la sociedad con el Estado - verdaderos centros de poder históricamente dominada por los hombres en una construcción política sutil - las mujeres se les asignan funciones compatibles con la maternidad y el matrimonio, lo que restringe su participación en espacios públicos y en el disfrute de muchos los derechos sociales fundamentales. Así, en el tercer capítulo

se considera que es en el área de derecho social para trabajar cuestiones como la discriminación y la desigualdad por motivos de género, que se han descuidado. Por último, en el cuarto capítulo, se examina el significado del derecho social de la mujer al trabajo sufre una reflexión sobre las implicaciones humanas y relacionales en la posmodernidad orden. El momento histórico de transición de los escenarios, causadas por la incredulidad en los paradigmas de la modernidad, conducen a una nueva condición humana. Se propone el reto, por lo tanto, es rescatar el principio de fraternidad para obtener contornos pragmáticos, sin la cual la emancipación que importa en cambios concretos en la vida de las mujeres no es posible.

Palabras clave: Derecho al Trabajo. Mujeres. Principio de la Fraternidad. Postmodernidad.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Divisão Sexual de Trabalho: Indicador “disponibilidade de vagas em creche”	337
Gráfico 2 – Indicador “participação das mulheres nos grupamentos de atividade”	344
Gráfico 3 – Indicador “perfil educacional”	346

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Transitórias
CAGED	Cadastro-Geral de Empregados e Desempregados
CIPAS	Comissões Internas de Prevenção de Acidentes
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNPM	Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres
CODEFAT	Conselho Deliberativo do FAT
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
FAD	Fundo de Assistência ao Desempregado
FAT	Fundo de Amparo ao Trabalhador
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PASEP	Programa de Formação de Patrimônio do Servidor Público
PEA	População Economicamente Ativa
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PIS	Programa de Integração Social
PME	Pesquisa Mensal de Emprego
PNPM	Plano Nacional de Políticas para as Mulheres
PNQ	Plano Nacional de Qualificação
RAIS	Relação Social de Informações Sociais
SENAC	Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio
SENAI	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SENAR	Serviço Nacional de Aprendizagem Rural
SINE	Sistema Nacional de Emprego
SNFMO	Sistema Nacional de Formação de Mão de obra
STF	Supremo Tribunal Federal
TEM	Ministério do Trabalho e Emprego

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	21
CAPÍTULO 1 - O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO.....	27
1.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
1.2. AS DIMENSÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	52
1.3. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO: DE TAREFA TORTUOSA AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL.....	80
1.4. AS DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO.....	113
CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE.....	141
2.1 A FRATERNIDADE A PARTIR DA REVOLUÇÃO FRANCESA: CAUSAS DA PRETERIÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO SEU RESGATE RUMO À PÓS-MODERNIDADE.....	141
2.2 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE.....	169
2.3 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO DIREITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE.....	189
2.4 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO PROJETO CONSTITUCIONAL DE RECONHECIMENTO DO OUTRO: A NECESSÁRIA INCLUSÃO DO FEMININO.....	214
CAPÍTULO 3 - AS RELAÇÕES DE GÊNERO NO CONTEXTO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO: REFLEXÕES ACERCA DA DISCRIMINAÇÃO E DESIGUALDADE.....	241
3.1 RELAÇÕES DE GÊNERO: OCUPAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS, PODER E EVOLUÇÃO CONCEITUAL.....	242
3.2 A ANÁLISE DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE E O GÊNERO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	270
3.3 REFLEXÕES ACERCA DA DESIGUALDADE E DA DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO.....	287
3.4 A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO.....	318

CAPÍTULO 4. O SENTIDO DO DIREITO SOCIAL DAS MULHERES AO TRABALHO: UM NOVO HORIZONTE PELO VIÉS DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE	349
4.1. AS MULHERES E O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO: PELA EMANCIPAÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE.....	349
4.2 A RELEITURA DO GÊNERO EM BUSCA DA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE FEMININA LABORAL PÓS-MODERNA.....	369
4.3. DIREITO SOCIAL AO TRABALHO E IGUALDADE DE GÊNERO: O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA PARA FINS DE INCLUSÃO DA “OUTRA”	388
4.4 O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO REGIME DEMOCRÁTICO.....	409
4.4.1 Educação	410
4.4.2 Políticas Públicas.....	416
4.4.3 Política Jurídica e Ordenamento Normativo	424
4.4.4 Ativismo do Poder Judiciário	430
CONCLUSÃO.....	439
REFERÊNCIAS.....	443

INTRODUÇÃO

A temática do direito social das mulheres ao trabalho indica a intenção de se fazer uma investigação, em que se privilegia o Direito Constitucional, cujo centro das atenções é o gênero feminino, a partir da verificação prévia de tratamentos desiguais e discriminatórios. Constitui-se em uma pesquisa que perpassa por áreas para além do Direito para fins de tomada de consciência holística, na qual se verifica que as expectativas recaem no princípio da fraternidade como última *ratio* para interpretações humanitárias nas relações intersubjetivas entre o Estado, a sociedade, o direito ao trabalho e o gênero feminino.

Devido à complexidade em que está inserida referida temática e a multiplicidade de recortes que permite, há, todavia, de se imprimir objetividade, de forma que o caminho a ser percorrido exige que muitas das problemáticas sejam lastreadas no curso do trabalho, mas, lamentavelmente, não sejam tratadas e exploradas como merecem.

Cumpra iniciar situando-se o problema e a hipótese que contemplam o tema, indicando a seguir, por onde se constrói seu objetivo geral e objetivos específicos, a justificativa, bem como a metodologia utilizada.

Assim, pela necessidade premente do reconhecimento e da valorização do gênero feminino, para além do “rosa para menina e azul para menino”, levanta-se o problema: até que ponto o direito social das mulheres ao trabalho, ainda caracterizado por desigualdade e discriminação, pode ser efetivado à luz de uma nova relacionalidade com o princípio da fraternidade na pós-modernidade?

Partindo-se de tal questionamento, a tese apresenta como hipótese o hiato constatado entre o direito fundamental social ao trabalho e o seu gozo por parte das mulheres, de forma que se constata no âmago de tais relações o predomínio da desigualdade e da discriminação, conforme se verifica nos tratamentos dispensados quanto ao direito à maternidade, aos planos de cargos e salários, ao assédio sexual e às revistas íntimas. Tratamentos estes que afrontam muito mais que o direito fundamental social ao trabalho, afrontam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, a fraternidade, na condição de princípio jurídico do Estado Democrático de Direito, traz, na pós-modernidade, uma proposta de rompimento com o paradigma do masculino e com a exclusão que dele decorre. Ao tempo em que é capaz de dar fundamento ao reconhecimento e à unidade de diferentes, permite olhar o direito fundamental social das mulheres ao trabalho pelo viés da sensibilidade.

É diante desse quadro, e de inconformismo com tal situação, que este trabalho elege como seu objetivo nuclear verificar se o direito social das mulheres ao trabalho, caracterizado por desigualdade e discriminação, pode ser concretizado à luz do ideário do princípio da fraternidade.

Dessa forma, inclina-se à satisfação dos objetivos específicos de: estudar o direito social ao trabalho a partir da concepção dos direitos fundamentais sociais; analisar a fraternidade na condição de princípio jurídico e o reconhecimento e comprometimento com o outro que proporciona; as relações de gênero diante da discriminação e da desigualdade no mercado de trabalho; e por fim, a possibilidade de se promover uma nova relacionalidade entre o direito social das mulheres ao trabalho e o princípio da fraternidade na pós-modernidade com vistas a ocuparem, em igualdade, os espaços públicos.

A justificativa do tema repousa na averiguação histórica do direito social das mulheres ao trabalho marcada pela desigualdade e pela discriminação. O processo civilizatório que precisaria afiançar formas de desenvolvimento razoáveis ao ser humano não o fez, prevalecendo até hoje, século XXI, um hiato entre o Estado e a garantia constitucional do direito social ao trabalho. Torna-se necessário refletir sobre os valores que são impostos e vivenciados, bem como o papel que pode ser desempenhado pelo princípio da fraternidade a partir de uma nova relacionalidade.

Através dos diversos olhares das distintas áreas do saber vê-se que as mulheres são inseridas em um contexto de inferioridade devido às diferenças fisiológicas, biológicas e reprodutivas, bem como, às características relacionadas às diferentes funções e remunerações atribuídas ao homem e à mulher. Neste contexto, a reprodução social atomizada de determinados pré-conceitos impedem a realização de direitos. As relações entre trabalho, gênero e poder estão inseridas em um círculo viciado e não virtuoso.

Registra-se que muitas desigualdades e discriminações são consideradas “naturais”, possuindo um significado social e cultural baseados em mitos e arquétipos há muito estabelecidos e reproduzidos. Assim, a temática em questão liga-se a isso de modo pungente, devido ao simbolismo que o próprio ato de trabalhar representa desde a esfera familiar.

Há de se sopesar uma mudança a partir do resgate do princípio da fraternidade. Por intermédio de referida categoria legar-se-ia ao mundo, então, não só os frutos do trabalho do gênero feminino, mas um modelo de perpetuação de práticas verdadeiramente igualitárias, seja o trabalho

profissional ou doméstico, formal ou informal, remunerado ou não-remunerado, superando-se a posição da mulher, de súditas a cidadãs.

Tratar da relação entre o direito social das mulheres ao trabalho e o princípio da fraternidade, possibilita explicitar as possibilidades e os limites das assimetrias dos gêneros como uma questão central de rompimento com a insistência da construção da identidade feminina por meio do gênero masculino.

Soma-se a isso a necessária reflexão sobre um problema de caráter tão amplo que é a efetiva fruição do direito fundamental social ao trabalho. Por se constatar que a sociedade ainda se move no sentido de não reconhecer aqueles que não são iguais, gerando um ciclo de exclusão, verificar-se-á até que ponto a concepção da fraternidade, como princípio jurídico no Estado Democrático de Direito, é capaz de estimular a prática da produção de dimensões simbólicas inclusivistas.

A construção da identidade feminina envolve a atenção ao que se reproduz em meio as relações de poder e, nessa linha de argumentação, constata-se que se houver a superação das tradicionais posturas, comprometidas, por vezes, com a mera liberdade e a igualdade formais, chegar-se-á à essência do que o princípio da fraternidade se propõe: o estabelecimento de uma ponte à efetivação da dignidade humana na pós-modernidade.

Assim sendo, nessa tese, considera-se como referencial teórico, quanto ao direito social ao trabalho, a doutrina de PAULO BONAVIDES, por elaborar uma teoria constitucional no âmbito dos direitos fundamentais sociais, abordando o direito social ao trabalho como um importante instrumento na implementação de uma existência digna. Em relação ao estudo da fraternidade, adotar-se-á como marco teórico os estudos de ANTONIO MARIA BAGGIO, que a resgatou do tríptico da Revolução Francesa, dessa feita regida na transição para a pós-modernidade pela lógica da inclusão.

Todavia a referência aos marcos teóricos não implica aceitar a existência de um pensamento jurídico monolítico no Brasil, pois, existem significativos estudos que foram considerados por apontarem o rompimento para com a herança patriarcal. Da mesma forma, optou-se pela interdisciplinariedade em razão do direito social ao trabalho ser uma categoria multifária e, como tal, abarcar aspectos históricos, políticos, econômicos, sociológicos e psicológicos, além do jurídico. Buscou-se evitar que o tema ficasse adstrito ao monólogo do Direito e de seus limites, ainda que se tenha privilegiado o discurso jurídico.

A metodologia utilizada no desenvolvimento da tese foi elaborada à luz da obra “Monografia Jurídica - Orientações

Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso”, de Olga Maria Boschi de Aguiar Oliveira, onde a autora, trabalhando a questão sobremaneira, aclara a importância da investigação e da produção científica marcada por uma adequada metodologia para fins de validade de seu resultado. Assim, o método indutivo monográfico utilizado, aliado a técnicas de pesquisa em fontes documentais e bibliográficas - recorrendo-se a doutrinas, publicações em periódicos, monografias, pesquisas de dados estatísticos, dissertações e teses sobre o tema - contribuiu para a estruturação de uma tese com rigor científico, de forma a atingir os objetivos propostos.

Dessa forma, o trabalho está estruturado em quatro capítulos, todos interligados ao reconhecimento e efetivação do direito social das mulheres ao trabalho.

Neste sentido, o primeiro capítulo da tese trata do direito fundamental social ao trabalho, abarcando aspectos distintivos entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, questões conceituais e históricas dos direitos sociais, especificamente as relacionadas ao direito social ao trabalho, além das dificuldades vivenciadas quando à sua efetivação.

Os direitos sociais, consagrados como um dos fundamentos do Estado Democrático, pelo artigo 1º, IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade. Contudo, como falar em concretização da igualdade de gênero diante do distanciamento das mulheres do seu direito social ao trabalho? Isso porque o trabalho é parte importante na vida dos seres humanos, pois dele decorre o sustento, a construção da identidade, a saúde psíquica, a formação de relações, além da participação nas decisões políticas, econômicas, sociais e jurídicas.

O direito fundamental social ao trabalho, na teoria jurídica, emana do Direito Constitucional, inserido na temática dos direitos sociais, e se apresenta com um discurso jurídico consistente mas que, no entanto, revela sua insuficiência pelo que silencia. Ao mesmo tempo em que é um importante direito positivado, apresenta-se como um dos menos efetivados, em especial no que se refere às mulheres. Afirmado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em diversos tratados e declarações de Direito internacional, na sua trajetória histórica se verifica a adoção de concepções e de *status* muito distantes do que hoje se concebe.

É nessa senda questionadora que segue a tese e que se apresenta, no segundo capítulo, a necessidade do resgate da fraternidade na condição de princípio jurídico. Ainda que por muito tempo tenha sido ignorada, vislumbra-se o princípio da fraternidade como um possível mediador entre o Estado, a sociedade e os seres humanos no contexto da pós-modernidade, funcionando como elemento discursivo basilar na obtenção de um consenso inclusivista e na correlata legitimação de direitos fundamentais. Seu embasamento está, ao lado da liberdade e da igualdade, na dignidade humana de que gozam todos.

Verificam-se nas experiências históricas que as tentativas de liberdade absoluta e de igualdade massificadora, que por figurarem desamparadas de referido princípio, seja no aspecto teórico - ausência de previsão nas normas jurídicas -, seja na práxis - pela falta de efetivação -, resultaram em desigualdades e discriminação.

Contudo, no Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 absorveu a trilogia da Revolução Francesa ao prever em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e ao definir como o primeiro objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, o princípio da fraternidade oferece a possibilidade de reconhecimento de cada um a partir do fortalecimento do laço social, estabelecendo o fim da cultura do patriarcado e os efeitos perversos da lógica da exclusão.

As relações de gênero são tratadas no terceiro capítulo, lugar em que se traz o esgotamento do paradigma do gênero masculino dominante por séculos. Foram analisadas as dimensões da igualdade formal e material, os aspectos fundantes da desigualdade e da discriminação nas relações de gênero, bem como a divisão sexual do trabalho.

O gozo do direito fundamental social ao trabalho pelas mulheres exige a análise da forma como o Direito contribui para a construção, reforço ou desconstrução das relações de gênero, por um lado marcadas pela desigualdade e discriminação; e por outro, idealizadas na paridade do Estado Democrático de Direito. Para desempenhar tal missão mister trazer algumas concepções de igualdade, dentro de uma perspectiva interdisciplinar, o que permitirá unificar questões tão díspares como o gozo aparentemente normal do direito social ao trabalho e as dificuldades vivenciadas pelas mulheres.

Nos espaços de interlocução da sociedade com o Estado - verdadeiros centros de poder -, constata-se que estes têm sido,

historicamente, dominado por homens, numa construção política sutil, que atribui às mulheres papéis compatíveis à maternidade e ao casamento, implicando a edificação, exclusivamente normativa, da cidadania feminina. Ainda que se verifiquem evoluções nas discussões sobre a igualdade de gênero, é na seara dos direitos fundamentais sociais que se observam as maiores negligências, de forma que a pobreza, a exclusão social e o desemprego, que constituem situações recorrentes para boa parte da população brasileira, acabam sendo vivenciadas com especial vulnerabilidade pelo gênero feminino.

Por fim, no quarto capítulo se busca explicitar o direito social das mulheres ao trabalho pelo viés do princípio da fraternidade procurando situar as exigências da pós-modernidade. Trata-se de uma necessária releitura da categoria gênero em prol da construção de uma identidade feminina laboral. Aponta-se o princípio da fraternidade como novo paradigma da relação entre o direito social ao trabalho e a igualdade de gênero, constituindo-se àquele em verdadeiro marco exemplar de respeito à dignidade humana.

Para tanto, o exercício de tais direitos às mulheres requer condições de participação no Estado Democrático de Direito a partir dos referenciais: educação, políticas públicas, política jurídica, ordenamento normativo e participação efetiva do Poder Judiciário.

Ressalta-se que a presente tese insere-se numa postura epistemológica que concebe o conhecimento como progressivo e carecedor da experiência para provar aquilo que realmente é dado como existente. Assim, não possui pretensões de trazer verdades absolutas, mas assume o caráter provisório característico de todo argumento.

CAPÍTULO 1 - O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO

As relações entre direito fundamental, direito social e trabalho carecem de ser compreendidas pelos seus reais significados, distantes de objetizações oriundas da restrição à esfera do trabalho assalariado. O Direito deve denunciar quando a efetivação dos direitos fundamentais sociais ocorrem pela elipse do individualismo, da desigualdade e da discriminação.

Com efeito, os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada CRFB/1988, os quais deveriam permitir formas de desenvolvimento aceitável às pessoas parecem ter se tornado um discurso vazio. Torna-se, assim, necessário repensar os modos de vida - individual e coletivo - a fim de se objetivar a construção de uma cultura de caráter inclusivista. Contudo, o estudo dos direitos fundamentais exige, inicialmente, que se faça sua distinção em relação aos direitos humanos com a finalidade de uma melhor apreensão de seu conceito e características.

Da mesma forma, a reflexão sobre os direitos sociais abarca aspectos conceituais, característicos, tais como o fato de serem de cunho prestacional, da necessária progressividade em sua implementação, da proibição de retrocesso, da fundamentalidade e da aplicabilidade direta, bem como aspectos classificatórios, privilegiando-se o estudo do constitucionalismo social, inicialmente difundido pelas Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919.

Após, analisa-se a evolução dos direitos sociais nas Constituições brasileiras, bem como a influência de outras Constituições e Declarações de direitos na ordem política e jurídica interna.

Visando aprofundar o exame do direito social ao trabalho propriamente dito, parte-se para o estudo conceitual e histórico do trabalho - a partir da Revolução Industrial -, questionando-se as diferentes associações que se fizeram ao seu significado. Por ser possível seu estudo a partir de diferentes prismas, também adentra-se na análise de seu impacto na vida do ser humano, na Política, na Economia, nas relações sociais e no Direito.

Ainda que positivado, o direito social ao trabalho deve estar amplamente presente no âmago das preocupações contemporâneas do Direito, muitas vezes nebulosa aos atores jurídicos legalistas. Também há de se considerar que embora os direitos fundamentais gozem de aplicabilidade imediata, seu conteúdo fica prejudicado pela ausência de compreensão prática. Reforça-se tal cenário principalmente pela

perpetuação de mitos em torno do trabalho e de seu acesso, em especial do gênero feminino, além de seu diminuto reconhecimento em decisões jurídicas.

1.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreender os direitos sociais sob a perspectiva de fundamentais requer analisá-los diante de sua distinção dos direitos humanos, bem como seus conceitos, características e histórico de seu reconhecimento e positivação.

Na medida em que alçaram o mesmo grau de importância dos direitos civis e políticos, o alcance de sua proteção está previsto tanto em Declarações de Direitos quanto em Constituições. O grande desafio está em intensificar o diálogo horizontal e vertical entre o estado, a sociedade, a política, a economia e o Direito com a finalidade de fortalecer sua projeção e incorporação pelos atores mencionados. São essas as questões que inspiram o presente capítulo, que tem por objetivo maior enfocar a efetividade do direito social ao trabalho.

Os direitos sociais são uma categoria dos direitos fundamentais, embora muitos Estados não os concebiam dessa forma¹, entretanto, importante apreendê-los também sob a perspectiva da concepção de direitos humanos. Assim, inicialmente, faz-se uma breve distinção entre os direitos humanos, previstos nas declarações, e os direitos fundamentais, impressos nas cartas constitucionais.

Os direitos humanos, na condição de verdadeiras reivindicações morais, “[...] não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas”², segundo BOBBIO. Também ARENDT explica que referidos direitos “[...] não são um dado, mas um construído, uma invenção

¹ Há argumentos contraditórios ao ideário de Direitos Sociais como integrantes dos Direitos Fundamentais. Conforme explica KRELL, a Alemanha não positivou os direitos sociais como integrantes dos Direitos Fundamentais, mas, inseriu disposições genéricas tais como “fins do estado” que objetivam guiar os atos do Estado ao desenvolvimento social. Destaca-se que um desses argumentos “tem sido o seu condicionamento econômico-financeiro, afirmando-se habitualmente que eles estariam valendo apenas sob a reserva do possível”. Cf. KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 250.

² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 11.

humana, em constante processo de construção e reconstrução”.³ Neste sentido, não se possui um conceito pronto e acabado, pois se assim o fosse seu conteúdo ficaria prejudicado pela ausência constante de compreensão teórica e prática.

Assim, por não residirem na formalidade expressa das regras positivadas, explica COMPARATO que

[...] são direitos consagrados nos tratados internacionais considerados, em tais normas internacionais, como direitos dos quais são sujeitos todas as pessoas, pelo simples fato de sua humanidade. Tais direitos são paradigmas e referenciais éticos que orientam a ordem internacional contemporânea.⁴

Os direitos humanos, dessa forma, compreendem todas as premissas e instituições que concedem a todo indivíduo a existência digna, livre, igualitária e fraterna, respeitando-se as diferenças. Neste sentido, aclara CANÇADO TRINDADE

[...] O Direito dos direitos humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes

³ ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo: anti-semitismo, instrumento de poder. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1975, p. 266.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.⁵

Vê-se, portanto, que a concepção de referidos direitos abarca o viver e o sentir da pessoa e da coletividade, que leva a perenes reflexões de cunho político, econômico, social e cultural. Dessa forma, em síntese, suas principais características são: imprescritibilidade (não se perdem pelo decurso do prazo); inalienabilidade (não se transferem de uma pessoa para outra); e irrenunciabilidade (não se pode rejeitá-los).⁶

Sua elaboração histórica caminha no sentido da não discriminação, ou seja, da inclusão. A origem dos direitos humanos se relaciona com o aparecimento dos Estados de Direito. Contudo, não se pode desconsiderar o legado das antigas civilizações que, de algum modo, privilegiaram o ser humano. Para tanto LEAL traz que

[...] parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização, abrangendo desde as concepções formuladas pelos hebreus, pelos gregos, pelos romanos, e pelo cristianismo, passando pela Idade Média, até os dias de hoje.⁷

Pouco se sabe sobre as regras das relações sociais anteriores à idealização da escrita cuneiforme pelos sumérios, de modo que o conhecimento que se tem sobre tal período baseia-se na leitura e interpretação de gravuras e símbolos que demonstram a influência de crenças mitológicas. Por outro lado, diferentemente, com a escrita foi possível o registro e perpetuação das conquistas do ser humano.⁸

Aos poucos o Direito foi se laicizando e cada povo adotou leis de acordo com as necessidades específicas da época em que se encontravam e, no decorrer da evolução das relações sociais, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram sendo

⁵ Apresentação da obra de PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22-23.

⁷ LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 21.

elaboradas, contudo, tinham um alcance limitado a determinados membros de classes dominantes.

Considerando o contexto histórico ocidental, foi no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos, “[...] para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das leis fundamentais limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou de humanismo”.⁹

Caracterizada pela união do Estado com a Igreja, em razão do cristianismo ter se transformado na religião oficial do Império Romano, destaca-se que os princípios da igualdade e da fraternidade, trazidos pela doutrina cristã, remodelaram as relações sociais existentes, ainda que com a manutenção da institucionalização da escravatura e da ausência de liberdade religiosa. Os dogmas pregados pelo cristianismo representavam verdadeiro “[...] código de posturas e condutas humanas”.¹⁰

Outro aspecto relacionado aos direitos humanos na Idade Média que merece destaque foi a elaboração do direito de resistência ao Poder Público, de forma que o poder do soberano era limitado ao direito natural e ao consuetudinário, também por conta de acepções cristãs, cuja finalidade era a realização da ordem jurídica divina-natural. Neste contexto, surgiu a necessidade de positivizar referido direito de resistência num documento, que se denominou *Magna Charta Libertatum*, de 1215, que previa direitos e obrigações para o rei e súditos, “[...] dando início a prática jurídica que desencadeou a moderna tutela constitucional de direitos humanos”.¹¹

Sobre o tema explica DALLARI

[...] O documento que a maioria dos autores considera o antecedente direto mais remoto, das declarações de direitos, é a Constituição da Inglaterra de 1215. Na realidade não se pode dizer que as normas da Constituição constituam uma afirmação de caráter universal de direitos inerentes à pessoa e oponíveis a qualquer governo. O que ela consagrou, de fato, foram os direitos

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150-163.

¹⁰ Cf. LEAL, R. G., 1997, p. 24.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 25-26.

dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca.¹²

Referida prática foi determinante para inibir o poder do Estado e propiciar relações mais harmônicas deste com o povo, anunciando a vivência do princípio da liberdade humana.¹³

Na Idade Moderna outros documentos legais foram editados, tais como a *Pettiton of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1688, o *Act of Settlemente* de 1701, a Declaração de Virgínia de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 que consagraram, dentre outros direitos, a liberdade de expressão e a proibição de penas cruéis. Em razão de transformações econômicas, políticas, sociais e religiosas que ocorriam na Europa, oriundas da transição feudal para o capitalismo e do questionamento da união entre o Estado e a Igreja, surgiu uma monarquia com consciência nacional, que distava de princípios religiosos, bem como novas religiões, germinando o direito internacional.¹⁴

Entretanto, o reconhecimento de direitos inerentes à pessoa humana somente ocorreu no século XVIII, período denominado como o “século das declarações de direitos”. Em seu âmago residia o ideário de um direito natural, que surge com o ser humano, mas que, no entanto, é puramente racional e laico, conforme preconizado pelo teórico GRÓCCIO que foi um dos que buscaram “[...] encontrar para o Direito um fundamento independente da revelação divina”.¹⁵ Assim, na visão contratualista da Idade Moderna, a sociedade necessitava pactuar condutas.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral de Estado. 21. ed. São Paulo: Nova Cultura, 2001, p. 174. Explica-se que o termo “Constituição”, utilizado pelo autor, na verdade, se refere à “Magna Carta” que foi elaborada em virtude de divergências entre o rei João, a Igreja e os barões ingleses, quanto às prerrogativas do soberano, a qual contribuiu para o surgimento do constitucionalismo, movimento do qual emergiram as constituições.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 175.

¹⁴ Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 109. Esclarece-se que a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Amendment*, o *Bill of Rights* e o *Act of Settlement* foram documentos elaborados na Inglaterra com o fim de assegurarem direitos fundamentais, compondo verdadeiro conjunto de limitações ao poder monárquico inglês.

¹⁵ DALLARI, D. A., 2001, p. 175.

A partir 1789, observa-se que do processo revolucionário francês, que unificou diversas reivindicações acerca da liberdade, da igualdade e da fraternidade, culminou o nascimento da primeira declaração contemporânea de direitos humanos: e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esta declaração de direitos, de âmbito internacional, reconheceu em seu artigo 1º “[...] que os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos” e que “[...] as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.¹⁶

Aludida Declaração, em que pese ter excluídos mulheres e escravos, foi reconhecida por adiantar uma síntese do que viria ser a vivência da liberdade do ser humano, exprimindo direitos humanos, até então não reunidos em nenhuma Constituição, que se completou pela conscientização da necessidade de proteção judicial. Entretanto, em relação aos excluídos, OLIVEIRA explica que

[...] o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, concedeu direitos e privilégios para determinados cidadãos ativos (homens e proprietários), excluindo as mulheres e os escravos das colônias francesas da mesma cidadania reconhecida aos homens, o que levou Olympe de Gouges em 1791 a escrever a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, exigindo a mesma igualdade de direitos e deveres perante a lei e, em qualquer outra circunstância da vida pública ou privada. Inclusive a primeira Constituição da França de 1791 manteve a exclusão das mulheres, dos escravos e dos homens pobres dos direitos políticos, pois eram considerados cidadãos passivos e, portanto, sem direito a uma cidadania plena.¹⁷

Vê-se que apesar de todos os franceses terem participado do processo revolucionário, só alguns foram contemplados com direitos plenos. OLIVEIRA complementa que as mulheres “[...] só conquistaram

¹⁶ DALLARI, D. A., 2001, p. 176.

¹⁷ OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. “O direito das mulheres ao trabalho e os caminhos da desigualdade e da discriminação: a não recepção do princípio da fraternidade”. Tese (Pós-doutorado em Direito). 2014, p. 344.

seus direitos políticos em 1944, ou seja, em pleno século XX, votando pela primeira vez em 1945.”¹⁸

Com o início da constitucionalização de citados direitos, cabe destacar a Constituição Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919.

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, inaugurou a atribuição da qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas, bem como às liberdades individuais e aos direitos políticos, conforme esclarece COMPARATO

[...] A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria. [...] a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.¹⁹

¹⁸ OLIVEIRA, O. M. B. A., 2014, p. 345.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 27/5/2015.

Constata-se que referida Carta Constitucional rompeu com práticas exploratórias do trabalho sob o manto da liberdade de contratar. O mesmo avanço no sentido de proteção à pessoa humana observou-se, segundo COMPARATO, na seara da propriedade, relativizando o caráter absoluto da propriedade privada

[...] No tocante às “terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional”, a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e “sagrado” da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sócio-política provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano.²⁰

Referida disposição acerca da propriedade já delineava mais um direito fundamental do ser humano: a propriedade. Contudo, com as devidas limitações impostas pela vida em comunidade, distando assim, do direito de propriedade absoluto e exclusivo que vigeu anteriormente, especialmente na Idade Média.

No que tange à Constituição de Weimar, instituidora da primeira república alemã, se caracterizou por abordar os direitos fundamentais na maioria dos seus 165 artigos em razão de ter sido elaborada como resultado da guerra de 1914-1918. Promulgada imediatamente após referido colapso civilizacional, sua vigência é explicada por COMPARATO ao afirmar que

[...] Apesar das fraquezas e ambiguidades assinaladas, e malgrado sua breve vigência, a Constituição de Weimar exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 27/5/2015.

democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista à 2ª Guerra Mundial. A democracia social representou efetivamente, até o final do século XX, a melhor defesa da dignidade humana, ao complementar os direitos civis e políticos - que o sistema comunista negava - com os direitos econômicos e sociais, ignorados pelo liberal-capitalismo.²¹

Assim, a democratização do povo passava também pelo governo, revertendo sua vocação autoritária. A cultura que se implantou com a Constituição de Weimar foi a da concepção do ser humano que resiste às tentativas de poder absoluto, suscitando assim, a vontade de criar e preservar condições institucionais da dignidade humana.

Registra-se ainda a orientação social, e não individualista, nas disposições à pessoa humana, das quais se destaca, por exemplo, o direito de grupos sociais de expressão não alemã conservarem o seu idioma, respeitando-se as diferenças; também foi a primeira Constituição a estabelecer regras de igualdade jurídica entre homens e mulheres, bem como equiparou os filhos legítimos aos havidos fora do casamento; atribuiu precipuamente ao Estado o dever da educação e de oferecê-la gratuitamente; estabeleceu limites à liberdade de mercado e à propriedade absoluta; estabeleceu padrões mínimos de regulação internacional do trabalho assalariado, o direito social ao trabalho e a obrigação do Estado em desenvolver políticas de pleno emprego.²²

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, referido processo de internacionalização se intensificou diante das atrocidades cometidas, surgindo a necessidade de uma nova declaração de direitos. Assim, quando da criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, uma nova ordem internacional se instalou, estabelecendo novo modelo de conduta nas relações internacionais, cujas preocupações incluíam: a busca pela manutenção da paz e da segurança nacional através do desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados; a adoção da cooperação internacional nos planos econômico, social e cultural; a

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Alemã de 1919. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 27/5/2015.

²² *Idem, ibidem.*

adoção de padrão internacional de saúde e proteção ao meio ambiente; a criação de uma nova ordem econômica internacional; e a proteção internacional dos direitos humanos.²³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, constituiu o primeiro reconhecimento internacional de que os direitos humanos e as liberdades fundamentais se aplicam a todas as pessoas, em todos os lugares do mundo. Representa importante documento de tomada de consciência coletiva que busca abrandar as desigualdades sociais alicerçando-se em valores essenciais da dignidade independentemente de sexo, idade e cor de acordo com o explanado por ALTAVILA

[...] A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, constituiu a página mais brilhante do pensamento jurídico da humanidade e, em tese, o diploma de sua maior conquista. Para se atingir a sua culminância, uma imensidade de degraus foi palmilhada e uma imensidade de textos legais e de reivindicações caíram pelos escalões das iniciativas, atestando a honestidade dos esforços por uma paz perene e por um plano de existência igual e condigna. Se nos limites de um Estado, os nacionais dificilmente se subjugam e se harmonizam às letras dos códigos, quanto mais uma universalidade de nações se sujeitar a um estatuto, conquanto de ideias gerais, mas sempre com o imperativo de que a vontade será a base da autoridade de qualquer governo.²⁴

A proclamação dos direitos humanos, e sua internacionalização com a Declaração de Direitos Humanos, representou grande progresso na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, dada sua incorporação por muitos diplomas constitucionais, em que pese o hiato entre as normas previstas na Declaração e o cotidiano de muitos países.

BONAVIDES explica que referido documento representa uma carta de valores e princípios sobre os quais se assentam as três gerações de direitos e que

²³ Cf. PIOVESAN, F., 2007, p. 124-127.

²⁴ ALTAVILA, Jayme de. Origem dos Direitos dos Povos. 9. ed. São Paulo: Ícone, 2001, p. 243.

[...] Foi tão importante para a nova universalidade dos direitos fundamentais o ano de 1948, quanto o de 1789 o fora para a velha universalidade de inspiração liberal [...]. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto no século XX. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo tempo de síntese. [...] Os direitos humanos são assim, os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam de lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada.²⁵

Em uma sequência histórica, vê-se que a criação de mecanismos que possibilitaram aos indivíduos concretizarem os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade também estão previstos em outros diplomas, relativos aos direitos humanos, produzidos no século XX, dos quais se destacam

[...] Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, do Congresso Soviético Panrusso de 1918, convertido em Capítulo I da Constituição da República Soviética da Rússia, de 5 de julho de 1918; Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, as Resoluções da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, os Pactos sobre Direitos Humanos das Nações Unidas, tais como o Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 19 de dezembro de 1966; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de novembro de 1950, a Carta Social Europeia, de 18 de outubro de 1961; a Convenção Americana dos Direitos do Homem, de 26 de novembro de 1969; e a Carta Africana da Banjul dos Direitos do

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 593-595.

Homem e dos Direitos dos Povos, de 27 de junho de 1981.²⁶

Cita-se também a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que juntamente com a Declaração de Direitos Humanos, de 1948, formam a chamada “[...] concepção contemporânea dos direitos humanos”²⁷ marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Ainda, acrescenta-se que o citado Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que prevê o direito social ao trabalho como extensivo à dignidade da pessoa humana.

A universalidade de direitos proposta pelos documentos acima citados busca subjetivar de forma efetiva e positiva os direitos de primeira, segunda e terceira geração, independentemente de sua nação ou do tipo de sociedade em que estava inserido o ser humano.

Ressalta-se que referidos direitos tiveram seu processo de internacionalização iniciado com o desenvolvimento do direito humanitário, da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. O direito humanitário configura-se como um componente de direitos humanos da lei de guerra e “[...] a Liga das Nações também contribuiu [...] na medida em que tinha como finalidade a promoção da cooperação, paz e segurança nacional”.²⁸ No mesmo sentido, a Organização Internacional do Trabalho, já em sua criação, preconizava a internacionalização de padrões de condições de trabalho.

Estabelecidas determinadas concepções conceituais e históricas dos direitos humanos, destacando-se os aspectos sociais, passa-se a análise dos direitos fundamentais.

Não há unanimidade acerca do conceito de direitos fundamentais, de forma que se altera de acordo com a ideologia, a modalidade de

²⁶ BONAVIDES, P., 2013, p. 592.

²⁷ Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169-170.

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 111-113.

Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra, tendo como elementos definidores os valores considerados como essenciais da nossa cultura.²⁹

O significado do vocábulo fundamental remete ao que é necessário. Conforme definição de BREGA FILHO “[...] direito fundamental é o mínimo necessário para a existência da vida humana”.³⁰ Já na acepção de SCHMITT os direitos fundamentais são apenas “[...] aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”.³¹

A fundamentalidade de um direito implica em concebê-lo como parte da matriz constitucional, ou seja, como um direito humano. Importante destacar que não se refere a mero direito constitucional. No contexto brasileiro, tão importante quanto qualificar os direitos sociais como fundamentais, é neles reconhecer que a ordem constitucional brasileira de 1988 representa verdadeiro marco jurídico na institucionalização de direitos humanos no país, redefinindo os direitos fundamentais. SARLET explica que

[...] a referência genérica, na epígrafe do Título II, aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, representou uma novidade em relação ao direito constitucional positivo brasileiro anterior, pois em nenhuma outra constituição se lançou mão da expressão direitos fundamentais: na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” como epígrafe da Secção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967,

²⁹ Cf. BONAVIDES, P., 2013, p. 561.

³⁰ BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 66.

³¹ SCHMITT, Carl. Teoria de La Constitución. Madrid: Alianza, 2011, p. 190.

inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos³².

Diante do exposto, esclarece-se que o fato da CRFB/1988 trazer a expressão direitos fundamentais implicou em um tratamento diferenciado a referidos direitos, tais como a aplicabilidade imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, da CRFB/1988) e a proteção por parte do Poder constituinte derivado (artigo 60, parágrafo 4º, inciso VI, do mesmo diploma legal). São direitos que gozam de abrangência distinta, ainda que em parte, dos direitos humanos, a depender de uma maior, ou menor, positivação destes nas Constituições.

De outra parte, observa-se que somente a previsão de direitos, tidos como fundamentais, nos textos constitucionais, mesmo que seguidos da elaboração de um sistema de garantias institucionais e procedimentais, não é capaz de neutralizar muitas das oposições que surgem.

O “catálogo de direitos fundamentais” é utilizado para fazer referência a Títulos, Seções e Capítulos da Constituição destinados à positivação de determinados direitos humanos e ao local em que o constituinte originário delineou os direitos que assumiriam o *status* de fundamental. Para tanto, abrange uma proteção especial, tanto do ponto de vista material, por envolver direitos que o constituinte originário definiu como relevantes para serem alçados à condição de direitos fundamentais, quanto do ponto de vista formal, por englobar o conjunto de garantias de que gozam referidos direitos, assegurando-os um regime jurídico constitucional diferenciado.³³

Ressalta-se que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende apenas os direitos e garantias individuais, mas, também, os direitos e garantias sociais. Neste sentido, corrobora ROCHA

[...] O termo fundamental destaca não só a imanência desses direitos à condição humana. Como também faz deles depender a própria existência do estado de direito. [...] e se apresentam como fundamentais em duplo sentido: de um lado, porque são essenciais aos homens em

³² SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 22/5/2015.

³³ Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73-75.

sua convivência com outros homens; de outro lado, porque eles representam os pilares ético-político-jurídicos do Estado, fornecendo as bases sobre as quais as ações dos órgãos estatais se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).³⁴

Os direitos fundamentais coexistem e, por estarem inseridos em um mesmo ordenamento jurídico, influenciam-se e condicionam-se uns aos outros. Dizer que determinados direitos são de ordem fundamental, como explica COMPARATO, implica em associá-los a instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado. Representam “[...] as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana”.³⁵

Além de constituírem direitos humanos que foram positivados, explana BONAVIDES que

[...] Não há se falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais. Eles têm papel decisivo na sociedade, porque é por meio dos direitos fundamentais que se avalia a legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que esses direitos padeçam de lesão, a sociedade se acha enferma.³⁶

No Brasil, a constitucionalização dos direitos fundamentais visa a promover a segurança jurídica, a democracia e o princípio da dignidade da pessoa humana - ainda que no plano da normatividade abstrata -, tanto que a CRFB/1988 enuncia em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático que afiança o “[...] exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a

³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Revista do Conselho da Justiça Federal, Brasília, vol. 1, n. 3, p. 76-91, set/dez 1997. p. 53.

³⁵ COMPARATO, F. K., 2003, p. 74.

³⁶ BONAVIDES, P., 2013, p. 528.

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.³⁷

Todas as disposições descritas no preâmbulo sustentam que há objetivos comuns na sociedade brasileira e a CRFB/1988 chama todos à responsabilidade, estabelecendo, assim, vínculos espaciais e temporais em torno do princípio da dignidade humana.

Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados, de forma que se pode afirmar que o movimento limitador dos poderes do Estado - constitucionalismo -, está intrinsecamente ligado ao nascimento dos direitos fundamentais. É como afirma BONAVIDES para quem “[...] os direitos fundamentais são a bússola das Constituições”, de tal sorte que “[...] não há constitucionalismo sem direitos fundamentais”.³⁸

Desde a antiguidade o Estado já possuía regras limitadoras que se diferenciavam das demais por sua essencialidade, dos quais se citam como exemplo a Torah e a Lei das XII Tábuas.³⁹

Já na Idade Média, o estudo de normas fundamentais muitas vezes é reduzido ao histórico do movimento constitucional na Inglaterra, destacando-se a *Magna Charta*, de 1215. Esta foi a primeira declaração formal de direitos, positivou inúmeros que hoje são concebidos como fundamentais, tais como: o habeas corpus, o tribunal do Júri, o devido processo legal e a anterioridade tributária.⁴⁰ Ressalta-se que a limitação legal ao poder político, uma das contribuições do constitucionalismo, ainda não era vivenciada neste período.

Registra-se que na Idade Moderna, as cortes judiciárias, em especial na Inglaterra, já proclamavam a superioridade de leis fundamentais sobre as do Parlamento. Nos Estados Unidos, no final do século XVIII, iniciavam a codificação do direito constitucional. Enquanto que no Brasil

[...] com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a ‘Lei da Boa Razão’ (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna. A ‘Lei

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23/3/2015.

³⁸ BONAVIDES, P., 2013, p. 556.

³⁹ Cf. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

⁴⁰ TAVARES, A. R., 2012, p. 102.

da Boa Razão' minimizava a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, dando 'preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas. Não resta dúvida de que o principal escopo dessa legislação era beneficiar e favorecer a MetrÓpole. A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população.⁴¹

Assim, na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, muitos Estados passaram a adotar leis fundamentais ou constituições, agrupando, em documentos escritos sua estruturação política e os direitos dos indivíduos, surgindo o constitucionalismo moderno.

No constitucionalismo moderno, a Constituição ganhou um *status* de norma jurídica suprema, sobretudo a partir da eclosão das revoluções Americana, de 1776, Francesa, de 1789, e Gloriosa, de 1868, que objetivavam instaurar um Estado de Direito. Com efeito, explica BONAVIDES explica que

[...] Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem um processo cumulativo e qualitativo. [...] Enfim nos deparamos com os

⁴¹ WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 48-49.

direitos de primeira, segunda e terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.⁴²

Explica-se que a terminologia “geração de direitos” se refere à classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Importante esclarecer que uma geração não substitui a outra, antes se acrescenta a ela, daí se observar o uso da expressão “dimensões de direitos”.⁴³ Ainda que diversos autores tratem dessa questão, tais como Alexy, Hesse, Bobbio, Sarlet, Cançado Trindade, Sarmiento e Dimoulis, em razão das obras do professor Bonavides serem o marco teórico da presente tese, adota-se seu estudo como referencial a ser seguido.

O conhecimento acerca das gerações de direitos, que embasam o estudo dos direitos fundamentais, possui a característica peculiar de que em cada geração se acrescentam às prerrogativas adquiridas nas precedentes, dentro de um contexto histórico. Desde que o termo “geração de direitos” foi utilizado pela primeira vez por KAREL VASAK, na aula inaugural de 1979, nos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, verifica-se sua reprodução atrelada ao lema da Revolução Francesa, fomentando-se, inicialmente, três gerações. Contudo, para BONAVIDES o estudo vai além, tratando inclusive, do que denomina de quarta e quinta geração de direitos.⁴⁴

Analisando de que maneira referidos direitos se transladaram para a esfera normativa, tem-se que os direitos de primeira geração abarcam os direitos da liberdade, “[...] os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo no ocidente”.⁴⁵

⁴² Cf. BONAVIDES, P., 2013, p. 580.

⁴³ Explica-se que para Robert Alexy e Konrad Hesse a classificação dos direitos fundamentais se dá em dimensões e não em gerações, pois, entende-se por gerações um período compreendido entre determinado marco inicial e marco final, de forma que a passagem de uma geração para outra torna inexistente a anterior. Na tese adotar-se-á a expressão geração, conforme BONAVIDES, por entender-se que o surgimento de novas gerações não extingue as anteriores, eis que atualmente todas as gerações coexistem de forma harmônica. *Idem, ibidem*, p. 581.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 581.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 581.

Foram os primeiros direitos a serem positivados, por isso “de primeira geração”. Oriundos das revoluções Americana e Francesa, tais direitos estão vinculados ao valor liberdade, representando uma obrigação de não fazer e de não interferir na esfera pessoal do indivíduo por parte do Estado.

[...] Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. [...] São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.⁴⁶

Os direitos fundamentais de primeira geração são indispensáveis a todo ser humano por se referirem à liberdades individuais, tais como a liberdade de culto e reunião, a de consciência, à inviolabilidade de domicílio, entre outros. Entretanto, o titular desses direitos era o ser individualmente considerado..

Com a Revolução Industrial, no século XX, surgem os direitos de segunda geração. Conectados à igualdade, são originários de lutas do proletariado pela conquista dos direitos sociais, econômicos e culturais, e conforme explica BONAVIDES,

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nessa fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o

⁴⁶ BONAVIDES, P., 2013, p. 582.

preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Os direitos de segunda geração fizeram despertar a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o ser humano, era protegê-lo diante de uma concepção social, para além da visão individualista, descobrindo-se assim um novo conteúdo dos direitos fundamentais, qual seja, as garantias institucionais.

[...] A importância porém das garantias institucionais é que elas revalorizam sobremodo os direitos da liberdade, até então concebidos numa oposição irremediável entre o indivíduo e o Estado, e o fizeram na medida em que se pode transitar de uma concepção de subjetividade para uma concepção de objetividade, com respeito aos princípios e valores da ordem jurídica estabelecida. [...] A concepção da objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomassem também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir [...] uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.⁴⁷

Os direitos sociais são o resultado de uma nova concepção do relacionamento Estado/sociedade, a qual fez com que o Poder Público adotasse medidas positivas com o fim de pôr termo às angústias acometidas pela população. São exemplos dessas intervenções o estabelecimento dos seguros sociais, a intervenção na vida econômica, dentre demais ações estatais em prol da sociedade. Diferentemente do caráter abstrato dos direitos de primeira geração, caracterizados pela igualdade formal, para os de segunda geração é indispensável a atuação do Poder Público em favor dos excluídos, para fins de materialização do ideal de igualdade. Não substituem os de primeira geração, eis que representam um alargamento conceitual dos direitos fundamentais.

Destaca-se que a CRFB/1988 conferiu eficácia jurídica aos direitos fundamentais, tanto que prevê no artigo 5º, parágrafo primeiro, o princípio da aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais,

⁴⁷ BONAVIDES, P., 2013, p. 586-587.

especialmente aos direitos de segunda geração, sem desconsiderar, no entanto, a razoabilidade da aspiração individual ou social perante o Poder Público e a disponibilidade financeira para tornar eficazes as questionadas prestações positivas, ou seja, a observância à reserva do possível - tema que será tratado mais adiante.

Seguindo a linha da evolução dos direitos fundamentais, o pós-guerra infundiu o surgimento dos direitos de terceira geração, ligados aos ideais de fraternidade e de solidariedade. Assim, tais direitos tem por fim amenizar as desigualdades social e econômica, como a clara BONAVIDES,

[...] Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.⁴⁸

Neste contexto, observa-se que, enquanto os direitos de primeira e segunda geração têm destinatários certos e determinados, os direitos de terceira geração possuem um caráter transindividual, compreendendo uma coletividade indeterminada, ou de complexa determinação, dos quais se citam como exemplo, o direito à paz, ao meio ambiente equilibrado, à autodeterminação dos povos, à comunicação sem fronteiras, o direito ao patrimônio comum da humanidade, dentre outros.⁴⁹

A quarta geração de direitos está ligada à democracia, ao direito à informação, ao pluralismo e ao futuro da cidadania e representam o reconhecimento e o estabelecimento do Estado Social. Ainda, segundo BONAVIDES, tais direitos se relacionam com a globalização política, sobre o qual explica que

⁴⁸ BONAVIDES, P., 2013, p. 587-588.

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 587-588.

[...] A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. Mas nem por isso deixa de fazer perceptível um desígnio de perpetuidade do *status quo* de dominação. Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição e ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeira que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.⁵⁰

Complementa o autor afirmando que da globalização econômica e da globalização cultural muito se fala, enquanto que de uma globalização política “[...] só nos chegam o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da sociedade”.⁵¹

Assim, a quarta geração dos direitos fundamentais implica em uma expansão do processo democrático mundial, além de uma concepção mais ampla da cidadania e da cooperação internacional em prol da construção de relações fraternas entre os povos. Daí se depreende que os Estados nacionais não podem mais tratar de direitos dos seres humanos no âmbito interno, contemporaneamente entende-se que o assunto deve ser debatido e codificado mediante leis e tratados que se estendem a todos.

Por fim, nos direitos de quinta geração, BONAVIDES ressalta a questão da paz, que foi inicialmente trabalhada, normativamente, com a Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, constante da Resolução n. 33/1973, aprovada na 84ª Sessão Plenária da Assembleia da Organização das Nações Unidas

⁵⁰ BONAVIDES, P., 2013, p. 589.

⁵¹ *Idem, ibidem.*, 2013, p. 591.

(ONU), em 14 de dezembro de 1978. Sendo elevada ao grau de direito fundamental, é concebida como imanente à vida e à democracia.

Tão importante quanto a liberdade é para os direitos de primeira geração, a igualdade para os de segunda geração, a solidariedade e a fraternidade são para os de terceira geração e a democracia, para os da quarta geração, a paz o é para os da quinta geração, com fulcro na concretização e observância de verdadeira comunhão social e internacional. No mundo globalizado “[...], das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força do direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta, a segunda, nos escraviza”.⁵²

A paz, no âmbito da normatividade, representa um dos maiores progressos e condição indispensável para a evolução de todos enquanto desígnio qualitativo da coexistência humana. Daí BONAVIDES assegurar que “[...] o Estado de Direito das cinco gerações vem coroar aquele espírito de humanismo que, no perímetro da juridicidade, habita as regiões sociais e perpassa o Direito em todas as suas dimensões”.⁵³

Apresentada a linha da evolução dos direitos fundamentais, faz-se mister distinguir os direitos humanos dos fundamentais, dado que não são sinônimos, ainda que se confundam por vezes. Explica BONAVIDES que

[...] quem diz direitos humanos, diz direitos fundamentais, e quem diz estes diz aqueles, sendo aceitável a utilização das duas expressões indistintamente, como sinônimas. Porém, afirma que razões de vantagem didática recomendam, para maior clareza e precisão, o uso das duas expressões com leve variação de percepção, sendo a fórmula direitos humanos, por suas raízes históricas, adotada para referir-se aos direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou positivação nos ordenamentos nacionais, enquanto direitos fundamentais designam os

⁵² BONAVIDES, Paulo. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. Revista de Direitos Fundamentais e Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCRS, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, abril/junho/2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br>. Acesso em: 22/4/2015.

⁵³ *Idem, ibidem.*

direitos humanos quando trasladados para os espaços normativos.⁵⁴

Certamente que as declarações de direitos contribuíram para a afirmação e o reconhecimento dos direitos fundamentais. Sua positivação é uma das características do Estado Democrático de Direito e a sua eficácia deve ser tida como um ponto de equilíbrio civilizacional. Quando desconhecidos ou abandonados há um distanciamento dos objetivos constitucionais, falta de desenvolvimento e prováveis marginalizações. Neste sentido, SARLET corrobora afirmando

[...] Em que pese seja ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.⁵⁵

Em síntese, para a garantia efetiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mister que tanto os direitos civis, políticos e sociais sejam usufruídos por todos os indivíduos, abrindo caminho para uma cidadania inclusivista. Caso não sejam gozados por todos, referindo-se aqui, em especial, aos grupos sociais que costumam não ter acesso a tais direitos - como no caso das mulheres -, a ilusão de progresso, corroborada pela ausência do Estado, fragiliza a participação

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (org). Direitos Humanos como Educação para a Justiça. São Paulo: LTr, 1998, p. 16.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 33.

democrática e o uso de espaços públicos como lugares de crítica, produção e disseminação de conhecimento, resultando num *pseudo* Estado Democrático de Direito e em direitos fundamentais sociais simbólicos.

1.2. AS DIMENSÕES CONCEITUAIS E HISTÓRICAS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

A efetivação dos direitos fundamentais sociais é tema recorrente no Direito, em especial em países cujo desenvolvimento é tardio, como é o caso do Brasil, daí a relevância de se discutir aspectos conceituais e históricos para um melhor entendimento e enfrentamento da problemática que envolve sua implementação e continuidade. Isso porque, como se sabe, apesar de previstos constitucionalmente, alguns dos direitos sociais da CRFB/1988 não chegaram a ser implementados também por falta da legislação regulamentadora, exigida pelo citado diploma legal.

Os direitos sociais, conforme BONAVIDES,

[...] germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX [...], visam a garantir aos indivíduos o exercício e usufruto de direitos fundamentais, em condições de igualdade, que assume uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado e [...] exige do Estado determinadas prestações materiais.⁵⁶

Neste contexto, os direitos sociais aperfeiçoaram os ideais de igualdade e objetivaram conferir condições verdadeiras de dignidade humana.

Corroborava TAVARES conceituando os direitos sociais como aqueles que “[...] exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes”.⁵⁷ São, por esse exato motivo, “[...] conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”.⁵⁸ O autor atribui ao Estado o encargo, ainda que não seja o único responsável, da implementação da igualdade social e dos direitos fundamentais, uma vez que o ser humano necessita de condições mínimas de subsistência.

⁵⁶ BONAVIDES, P., 2013, p. 582-584.

⁵⁷ TAVARES, A. R., 2012, p. 837.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 837.

Na acepção de SILVA, os direitos sociais

[...] são uma dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporcionam condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.⁵⁹

Referidas prestações qualificam-se como positivas “[...] porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais”⁶⁰, cuja finalidade “[...] é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real”.⁶¹ Dessa forma, há a outorga de se exigir prestações sociais apontando o imperativo de uma necessária passagem das “liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.⁶²

Salienta-se que autores como LUÑO e QUEIROZ dispõem que a categorização “prestações positivas” também é aceita para as demais gerações de direito em razão da dinâmica econômico-social atual, pois o “[...] exercício de qualquer direito fundamental exige uma política jurídica ativa (e na maior parte das vezes também econômica) por parte dos poderes públicos”.⁶³

Não há como destinar aos direitos sociais, unicamente, ações estatais positivas na medida em que os direitos de defesa, como por exemplo, o da liberdade de expressão, requer do Estado não apenas

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35. ed. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 286-287.

⁶⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 790.

⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 790.

⁶² *Idem, ibidem*, p. 791.

⁶³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p.33-34

proibições de interferência, “[...] mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”.⁶⁴ Corrobora CLÈVE ao afirmar que “[...] não há dificuldades em encontrar direitos de liberdade providos de dimensões positivas e direitos sociais integrados de dimensões negativas”.⁶⁵

Não se pode deixar de reconhecer que os direitos sociais estão vinculados à liberdade e demandam uma “[...] realização concreta cujos pressupostos devem ser criados, fazendo do Estado um artífice e agente de suma importância”.⁶⁶ A busca por tal realização concreta inspira boa parte dos estudos e debates sobre direitos fundamentais e humanos. Sobre eles já não tem o indivíduo, ou o Estado, poder absoluto uma vez que são vistos sobre uma perspectiva globalizada.

A consciência da importância da participação e fruição do social, fez despertar a noção de direitos que assegurassem a todos a pretensão à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados.

Diante dos conceitos apresentados se extraem as seguintes características dos direitos sociais: cunho prestacional, progressividade em sua implementação, proibição de retrocesso, fundamentalidade e aplicabilidade direta.

Fundamental se observar que por serem direitos de cunho prestacional, necessitam da intervenção do Estado, diferentemente dos “direitos negativos”, que dizem respeito a não intervenção daquele. Assim, requerem prestações para serem viabilizados, demandando a alocação de recursos como o fornecimento de medicação, no caso do direito à saúde, de comida, em relação ao direito à alimentação ou, ainda, da edição e aplicabilidade das normas para o caso do direito social ao trabalho.

Quando se fala em direitos individuais e sociais, há de se fazer a distinção da igualdade, que se refere ao aspecto social, da liberdade, que se refere a esfera individual. Se a liberdade foi estruturada com vistas ao indivíduo, a igualdade abarca uma construção social, seja pelo viés da igualdade perante a lei, seja pelo viés da igualdade de oportunidade. Os

⁶⁴ QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.7.

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 216.

⁶⁶ Cf. BONAVIDES, P., 2013, p. 588-589.

direitos individuais e os sociais são parâmetros nos quais a proteção à dignidade humana se torna fundamental. Improvável determinar o sentido da liberdade sem a igualdade. Daí afirmar os direitos sociais como pressupostos do gozo dos direitos individuais.⁶⁷

Outra característica marcante dos direitos fundamentais sociais é a progressividade em sua implementação, ainda que coagida pela disponibilidade de recursos. A progressividade, prevista no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como na Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de São José da Costa Rica, revela duas das facetas dos direitos fundamentais: a de ser realizado na maior medida possível e de sua inesgotabilidade. Sabe-se que sempre surgirão novos níveis de demanda em relação a eles, por isso afirmar que são insaciáveis ou insuscetíveis de realização integral.⁶⁸

Há de se tratar também a particularidade da proibição de retrocesso, de forma que os estágios de realização dos direitos fundamentais sociais estabelecidos não devem sofrer diminuição. ROTHENBURG explica que “[...] O retrocesso social se apresenta de duas ordens: normativo (aplicável a normas jurídicas) ou de resultados (aplicável ao resultado de políticas públicas)”.⁶⁹ É certo que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso ocorre não apenas quando se tratar da atuação do legislador, mas também da atuação do administrador, que ao delinear uma política pública, por exemplo, produz um retrocesso no gozo dos direitos sociais.

No que se refere ao atributo da fundamentalidade de um direito social, é na CRFB/1988 que estão os referenciais da democracia brasileira, os compromissos expressa e implicitamente firmados pelo constituinte originário e o tipo de justiça ao qual se almeja.

Em síntese, pode-se afirmar que, pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional, além dos direitos sediados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais, dividido em cinco capítulos: Capítulo I: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; Capítulo II: “Dos Direitos Sociais”; Capítulo III: “Da Nacionalidade”; Capítulo IV: “Dos Direitos Políticos” e Capítulo V:

⁶⁷ Cf. SILVA, J. A., 2010, p. 287.

⁶⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais Sociais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 879.

⁶⁹ ROTHENBURG, W. C., 2014, p. 880.

“Dos Partidos Políticos”), há outros direitos localizados na CRFB/1988, bem como em tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, que são direitos fundamentais.

Resulta claro que, apesar da CRFB/1988 dedicar o Título II à regulamentação dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, a indicação não é limitativa ou exaustiva.⁷⁰

O significado das normas de direitos sociais serem fundamentais para o sistema jurídico implica na soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial. Segundo BONAVIDES, a fundamentalidade de um direito está relacionada com sua especial dignidade no ordenamento jurídico, a qual assume caráter formal e material.⁷¹

A fundamentalidade formal das normas de direitos sociais decorre de sua posição no ápice da estrutura do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Também afirmar sua fundamentalidade substancial quer dizer que com eles são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Questões de direitos sociais permeiam todos os ramos do Direito. Assim, os direitos fundamentais sociais desempenham um papel central no sistema jurídico.⁷²

Referida fundamentalidade emana da constitucionalização dos direitos sociais com focos nos seguintes aspectos: a) que as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) que estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) que em virtude do disposto no parágrafo primeiro do

⁷⁰ É o que está previsto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da CRFB/1988: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/4/2015.

⁷¹ Cf. BONAVIDES, P., 2013, p. 588-589.

⁷² Cf. ALEXY, R., 2011, p. 521-522.

art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.⁷³

Já em relação à fundamentalidade material, decorrente da relação entre os direitos fundamentais sociais e o núcleo de valores-base de determinada Constituição, destacam-se, no caso da brasileira, os princípios enumerados no Título I - Dos Princípios Fundamentais. Representam, dessa forma, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte à respeito da estrutura do Estado e da Sociedade.

Diante do aspecto material, pode-se afirmar que a intervenção estatal é necessária para assegurar condições mínimas⁷⁴ aos indivíduos. Isso porque os direitos fundamentais possuem conteúdo basal que precisa ser assegurado e onde o grau de satisfação, por meio de prestações, é condicionado por diversos fatores, tais como pela criação de meios e modos de realização, e pela alçada de atores como os Poderes Legislativo e Executivo.⁷⁵

O reconhecimento de um conteúdo mínimo pela Constituição, os direitos originários às prestações, aumenta a possibilidade de exigência imediata de realização dos direitos sociais, inclusive de sua judicialização.⁷⁶ Isso porque a mera atribuição constitucional dos direitos sociais não tem o condão de atribuí-los aos indivíduos. Contudo, ainda que careçam, em geral, de constante ação por parte do Poder Público para sua efetivação, são dependentes de disponibilidade econômica do Estado, daí afirmar que se sujeitam a uma reserva do

⁷³ Cf. SARLET, I. W., 2001, p. 86-87.

⁷⁴ Afirma Clève que “o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais, com o estabelecimento de padrões jurídicos que autorizam exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento, autorizam o controle de constitucionalidade e o Judiciário a decidir a respeito. [...] o que se busca é um significado consensual aos direitos fundamentais que autorize sua proteção, inclusive judicial, e inclusive em face de configurações políticas insuficientes pelo Legislativo e pelo Executivo”. Cf. CLÈVE, C. M., 2012, p. 27-28.

⁷⁵ Cf. CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 166.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 167.

possível.⁷⁷

Contudo, ainda que o Poder Público, em geral seja o principal responsável pela prestação dos direitos sociais, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vem sendo cada vez mais admitida pela doutrina. O redesenho que vem sendo vivenciado nas relações e nos novos modelos de responsabilidade do Estado e dos cidadãos faz emergir no Direito sistemas como, por exemplo, o direito do consumidor, o direito à saúde e o direito ambiental, que demonstram o estabelecimento de um diálogo entre interesses individuais e coletivos, desafiando a dicotomia entre o público e o privado.

Reconhecida a eficácia normativa da Constituição, da mesma forma amplia-se o alcance dos direitos fundamentais, englobando, assim, as relações particulares. CANOTILHO menciona a instituição bancária que contrata apenas homens ou o contrato de compra e venda condicionada à titularidade por “pessoa branca” ou, ainda, a contratação apenas de trabalhadores não sindicalizados.⁷⁸ São todos casos que demonstram questões pertinentes às relações privadas à luz da complexidade da aplicação principiológica da igualdade, o que refina as discussões entre a autonomia privada, o coletivo e o individual.

A tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, é auxiliada pelo disposto na CRFB/1988, que menciona expressamente como responsáveis na aplicabilidade e realização dos

⁷⁷ Explica-se que “A reserva do possível é caracterizada pela avaliação da possibilidade de meios de realização de um direito e apresenta tríplice dimensão: a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias etc; c) proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Quando inviável sua realização, não é negado no plano da validade, nem é alegada sua inaplicabilidade imediata, porém não existem condições de fato para a aplicação. A admissão de tal impossibilidade material de cumprimento de um direito fundamental deve ser tida como uma exceção, que não se presume, sendo que cabe ao Poder Público ou ao particular encarregado de prestar o direito fundamental a demonstração da impossibilidade fática”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Sociais*. In: DIMOULIS, Dimitri (coord.) *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 350.

⁷⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 87-88.

direitos fundamentais, ao lado do Estado, a sociedade. Cita-se como exemplo o disposto acerca da seguridade social (arts. 194 e 195), do meio ambiente (artigo 225), da criança e do adolescente (artigo 227) e em relação ao idoso (artigo 230).

Neste sentido, esclarece SARMENTO que

[...] O cabimento dessa aplicação horizontal imediata sempre deverá considerar a possibilidade de ponderação com outros direitos constitucionais e eventualmente legais, bem como a esfera de liberdade e autonomia própria das relações privadas. Portanto, a dimensão do ônus econômico imposto ao particular é um dos dados da ponderação. Ainda assim, os particulares podem exigir-se diretamente direitos fundamentais, tanto na dimensão “defensiva” destes, quanto na “prestacional”. Empregados podem exigir de seus empregadores direitos de assistência social: imagine-se uma empresa que se instala em região desprovida de serviços públicos e arremonta trabalhadores de outras regiões. A empresa pode ter de responsabilizar-se pelo tratamento de saúde de seus empregados e famílias.⁷⁹

Ainda, importante destacar que as bases jurídico-positivas para a participação dos particulares estão no objetivo fundamental da construção de uma “sociedade solidária”, artigo 3º, I, e na aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.⁸⁰

No que tange ao atributo da aplicabilidade imediata, sabe-se que as normas constitucionais se classificam em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, estas últimas divididas em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.⁸¹

⁷⁹ SARMENTO, D., 2008, p. 349. A propósito, a Lei n. 4.870/1965, que trata da produção açucareira, em seu artigo 35, estabelece que os produtores são responsáveis por programas de higiene e saúde por meio de assistência médica, hospitalar e farmacêutica, bem como à maternidade e à infância.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 584-585.

⁸¹ Cf. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

As normas de eficácia plena são aquelas aptas a produzirem todos os seus efeitos de pronto. Têm aplicabilidade direta, imediata e integral, ou seja, “[...] não necessitam de nenhuma complementação infraconstitucional para que possam ter seu cumprimento exigido, criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, sendo, desde logo, exigíveis”.⁸²

As normas de eficácia contida, à semelhança das normas de eficácia plena, são aptas a, desde já, “[...] produzirem todos os seus efeitos, mas podem, no futuro, terem seus efeitos restringidos - contidos - por atuação do Poder Público. Têm aplicação direta, imediata, mas possivelmente não integral”.⁸³

Já as normas de eficácia limitada tem sua aplicabilidade diferida e reduzida, com seus efeitos jurídicos condicionados à complementação por norma infraconstitucional, “[...] a aplicabilidade da norma está latente, esperando regulação infraconstitucional - *interpositivo legislatoris* - para produzir efeitos”.⁸⁴

Todo preceito constitucional, em especial no que se refere aos direitos fundamentais sócias, ainda que se queira visualizá-los como de eficácia limitada e de cunho programático, é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade. Corroboram SARLET, MARIONI e MITIDIERO neste sentido

[...] Em termos pragmáticos, o que importa destacar, neste contexto, é o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada, pelo menos não no sentido de que o reconhecimento de uma posição subjetiva se encontra na completa dependência de uma interposição legislativa.⁸⁵

⁸² Cf. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 133.

⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 134-135.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 316.

Assim, tendo os direitos fundamentais, em princípio, aplicabilidade direta, tal característica deve valer também aos direitos sociais, seguramente quanto ao seu mínimo. A sustentação de que os direitos sociais dependem de regulamentação, para ROTHENBURG, é um resquício do tempo em que se afirmava que “[...] (aqueles) eram expressos por meio de normas programáticas, particularmente condicionados à legislação complementar [...] tal limitação faz parte do passado do Direito Constitucional”.⁸⁶

Quando a compreensão sobre o significado da condição humana⁸⁷ se torna restritiva pela falta de eficácia de direitos sociais, vê-se a proliferação de falsos sistemas democráticos, nos quais não existe diálogo com a igualdade, tampouco com as diferenças. Dessa força, os direitos fundamentais perdem sua força e a identificação da norma com a vida também é abalada.

Segundo CLÈVE, o artigo 6º da CRFB/1988 “[...] não substancia norma programática (no sentido de despida de eficácia imediata), devendo ser considerada disposição de direito fundamental”.⁸⁸ Isso não significa, entretanto, que a interpretação normativa e de atuação executiva e legislativa deixem de ser importantes ou complexas. Contudo, mesmo os direitos que reclamam uma interposição legislativa não são, enquanto essa não se produz, simples recomendações carentes de força jurídica. Possuem sempre um conteúdo normativo que pode ser feito valer desde a própria Constituição.

Ainda, a possibilidade ou necessidade de regulamentação, existe para muitos direitos fundamentais, independentemente de sua auto-aplicabilidade. “[...] Sobretudo no que diz respeito aos direitos de proteção e aos direitos a organização e procedimentos, a eficácia plena da norma só pode surgir a partir do momento em que a prestação estatal é efetiva”.⁸⁹ A regulamentação se apresenta como uma alternativa ou possibilidade de aplicação, segundo ROTHENBURG, e não como uma

⁸⁶ ROTHENBURG, W. C., 2014, p. 882.

⁸⁷ De acordo com ARENDT, a condição humana compreende algo maior que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se, imediatamente, uma condição de sua existência. ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 19.

⁸⁸ CLÈVE, Clemerson Merlin. Para uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

⁸⁹ SILVA, M. M., 2009, p. 236.

condição ou exigência, podendo contemplar do mesmo modo um direito de defesa e um direito social.

Por consequência, assevera SILVA que

[...] a limitação à aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais (e das normas constitucionais em geral) faz parte do passado do Direito Constitucional. A limitação da eficácia de determinadas normas não é algo intrínseco a elas. Uma norma não é de eficácia limitada por uma questão meramente textual ou estritamente jurídica. Essa limitação depende muito mais de opções político-ideológicas que não tem necessária relação com o texto constitucional. Definitivamente, todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já no âmbito da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.⁹⁰

O argumento de exigência de reserva de lei para os direitos sociais questiona o tipo de democracia que se almeja, pois caberia, inicialmente, aos Poderes Legislativo e Executivo a responsabilidade e a implementação de políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais prestacionais. Contudo, vê-se uma capacidade institucional deficiente daqueles poderes.

Desta forma, em que pese a atuação daqueles poderes ser vital para a realização dos direitos sociais e que o princípio da separação de poderes cobra a utilização do espaço político, do ponto de vista jurídico, nenhum direito fundamental deverá depender de regulamentação para ser gozado, conforme expõe SARMENTO.⁹¹

Com espeque na CRFB/1988, se pode asseverar que não substanciam normas programáticas os temas inscritos nos artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, bem como os localizados no Título VIII - Da Ordem Social (artigos 193 e seguintes). Comenta BARROSO que “[...] a plena e efetiva realização do ordenamento jurídico no plano social, embora, embrionariamente, já esteja concebida no plano normativo (em sentido

⁹⁰ CLÈVE, Clemerson Merlin. Para uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 21.

⁹⁰ SILVA, M. M., 2009, p. 236.

⁹¹ Cf. SARMENTO, D., 2008, p. 558-560.

amplo), depende de fatores econômicos, éticos e culturais”.⁹² Observa-se, no entanto, o raciocínio de que a aplicação de tais direitos deve se pautar na máxima efetividade possível.

Outro aspecto relevante dos direitos sociais diz respeito ao seu histórico, sobre o qual se pode afirmar que ganharam notoriedade no contexto das revoluções liberais do final do século XVIII, marcadamente a partir da Revolução Industrial e

[...] foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas e, uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as constituições do segundo pós-guerra.⁹³

Emergiram gradualmente das lutas de seres humanos e de classes por seu reconhecimento e emancipação, bem como implicaram em uma alteração de posicionamento do papel desempenhado pelo Estado. O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais alçaram seu estágio atual de forma gradual e lenta, passando por várias etapas. Neste contexto, ressalta BOBBIO

[...] Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁹⁴

Conforme já expostos, enquanto os direitos de primeira dimensão corresponderam aos direitos de defesa, principiados a partir das revoluções liberais do final do século XVIII, os direitos sociais

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 329.

⁹³ BONAVIDES, P., 2013, p. 582.

⁹⁴ BOBBIO, N., 2004, p. 5.

(prestacionais) se referiram ao exercício dos direitos fundamentais em condições de igualdade, tendo como marco a Revolução Industrial, em meados do século XIX.

Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão almejaram uma função omissiva do Estado e, os de segunda dimensão, uma função estatal promocional. Não há, porém, “[...] uma nítida sequência cronológica, sendo provável que as diversas épocas tenham conhecido, com maior ou menor ênfase, direitos fundamentais de ambos os matizes”.⁹⁵

Para BOBBIO, o início da era dos direitos se dá com o pós-guerra, já que “[...] somente depois da 2ª Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo - pela primeira vez na história - todos os povos”.⁹⁶

Referida passagem da esfera nacional para a internacional apresenta uma base dual: se por um lado há a restrição da soberania estatal, por outro há a atribuição do papel de proteção ao Estado. E razão do nascimento gradual de direitos do ser humano observa-se que as gerações de direitos não se sobrepõem ou se desconsideram, mas coexistem, se completam e se influenciam.

Uma característica dos direitos de segunda geração repousa em sua articulação coletiva, como direitos de grupos, em oposição aos direitos de liberdade, qualificados de individuais. Dessa forma, o chamado Estado Social é marcadamente um Estado intervencionista; isso porque o Estado Liberal, em que pese a importância de sua conquista frente às arbitrariedades vivenciadas pelos governados, resultou em uma sociedade de intensa desigualdade.

Ocorre que da Revolução Francesa e do liberalismo emergiu um modelo de Estado limitado, constitucional, de Direito, que não intervinha na Sociedade e que existia para o indivíduo como meio e não como fim.

Já no século XIX se vislumbrou o desenvolvimento do capitalismo e da urbanização. Ocorre que a produção crescia tão rapidamente quanto a miséria e a exploração da mão de obra.

A eclosão da Revolução Industrial foi, praticamente, um “divisor de águas”⁹⁷ no cotidiano, culminando em uma repulsa ao liberalismo em prol do social. O Estado passou a ser encarado como possível aliado da população na condição de garantidor da liberdade com igualdade, ou

⁹⁵ ROTHENBURG, W.C., 2014, p. 884.

⁹⁶ BOBBIO, N., 2004, p. 49.

⁹⁷ BONAVIDES, P., 2013, p. 580-582.

seja, almejava-se pelo Estado social. Neste sentido, explica COMPARATO

[...] Juntamente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, as declarações de direitos norte-americanas constituem as cartas fundamentais de emancipação do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o estamento, as organizações religiosas. A afirmação da autonomia individual, que vinha sendo progressivamente feita na consciência europeia desde fins da Idade Média, assume na Europa Ocidental e nos Estados Unidos, no último quartel do século XVIII, contornos jurídicos definitivos. Acontece que a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou o indivíduo mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu, em troca, a segurança da legalidade e nada mais. Foi preciso aguardar o advento do Estado Social, no século XX, para que os grandes riscos sociais da existência humana fossem assumidos, doravante não mais pelos grupos tradicionais, mas pelo Estado⁹⁸.

É importante registrar que referidas declarações trazem direitos que não são os únicos e possíveis ao ser humano, uma vez que oriundos da consciência que possuíam os legisladores ou relatores dos valores à época. Constituem uma síntese do passado e base para o futuro. Portanto, se os direitos fundamentais de primeira geração corresponderam a uma função omissiva do Estado em benefício da liberdade individual, os direitos fundamentais de segunda geração primaram por uma função estatal promocional, ou seja, obrigações de fazer ou de dar, por parte do Estado.

Conforme já exposto, pode-se assegurar que os direitos de liberdade dependem dos direitos sociais para que o seu exercício seja amplamente realizado; isto porque a prática dos direitos civis e políticos resulta difícil sem a proteção dos direitos sociais. Sabe-se que exercer a

⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 65.

liberdade civil e a autonomia política é uma tarefa árdua para quem é desprovido de recursos materiais básicos. Falar em garantia social da liberdade implica na participação na vida política, econômica e cultural, que é quando a liberdade se realiza autenticamente.⁹⁹

Neste sentido, BONAVIDES aclara sobre a valorização do social

[...] Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade de que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.¹⁰⁰

O homem liberal abstrato e insulado cedeu lugar à presença do Estado em ações voltadas às questões sociais, tendo por finalidade a melhores de condições de existência aos hipossuficientes, visando à materialização da igualdade. A evolução das declarações de direitos e a sua adoção em textos constitucionais, visto que aquelas careciam de forma e mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia, promoveu uma transformação no que tange ao sistema de garantias.

Em que pese os direitos sociais serem trazidos como direitos de segunda geração, de reconhecimento cronologicamente posterior aos direitos civis ou políticos, cujo renome se deu na segunda metade do século XX, há registros da fruição de direitos sociais desde a antiguidade.

A título de ilustração, PISARELLO aduz que, tanto na antiguidade quanto na Idade Média, existiam mecanismos institucionais com o fim de solucionar situações de pobreza e de prestação de assistência aos necessitados. Cita como exemplo a garantia, na polis ateniense, de banheiros públicos, de leis que garantiam uma quantidade mínima de alimentos aos necessitados na Roma republicana, e ainda, da

⁹⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 524.

¹⁰⁰ BONAVIDES, P., 2013, p. 583.

edição da *Poor Law*, em 1601, na Inglaterra, que dispunha sobre a assistência aos necessitados.¹⁰¹

Apesar das normas jurídicas inglesas terem o mérito de estabelecerem direitos de cunho social, elas não intentavam transformar a ordem social, mas apenas preservar as condições existenciais daqueles que apresentassem alguma incapacidade para o desenvolvimento de atividades laborais. Contudo, aos poucos os benefícios foram sendo transformados em direitos subjetivos.¹⁰²

Verificam-se, mesmo diante da plena fase do constitucionalismo liberal-burguês, alguns reconhecimentos jurídicos para com o social nas constituições, tais como na Constituição francesa, de 1793, que dispunha sobre a assistência no que se refere ao direito à instrução pública e ao direito dos necessitados aos socorros públicos, e na Constituição brasileira, de 1824, que previa o direito à instrução primária gratuita (art. 179, inc. XXXII) e o direito aos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI).

Ainda,

[...] a Constituição francesa, de 1848, reconheceu algumas exigências do operariado. Entretanto, a plena afirmação dessa nova dimensão dos direitos fundamentais só veio a ocorrer no século XX, por intermédio da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, nas quais os direitos econômicos e sociais foram inicialmente positivados”.¹⁰³

Deste modo, ainda que os direitos sociais somente tenham ganhado reconhecimento com o constitucionalismo do pós-guerra do século XX, constata-se que o seu desenvolvimento não foi uma criação desse período que os sistematizou. Afirma DANTAS que “[...] é

¹⁰¹ Explica-se que a *Poor Law* foi uma das primeiras sistematizações inglesas acerca da responsabilidade do Estado de prover o bem estar dos seus cidadãos. Criada em 1601, visava zelar pelos desprovidos sociais, fazendo com que aprendessem uma profissão e a colocação no mercado de trabalho, além de alimentação e saúde. Cf. PISARELLO, Geraldo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 20.

¹⁰² Cf. PISARELLO, Geraldo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 21.

¹⁰³ Cf. COMPARATO, F. K., 2003, p. 54.

irrecusável a existência de antecedentes que revelam uma preocupação com a condição social do indivíduo antes mesmo da institucionalização formal ocorrida sob a inspiração do chamado constitucionalismo social”¹⁰⁴.

Com o fim de imprimir objetividade na análise histórica dos direitos sociais, delimitou-se como marco a Revolução Industrial em razão do impacto social que causaram o surgimento das máquinas, o crescimento da indústria e do proletariado, bem como a exploração da mão de obra. Exploração esta baseada em condições indignas de trabalho caracterizadas por excessivas jornadas, opressão das mulheres, abuso das crianças e adolescentes, baixos salários, ambientes insalubres, dentre outros aspectos. Acrescente-se a tal cenário a ausência de leis que amparassem o trabalhador.

A partir da Revolução Francesa, o movimento Iluminista tinha como principal expressão política o processo de reconhecimento das novas exigências econômicas e sociais de forma que a questão social nessa época é enfocada sobre a perspectiva de uma mudança do senso comum. Neste contexto a Revolução Industrial pode ser considerada um divisor de águas em inúmeros aspectos afetados pela transição dos métodos de produção artesanal para a produção por máquinas.

Se até então a concepção comum era a de que o indivíduo era pobre porque não queria trabalhar, passou-se a observar que a ausência de trabalho decorria do novo arranjo empregatício do modelo capitalista. Dessa forma, contemplava-se à época da industrialização a massificação da miséria material e uma profunda degradação moral.

A situação de “penúria” se fazia presente em termos de moradia, vestuário e alimentação e a sociedade burguesa, atomizada, atribuía somente aos trabalhadores o encargo de prover suas necessidades além de não lhes oferecer meios salubres e eficazes. As condições de trabalho não destoavam desse cenário e o ideal absenteísta do Estado Liberal não respondia às exigências da população.¹⁰⁵

A igualdade assegurada pela lei não era satisfatória uma vez que a equiparação de indivíduos com características diferentes - padrões e operários, ricos e pobres, homens e mulheres, entre outras -, partia da suposição de que todos poderiam prover sua subsistência por si próprios.

¹⁰⁴ DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade. São Paulo: Saraiva, 2009, p.190.

¹⁰⁵ Cf. HOBBSAWM, Eric. A era das revoluções: 1789 - 1848. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 21.

Tal visão resultou em um empobrecimento generalizado do proletariado no início do século XIX.¹⁰⁶

O impacto determinado pela industrialização, aliado a graves problemas sociais e econômicos que dela decorriam, bem como o surgimento das doutrinas socialistas e a verificação de que a liberdade e a igualdade, em termos formais, não garantiam seus efetivos gozos, resultaram, no decorrer do século XIX, no surgimento de movimentos reivindicatórios de um comportamento ativo por parte do Estado em prol do social.¹⁰⁷

Assim, uma nova forma de relacionamento entre o Estado e a sociedade se fazia necessária a fim de que aquele passasse a assumir e intervir em situações e áreas nas quais o indivíduo conseguisse superar suas angústias e necessidades. Daí a origem ideológica que conduziu os movimentos socialistas e o necessário reconhecimento dos direitos econômicos e sociais.

Dessa forma, o surgimento do Estado Social, em contraposição ao Estado liberal vigente, possuía como principal preocupação a garantia das liberdades individuais, dando novo sentido as Constituições por inserir nova espécie de direitos. Esclarece BONAVIDES que

[...] as atenções constitucionais do liberalismo convergiam para os polos da liberdade individual; a sociedade, os grupos, as instituições, o pluralismo das formações políticas e sociais, a ação intervencionista do Estado, os interesses organizados para o exercício das pressões sobre o Estado ainda não se haviam cristalizado nem muito menos se constituído com a força e a influência e o peso que viriam a ter com o Estado social do século XX, de maneira a reformar de certo modo a índole das Constituições e a dar aparentemente mais segurança aos direitos fundamentais, ampliando tecnicamente em número e variedade os instrumentos jurisdicionais de proteção àqueles direitos.¹⁰⁸

A partir desse momento as normas deixavam de ter a natureza de mera proteção contra as interferências estatais, para adquirirem

¹⁰⁶ Cf. COMPARATO, F. K., 2003, p. 53-54.

¹⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 55.

¹⁰⁸ Cf. BONAVIDES, P., 2013, p. 553.

características que exigiam condutas estatais. Dessa forma, o Estado abandona o papel passivo para assumir funções que lhe foram atribuídas.

Com o advento dos direitos fundamentais de segunda geração constata-se que tão relevante quanto resguardar o indivíduo era proteger as instituições “[...] uma realidade mais rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais”¹⁰⁹.

As normas constitucionais, no Estado Social, dispunham acerca de programas de ação para os Estados que visavam o bem-estar social, imprimindo uma feição dirigente às Constituições, ou seja, capaz de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal.

Assim, o texto constitucional passou a conter dispositivos que conectam o legislador e os particulares à realização de determinados fins e à submissão à exatos valores ponderados pelo constituinte como fundamentais. Neste sentido, SARLET aduz que

[...] Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam disso contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor) caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objetos de diversos pactos internacionais.¹¹⁰

¹⁰⁹ BONAVIDES, P., 2013, p. 583.

¹¹⁰ SARLET, I. W., 2001, p. 47-48.

Ressalta-se que o primeiro pós-guerra (1914-1918) resultou em uma significativa alteração do constitucionalismo liberal, passando os direitos econômicos e sociais a figurarem nas constituições, e a democracia liberal-econômica a dar espaço à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social. Citam-se como marcos do constitucionalismo social a Constituição do México, de 1917, e Constituição de Weimar, de 1919.

Observa-se que a Constituição brasileira de 1934 seguiu o disposto daquelas e inclinou-se para as questões sociais. Surgia portanto, o denominado Constitucionalismo Social, assim entendido como “[...] o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países”.¹¹¹

A Constituição do México, de 1917, foi a primeira constituição a incluir os chamados direitos sociais, em franca reação ao sistema capitalista, desmercantilizando a força de trabalho, reconhecendo a igualdade substancial entre empregadores e empregados no campo da relação contratual.

O texto constitucional mexicano sobressaiu-se tanto pela precedência em constituir uma afirmação ideológica dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quanto por procurar instituir uma sociedade fundamentada no direito social ao trabalho num cenário em que colidiam a visão de um Estado Social, de uma liberdade clássica da economia e de uma forte influência do clero.

Pode-se afirmar que foi uma Constituição anticlerical, pois diferentemente do laicismo, implicava certa hostilidade à influência política e econômica do clero.¹¹²

[...] A Constituição do México configura o reconhecimento e a positivação, em sede constitucional, das reivindicações e dos princípios inspiradores da Revolução Mexicana, iniciada em 1910. [...] Da análise de cada um dos dispositivos constantes do texto constitucional mexicano, observa-se que a Constituição de 1917 não se limitou a consagrar, em seu corpo, as aspirações e reivindicações veiculadas pela Revolução, garantindo, também, ao lado dos direitos de

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva 2008, p. 31.

¹¹² Cf. COMPARATO, F. K., 2003, p. 177.

liberdade, direitos e garantias de segunda dimensão. Estes - apesar de constantes, em sua essencialidade, nos arts. 27 e 123 - não se concentram em um único Capítulo da Constituição, apresentando-se, ao contrário, dispersos ao longo de todo o texto da Carta Política. Sob tal aspecto, deve-se destacar as seguintes previsões: proteção à família (art. 4º), direito à saúde, de incumbência da Federação e das entidades federativas (art. 4º, § 2º), direito à moradia digna, a ser concretizado por meio de apoio Estatal (art. 4º, § 3º), proteção pública dos menores (art. 4º, § 4º), direito social ao trabalho e ao produto que dele resulta (art. 5º), proibição de contratos que importem na perda de liberdade do indivíduo (art. 5º, § 4º) e a vedação à constituição de monopólios (art. 28 - direito esse de natureza eminentemente econômica).¹¹³

Diante do exposto, vê-se que referida Constituição expunha garantias para as liberdades individuais e políticas, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. Também em virtude do reconhecimento e da garantia dos direitos sociais, foi a primeira “[...] a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades

¹¹³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais: A preponderância da Constituição República Alemã de 1919 na inauguração do social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa, Brasília, vol. 43, n. 169, jan/mar/2006. Disponível em : <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 22/6/2015.

individuais e os direitos políticos”.¹¹⁴ Ainda, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e, de modo geral, os alicerces para a edificação do moderno Estado Social de Direito.¹¹⁵

Registra-se que referidas medidas eram, para a época, bastante radicais e refletiam as intenções expostas, antes e durante a Revolução Mexicana, ou seja, anticlericalismo, sensibilidade social, reforma agrária e nacionalismo.¹¹⁶

Além da Constituição Mexicana, a Constituição de Weimar, da mesma forma, influenciou a positivação e evolução da dimensão dos direitos sociais nas Cartas Constitucionais. Foi uma Constituição da curta República de Weimar (1919-1933) na Alemanha que criou o Estado da Democracia Social, promovedor da dignidade humana, bem como dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais, tão desmerecidos na Revolução Industrial pelo liberal-capitalismo.

Ocorre que em razão do processo de industrialização e de problemas geopolíticos e econômicos, ocasionados pela imposição do Tratado de Versalhes, criou-se na Alemanha uma relevante classe operária organizada em sindicatos e em partidos políticos.

O país, logo após o término da Primeira Guerra Mundial, vivia um período de profunda instabilidade política e social, dessa forma a burguesia, numa tentativa de neutralizar os movimentos revolucionários, criou um projeto de república democrática e social - República de Weimar.

¹¹⁴ Esclarece-se que o artigo 5º da Constituição Mexicana é tido como inaugurador do Direito Constitucional do Trabalho, do qual se destacam as seguintes prescrições: direito ao emprego e correlata obrigação do Estado de promover a criação de postos de trabalho (art. 123, “caput”); jornada de trabalho máxima de oito horas (I); jornada noturna de seis horas (II); proibição do trabalho aos menores de 14 e jornada máxima de seis horas aos maiores de 14 e menores de 16 (III); um dia de descanso para cada 6 dias trabalhados (IV); direitos das gestantes (V); salário mínimo digno (VI), a ser estabelecido por uma comissão nacional formada de representantes dos trabalhadores, patrões e do governo; direito a salários iguais aos que exercem iguais funções, sem discriminação de gênero ou nacionalidade (VII); [...]. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais: A preponderância da Constituição República Alemã de 1919 na inauguração do social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa, Brasília, vol. 43, n. 169, jan/mar/2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 22/6/2015.

¹¹⁵ Cf. COMPARATO, F. K., 2003, p. 178.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 179-181.

Ressalta-se que a Constituição de Weimar apresentava-se organizada em duas partes, de forma que a primeira parte regulamenta a organização do Estado, e a segunda trazia a declaração de direitos e deveres fundamentais, adicionando às liberdades individuais novos direitos de conteúdo social.

Referida Constituição fez despertar a concepção de um Estado que buscasse minorar os problemas sociais e proporcionar a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, sendo considerada pioneira do movimento do constitucionalismo social, por ter consagrado em seu bojo direitos sociais de segunda geração e ter reestruturado o Estado em prol da sociedade e não do indivíduo.¹¹⁷

Por ser um dos principais textos constitucionais a prever expressamente os direitos sociais, com sua promulgação, inaugurou uma nova relação com o direito constitucional, em especial

[...] proteção e assistência à maternidade (art. 119, § 2º e 161); direito à educação da prole (art. 120); proteção moral, espiritual e corporal à juventude (art. 122); direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público (art. 129); direito ao ensino de arte e ciência (art. 142); ensino obrigatório, público e gratuito (art. 145); gratuidade do material escolar (art. 145); direito a “bolsa estudos”, ou seja, à “adequada subvenção aos pais dos alunos considerados aptos para seguir os estudos secundários e superiores, a fim de que possam cobrir a despesa, especialmente de educação, até o término de seus estudos” (art. 146, § 2º); função social da propriedade; desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum (art. 153, § 1º); direito a uma habitação sadia (art. 155); direito social ao trabalho (art. 157 e art. 162); proteção ao direito autoral do inventor e do artista (art. 158); proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (art. 161 -

¹¹⁷ Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (coords.). Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

previdência social); direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais” (art. 162); seguro-desemprego (art. 163, § 1º) e direito à participação, mediante Conselhos - Conselhos Operários e Conselhos Econômicos -, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei (art. 165).¹¹⁸

Colhe-se do exposto que o rol de direitos sociais constantes na Constituição de Weimar, ao garantir tanto liberdades públicas como sociais, consagrou-a e inspirou textos constitucionais, tais como a Constituição brasileira de 1934. ressalta-se, por fim, que nos mesmos termos da Carta mexicana, a Constituição de Weimar adotou todas as convenções aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho.¹¹⁹

Ambas as Constituições foram consideradas marcos iniciais da positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que inspiraram constituições e declarações também no segundo pós guerra (1939-1945), tais como a Declaração da Filadélfia de 1944, a Constituição francesa de 1946, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição italiana de 1948, a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Constituição portuguesa de 1976, a Constituição espanhola de 1978, a CRFB/1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991. Nesta seara assevera BONAVIDES que tais positivações refletem que

[...] a nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da trílice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa

¹¹⁸ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais: A preponderância da Constituição República Alemã de 1919 na inauguração do social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa, Brasília, vol. 43; n. 169, jan/mar/2006. Disponível em : <http://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 22/6/2015.

¹¹⁹ Cf. HERRERA, C. M., 2008, p. 13.

um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.¹²⁰

Dessa forma, os direitos sociais procuraram englobar de forma concreta e positiva os clamores dos grupos humanos como a família, a coletividade étnica, bem como a própria humanidade, que no fundo levam ao bem-estar do ser humano em sua individualidade.

Quanto à incorporação dos direitos sociais nas Constituições brasileiras, tem-se que estiveram presentes nas Constituições vigentes, ora com menos, ora com mais intensidade, como se passa a expor.

A Constituição do Império, outorgada em 25 de março de 1824 sob ótica liberal, e sofreu influência da Constituição Espanhola de 1812¹²¹, da Constituição Francesa de 1814 e da Constituição Portuguesa de 1822. Apesar da fase histórica corresponder ao Estado liberal, observa-se uma preocupação do constituinte com prestações de índole social.¹²² Disponha acerca da igualdade de todos perante a lei (artigo 179, XIII); da liberdade de trabalho (artigo 179, XXIV); do direito à saúde (“socorros públicos” - artigo 179, inciso XXXI), e da instrução primária gratuita para todos (artigo 179, XXXII), embora adotando um sistema não-intervencionista.¹²³

¹²⁰ BONAVIDES, P., 2013, p. 574.

¹²¹ BONAVIDES explica que a Constituição de Cádiz ou Constituição Espanhola de 1812, também conhecida como La Pepa, foi o primeiro documento constitucional aprovado na Península Ibérica e um dos primeiros no Mundo, formulou uma série de princípios absolutamente inovadores para seu tempo, tais como o ideário de limitação do poder do rei, felicidade e bem-estar dos indivíduos que a compõem. Oficialmente esteve em vigor por apenas dois anos. Apesar desta curta vigência, o seu texto exerceu profunda influência no desenvolvimento do constitucionalismo luso-brasileiro, como afirma BONAVIDES: “Três vezes a Constituição espanhola de Cádiz, monumento do liberalismo monárquico, teve ingresso efêmero no constitucionalismo luso-brasileiro: A primeira vez em Portugal, ao ensejo da rebelião popular de 11 de setembro de 1821; [...] A segunda vez, na Bahia, em 10 de fevereiro de 1821; [...] pela terceira vez, no Rio de Janeiro, por apenas 24 horas. Decretada no dia 21 de abril foi revogada no dia seguinte, por dois decretos de D. João VI”. BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 14, n. 40, dez/2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

¹²² Cf. SARLET, I. W., 2001, p. 57.

¹²³ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/3/2015.

Contudo, os direitos garantidos na referida Constituição eram dirigidos à elite aristocrática, conforme explica SILVA, “[...] não se pretendia reformar a estrutura colonial de produção, não se tratava de mudar a estrutura da sociedade: tanto é assim que em todos os movimentos revolucionários se procurou garantir a propriedade escrava”.¹²⁴

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, rompeu com a divisão quadripartite vigente no Império e adotou a doutrina de Montesquieu, passando a ter como forma de governo a república, como sistema de governo, o presidencialismo e como forma de Estado, a federação.¹²⁵

No entanto, como a realidade estava ainda muito vinculada ao coronelismo, muitas normas constitucionais padeceram de eficácia, dentre as quais se destacam as de cunho social. Mais tarde, quando Getúlio Vargas assumiu o governo (Revolução de 1930) e devido ao clamor do movimento operário pelo reconhecimento de direitos trabalhistas, houve avanço com relação aos direitos sociais, implementando-se direitos tais como o seguro acidente de trabalho, a aposentadoria e a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.¹²⁶

Sob a influência da Constituição Mexicana, de 1917, e da Constituição de Weimar, de 1919, a Constituição Brasileira, de 1934, representou verdadeiro progresso no campo dos direitos sociais, concebendo um Estado intervencionista, ou seja, introduziu efetivamente uma fase social no constitucionalismo pátrio.¹²⁷

Assim, concedeu aos direitos e garantias trabalhistas o *status* de norma constitucional. Ainda, atribuiu ao Poder Público o dever de assegurar o direito à educação, já apresentado na Constituição de 1824 (art. 179, inciso XXXII), e de adotar medidas legislativas e administrativas tendentes à: assegurar amparo aos desvalidos; estimular a educação; amparar a maternidade e a infância; socorrer as famílias de prole numerosa; proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual; restringir a moralidade e a

¹²⁴ SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 168.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 170.

¹²⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p.78-79.

¹²⁷ Cf. SARLET, I. W., 2001, p. 216.

morbidade infantil; e (de higiene social) impedir a propagação das doenças transmissíveis.¹²⁸

Registra-se, também, a instituição da Justiça do Trabalho, do salário mínimo, de férias anuais do trabalhador remuneradas e da indenização ao trabalhador dispensado. Contudo, ainda que o avanço social tenha se dado com maior ênfase em termos de positivação do que na práxis, representou um progresso e amadurecimento histórico da preocupação com o coletivo.

A quarta Constituição brasileira foi outorgada por Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, que instalou uma ditadura com o golpe de Estado. Apresentou recuos em termos sociais, preocupando-se em fortalecer o Poder Executivo e reduzir a função legislativa do parlamento.

Citam-se a ampliação da representatividade dos sindicatos, a ilegalidade da greve e do *lock-out*, a ligação da gratuidade do ensino primário à obrigatoriedade, além da atribuição ao Estado da responsabilidade pelo acesso à educação de qualidade nas escolas da rede oficial de ensino às crianças e aos adolescentes. Assevera SILVA que aludida Constituição não teve uma aplicação regular, permanecendo seus dispositivos como letra morta.¹²⁹

Já a Constituição brasileira de 1946, promulgada por uma Assembleia Constituinte, o que implicou num retorno do Brasil à democracia, no capítulo “Da Ordem Econômica e Social”, em seu artigo 145, dispunha “[...] A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

Assim, buscou assegurar um trabalho que permitisse existência digna, direitos trabalhistas e de previdência social que proporcionassem melhoria da condição dos trabalhadores, além de direito à educação e à cultura.¹³⁰

A Constituição de 1967 é marcada por um período de autoritarismo na vida política do país em razão do Golpe Militar em 31 de março de 1964. Assim, ainda que a Constituição vigente contivesse uma declaração de direitos, o princípio da segurança nacional pairava sobre a eficácia das demais normas constitucionais.

¹²⁸ Cf. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/6/2015.

¹²⁹ Cf. SILVA, J. A., 2010, p. 83.

¹³⁰ *Idem, ibidem*, p. 85-86.

Após um período de regime militar ditatorial, que perdurou de 1964 a 1985, desencadeou-se um processo de democratização no Brasil, o que culminou com a promulgação da CRFB/1988. Também conhecida como a Constituição cidadã em razão do constituinte originário ter primado pelos direitos fundamentais sociais, em sua maioria de natureza aberta e indeterminada, originando, na doutrina, verdadeiro dissenso em relação ao grau e eficácia de tais direitos.

Erigida perante uma ordem democrática, buscou abrigar disposições direcionadas às mais variadas “camadas” sociais e não obstante a relevância da liberdade, observou uma séria de prestações estatais. Constata-se, portanto, como na Constituição portuguesa, de 1976, uma mescla de características do Estado liberal e do Estado social, de modo que o direito à liberdade segue concomitante com garantias materiais mínimas necessárias à dignidade humana.¹³¹

Registra-se que a maior parte dos direitos sociais está relacionada no artigo 6º da Constituição, quais sejam: o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados. O artigo 7º declinou direitos especificamente em favor dos trabalhadores dos quais se citam o seguro-desemprego, o fundo de garantia por tempo de serviço, o piso salarial, o décimo terceiro salário, a participação nos lucros, repouso semanal remunerado, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.¹³²

Além dos direitos sociais previstos no Capítulo II do Título I, outros direitos sociais encontram-se disciplinados no Título VIII - Da Ordem Social, organizados da seguinte forma: a) Capítulo I - Disposição Geral (artigo 193); b) Capítulo II - Da Seguridade Social (artigos 194 à 204); c) Capítulo III - Da Educação e do Desporto (artigo 205 à 217); d) Capítulo IV - Da Ciência e da Tecnologia (artigos 218 e 219); e) Capítulo V - Da Comunicação Social (artigos 220 à 224); f) Capítulo VI - Do Meio Ambiente (artigo 225); g) Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso (artigos 226 a 230) e h) Capítulo VIII - Dos Índios (artigos 231 e 232).¹³³

¹³¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 104.

¹³² Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

¹³³ *Idem, ibidem*.

Há também a previsão de algumas medidas com fulcro em garantir uma maior eficácia àqueles, tais como os percentuais mínimos a serem alocados na saúde e na educação (parágrafo 2º do art. 198 e art. 212), a possibilidade de intervenção federal quando do descumprimento dos referidos percentuais (alínea “e”, do inciso VII, do art. 34 e inciso II, do art. 35), da destinação das receitas dos impostos para as áreas da saúde e da educação (inciso IV do art. 167), do direito público e subjetivo ao ensino básico (parágrafo 1º do artigo 208), entre outras.¹³⁴

Todavia, em que pese a CRFB/1988 apresentar uma significativa previsão e preocupação com os direitos sociais, assumindo-os como valores da sociedade, paradoxalmente, insiste-se na perpetuação de modelos transmitidos, de geração para geração, em que se dispensa o significado valoroso de eventos históricos e de direitos e garantias conquistadas.

Os direitos fundamentais sociais não podem mais ser pensados apenas como normas positivadas abstratas ou técnicas de regulação coerciva do cotidiano coletivo. O discurso jurídico, que se repete, por deixar de apreender as complexidades do tempo presente e de ouvir os apelos dos excluídos, torna-se um discurso vazio, em especial no que tange ao direito social ao trabalho das mulheres.

Ao afirmar-se a necessidade e a importância do direito social ao trabalho está se alertando para o vácuo deixado pelo positivismo e pelo racionalismo do Direito, para a apatia social em relação ao reconhecimento do outro, para a ausência do Estado e para a falta de reflexão acerca das experiências - sociais, políticas, econômicas, culturais, entre outras - que permitem a construção de uma democracia humanitária firmada na liberdade, igualdade e fraternidade.

1.3. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO: DE TAREFA TORTUOSA AO STATUS DE DIREITO FUNDAMENTAL

O direito fundamental social ao trabalho, na teoria jurídica, emana do direito constitucional, inserido na seara dos direitos sociais, e se apresenta com um discurso jurídico consistente mas que, no entanto, revela sua insuficiência pelo que silencia. Ao mesmo tempo em que é um importante direito positivado, é um dos menos efetivados, em especial no que se refere às mulheres.

¹³⁴ Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

O vocábulo “trabalho” pode ser estudado a partir de diferentes prismas, dessa forma, propício a uma análise interdisciplinar por adentrar, de forma implacável, na vida de cada ser humano e interferir na política, na economia, nas relações sociais e no direito, dentre outras áreas. Explica FERRARI “[...] seja quais forem os valores que lhe atribua (degradante ou enobrecedor), o trabalho sempre ocupou o lugar central em volta do qual as pessoas organizaram suas vidas”.¹³⁵

Etimologicamente, para BESSELAAR, o substantivo português “trabalho” origina-se do latim *tripalium* composto de *tri* (três) e *palus* (pau), que denota um instrumento de tortura, formado por três paus móveis, em forma de triângulo, com que se podiam contundir os braços e as pernas de um réu, além de também servir para sujeitar cavalos que não se deixavam ferrar. Destaca o autor que no período clássico da literatura portuguesa foi utilizado como sinônimo de tribulações, dores, sofrimentos, sendo a evolução semântica muito semelhante nas demais línguas românicas.¹³⁶

Neste sentido, explica ZANGRANDO

[...] A palavra *trave*, em inglês, que designava a baía onde os cavalos eram tratados, lentamente adquiriu outros sentidos, tais como tormento ou fadiga, donde em inglês a palavra *travel*, que significa uma longa e fatigante viagem. Finalmente, *travail*, tanto em Francês como em outras línguas latinas substituiu aquilo que era expresso anteriormente pela latina *opera*. Ainda existem indicações esparsas indicando a origem do termo *trabare*, que significa obstruir o caminho de alguém com uma barra.¹³⁷

Por fim, esclarece BATTAGLIA que a expressão “traballar” origina-se do baixo latim *tripaliare* (torturar com *tripalium*) e, no mesmo sentido, o verbo francês *travailler* e o termo *travail*. Já a

¹³⁵ FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 22.

¹³⁶ Cf. BESSELAAR, José Van den. As palavras têm a sua história. Braga: APPACDM Distrital de Braga, 1994, p. 303-304.

¹³⁷ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 33.

expressão italiana *bisogna* (tarefa) implica na necessidade, no que é preciso ser executado, ainda que por agrado, e de mesmo significado, o termo alemão *arbeit*, assim como os termos ingleses *labour* e *work*, o que nos leva a concluir que não é o termo que ilumina o conceito, mas é o conceito ou são os conceitos que dão sentido ao termo.¹³⁸

Corroborar ARENDT quando aduz que o trabalho se relaciona à palavra grega *poiesis* que corresponde ao artificialismo da existência humana. Significa fazer, fabricar, criar um produto por técnica ou arte. *Poiesis* é a obra da mão humana e dos instrumentos que a imitam. O exemplo trazido pela filósofa é o do escultor, uma vez que, o fazer do artista abarca a qualidade da permanência e se torna presença no mundo, para além da vida do seu produtor. Ainda que muitos anos após sua morte, quando alguém encontrar no fundo de um esconderijo a estátua que ele fez, esse alguém saberá da existência de um homem naquele lugar e naquele tempo. Os objetos fruto da fabricação criam o mundo humano. “[...] A mundanidade é a condição humana do trabalho”.¹³⁹

Assim, por questão de unidade conceitual ao estudo, cita-se o conceito da Organização Internacional do Trabalho, conforme informa LEVAGGI

[...] o trabalho é o conjunto de atividades humanas, remuneradas ou não, que produzem bens ou serviços em uma economia, ou que satisfazem as necessidades de uma comunidade, ou proveem os meios de sustento necessários para os indivíduos. O emprego é definido como trabalho efetuado em troca de um pagamento (salário, soldo, comissões, propinas, pagos em parte ou em espécie) sem importar a relação de dependência.¹⁴⁰

Vê-se que o trabalho tanto pode ser avaliado como um encargo, como também pode representar uma fonte de libertação e de realização pessoal. Tido como componente da dignidade humana, tanto pode ser algo natural para o ser humano que possui a necessidade ou o desejo de

¹³⁸ Cf. BATTAGLIA, Felice. Filosofia do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 18-19.

¹³⁹ ARENDT, H., 2007, p. 107-110.

¹⁴⁰ LEVAGGI, Virgílio. O que é o trabalho decente? Revista da Associação Latino-americana de Juizes do Trabalho, Brasília, vol. 1, n. 1, jun/2007. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br>. Acesso em: 15/4/2015.

trabalhar, causando satisfação, como pode ser algo desumano quando há a desigualdade, a discriminação e a exploração.

É certo que o trabalho não deve ser compreendido apenas por uma perspectiva vinculada às necessidades, mas sim por uma perspectiva vinculada à realização. Assim, quando livre da necessidade imediata de sobrevivência, distante da atomização, da alienação e da coisificação está aberto ao desenvolvimento das suas potencialidades.

MORAES FILHO esclarece que

[...] Sendo o trabalho um prolongamento da própria personalidade, que se projeta no grupo em que vive o indivíduo, vinculando-o pela própria divisão do trabalho social, aos demais que a compõem, representa esse direito, por si só, a raiz da própria existência do homem, pelo que lhe proporciona e lhe pode proporcionar de subsistência de liberdade, de autoafirmação e de dignidade. O direito social ao trabalho é a possibilidade de vir a participar cada um da produção de todos, recebendo em troca, a remuneração que lhe é devida.¹⁴¹

No mesmo, sentido aduz ZANGRANDO que o trabalho também opera, sob o ponto de vista pessoal, como meio de satisfação das necessidades econômicas, psicológicas e espirituais, de forma que não existe razão para “[...] excluir-se o trabalho lúdico, ou seja, aquele que se realiza por distração”;¹⁴² e sob o ponto de vista social, “[...] vê-se que o trabalho transcende a própria pessoa, servindo como desenvolvimento da vida comunitária”.¹⁴³

Ainda, REALE complementa afirmando que o trabalho é um valor

[...] ele já é, por si mesmo, um valor, como uma das formas fundamentais de objetivação do espírito enquanto transformação da realidade física e social, visto como o homem não trabalha porque quer, mas sim uma por uma exigência

¹⁴¹ MORAES FILHO, Evaristo de. O direito ao trabalho. São Paulo: LTr., 1974, p. 674.

¹⁴² ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 66.

¹⁴³ *Idem, ibidem*, p. 66.

indeclinável de seu ser social, que “é um ser pessoal de relação”, assim como não se pensa porque se quer, mas por ser um pensamento um elemento intrínseco ao homem, no seu processo existencial, que se traduz em sucessivas “formas de objetivação”. Trabalho e valor, bem como, por via de consequência, trabalho e cultura, afiguram-se termos regidos por essencial dialética de complementariedade.¹⁴⁴

Já para MARX

[...] as pessoas dependem de um papel ativo na transformação constante da natureza para que possam existir: antes de tudo, o trabalho é um processo de que participam o homem e a natureza, processo em que o ser humano, com sua própria ação, impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza. Defronta-se com a natureza como uma de suas forças. Põe em movimento as forças naturais de seu corpo - braços e pernas, cabeça e mãos -, a fim de apropriar-se dos recursos da natureza, imprimindo-lhes força útil à vida humana. Atuando assim, sobre a natureza externa e modificando-a, ao mesmo tempo modifica sua própria natureza.¹⁴⁵

Contudo, as diferentes associações feitas à abrangência do direito social ao trabalho certamente que se vinculam ao princípio da dignidade da pessoa humana, à realização pessoal e, conseqüentemente, à sobrevivência. O ato de trabalhar é um dos recursos que favorece o desenvolvimento humano, bem como o seu potencial de superação. Corrobora neste sentido o sociólogo ANTUNES ao afirmar que

[...] o trabalho tem a possibilidade de favorecer ao homem o seu desenvolvimento como ser criativo

¹⁴⁴ REALE, Miguel. Introdução. In: BAGOLINI, Luigi. Filosofia do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 11.

¹⁴⁵ MARX, Karl. O Capital: Crítica da economia política. Livro Primeiro: o processo de produção do capital. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1998, p. 211.

e de desenvolver a sua potência. [...] Pelo trabalho, o ser social produz-se a si mesmo como gênero humano; pelo processo de auto-atividade e autocontrole o ser social salta da sua origem natural baseada nos instintos para uma produção e reprodução de si como gênero humano, dotado de autocontrole consciente, caminho imprescindível para a realização da liberdade.¹⁴⁶

Considerando a capacidade laborativa do ser humano, se pode afirmar o trabalho como elemento constitutivo da natureza humana. A despeito de seus possíveis significados, a compreensão do direito de exercê-lo fundamenta sua regulamentação legal como um direito fundamental. Daí sua importante sinergia com o direito constitucional. Entretanto, o trabalho ganha importância na vida do ser humano a partir do momento em que deixa de ser associado a algo pejorativo para ser relacionado à identidade, à autoconsciência, ao reconhecimento, aos relacionamentos e à autorealização.

No que tange à trajetória histórica do direito social ao trabalho, esta foi marcada por aproximações conceituais distantes do que hoje se concebe. Desde a sua idealização como a “liberdade de trabalhar” e/ou o “dever de trabalhar”, até a sua concepção de direito fundamental social, pode-se afirmar-se que uma das maiores conquistas do ser humano foi o seu reconhecimento à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Iniciando a análise a partir da Antiguidade Clássica, observa-se que a escravidão, praticada por inúmeros povos, tais como Índia, Egito, Assíria, Babilônia, Pérsia, Grécia e Roma fez com que a sociedade se estruturasse com base na desigualdade entre os seres humanos e com que os vocábulos “escravidão” e “trabalho” parecessem sinônimos. Assim, a história do trabalho na Antiguidade se confunde com a história da escravidão.¹⁴⁷

Destaca OLIVEIRA que “[...] o escravo era um verdadeiro deserdado, comprado e vendido como *res*, não passando de mercadoria. Não tinha sequer acesso aos bens que produzia, salvo para sua própria sobrevivência, - nos rigorosos limites dela”.¹⁴⁸ Para Aristóteles, o

¹⁴⁶ ANTUNES, Ricardo. Os Sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p. 145.

¹⁴⁷ Cf. NASCIMENTO, A. M., 2008, p. 143.

¹⁴⁸ Cf. OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do direito do trabalho. In: Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 39.

trabalho era concebido como algo necessário aos escravos, pois ao homem livre cabia o ócio para fins de alcançar a virtude.¹⁴⁹

Na Idade Média, marcada pelo feudalismo, os senhores feudais cediam parte da terra recebida dos reis - gleba - para os servos, que a cultivavam para manutenção daqueles, ao passo que viviam em míseras condições. SANTOS descreve a relação de servidão vigente à época

[...] Apesar de não serem considerados coisa (res), como ocorria outrora com os escravos, a situação dos servos não se distanciava muito da daqueles, pois eram considerados acessórios das terras pertencentes ao senhor feudal, as quais se vinculavam e ficavam sujeitos a diversas restrições pessoais (não podiam contrair casamento sem permissão ou deslocarem-se para outras terras). Passavam fome, habitavam em condições precárias, não sabiam ler ou escrever e ficavam sujeitos ao cumprimento de diversas obrigações, como de trabalhar gratuitamente em alguns dias da semana, entregar gratuitamente parte da produção ao senhor feudal e pagar pela utilização de equipamentos e instalações do feudo.¹⁵⁰

Sob a perspectiva cristã, o trabalho era uma necessidade do ser humano disposta na Bíblia como lei ditada pelo Apóstolo Paulo quando afirma que “[...] se alguém não quiser trabalhar, não coma também”.¹⁵¹ Ressalta-se que conforme a religião cristã começava a influir, foi-se impondo uma concepção positiva do direito social ao trabalho. Verifica-

¹⁴⁹ Na verdade, para ARISTÓTELES, a utilidade dos escravos pouco difere da dos animais; serviços corporais para atender às necessidades da vida são prestados por ambos, tanto pelos escravos quanto pelos animais domésticos. A intenção da natureza é fazer também os corpos dos homens livres e dos escravos diferentes - os últimos fortes para as atividades servis, os primeiros *erectos*, incapazes para tais trabalho mas aptos para a vida de cidadãos [...]. Cf. NASCIMENTO, A. M., 2008, p. 144.

¹⁵⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho do Brasil contemporâneo. Revista do Ministério Público do Trabalho, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 47-67, mar/1991, p. 50

¹⁵¹ Bíblia Sagrada. Versão *on line*. Livro 2 Tessalonicenses, Capítulo 3, Versículo 10. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br>. Acesso em: 2/7/2014.

se nas obras de SANTO TOMÁS DE AQUINO, que o trabalho surge associado ao ideário de dignidade humana, afirmando o filósofo (apud ELDER) que

[...] o trabalho manual tem sua própria dignidade cuja origem está no fato de que procede da pessoa humana: o homem ao trabalhar intenta produzir uma perfeição maior no mundo. Assim alcança uma semelhança maior com Deus que é a causa primeira de todas as coisas.¹⁵²

Assim, para o filósofo, os seres humanos, ao trabalharem, contribuem para o aperfeiçoamento do mundo, obtendo, dessa forma, uma maior semelhança com Deus, que criou todas as coisas. O trabalho manual liga-se ao ideário de dignidade humana, secundado já pela Renascença. No limiar da Idade Moderna, aduziu ser o trabalho um possibilitador da construção livre e independente da própria existência humana.

Com efeito, no pensamento de SANTO TOMÁS DE AQUINO, a noção de trabalho se encontra com a noção de dignidade, cujo fundamento repousa na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana. Assim, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, trabalha em função de sua própria vontade.¹⁵³

Ensina ZANGRANDO que na Idade Moderna, “era dos descobrimentos” onde a Europa expandiu seus domínios geográficos e instituiu colônias, o feudalismo deu lugar à ascensão dos estados-nação e as monarquias se fortaleceram,

[...] vários fatores proporcionaram a expansão: no campo econômico, a estagnação da economia europeia, pelo domínio mouro de parte da Espanha e da África estimulou a busca de novos mercados consumidores e fornecedores. No

¹⁵² ELDERS, Leo John. O Pensamento de Santo Tomás de Aquino sobre o Trabalho. Revista de Filosofia e Teologia Aquinate. São Paulo, vol. 1, n. 9, 2009. Disponível em: <http://www.aquinate.net>. Acesso em: 2/7/2014.

¹⁵³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 31.

campo sociopolítico, a ascensão social da burguesia mercantil e o fortalecimento do Estado Nacional proporcionaram o fomento das expedições. No campo científico, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento das técnicas de navegação, com a invenção da bússola e do astrolábio, permitiram aos frágeis navios de madeira se arriscarem nos oceanos desconhecidos. Ainda no século XV, a Renascença marcou uma revolução no plano cultural. Seus ideais centravam-se na restauração dos costumes da antiguidade clássica, fomentando a liberdade de pensamento, o antropocentrismo e o racionalismo, desprezando os dogmas e costumes medievais.¹⁵⁴

Num cenário de inauguração dos novos ideais da Idade Moderna, tais como a substituição do modo de produção feudal pelo modo de produção capitalista, o progresso comercial e urbano das cidades, entre outros, observa-se a alternância do regime de servidão para a escravidão¹⁵⁵.

Dessa forma, o trabalho na Renascença era desprezado, especialmente pela nobreza, que insistia na manutenção do sistema de

¹⁵⁴ ZANGRANDO, C. H. S., 2008, p. 51.

¹⁵⁵ Aclara-se que o regime de servidão tem por base a ligação com a terra e não com a pessoa. O senhor feudal, detentor de todos os direitos sobre determinadas áreas de terras, cedia uma parte destas para o servo trabalhar, e em contraprestação, este era obrigado a lhe prestar serviços. As obrigações entre o suserano (quem cede a terra) e o vassalo (quem recebe a terra) eram, ora mútuas à ambos, como as de ordem jurídica e militar, ora obrigatória somente a uma das partes, como no caso do servo que deveria dar a seu senhor uma parte do que produzia e alugueis em decorrência da terra utilizada. Já na escravidão, a pessoa é considerada como *res*, propriedade de outra, sendo obrigada a trabalhar forçadamente, passível de punição corporal ou negociação comercial. Registra-se que na Era dos Descobrimentos, com as grandes navegações e a descoberta do Novo Continente pelos europeus, ampliou-se a necessidade de mão de obra escrava. Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 8. Ed. Curitiba: Juruá, 2002, p. 14.

vassalagem¹⁵⁶ e no pensamento de que pessoas “educadas” não deveriam prestar trabalho “manual”.¹⁵⁷

Em razão da expansão territorial europeia, levada a efeito com a colonização de terras ultramarinas, Brasil e África por exemplo, o sistema escravista de trabalho expandia atrelado à economia mercantil.

Destaca-se que, anteriormente à Revolução Francesa, o direito social ao trabalho consistiu por muito tempo como um privilégio em razão dos Éditos de Henrique III, Henrique IV e Luis XIV. Entretanto, em 14 de junho de 1791, a Lei “Le Chapelier” proclamou a liberdade para o trabalho, permitindo um crescimento para a burguesia, no entanto, com severas consequências na vertente social por proibir a organização dos trabalhadores, o que inviabilizava atos de defesa perante as condições indignas de trabalho.

Conforme explica IBARRECHE, referida norma francesa foi elaborada por *Isaac René Guy Le Chapelier*, a qual vedava as manifestações dos trabalhadores, as greves e os sindicatos, sustentando a defesa da iniciativa privada e da “livre empresa”. Previa a aplicação de penas aos sindicalistas que podiam ir desde elevadas quantias em dinheiro e privação de direitos de cidadania à pena de morte, nos termos de seus artigos 7º e 8º.¹⁵⁸

A partir da Revolução Industrial, que se deu inicialmente na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII (1780), fomentaram-se transformações nos procedimentos de trabalhos manuais ou artesanais para um sistema mecanizado de produção. Retiravam-se, assim, os “grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante

¹⁵⁶ O sistema de vassalagem é aquele em que o vassalo oferece ao senhor, ou suserano, fidelidade e trabalho em troca de proteção e um lugar no sistema de produção. As redes de vassalagem estendiam-se para várias regiões, sendo o rei o suserano mais poderoso.

¹⁵⁷ Cf. ZANGRANDO, C. H. S., 2008, p. 51.

¹⁵⁸ Assim, *Le Chapelier* propugnou que, à exceção dos enfermos, todos poderiam conseguir trabalho e que todo cidadão ostenta frente ao Estado o direito de que este lhe proporcione trabalho. Segundo o autor, esta lei contém uma importante e explícita referência ao direito ao trabalho: “C’est à la nation, c’est aux officiers publics em son nom, de fournir dès travaux à ceux qui em ont besoin pour leur existence”. Tradução livre: “Para a nação, e em nome dos funcionários públicos, fornecer trabalho para aqueles que necessitarem”. O papel central do Estado em relação ao direito ao trabalho está destacado. Cf. IBARRECHE, Rafael Sastre. El derecho al trabajo. Madrid: Trota, 1996, p. 27.

se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços”.¹⁵⁹

Esclarece-se que referida revolução não foi um movimento com início e fim determinado, conforme afirma HOBBSAWM, “[...] não tem sentido perguntar quando se “completou” [Revolução Industrial], pois sua essência foi a de que a mudança revolucionária se tornou norma deste então. Ela ainda prossegue [...]”.¹⁶⁰

As fábricas substituíram o trabalho manual por máquinas, implicando a aceleração da produção de mercadorias - que passaram a ser produzidas em larga escala -, o que exigiu uma demanda cada vez mais alta por matéria-prima, por mão de obra especializada para as fábricas e por um mercado consumidor, além da necessidade de aceleração dos meios de transporte de pessoas e mercadorias. Assim, além das mudanças no setor tecnológico, comercial e agrícola, ocorreram acima de tudo as transformações sociais, ou seja, a passagem da sociedade rural para a sociedade urbana.¹⁶¹

[...] Suas mais sérias conseqüências foram sociais: a transição da nova economia criou a miséria e o descontentamento, os ingredientes da revolução social. E, de fato, a revolução social eclodiu na forma de levantes espontâneos dos trabalhadores da indústria e das populações pobres das cidades, produzindo as revoluções de 1848 no continente e os amplos movimentos cartistas na Grã-Bretanha. O descontentamento não estava ligado apenas aos trabalhadores pobres. Os pequenos comerciantes, sem saída, a pequena burguesia, setores especiais da economia eram também vítimas da revolução industrial e de suas ramificações. [...] A exploração da mão de obra, que mantinha sua renda a nível de subsistência, possibilitando aos ricos acumularem os lucros que financiavam a industrialização (e seus próprios e amplos confortos), criava um conflito com o proletariado.¹⁶²

¹⁵⁹ Cf. HOBBSAWM, E., 1992, p. 21

¹⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 21.

¹⁶¹ Cf. ZANGRANDO, C. H. S., 2008, p. 53.

¹⁶² HOBBSAWM, E., 1992, p.28.

Vê-se que a sociedade passou por significativas alterações quando da utilização de novas formas de energia e da máquina na produção, dissociando, assim, o capital e o trabalho. Constatou-se rapidamente que, com a proletarização das massas e o aumento dos excedentes de trabalhadores, a liberdade de comércio e de trabalho, outrora tão reivindicada, beneficiou somente os grandes proprietários. Neste sentido explica HOBBSAWM

[...] O fato fundamental na Grã-Bretanha nas primeiras duas gerações da revolução industrial foi que as classes ricas acumulavam renda tão rapidamente e em tão grandes quantidades que excediam todas as possibilidades disponíveis de gasto e investimento. [...] as sociedades aristocráticas e feudais conseguiram gastar uma parte considerável desse excedente em uma vida desregrada, prédios luxuosos e outras atividades não econômicas. [...] Virtualmente livres de impostos, as classes médias continuaram portanto a acumular em meio a um populacho faminto, cuja fome era o reverso daquela acumulação.¹⁶³

Neste cenário, eminentemente liberal, surgia um sistema de produção baseado na liberdade de acesso ao trabalho, e acreditava-se que o próprio mercado poderia assegurar o pleno emprego a todos, cabendo ao Estado um papel secundário. Assim, primeiramente se falou em “direito social ao trabalho” no sentido de “liberdade para trabalhar”, cuja ideia foi utilizada como justificativa para ruptura da estrutura corporativista do regime gremial, ainda que somente em alguns países europeus ocidentais, tais como a França e Inglaterra.¹⁶⁴

Com o crescimento da oferta de mão de obra, constatou-se que a liberdade de comércio e de trabalho não se auto-regulamentava e a população passou a exigir do Estado medidas interventivas,

¹⁶³ HOBBSAWM, E., 1992, p.33.

¹⁶⁴ Cf. IBARRECHE, R. S., 1996, p. 88. Esclarece-se que a produção era sobretudo artesanal nas corporações de arte e ofício, a elas não se ajustando as ideias de alienação e divisão do trabalho. Ademais, a revolução industrial foi contemporânea ao fim do regime corporativo e, possivelmente, com este não se harmonizaria uma vez que a hierarquia interna das empresas não teria a formação profissional como pressuposto, sendo possível a qualquer pessoa, inclusive a mulheres e crianças, participar da cadeia de produção nas empresas que surgiam.

desencadeando, dessa forma, além de uma crise econômica, outra de cunho político. Os ideais de liberdade e de igualdade da Revolução Francesa não foram respeitados em razão de não se ter em vista o desenvolvimento da coletividade.

No decorrer dos anos, a opressão social da massa em descompasso com o enriquecimento da burguesia no cenário europeu, demandava da necessidade da intervenção estatal, em especial para assegurar o direito social ao trabalho, fatores que contribuíram, mais tarde, para o desencadeamento das Revoluções de 1848, também chamada de Primavera dos Povos, que consistiu em um conjunto de revoluções, de caráter liberal, democrático, nacionalista e socialista, iniciado na França.

Representou verdadeira “onda revolucionária” que abarcou países como Áustria, Hungria, Dinamarca, Alemanha, Polônia e Itália. Neste período, KARL MARX acreditava que a socialização dos meios de produção seria a melhor solução para a desigualdade social que predominava no Estado liberal, e assim, publica sua obra “Manifesto Comunista”,¹⁶⁵ reproduzindo ideias políticas e sociais opostas às liberalistas.

O direito social ao trabalho representava a “bandeira” do reformismo, contrapondo-se à violência e almejando o socialismo através da participação parlamentar e do sufrágio universal. IBARRECHE ilustra que “[...] a revolta dos tecelões de Lyon, em 1831, inserida num contexto de crescente desemprego e redução salarial, prenunciava uma das bases de argumentação dos revolucionários de 1848”.¹⁶⁶

Observa-se como um dos principais defensores do direito social ao trabalho Charles Fourier, sobre o qual afirmava que a “[...] política enaltece os direitos humanos mas não garante o primeiro e o único verdadeiramente útil, a saber: o direito social ao trabalho”.¹⁶⁷ No mesmo sentido, Victor Considerant sustentava a legitimação da propriedade privada pelo trabalho e vislumbrava no direito social ao trabalho uma forma de indenizar “[...] os não proprietários de terra, uma vez que esta consistia no meio originário de produção”.¹⁶⁸

O conteúdo de aludido direito consistiria na garantia de um mínimo existencial, tais como a pesca, a caça e o pastoreiro, e se

¹⁶⁵ Cf. IBARRECHE, R. S., 1996, p. 28.

¹⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 29.

¹⁶⁷ *Idem, ibidem*, p. 29.

¹⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 29-32.

necessitava colocá-lo em prática através da criação de empresas agrárias e indústrias. Da mesma forma, Tocqueville defendeu o direito social ao trabalho como o “[...] rompimento com a Revolução de 1789 e o fim da propriedade privada com a única via de reconhecimento desse direito”.¹⁶⁹

Registra-se que durante o ano de 1848, com a “Primavera dos Povos”, cujos pleitos iam da implantação do socialismo utópico à redução da jornada de trabalho por meio da manifestação dos trabalhadores, o Governo Provisório Republicano Francês publicou um Decreto, elaborado por Louis Blanc, em que se determinava o compromisso do Estado em assegurar trabalho a todos os cidadãos, criando, assim, os “ateliês nacionais”, muito criticados pelos liberais. Para HOBBSBAMM, em uma breve consideração, as revoluções de 1848

[...] tiveram muito em comum, não apenas pelo fato de terem ocorrido quase simultaneamente, mas também porque seus destinos estavam cruzados, todas possuíam um estilo e sentimento comuns, uma atmosfera curiosamente romântico-utópica. Todas foram vitoriosas e derrotadas rapidamente, e na maioria dos casos totalmente. Na França, o primeiro marco da contra-ofensiva conservadora foi a eleição de abril com sufrágio universal. Esta, apesar de eleger apenas uma minoria de monarquistas, enviou para Paris uma grande quantidade de conservadores, eleitos pelos votos de um campesinato politicamente mais inexperiente do que reacionário, e para o qual a esquerda de mentalidade urbana ainda não tinha um apelo. [...] O segundo marco foi o isolamento e derrota dos trabalhadores revolucionários em Paris. [...] Mais uma vez, com a exceção da França, virtualmente todas as mudanças institucionais, todos os sonhos políticos e sociais da primavera de 1848 foram varridos, e mesmo na França a república teria apenas mais dois anos e meio de vida. Excetuando-se esta última, apesar de ser visivelmente uma importante realização, 1848 aparece como a revolução da moderna história da Europa que combinou a maior promessa, a maior extensão, o maior sucesso

¹⁶⁹ Cf. IBARRECHE, R. S., 1996, p. 29-32.

inicial imediato e o mais rápido e retumbante fracasso.¹⁷⁰

O autor afirma que, após referidas revoluções, o trabalho passou a ser compreendido como um direito, ainda que vinculado à assistência pública, contudo sua inefetividade foi vivenciada na Europa no século XIX.¹⁷¹

A era do desenvolvimento capitalista, final do século XIX e início do século XX, caracterizou-se pelo crescimento da economia industrial, pela multiplicação do espaço geográfico da economia capitalista - devido à estrada de ferro, o vapor e o telégrafo - e onde “[...] o mercado doméstico dos pobres desempregados era desdenhado [...]. O liberalismo econômico tinha o mundo inteiro a seu dispor”.¹⁷² No que concerne ao direito social ao trabalho, houve uma redução do trabalho humano a uma peculiar forma de trabalhar, condicionando o trabalho como produto de valor para o capital, mas que não resulta em valor de uso para o ser humano que trabalha.

Em meados do século XX, o direito social ao trabalho passou a ter reconhecimento normativo internacional e também foi positivado em algumas constituições nacionais diante de um cenário de ineficácia, sobre o qual aduz BOBBIO que “[...] o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”.¹⁷³ Verifica-se, ainda que de forma tímida, certo avanço no âmbito de seu reconhecimento, ainda que no campo teórico. Corroborava WANDELLI quando aduz que

[...] Se a crítica da sociedade industrial então em formação, expressada nas reivindicações pelo direito social ao trabalho na França no período pós-revolução de fevereiro de 1848, visava, em suas formulações mais contundentes, à ruptura com a continuidade das instituições econômicas e sociais, buscando a reapropriação do mundo do trabalho, subsumido pelas novas relações sociais de produção, a crítica ao mundo do trabalho na sociedade do trabalho avançado do século XX deu uma guinada para denunciar o caráter

¹⁷⁰ HOBBSAWM, Eric. *A era do capital: 1848 – 1875*. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 29-30.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 45.

¹⁷² *Idem, ibidem*, p. 49-50.

¹⁷³ BOBBIO, N., 2004, p. 37.

desrealizador do humano que o trabalho havia assumido.¹⁷⁴

Constata-se que o processo de internacionalização das normas de direitos sociais está relacionada com as ações das organizações internacionais, das quais se destacam a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, e a Organização das Nações Unidas, fundada em 1945 após a Segunda Guerra Mundial. Quanto às constituições nacionais, o direito social ao trabalho surge com a promulgação da Constituição Mexicana e de Weimar.

Observa-se que nos países que adotaram a ideologia comunista os significados do direito social ao trabalho e do dever de trabalhar foram aproximados, como se observa no artigo 12 da Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 1936, que assim dispunha “[...] aquele que não trabalha, não come”¹⁷⁵, bem como na Constituição da Alemanha Oriental, de 1968, que previa que “[...] o direito social ao trabalho e o dever de trabalhar constituem uma unidade”.¹⁷⁶ De forma contrária, nos países democráticos ocidentais, por adotarem o livre mercado, a aproximação se deu com a liberdade para trabalhar.

Registra-se que, se por um lado a liberdade absoluta não é capaz de garantir o direito social ao trabalho por ferir a harmonia dos interesses, por outro lado, quando colocado como “[...] um princípio de ordem ética em prol do crescimento e desenvolvimento do cidadão na sociedade e de combate a privilégios e parasitismos”¹⁷⁷, citado direito é elevado à outro patamar.

Ocorre que o dever de trabalhar, quando compreendido como uma imposição, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive, registra-se que o trabalho forçado é combatido no Estado Democrático de Direito, pois, com efeito, nem todos trabalham exclusivamente para conseguirem os meios de subsistência. Para tanto

¹⁷⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho: Fundamentação e Exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012, p. 25.

¹⁷⁵ Artigo 12 – O trabalho é na Rússia uma questão de dever e de honra para todo cidadão fisicamente capaz. Essa obrigação é baseada no princípio de “quem não trabalha não come”. Disponível em: <https://www.marxists.org>. Acesso em: 3/6/2015.

¹⁷⁶ CARDONE, Marly Antonieta. Trabalho: Direito ou Dever. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 1, n. 60, 1965. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

¹⁷⁷ *Idem, ibidem*.

pode-se observar que “[...] o trabalho é, fundamentalmente, uma atividade social que cumpre duas funções principais: produzir os bens de que a sociedade necessita e integrar o indivíduo nos sistemas de relações que constituem a sociedade”.¹⁷⁸

No constitucionalismo atual prevalece o ideário do direito social ao trabalho como um respeito à liberdade e um direito social fundamental. É como explica MELLO, para quem o direito social ao trabalho é o direito básico dos direitos sociais, sendo a condição para os demais direitos sociais “[...] e, sem estes últimos, não há sentido para os direitos individuais clássicos, uma vez que já adquirida a compreensão da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: o que interessa a liberdade de expressão se não se tem os direitos à saúde, ao trabalho e à alimentação?”.¹⁷⁹

Dessa forma, considerando seu caráter universal e sua interdependência para com os direitos individuais clássicos, procurar-se-á apontar os principais instrumentos normativos internacionais referentes ao direito social ao trabalho.

Aborda-se, inicialmente, a criação da Organização Internacional do Trabalho (doravante OIT), em 1919, responsável pela elaboração das normas internacionais do trabalho - convenções e recomendações. Assim, as convenções, quando ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico.

O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. Nesta, realizada em 1919, adotaram-se seis convenções, e, dentre os assuntos dispostos, destaca-se a luta contra o desemprego.¹⁸⁰ Ainda, traz o artigo 1º, alíneas “a” e “c” do item 2, da Convenção 122 da OIT, da mesma forma incorporada ao Direito interno brasileiro, disposição sobre a política de emprego

[...] Art. I - 1. Com o objetivo de estimular o crescimento e o desenvolvimento econômico, de

¹⁷⁸ CARDONE, Marly Antonieta. Trabalho: Direito ou Dever. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 1, n. 60, 1965. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

¹⁷⁹ MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228.

¹⁸⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em 17/4/2015.

elevantos níveis de vida, de atender às necessidades de mão de obra e de resolver o problema do desemprego e do subemprego, todo Membro formulará e aplicará, como um objetivo essencial, uma política ativa visando promover o pleno emprego, produtivo e livremente escolhido.

2. Essa política deverá procurar garantir:

a) que haja trabalho para todas as pessoas disponíveis e em busca de trabalho;

[...]

c) que haja livre escolha de emprego e que cada trabalhador tenha todas as possibilidades de adquirir as qualificações necessárias para ocupar um emprego que lhe convier e de utilizar, neste emprego, suas qualificações, assim como seus dons, qualquer que seja sua raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.¹⁸¹

Destaca-se a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que em seu artigo 23, item 1, dispõe: “[...] Toda pessoa tem direito social ao trabalho, à livre eleição de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.¹⁸²

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, vigente no âmbito internacional brasileiro, assim assegura o direito social ao trabalho

[...] Artigo 6º. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito social ao trabalho, que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 122, de 9 de Julho de 1964. Sobre Política de Emprego. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em 17/4/2015.

¹⁸² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, de 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br>. Acesso em 17/4/2015.

desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.¹⁸³

No plano regional interamericano, registra-se o Protocolo de São Salvador, também vigente no ordenamento brasileiro, cujo artigo 6º traz que

1. [...] Toda pessoa tem direito social ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.

2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito social ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito social ao trabalho.¹⁸⁴

Cita-se também a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), que em seu artigo 45, “b”, associa o trabalho a um direito e um dever social, considerando-o como uma mediação para a dignidade

[...] Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena

¹⁸³ BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

¹⁸⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Protocolo de San Salvador, de 17 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.cidh.org>. Acesso em 17/4/2015.

realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: [...]

b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar;¹⁸⁵

Assinaladas as principais normativas internacionais que reconhecem o direito social ao trabalho, far-se-á a análise no ordenamento jurídico brasileiro, onde referido direito, na CRFB/1988, assumiu o caráter de fundamental.

Inicialmente, se quer apresentar o cenário anterior à primeira Constituição. Dessa forma, analisa-se que no Brasil, a relação de trabalho iniciou de forma a primar pela exploração, desigualdade e discriminação, valendo-se da escravidão. O escravismo ocorreu “[...] por volta de 1531 com a expedição de Martim Afonso de Sousa, permanecendo do período colonial até o final do império, sendo marcado pelo uso de escravos vindos do continente Africano e pelos índios”.¹⁸⁶

Observa-se que a primeira “relação de trabalho”, estabelecida entre os portugueses e os índios brasileiros, foi o escambo, de forma que aqueles ofereciam objetos tais como espelhos, apitos, cordas e facas a esses em troca do trabalho no corte e transporte de pau-brasil.

Contudo, com o estabelecimento dos engenhos de açúcar na região nordeste, os colonos precisavam de grande quantidade de mão de obra o que resultou na escravização de índios por parte dos senhores de engenho. “[...] A mão de obra escrava indígena foi muito utilizada na segunda metade do século XVII, isto porque a falta e o alto custo dos

¹⁸⁵ CARTA DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

Disponível em: <http://www.oas.org>. Acesso em 17/4/2015.

¹⁸⁶ FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. 48. ed. São Paulo: Global Editora e Distribuidora LTDA, 2003, p. 34-36.

escravos africanos fizeram com que os colonos optassem pelos índios”.¹⁸⁷ Registra-se que havia uma forte oposição ao trabalho escravo indígena por parte dos jesuítas portugueses.

Diante de tal cenário, FREIRE afirma que “[...] um país onde teve sua base construída por escravos não é nem de longe democrático”. Marginalizados na sua condição social, os índios e os negros foram tratados como “bestas de carga”, de forma que “[...] formou-se na América tropical uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio - e mais tarde de negro - na composição”.¹⁸⁸

Feitas essas considerações, passa-se à análise constitucional propriamente dita. Em um retrospecto dos textos constitucionais tem-se que da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, se destacam os incisos XXIV e XXV do artigo 179, inseridos no Título 8º, que tratava “Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”,

[...] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.¹⁸⁹

Referida constituição fez referências à liberdade de trabalho e à eliminação das “corporações de ofícios”, cujo contexto foi adaptado ao regime escravista, monocultural e latifundiário então vigente. IGLESIAS explica que, em 1822 o Brasil já tinha um governo próprio e a luta pela independência foi cotidiana.

Nos moldes do modelo europeu, o trabalho foi declarado como livre, contudo, se manteve o trabalho escravo. Outra curiosidade era o

¹⁸⁷ FREYRE, G., 2003, p. 37.

¹⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 56.

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

fato de que a Constituição, de 1824, havia disposto acerca da liberdade para trabalhar, nada dispendo sobre o dever. Entretanto, a Lei n. 3.270, de 1885, que regulava a extinção do trabalho servil, vigente à época, dispunha em seu artigo 3º, parágrafo 17, que “[...] Qualquer liberto encontrado sem ocupação será obrigado a empregar-se ou a contratar seus serviços no prazo que lhe for marcado pela Polícia”.¹⁹⁰

SILVA traz que a Constituição do Império do Brasil, de 1824, teve a primazia na “[...] subjetivação e positivação dos direitos do homem, ao declarar em seu artigo 179, *caput*, a inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”.¹⁹¹ Lembrando que eram apenas para alguns homens e não abarcavam as mulheres.

Verifica-se na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, a implantação de uma democracia meramente “decorativa” haja vista que, através do voto de cabresto, o que se instituiu no Brasil foi uma verdadeira oligarquia, dominada pelos Estados de Minas Gerais e São Paulo.

Houve, em relação à Constituição anterior, a ampliação do rol dos direitos e garantias individuais pela Emenda Constitucional n. 1, de 3/9/1926, na qual se reconheceu o princípio da igualdade, formal para alguns, e fomento à livre iniciativa, nos termos do parágrafo 24 do artigo 72 “[...] o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”.¹⁹²

Aludida Constituição, de cunho liberal e influenciada pela Constituição dos Estados Unidos, foi a primeira da República, onde se estabeleceu a forma federativa de Estado e a república como forma de governo. Na mesma esteira da Constituição anterior, ainda que tenha disposto sobre certas liberdades, não o fez quanto ao trabalho, trazendo somente o fomento à livre iniciativa.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, já sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919, houve a inserção de uma democracia social, estabelecendo em seu preâmbulo “[...] Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar

¹⁹⁰ IGLÉSIAS, Francisco. Constituintes e Constituições Brasileiras. São Paulo: Editora Brasiliense, 3. ed., 1986, p. 22.

¹⁹¹ SILVA, 2012, p. 167.

¹⁹² BRASIL. Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/4/2015.

um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico [...]”¹⁹³

Neste sentido BONAVIDES explica que o teor social dominou, pois, a Constituição de 1934, ocorrendo “[...] em relação à 1891 uma justaposição hegemônica de valores, cuja incorporação ao texto recente não importou todavia em supressão dos direitos e garantias já contidas na primeira declaração republicana, de marcado cunho individualista”¹⁹⁴.

Ressaltam-se os números 13 e 34 do artigo 113 do Título III - Da Declaração de Direitos -, Capítulo II - Dos Direitos e das Garantias Individuais -, que dispõe

[...] Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

[...]

34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.¹⁹⁵

Constata-se que a Constituição de 1934 acenou expressamente à “[...] liberdade de trabalhar e de escolha da profissão”. Foi a primeira positivação do direito social ao trabalho no ordenamento jurídico brasileiro e seu gozo estava arraigado ao previsto no parágrafo 5º do artigo 121 do Título IV - Da Ordem Econômica e Social

¹⁹³ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/4/2015.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1990, p. 321.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

[...] Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

[...]

§ 5º - A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.¹⁹⁶

Assim, ao mesmo tempo em que pregava expressamente a liberdade para o trabalho, dispunha sobre o “encaminhamento dos sem trabalho” às colônias agrícolas, implicando em certa imposição do “dever de trabalhar”, denotando-se uma certa confusão em relação às associações ao direito social ao trabalho. Destaca-se, ainda, que foi a primeira Constituição brasileira a instituir um título específico disciplinando a Ordem Econômica e Social e a alçar os direitos e garantias trabalhistas como norma constitucional, instituindo normas de proteção social do trabalhador.

A quarta constituição brasileira foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 1937 e, por ser inspirada no regime autoritário da Polônia, também ficou conhecida como Polaca, conforme explica BONAVIDES

[...] A Constituinte que a promulgou não auferiu a necessária densidade legitimante que é de exigir de um colégio de soberania. As lideranças republicanas permaneciam no exílio político, afastadas de toda participação. As forças políticas situacionistas, por sua vez, elegeram presidente da República, por via indireta, o ex-ditador e chefe revolucionário do movimento de outubro de 30, um homem cujo apetite pelo poder o levou, três anos, depois a desferir o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937. O novo interregno republicano de normalidade constitucional ocorreu tão somente na aparência, sobretudo a

¹⁹⁶ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

partir de novembro de 1935, quando rebentaram as quarteladas comunistas do Rio de Janeiro, Natal e Recife, cuja eclosão sobressaltou o país e intimidou as camadas sociais do coronelismo rural e da burguesia urbana ascendente.¹⁹⁷

Destaca-se que no artigo 8º há a seguinte disposição “[...] a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei”, bem como trouxe nos artigos 135 e 155, dentro da “Ordem Econômica”, um amplo rol de direitos sociais. Já o artigo 136, dedicado ao tema trabalho, tratou deste como um dever moral do cidadão de contribuir à sociedade

[...] Art. 136 - O trabalho é um dever social. O trabalho intelectual, técnico e manual tem direito a proteção e solicitude especiais do Estado. A todos é garantido o direito de subsistir mediante o seu trabalho honesto e este, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger, assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa.¹⁹⁸

Observa-se que a redação acima ora traz o trabalho como um dever social, ora como um direito, no entanto, ainda que o Estado Novo tenha reconhecido o direito social ao trabalho como um direito/dever do cidadão, este não foi aplicado em sua plenitude como explica abaixo BONAVIDES

[...] A repressão feita, cifrada na Lei de Segurança, no estado de guerra e no Tribunal de Segurança Nacional e nas pressões sobre as duas Casas do Congresso, processando deputados e senadores e expurgando das fileiras militares e civis da sociedade personalidades suspeitas ao regime, vaticinava já o desfecho trágico do golpe

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 14, n. 40, dez/2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

de 1937. Este se consumou às vésperas da eleição presidencial direta em que concorriam ao poder as candidaturas de José Américo de Almeida e Armando Sales de Oliveira, o primeiro candidato do Governo, o segundo da Oposição, ambos porém vítimas do braço golpista que inaugurou no país a ditadura do Estado Novo. À frente desta, Vargas governou o Brasil sem dar sequer execução à própria Carta que outorgou, a célebre "polaca" de autoria do jurista mineiro Francisco Campos.¹⁹⁹

O regime de exceção finalizou-se em 1945 por um golpe militar baseado no desejo de redemocratização diante da presença do Brasil na II Guerra Mundial em 1944 e 1945 e uma nova constituinte começava a trabalhar.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1946, reestabeleceu os direitos e garantias individuais reduzidos na Constituição anterior. Dispôs no parágrafo 14 do artigo 141 do Capítulo II do Título IV - Da Declaração de Direitos que

[...] Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.²⁰⁰

Observa-se a busca do equilíbrio entre os princípios da justiça social e da livre iniciativa, trazendo neste contexto o trabalho como uma obrigação social, conforme demonstra a redação do artigo 145 do Título V - Da Ordem Econômica e Social

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 14, n. 40, dez/2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

[...] Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.²⁰¹

Conclui-se que, apesar de no parágrafo 14 do artigo 141 se afirmar a liberdade no exercício de qualquer profissão, o direito social ao trabalho é trazido no parágrafo único do artigo 145 como um dever moral. BONAVIDES aclara que a Constituição de 1946 não passou de um “[...] esforço mal-sucedido de querer conciliar o Estado Liberal com o Estado Social. Sem revogar o Estado social do texto efêmero da primeira reconstitucionalização, a Carta de 46 ficou limitada aos termos programáticos de justiça social”.²⁰² Dessa forma não foi possível efetivar cláusulas como as que dispunham acerca “[...] da participação do trabalhador nos lucros da empresa nem tantas outras exaradas na esfera das relações do capital com o trabalho”.²⁰³

A nova ordem política manteve a Constituição de 1946, entretanto mediante o Ato Institucional n. 1, de forma que não era mais aquela que vigia, surgindo um novo texto constitucional em 1967.

Do ponto de vista político, com a Constituição do Brasil, promulgada em 1967, vigorou a chamada “teoria da segurança nacional” em nada benéfico para o sistema de direitos e garantias individuais. Fazendo referência ao parágrafo 23 do artigo 153 que ora prevê o livre exercício de qualquer trabalho e ao artigo 154, que ora estabelece que o abuso de tais liberdades poderia acarretar na suspensão dos direitos políticos, ambos do Título II - Da Declaração de Direitos, tem-se

[...] Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à

²⁰¹ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 14, n. 40, dez/2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

²⁰³ *Idem, ibidem.*

liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

[...]

Art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.²⁰⁴

A “Ordem Econômica e Social” era tratada no Título III, cujas diretrizes estavam dispostas no artigo 160

[...] Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I - liberdade de iniciativa;

II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III - função social da propriedade;

IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e

VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.²⁰⁵

A Constituição de 1967, ao tratar sobre a ordem econômica e disciplinar seus princípios, manteve-se na mesma linha da Constituição que a precedeu. “[...] Tida como uma das menos intervencionista, a

²⁰⁴ BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

²⁰⁵ *Idem, ibidem.*

ordem econômica recebeu tratamento de cunho mais liberal”.²⁰⁶ Consta-se a caracterização do trabalho como condição da dignidade humana, mas nenhuma menção expressa ao direito social ao trabalho.

Já em 1985, ocorreram eleições no Brasil para a presidência da República, à qual culminou na eleição de um civil e na elaboração de um novo texto constitucional. Assim, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a CRFB/1988, conhecida também como “Constituição cidadã”, que tinha como fundamento a dignidade da pessoa humana e a concretização da justiça social, propondo-se a instalar o Estado Democrático de Direito.

No que tange à dignidade humana, referido princípio constitucional é conceituado por SARLET como

[...] dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁰⁷.

Partindo-se do conceito acima, constata-se que o respeito e a consideração pelo ser humano constituem, simultaneamente, limites e tarefas em que todos são responsáveis, bem como intransponíveis pela ordem jurídica. Assim, ainda que existam violações concretas e reiteradas à dignidade humana, estas ofensas, “[...] em virtude da positivação de tal princípio na condição de princípio constitucional, não poderão encontrar qualquer respaldo na ordem jurídica, que pelo

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 14, n. 40, dez/2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 16/4/2015.

²⁰⁷ SARLET, I. W., 2006, p. 60.

contrário, impõe o dever de respeito, proteção e promoção”.²⁰⁸ Neste sentido o Estado Democrático de Direito é enfático em assegurar a mais acentuada dimensão normativa e hierárquica axiológica à dignidade humana.

Esclarece BONAVIDES

[...] O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.[...] É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.²⁰⁹

Tais fundamentos, princípios e a promoção da justiça social são delineados já no preâmbulo da Constituição

[...] Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.²¹⁰

²⁰⁸ SARLET, I. W., 2006, p. 139.

²⁰⁹ BONAVIDES, P., 2013, p. 112-120.

²¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

Também o Título I dispõe sobre os princípios e objetivos fundamentais do Estado democrático no Brasil, dentre os quais se transcrevem os artigos 1º e 3º

[...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²¹¹ (grifado)

No Brasil, a CRFB/1988 traz, em seu artigo 6º, um rol exemplificativo de direitos fundamentais sociais: são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.²¹²

Neste sentido, PIOVESAN destaca a valorização dos direitos sociais quando positivados ao afirmar que “[...] a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social”.²¹³ A escolha da Constituição é intensa ao afiançar que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo pois inconcebível afastar os “[...] valores liberdade

²¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

²¹² *Idem, ibidem*.

²¹³ PIOVESAN, F., 2010, p. 384-385.

(direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Logo, a CRFB/1988 acolhe a concepção contemporânea de cidadania no que diz respeito à indivisibilidade dos direitos humanos”²¹⁴.

Esses emergiram na Constituição brasileira, de 1934, em razão do constitucionalismo social difundido através da Constituição mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919. Neste contexto o direito social ao trabalho é considerado um direito fundamental social e, conforme explica HONÓRIO

[...] A Constituição Federal de 1988 revela-se o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado na consolidação de direitos e garantias fundamentais da história constitucional do país. Basta ver a generosidade do art. 5º ao arrolar direitos fundamentais, e a novidade do art. 6º, que insere os direitos sociais - nas Cartas anteriores, pulverizados ao longo do texto - no título dos direitos e garantias fundamentais, reinventando sua proteção e desafiando os intérpretes.²¹⁵

Observam-se, desde o início da Constituição, os postulados de dignidade e de desenvolvimento da pessoa humana, do qual decorre o direito social ao trabalho, esse, por sua vez, concebido como direito fundamental social, cuja normatividade está disposta no artigo 6º, do Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II (Dos Direitos Fundamentais).

Entretanto, há outros dispositivos esparsos contextualizados ao longo da Constituição e infraconstitucionais. Assim, ao trabalho são atribuídas as seguintes qualidades da livre-iniciativa, de fundamento da República (artigo 1º, IV, Título I - Dos Princípios Fundamentais), de intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e de valor fundamental social (artigo 6º, *caput*, Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II - Dos Direitos Sociais).

²¹⁴ PIOVESAN, F., 2010, p. 385.

²¹⁵ HONÓRIO, Claudio. Trabalho e previdência entre o texto e o contexto da Constituição Federal de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1024.

Além do exposto, também é encontrado no *caput* e no inciso VIII, do artigo 170 (Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), que o estabelece como princípio da ordem econômica, bem como no artigo 193 (Título VIII - Da Ordem Social) que o traz como base da ordem social.

Por fim, o artigo 205 (Título VIII - Da Ordem Social, Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto) ao estatuir a educação como direito de todos e dever do Estado e da família, estabelece os fins da promoção da educação, que associam o “[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, ressaltando o vínculo entre a educação e a qualificação para o trabalho,

[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...].

[...]

VIII - busca do pleno emprego;

[...]

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

[...]

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.²¹⁶

No que tange às normativas infraconstitucionais, citam-se as legislações sobre trabalhadores deficientes, formação e readaptação profissional, políticas de retorno de imigrantes, aposentadoria, extinção do contrato de trabalho, entre outras.

Salienta-se que dos enunciados constitucionais resulta consistente a afirmação de que não há como se conceber o princípio da dignidade

²¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 18/4/2015.

humana sem contemplar a vinculação com o direito social ao trabalho enquanto dimensão essencial dessa dignidade. Corroborava SILVA ao afirmar que

[...] isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).²¹⁷

A quantidade de normativas, internacionais e constitucionais, faz supor que se trata de um direito fundamental social já efetivado. Entretanto, o cenário jurídico e social prontamente demonstram outra realidade. Uma escassa produção teórica e jurisprudencial, corroborada pela ausência do Estado e pela apatia social, fragiliza a construção de um cotidiano humanitário e inclusivista no que tange à efetivação do direito social ao trabalho. É o se passa a analisar no próximo tópico.

1.4. AS DIFICULDADES NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

O direito social ao trabalho é reconhecido no âmbito internacional como um direito universal e no âmbito nacional, como um direito fundamental social. O seu exercício, embora tido, por vezes, como uma utopia pelo gênero feminino, insere-se na ideia advertida e sustentada por STRECK quando aduz que “[...] todas as realidades de hoje foram utopias de ontem [...] quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o fato de não deixar de o ser”.²¹⁸

Referido direito pode ser analisado tanto sob o aspecto do direito individual subjetivo de todo ser humano, ou seja, do acesso ao mercado de trabalho e à capacidade de satisfação e provimento de si mesmo e dos que dele dependem, quanto sob o prisma do direito social coletivo, inerente a grupos determinados e carecedores de proteção especial em

²¹⁷ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 288-289.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

face de sua desigualdade fática, ou seja, os trabalhadores. Ambos possuem como substrato o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que implícito tanto na existência individual quanto na social.²¹⁹

O aspecto individual do direito social ao trabalho se refere à integridade física e psíquica do ser humano, bem como às liberdades negativas dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Já o aspecto social se relaciona com o sentimento de pertencimento do indivíduo a uma sociedade, ligada às liberdades positivas e à igualdade substancial proposta pelos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Ademais, funda-se no parâmetro do mínimo existencial.²²⁰

Contudo, a concretização do direito social ao trabalho, e de todos os direitos que dele decorrem, passa pela conjugação de suas duas dimensões individual e social. Neste sentido explica LEDUR para quem a realização do direito social ao trabalho resulta na identificação também social da dignidade humana na medida em que a concepção de melhores condições de vida resultarem “[...] benéfica não somente para o indivíduo em seu âmbito particular, mas para o conjunto da sociedade”.²²¹ Também as normas que garantem os direitos econômicos “[...] devem assegurar, de sua parte, o direito a um nível de vida decente, como expressão e realização daquele princípio fundamental”.²²²

Na mesma direção, DELGADO afirma

[...] a ideia de dignidade não se reduz, hoje, a uma dimensão estritamente particular, atada a valores imanentes à personalidade e que não se projetam socialmente. Ao contrário, o que se concebe inerente à dignidade da pessoa humana é também, ao lado dessa dimensão estritamente privada de valores, a afirmação social do ser humano. A dignidade da pessoa fica, pois, lesada caso ela se encontre em uma situação de completa privação de instrumentos de mínima afirmação social. Enquanto ser necessariamente integrante de uma comunidade, o indivíduo tem assegurado por este princípio não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de

²¹⁹ Cf. LEDUR, José Felipe. A realização do direito ao trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 82-83.

²²⁰ LEDUR, J. F., 1998, p. 84.

²²¹ *Idem, ibidem*, p. 86.

²²² *Idem, ibidem*, p. 86.

possibilidade de afirmação no plano social circundante. Na medida desta afirmação social é que desponta o trabalho, notadamente o trabalho regulado, em sua modalidade mais bem elaborada, o emprego.²²³

Dessa forma, o direito social ao trabalho consolida-se como um dos principais instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana por possibilitar a inclusão. Ao déficit da força normativa do direito social ao trabalho podem ser atribuídas inúmeras causas, como por exemplo: que sua inefetividade decorre de estar-se inserido numa economia neoliberal, de forma que não cabe ao Estado garantir emprego a todos; e que devido à redução do trabalho assalariado como única forma vislumbrada na modernidade, ocorreu o desencanto por sua análise, pois aquele só interessaria como meio de obtenção de outros bens, sendo desprovido de valor para o ser humano. Tais obstáculos “[...] desafiam o sentido da reivindicação do direito social ao trabalho e paralisam o seu desenvolvimento jurídico”.²²⁴

Surge, pois, a necessidade de um resgate de sua importância, ou seja, sua fundamentalidade material. WANDELLI explica que para se pensar o que significa o caráter materialmente fundamental de um direito, uma precisão conceitual é indispensável: “[...] direitos não são fins em si mesmos, [...] são mediações para bens materiais e imateriais (objetivos, atividades e relações). São os bens que nós obtemos por meio dos direitos que satisfazem”.²²⁵

Assim, o Direito como uma produção humana, só tem sentido enquanto mediação para a realização das necessidades da pessoa humana. Dessa forma, as relações desenvolvidas entre o trabalho e as necessidades são assim expostas por WANDELLI

[...] a) o trabalho é, ele mesmo uma necessidade: o humano não se realiza sem o trabalhar, no sentido de fazer atuar [...] de transformar o mundo e a si mesmo;
b) o trabalho, entendido como processo coletivo e inserido na divisão social do trabalho, também produz bens que satisfazem necessidades dos

²²³ DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 43-44.

²²⁴ WANDELLI, L. V., 2012, p. 996.

²²⁵ *Idem, ibidem.*

sujeitos vivos ou servem como instrumento de trabalho [...] assim como relações interpessoais que são valores de uso para os sujeitos;

c) a inafastável atividade do trabalho no ser social determina o caráter histórico das necessidades: mediante o trabalho, no âmbito da divisão social do trabalho, os seres humanos atualizam e criam novas necessidades, que se adicionam ou se chocam com as existentes, exigindo novas valorações [...];

d) por fim, se o trabalho é uma necessidade [...] também consiste em um bem, um valor de uso, que é diretamente satisfador de necessidades de autorrealização e desenvolvimento da corporalidade, de conquista da saúde, de aprendizado do viver junto, de construção de vínculos de solidariedade e de pertencimento, o que implica em condições de duração, segurança, [...] organização coletiva capazes de favorecer a autonomia dos trabalhadores individual ou coletivamente considerados [...].²²⁶

Certamente que o direito social ao trabalho não tem o condão de realizar todas as necessidades, contudo, há a possibilidade de realizações mesmo com os limites das relações trabalhistas assalariadas tendo em vista que para muitos o acesso a uma relação de trabalho é a única forma de gozarem do mínimo existencial. Inclusive, LANCMAN e SZNEELMAN apontam sobre os impactos do trabalho na saúde do trabalhador ao afirmarem que

[...] o trabalho em sentido concreto jamais é neutro em relação à saúde psíquica e tem um papel fundamental para a sociabilidade e o aprendizado político. Ele pode gerar o pior, em termos de opressão, alienação, exploração, de degradação do sujeito, de adoecimento, acidentes e de produção de uma racionalidade que gera cinismo, destrói os vínculos de solidariedade e esvazia a ação pública. Mas ele também é um medidor privilegiado para o melhor, em termos de desenvolvimento da personalidade, conquista da

²²⁶ WANDELLI, L. V., 2012, p. 997.

saúde, da autonomia, da formação de vínculos de solidariedade e de aprendizado ético e político.²²⁷

Tal importância do trabalho na vida do ser humano implica uma análise antropológica, psicológica e social, para o qual não há espaço no presente trabalho, entretanto se trazem fragmentos de estudos oriundos de outras ciências para uma análise jurídica mais completa. Uma vez que o direito social ao trabalho pode ser considerado como expressão de dignidade humana, cabe ao Direito proteger o que é essencial ao ser humano.

Observam-se em muitas situações, direitos individuais assegurados e direitos sociais sem garantia. O discurso neoliberal propugna a abdicção da concepção social da dignidade da pessoa humana, de forma a restringi-la a uma visão individualista de mera proteção aos direitos de liberdade. Desta forma, o princípio da igualdade formal é relegado sob o falso argumento de que a sociedade já alcançou o patamar de igualdade substancial possível.

Aliado a tal constatação, o atual paradigma do modelo capitalista de produção e dentro do qual está inserida a sociedade é o “Estado Neoliberal”, pois com a crise do Estado de Bem-Estar Social e a ascensão da hegemonia nos planos político, econômico e cultural, tal modelo estatal apresenta-se como se fosse o único viável.

O Estado torna-se mínimo, regulando apenas o que é essencial para o desenvolvimento do capital e o Direito restringe-se, haja vista não estar preparado para as novas demandas. Do mesmo modo, princípios como o da justiça social e o da valorização do trabalho são tomados à luz da reserva do possível e relegados a segundo plano, enquanto o discurso neoliberal impõe a falsa certeza de que o Poder Público só pode se ocupar de tais valores depois de cumprida os compromissos econômicos, esses sim, urgentes e fundamentais.

Mister recordar que quanto à aplicabilidade imediata do direito social ao trabalho, SARLET assevera que

[...] o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos fundamentais. [...] são direitos que asseguram e

²²⁷ LANCMAN, Selma; SZNEELMAN, Laerte I. (Organizadores). Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004, p. 85-93.

protegem um espaço de liberdade ou mesmo dizem com a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores. [...] o reconhecimento de um regime jurídico substancialmente uniforme (especialmente no concernente à abertura material, aplicabilidade direta e proteção) para a totalidade dos direitos fundamentais, revela que, entre nós, não há que falar - pelo menos assim segue sendo o nosso entendimento - numa espécie de “esquizofrenia constitucional”, decorrente de um tratamento diferenciado - dicotômico e mesmo conflitante - dos direitos sociais, no sentido de estarem sujeitos, de forma generalizada, a um regime jurídico distinto e menos robusto em relação aos demais direitos fundamentais, em particular os assim designados direitos civis e políticos.²²⁸

Assim, registra-se que as potencialidades eficaciais do direito fundamental social ao trabalho carecem de medidas protetoras especiais que a CRFB/1988 concedeu aos direitos fundamentais. Segundo as diretrizes traçadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, SARLET explica que “[...] uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo é a de que os direitos fundamentais são, por um lado direitos subjetivos e, por outro, elementos fundamentais da ordem objetivada coletividade [...]”²²⁹, há de se analisar a questão da efetividade do direito social ao trabalho tanto pelo prisma individual, quanto pelo coletivo.

A análise da dimensão individual apresenta relação ao contrato de trabalho, já a dimensão coletiva integra-se com as políticas públicas, podendo, inclusive, envolver interesses transindividuais. Referidas

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 119.

²²⁹ *Idem, ibidem*, p. 166.

dimensões se relacionam com as distintas áreas de aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, o das relações entre particulares e os das relações entre os cidadãos e o Estado. Daí o estudo aferir diferentes mecanismos de efetivação do direito social ao trabalho.

Sob o prisma individual, o direito social ao trabalho se conecta ao contrato de trabalho firmado entre empregador e empregado. Sob o aspecto coletivo, a questão da efetivação se volta para a análise de políticas públicas de trabalho e inclusão, que certamente também se valerão da aplicação de mecanismos jurídicos tendo em vista que a atuação do Poder Público por vezes requer a intervenção jurídica para fins de realização de um direito fundamental.

No que tange à efetivação do direito social ao trabalho em sua dimensão individual, esta relaciona-se com o contrato de trabalho subordinado, conforme citado, e pode ser observada tanto no momento que antecede sua assinatura, no seu desenvolvimento ou na sua extinção. Assim, na ocasião anterior à firmação contratual, já pode ser constatada a falta de acesso ao mercado de trabalho por determinados grupos, como o das mulheres. Destoando, portanto, do previsto pelo constituinte originário, quando da instituição do Estado Democrático de Direito, que reconhece uma série de direitos sociais que procuram privilegiar o princípio da igualdade real e intentam formar uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Nesta seara, surge a questão do desemprego, um dos maiores problemas sociais atualmente enfrentados pela humanidade, que se relaciona com o vocábulo emprego, não se confundindo com a categoria trabalho. Emprego é uma das espécies do gênero trabalho, como explica REINERT,

[...] o trabalho é uma atividade social, necessária ao progresso material e moral da humanidade. O trabalho é tão antigo quanto à humanidade. Pode-se imaginar que, a partir do momento em que o homem tenha tomado consciência de sua individualidade, tenha também tomado consciência do trabalho como atividade indispensável para sua sobrevivência e seu progresso. O trabalho é uma atividade inerente à condição humana e sempre existiu, independentemente do modo de produção vigente. Já o emprego, por sua vez, é uma consequência específica do capitalismo. Ele é o elo de ligação formal entre o trabalhador e o modo de produção

capitalista. [...] Desta forma, o desemprego é caracterizado como sendo a não possibilidade do trabalho assalariado nas organizações de um modo geral. De acordo com Garraty, desemprego significa "a condição da pessoa sem algum meio aceitável de ganhar a vida e os desempregados são pessoas capazes de trabalhar para satisfazer suas necessidades, mas ociosas, independentemente de sua boa vontade para trabalhar ou cio que elas possam fazer para atender as necessidades da sociedade."²³⁰(grifei)

Apesar de ser o trabalho uma atividade inerente à condição humana, com o progresso da sociedade industrial, no século XX, que se caracterizou pela aplicação do princípio taylorista²³¹, promovendo assim, a padronização de processos e produtos, a especialização por funções e a produção em larga escala, com ênfase na divisão entre planejamento e execução de atividades, os trabalhadores eram explorados e sujeitavam-se a condições de trabalho inadequadas. A alienação cada vez maior do conhecimento e do domínio do ofício corroboraram com a falta de qualquer realização do princípio da dignidade humana, bem como do direito social ao trabalho.

Em relação à temática do desemprego, destaca-se que as teorias econômicas classificam-na em três linhas de pensamento: a) assegura a auto-regulamentação do mercado de trabalho como decorrência de sua própria dinâmica (clássicos); b) considera o mercado de trabalho

²³⁰ REINERT, José Nilson. Desemprego: causas, consequências e possíveis soluções. Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, vol. 3, n. 5, mar/2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>. Acesso em: 20/4/2015.

²³¹ Na ciência da Administração coube a dois engenheiros, Frederick Taylor e Henri Fayol, a estruturação e divulgação dos fundamentos de uma Teoria Geral da Administração, dando origem à chamada Escola Clássica da Administração. O trabalho, assim, possuía duas ênfases: ora nas tarefas, ora na estrutura organizacional. Taylor foi o primeiro a fazer uma análise completa do trabalho na fábrica, inclusive dos tempos e movimentos, estabelecendo padrões de execução. Ele treinou os operários, especializou-os de acordos com as fases do trabalho, inclusive o pessoal de supervisão e direção; instalou salas de planejamento e organizou cada unidade, dentro do conjunto. Tanto as teorias desenvolvidas por Taylor, como as de Fayol, sofreram críticas por serem eminentemente mecanicistas e, até mesmo, motivadas no sentido da exploração do trabalhador, como se fora uma máquina. Cf. TOFLER, Alvin. A terceira Onda. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 1992, p. 140-142.

dependente do ritmo de crescimento e da capacidade de gasto (neoclássicos); c) relaciona o problema do desemprego ao advento da evolução tecnológica (marxista).²³²

Assim, para os economistas clássicos, a questão do desemprego é de natureza microeconômica, associado ao livre funcionamento do mercado de trabalho. Para os neoclássicos, o tema é de natureza macroeconômica tendo em vista a diminuta lucratividade das empresas, esta determinada pela excessiva elevação dos salários. Explica-se que a propensão para o consumo e o nível de investimento - demanda efetiva -, é que determinam o nível de emprego.

Entretanto, o fenômeno do desemprego também é objeto de análise da microeconomia em razão de abarcar assuntos relacionados às inovações tecnológicas; à necessidade do acesso ao trabalho, à qualidade da educação e formação profissional; à promoção da negociação coletiva para a elevação da produtividade; e à distribuição equitativa de seus benefícios; entre outros.²³³

Já sob o prisma social, o desemprego determina-se pela dinâmica tecnológica e pela globalização, tendo em vista que os meios de produção empregam cada vez menos trabalho, liberando, assim, quantidades maiores de trabalhadores.²³⁴

Na ótica do Direito, a questão envolve desde a necessária proteção aos direitos fundamentais, passando pela crítica à neutralidade à ausência do gozo dos direitos fundamentais até a percepção de subsídios como tentativa de amenizar provisoriamente a situação em que se encontra o ser humano.

²³² Na escola de pensamento clássico sustentava-se que o risco de um desemprego maciço em uma economia competitiva é desprezível, porque a oferta cria sua própria demanda, limitada pela quantidade de mão de obra e os recursos naturais disponíveis para produzir. Na década de 1870, aparece a escola neoclássica, na qual seu maior defensor é o economista John Maynard Keynes, que desenvolve sua teoria para uma economia em equilíbrio com desemprego, ou seja, no caso da propensão para o consumo e investimento forem insuficientes, o nível do emprego diminuirá até encontrar-se abaixo da oferta de mão de obra. Cf. CARVALHO, Fernando Cardim de. Políticas econômicas para economias monetárias. In: LIMA, Gilberto Tadeu.; SICSÚ, João.; PAULA, Luiz Fernando de. (orgs). Macroeconomia moderna: Keynes e a economia contemporânea. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 260.

²³³ Cf. HALL, Robert Ernest; LIEBERMAN, Marc. Microeconomia: princípios e aplicações. São Paulo: THOMSON, 2003, p. 109.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 114.

Além da Economia e do Direito, o desemprego é também objeto de estudos da Administração e da Psicologia, entre outras ciências, revelando a relevância de se compreender seus significados em razão de ser um dos primeiros aspectos de inefetividade do direito social ao trabalho na sua dimensão individual.

Neste sentido, as admissões obrigatórias, determinadas em lei, como nos casos dos portadores de deficiência, auxiliam os grupos de trabalhadores que sofrem com a discriminação e a desigualdade quando buscam uma colocação no mercado de trabalho. Lamentavelmente não há disposição legislativa acerca das mulheres neste sentido.²³⁵

Aquelas também se relacionam com o aniquilamento de toda forma de discriminação ou preconceito, de acordo com o prescrito na Convenção n. 111, da OIT, que em seu artigo 1º, dispõe:

[...] Art. 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de

²³⁵ Com a publicação da Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, pretendeu-se o asseguramento do pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados deverá preencher de 2% a 5% por cento dos seus cargo, com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na seguinte proporção: I – até 200 empregados 2%; II – de 201 a 500 empregados 3%; III – de 501 a 1.000 empregados 4%; IV – de 1.001 em diante 5%; Desta forma, conclui-se obrigatória a contratação de pessoas portadoras de deficiência ou beneficiárias reabilitadas, independentemente do tipo de deficiência ou de reabilitação. Também se encontra disposto no art. 93 da Lei 8.213/1991 o sistema de cotas para empregados portadores de deficiência no âmbito do setor privado. BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 21/4/2015.

empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.²³⁶

Assim, pode-se observar que a vigência de normas protetoras contra atitudes discriminatórias ou preconceituosas, nos momentos prévios ao estabelecimento da relação de trabalho, buscam promover o princípio da igualdade e impõem uma limitação ao Estado e às organizações. Busca-se, portanto, a realização da igualdade através das desigualdades, conforme acentua SANTOS ao dizer que “[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza”.²³⁷

Já em relação ao desenvolvimento da relação de trabalho, esta se refere à ocupação efetiva do trabalhador no posto de trabalho, que o coloca diante da exigência da execução dos serviços por parte do contratante. Por outro lado, cabe ao empregador assegurar que a prestação de serviços esteja de acordo com a qualificação do trabalhador, não lhe acarretando prejuízos. Afirmar IBARRECHE que “[...] quando se quer assegurar o direito social ao trabalho, ao certo não se deseja apenas a ocupação de um posto de emprego. O que, de fato, se garante é a efetiva ocupação do emprego como consequência do direito de trabalhar”.²³⁸

Esclarece-se que enquanto na relação de trabalho há o vínculo jurídico genérico pelo qual uma pessoa presta serviço à outrem, na relação de emprego - uma das espécies de relação de trabalho entre empregado e empregador caracterizada pela prestação pessoal de serviços, de forma não eventual e subordinada, mediante o pagamento de salário - o trabalho é subordinado e regulado pelas normas jurídicas trabalhistas. No entanto, para fins de análise de uma das barreiras para a efetividade, ou não, do direito social ao trabalho, adotar-se-á a relação de emprego, tendo em vista não ser esporádico, mas possuir o comprometimento contínuo de atividades.²³⁹

A relação de emprego é oriunda da autonomia da vontade das partes, contudo, de forma limitada tendo em vista que a definição do

²³⁶ Disponível em: <http://www.oit.org.br>. Acesso em: 21/4/2015.

²³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

²³⁸ IBARRECHE, R.S., 1996, p. 175.

²³⁹ Cf. DELAGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 272.

conteúdo do vínculo empregatício é restringida pelas normas trabalhistas. Assim, uma vez já analisado obstáculos no momento em que antecede a celebração da relação entre as partes, o segundo é quando da pactuação do conteúdo da relação de emprego, que poderá ser de livre em tudo quanto não contravenha as normas de proteção ao trabalho.²⁴⁰

Nessa seara, o artigo 442 do Decreto-lei n. 5452/1943 define contrato como “[...] o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego”.²⁴¹ DELGADO complementa o conceito afirmando que

[...] é um acordo de vontades, manifestado de forma expressa (verbalmente ou por escrito) ou de forma tácita, por meio do qual uma pessoa física (empregado) se compromete a prestar pessoalmente e de forma subordinada serviços contínuos a uma outra pessoa física, a uma pessoa jurídica ou a um ente sem personalidade jurídica (empregador), mediante remuneração.²⁴²

Dentre os efeitos do contrato de trabalho, destaca-se a obrigação do empregador para com a ocupação efetiva, um dos mecanismos de proteção da capacidade profissional do trabalhador. IBARRECHE esclarece que o empregado deve ter o direito a exercer suas atividades “[...] de forma a ser proibida sua manutenção arbitrária na inatividade ou suspenso sem justa causa, cujas bases constitucionais repousam no direito social ao trabalho e no princípio da dignidade da pessoa humana”.²⁴³

Referidas normas se fazem respeitar quando se concede uma ocupação ao empregado, em vez de lhe deixar intencionalmente ocioso,

²⁴⁰ Nos termos do artigo 444 do Decreto-lei n. 5452/1943: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. BRASIL. Decreto-lei n. 5452/43, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19/4/2015.

²⁴¹ BRASIL. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19/4/2015.

²⁴² DELGADO, M. G., 2010, p. 469.

²⁴³ IBARRECHE, R. S., 1996, p. 188 a 192.

o que lhe causa frustração, desvalorização e a impossibilita de ascender na carreira mediante promoções.

Destaca-se ainda a figura da disfunção como outra forma da não realização do direito social ao trabalho durante a execução do contrato firmado entre as partes. O desvio de função geralmente pode ser atribuído à falta de renovação de quadros, a não abertura de vagas para contratação e a inexistência de mecanismos de desenvolvimento profissional na estrutura de carreira.

Contudo, sabe-se que a relação de trabalho vai além do critério econômico (pagamento do salário), de forma que quando o empregado é contratado para exercer determinada função, especificada no contrato de trabalho, ele tem o direito de trabalhar no que foi ajustado inicialmente, considerando a regra geral da inalterabilidade unilateral do contrato de trabalho, prevista no *caput* do artigo 468, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).²⁴⁴

A transformação do contrato de atividade em contrato de inação é, no entendimento de DELGADO, como

[...] absolutamente desconforme com os princípios do Direito do Trabalho, eis que a principal obrigação do empregador é a de fornecer trabalho. Com esse ato, avilta o empregado, destrói a sua autoestima e fere o seu decoro e prestígio profissional, atingindo, em cheio, o seu amor-próprio [...].²⁴⁵

Verifica-se abuso de direito no exercício do poder de comando por parte do empregador, e conseqüente violação aos direitos da personalidade do empregado, quando este é posto em inatividade, em flagrante desrespeito ao art. 6º da CRFB/1988.

Após referida análise passa-se, então, a cuidar das manifestações do direito social ao trabalho quando da dissolução do contrato de trabalho.

²⁴⁴ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19/4/2015.

²⁴⁵ DELGADO, M., 2010, p. 507.

Como negócio jurídico que é, o contrato de trabalho cumpre seu ciclo quando nasce por mútuo consentimento das partes, vige e, por fim, chega ao seu término pelo adimplemento da prestação, ou por ato volitivo das partes, ou pela impossibilidade de execução das obrigações em decorrência de fatos alheios a vontade das partes, ou ainda por inadimplemento das obrigações contratuais. E, em razão das consequências de ordem pessoal, social, jurídica e econômica que geram o término do contrato de trabalho também envolve a análise do direito social ao trabalho.

Dentre as formas acima citadas de extinção do contrato de trabalho, a que ocorre por iniciativa do empregador envolve uma análise mais apurada; isso porque se por um lado há “[...] a preocupação do empregado em garantir seu posto de trabalho, cercado-se de meios para não perder o emprego” por outro há “[...] a preocupação do empregador em não permitir que lhe seja tolhido o direito de dispor da mão de obra, como dos demais componentes da produção”.²⁴⁶

Observa-se acima um confronto entre o direito social ao trabalho e o princípio da liberdade de exercício da atividade econômica, o que exige uma interpretação da lei que não imponha limitações desnecessárias ao exercício da atividade exercida pela empresa.

Referido direito, neste caso, abarca o direito à garantia no emprego, direito esse fundamental e conferido ao empregado que protege a sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado. Inclusive assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas de valorização do trabalho humano e de geração de empregos

[...] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

[...]

²⁴⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa: Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 8.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII - busca do pleno emprego;²⁴⁷

Segundo LEITE, ao se tratar da “garantia de emprego” está-se afirmando que o trabalhador goza de certa proteção no emprego que ocupa, contudo, se por motivo justificável ali não permaneça, permite-lhe ser empregado em outra organização, assim diferencia aquela da “estabilidade no emprego” quando explica que

[...] a garantia no emprego é um direito fundamental conferido ao empregado que protege a sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado (caso dos dirigentes sindicais, por exemplo). [...] Já a estabilidade no emprego também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada. [...] A garantia no emprego, como já ressaltamos, protege o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ao contrário da estabilidade, que é sempre permanente, a garantia no emprego pode ser provisória ou permanente. [...] A garantia permanente no emprego não se confunde com estabilidade. Embora destinada, em princípio, a todos os empregados, não leva em conta se o empregado esteja, num dado momento, sob o manto de proteção especial contra a dispensa do

²⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19/4/2015.

emprego.²⁴⁸

Assim, a garantia no emprego resguarda o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, bem como sua estabilidade. No que tange à estabilidade, esta é considerada tanto na qualidade de decenal, de provisória e a do servidor público.

Explica-se que a decenal é a regra aplicável aos empregados não-optantes pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) que, após à vigência da CRFB/1988, resguardaram o direito adquirido por já contarem, em 5 de outubro de 1988, com dez anos de serviço efetivo na empresa, como se infere do art. 14 da Lei n. 8.036/1990).

A provisória é aquela destinada a alguns trabalhadores em situações especiais, como os dirigentes sindicais, os representantes do Conselho Curador do FGTS, a empregada gestante, os empregados eleitos para as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAS), o empregado acidentado.²⁴⁹

Por fim, no que diz respeito aos servidores e empregados públicos, consiste garantia de permanência no serviço público, conforme o disposto pela CRFB/1988, quando nomeados para cargo efetivo que tenha ingressado por meio de concurso público e cumprido o período de estágio probatório, que geralmente é de três anos, salvo algumas exceções. O servidor ou o empregado tem o direito de permanecer no serviço público, ainda que contra a vontade do superior hierárquico, salvo quando existir grave motivo ou força maior que justifique a dispensa, para o qual será instaurado um procedimento administrativo com a garantia do contraditório e da ampla defesa.

O direito à garantia do emprego, manifestação do direito social ao trabalho, preconizando a integração do trabalhador, desde o término da Segunda Guerra Mundial, em razão da crise do desemprego vivenciada por muitos países, tem feito parte das agendas de organizações governamentais, não-governamentais e de organismos internacionais.

Convém destacar o papel desempenhado pela OIT, que editou a Convenção n. 158, que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, em vigor no plano internacional desde 23/11/1985 e no Brasil, entre 16/09/1992 e 20/11/1997, da qual se

²⁴⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A garantia no emprego na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, vol. 7, n. 1, jan/jun/2010. Disponível em: <http://www.fdv.br>. Acesso em: 21/4/2015.

²⁴⁹ *Idem, ibidem.*

destaca seu artigo 4º “[...] Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.²⁵⁰

O diferencial da norma citada se dá pelo fato de que o empregador não detém mais o “direito potestativo” de resilir o contrato de trabalho, facultando-se ao empregado pleitear a sua reintegração ao emprego ou optar por perceber indenização compensatória.²⁵¹

Para NASCIMENTO, a questão da proteção à relação de emprego significa

[...] impedir que (esta relação) se extinga, que possa ser desfeita sem atender aos direitos dos trabalhadores. Assim, não é possível afastar a interpretação segundo a qual a proteção da relação de emprego consiste na adoção de medidas ordenatórias da dispensa imotivada do trabalhador, sendo uma forma de restrição ao direito potestativo de despedir. Coincidiria, de certo modo, com a ideia de estabilidade absoluta e seria mesmo identificável com ela, caso não tivesse a Constituição indicado a possibilidade de indenização de dispensa. [...] significa também, em outro sentido, um conjunto de providências do Estado desenvolvidas no sentido de permitir que o mercado de trabalho permaneça dinâmico, oferecendo número de vagas suficiente para que seja atendida a demanda, ideia que se identifica com a do direito social ao trabalho. Diversas Constituições referem-se ao direito social ao trabalho, como dimensão econômica deste tema, entremeando-se com a garantia de emprego, incumbência do Estado através de planos de política econômica e social [...]. Compreendido como garantia econômica, o direito social ao

²⁵⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 158, de 23 de novembro de 1985. Sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 20/4/2015.

²⁵¹ Cf. LEITE, C. H. B., 2010, p. 75.

trabalho é a expressão jurídica dessa realidade.²⁵²
(grifei)

Assim, afirma-se que o direito patronal de resilir o contrato de trabalho sem causa fundada em motivos disciplinares ou de ordem técnica, econômica ou financeira representa atitude contrária à efetivação do direito social ao trabalho, bem como aos demais valores²⁵³ e princípios²⁵⁴, que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a proteção do empregado contra a despedida arbitrária, está disciplinada nos artigos 7º, incisos I e III e 10 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT) e no artigo 487 da Lei n. 5452/1943, ao tratar do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Veja

[...] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

²⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47-48.

²⁵³ Para SILVA, valor evoca a ideia de importância, de satisfação, de elevação para o ser humano. Algo transcendental que toca os sentimentos mais puros do coração humano. Inesgotável, do ponto de vista de sua representação ideal. Valor, como objeto recai no bem, na virtude, na justiça, no universal, na paz, em oposição ao mal, ao vício, à injustiça, ao particular, ao conflito. O ser humano constitui o centro de irradiação e de convergência do(s) valor(es). Nenhuma espécie de valor, por maior força de argumento, supera o valor da pessoa humana. SILVA, Moacyr Motta da. A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 152.

²⁵⁴ Os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais. [...] são preceitos básicos da organização constitucional”. Assim, estas normativas orientam a concepção do ordenamento jurídico. Assim, os princípios quando Fundamentais, dentro do sistema constitucional, indicam à que formas políticas a Constituição se encontra atrelada. O sistema constitucional brasileiro surge então, não como um sistema meramente jurídico, mas que envolve valores políticos e sociais. *Idem, ibidem*, p. 153.

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

[...]

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei n. 5107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.²⁵⁵

[...]

Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.²⁵⁶

Observa-se que a despedida arbitrária ou sem justa causa depende de regulamentação por lei complementar, bem como o inciso III do artigo 7º e o artigo 10 do ADCT prescrevem a natureza pecuniária da proteção, ambos dispostos na Lei n. 8036/1990, que trata do FGTS. Ainda, que o direito social ao trabalho é maculado quando o empregador não respeita a norma referente ao aviso prévio.

O exercício do direito social ao trabalho é uma das vias fundamentais para a superação da pobreza e da exclusão social. Sua manifestação no momento da dissolução do contrato da relação

²⁵⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/10/2015.

²⁵⁶ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 21/4/2015.

empregatícia centra-se no ideário de garantia de emprego, buscando imprimir proteção e a continuidade no mercado de trabalho, evitando assim, a superposição de diversos tipos de vulnerabilidades.

Quanto à efetivação do direito social ao trabalho sob o prisma coletivo, esta vai além da relação de trabalho subordinado, implicando, assim na análise de ações na área das políticas públicas de trabalho e emprego já disciplinadas no inciso VIII do artigo 170 da CRFB/1988

[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII - busca do pleno emprego;²⁵⁷

Nessa seara, o termo “políticas públicas” é polissêmico em razão de englobar questões políticas, de interesse público e de gestão pública, exigindo que sejam considerados paradigmas e categorias de ciências diversas, tais como Direito, Ciência Política, Economia e Sociologia. Neste sentido adverte BUCCI

[...] definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade. Alguns institutos e categorias jurídicas tradicionais, hoje despidos de seu sentido legitimador original, buscam novo sentido ou nova força restabelecendo contato com outras áreas do conhecimento, das quais vinha se apartando desde a caminhada positivista que se iniciou no século XIX. Ter-se firmado como campo autônomo, dotado de “objetividade” e “cientificidade” - desafios do positivismo jurídico -, é um objetivo até certo ponto realizado pelo Direito, o que permite aos seus pesquisadores voltar os olhos às demandas sociais que

²⁵⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/10/2015.

fundamentam a construção das formas jurídicas.²⁵⁸

Dessa forma, a interdisciplinariedade exige uma nova postura, de forma a reconhecer as limitações de cada ciência em almejar abarcar sozinha as dimensões envolvidas de determinados vocábulos. Outro aspecto também relevante é a evolução que conceito vai ganhando no decorrer dos anos, conforme explana BUCCI

[...] inicialmente as políticas públicas eram consideradas programas de ação governamental que visa coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²⁵⁹

Após, considerando a política pública inserida num contexto processual, ou seja, como um conjunto ordenado de atos, o conceito evoluiu para

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários a sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

²⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

²⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 241.

Assim sendo, cabe ao Direito acomodar as deliberações políticas às normas vigentes num contexto de Estado Democrático de Direito, pois convém lembrar que até a afirmação teórica do Estado de Direito, sob o qual o poder do soberano se sujeitou à legalidade, a atividade administrativa do Estado era impermeável ao Direito. Assim, em que pese as decisões políticas serem tanto mais legítimas quanto se aproximarem da vontade da coletividade, é o Direito o garantidor dos direitos fundamentais e da própria democracia.

Ainda em termos conceituais, na acepção de MANCUSO, as políticas públicas podem ser consideradas como “[...] a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à execução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente”²⁶⁰, notadamente no que se refere à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Conforme observado nas linhas anteriores, as condutas da Administração Pública voltadas à execução de programas ou metas previstos na Constituição ou em leis infra devem ser pautadas de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, que em termos de direito social ao trabalho, o objetivo deve ser a realização deste. Assim, é neste sentido que as políticas públicas de trabalho e emprego representam mecanismos políticos de efetivação de referido direito fundamental.

Mister esclarecer que assim como o trabalho é gênero do qual emprego é espécie, do mesmo modo as políticas de trabalho abrangem as de emprego, no entanto, esta última ganhou destaque com a disseminação do capitalismo no decorrer da história. Tanto que no Brasil, boa parte das análises sobre políticas públicas recaem nas de emprego, contando o Poder Público com diferentes intervenções²⁶¹. Diante disso será dada ênfase sobre as políticas de emprego no Brasil e suas possíveis formas de instrumentalização.

²⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação civil pública: Lei 7.347 – 15 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 753-754.

²⁶¹ Essas formas de intervenção vão desde a fixação do salário-mínimo, o contexto institucional que regula as relações capital-trabalho e os custos fiscais e parafiscais nos encargos trabalhistas até a formação profissional.

Esclarece AZEREDO e RAMOS que se incluem nas políticas de emprego dois tipos de instrumentos ou medidas: as passivas e as ativas, quais sejam,

[...] as políticas passivas consideram o nível de emprego (ou desemprego) como dado, e o objetivo é assistir financeiramente ao trabalhador desempregado ou reduzir o “excesso de oferta de trabalho”. Os instrumentos clássicos destas políticas são: seguro desemprego e/ou indenização aos desligados, adiantamento da aposentadoria, expulsão de população (ajuda financeira para o retorno dos imigrantes legais a seus países de origem), redução da jornada de trabalho, etc. O instrumento mais importante nessas alternativas foi, historicamente, o seguro-desemprego. [...] Diferentes desse tipo de instrumento, as políticas ativas visam exercer um efeito positivo sobre a demanda de trabalho. Os instrumentos clássicos desse tipo de política são: a criação de empregos públicos, a formação e reciclagem profissional, a intermediação de mão de obra, a subvenção ao emprego e, em geral, as medidas que elevem a elasticidade emprego-produto (apoio à micro e pequena empresa).²⁶²

Enquanto as políticas ativas exercem um efeito positivo sobre a oferta ou demanda de trabalho, as políticas passivas levam em consideração o nível de emprego (ou desemprego) como dado, cujo objetivo é assistir financeiramente ao trabalhador desempregado.

Conforme o exposto, em um recorte histórico de políticas de emprego no Brasil, do descobrimento até meados do século XX, prevaleceu o ideário liberal no qual, basicamente, assegurava-se a ordem e a propriedade, ficando a cargo do mercado a regulação dos bens públicos sociais. Contudo, gradativamente o Estado brasileiro foi assumindo funções de regulador e estimulador da economia e, posteriormente, também passou a ser um provedor de bens sociais.

²⁶² AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. Revista de planejamento e Políticas Públicas, São Paulo, n. 12, mai/1995. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 21/4/2015.

Afirma-se que até a ascensão de Getúlio Vargas ao poder (1934-1937) as relações trabalhistas no Brasil eram marcadas por completa liberdade de contratação e demissão, além de total ausência de políticas públicas para essa área, fossem elas regulatórias ou compensatórias. De forma que o início do desenvolvimento de políticas para o mercado de trabalho, remonta à década de 1940, auge do período desenvolvimentista, destacando-se o surgimento da CLT, em 1943, principal norma legislativa brasileira referente ao Direito e Processo do Trabalho no Brasil.

Os primeiros esforços para a criação de um Sistema Público de Emprego ocorreu justamente nessa época, na década de 1940, através de tentativas de formação de mão de obra especializada através da criação do “[...] Sistema S, formado inicialmente pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e pelo Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC)”.²⁶³

Se a história da luta pelos direitos sociais no Brasil é intercalada por manifestações sociais, com o golpe militar, a conjuntura política e social do país foi significativamente transformada. Até o início da década de 1960, pode-se afirmar que se vivia num Estado onde se graduavam as lutas populares: movimentos contra o desemprego, por melhores condições de trabalho, pela Reforma Agrária, pela casa própria, dentre outros. Entretanto, com o golpe militar passa-se a viver um Brasil onde predomina um cotidiano de violência que impede a mobilização política da sociedade.

As políticas sociais de trabalho até a década de 1960, funcionavam num sistema de gozo regulado do *status* de cidadão, cujo símbolo era a carteira de trabalho e onde apenas o trabalhador era reconhecido como merecedor de tal qualidade. Ainda assim, não eram considerados cidadãos todos os que trabalhavam, apenas os que detinham um ofício representado por sindicatos reconhecidos pelo Estado.

Com o regime militar um novo arranjo de políticas sociais se insurgiu, no qual a União concentrava a execução dos programas sociais, bem como o controle dos recursos e serviços prestados. Apesar do aumento da capacidade de intervenção do Estado na seara dos direitos sociais, “[...] o período do regime militar foi marcado por uma

²⁶³ AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. Revista de planejamento e Políticas Públicas, São Paulo, n. 12, mai/1995. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 21/4/2015.

modernização conservadora, que beneficiava as classes médias e altas em detrimento das camadas mais pobres da população, acentuando enormemente a desigualdade social”,²⁶⁴

No que se refere, especificamente, à assistência aos desempregados, este objetivo já estava presente na Constituição de 1966, constando como um dos direitos básicos dos trabalhadores. Em 1965, a Lei n. 4.923, criou um cadastro permanente de admissões e dispensas de empregados, que também estabelecia medidas de assistência aos desempregados, por meio do Fundo de Assistência ao Desempregado (FAD).

A criação do FGTS, em 1966, acarretou a eliminação da contribuição sobre a folha de salários que integrava o FAD, passando o empregado a passar a contar com um fundo de indenizações de acesso imediato no momento da demissão, além de dispor de maior mobilidade no mercado de trabalho.²⁶⁵

Por ocasião do lançamento do Plano Cruzado, em 1986, foi instituído um Programa de Seguro-Desemprego, medida há muito solicitada em razão da extrema precariedade do auxílio-desemprego vigente. No ano seguinte, Assembleia Nacional Constituinte redefiniu o artigo 239 da Constituição, no qual o PIS-PASEP passaram a assegurar recursos para a consolidação de um direito social básico do trabalhador: a proteção financeira no momento do desemprego.

Também a promulgação da Lei n. 7998/1990, uma das regulamentações mais importantes no campo dos direitos sociais, representou um avanço significativo em relação ao antigo programa de seguro desemprego por dispor sobre uma melhora na assistência financeira ao trabalhador desempregado, ajuda na recolocação do trabalhador no mercado de trabalho e reciclagem profissional e criar o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).²⁶⁶

Em 1993, o Brasil deu início à politização da questão da miséria, inaugurando entre o governo e a sociedade uma parceria no combate à exclusão, à distribuição de alimentos e à geração de emprego.

²⁶⁴ Cf. TAVARES, Maria da Conceição; ASSIS, João Carlos. O grande salto para o caos – a economia política e a política econômica do regime autoritário. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 19.

²⁶⁵ Cf. AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. Revista de planejamento e Políticas Públicas, São Paulo, n. 12, mai/1995. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 21/4/2015.

²⁶⁶ *Idem, Ibidem.*

No início de 1994, como resultado das articulações em torno da campanha contra a fome, o Conselho Deliberativo do FAT (CODEFAT) aprovou linha de crédito destinada ao financiamento de micros e pequenas empresas, cooperativas e setor informal, o qual incluía o desenvolvimento de inovadores processos produtivos através da educação e capacitação. Registra-se que após a implementação do Plano Real, o país passou por profundas transformações em função do processo de abertura comercial e do programa de privatizações que seguiu.²⁶⁷

[...] A última década do século XX foi marcada, no Brasil, pela desestruturação do mercado de trabalho. Diferentes iniciativas, públicas e privadas, concorreram para este fim. O período caracterizou-se pela elevação das taxas de desemprego a patamares nunca antes vistos no país e pelo crescimento significativo das formas mais precárias de inserção no mercado de trabalho (autônomos que trabalham para o público, assalariamento sem carteira, emprego doméstico etc.). [...] a década de 1990 foi marcada pela introdução de uma série de mecanismos de flexibilização da relação trabalhista (contratos de prestação de serviços, contratos por tempo determinado etc.), pela flexibilização dos rendimentos, especialmente através de mecanismos de remuneração variável, e pela redução dos rendimentos do trabalho em termos reais.²⁶⁸

Assim, não obstante as dificuldades encontradas para o pleno desenvolvimento de políticas públicas de emprego, a legislação evoluiu e ampliou as possibilidades de utilização dos recursos e combate ao desemprego.

²⁶⁷ Cf. AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. Revista de planejamento e Políticas Públicas, São Paulo, n. 12, mai/1995. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 21/4/2015.

²⁶⁸ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). A Situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000. São Paulo: DIEESE, 2012, p. 9. Disponível em: <http://www.dieese.org.br>. Acesso em: 22/4/2015.

Analisando-se os dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, verifica-se que de 2009 à 2013, a taxa de desemprego reduziu e o mercado de trabalho apresentou melhorias no processo de formalização do emprego, por exemplo a geração de quase um milhão de novos postos com carteira assinada, assim como a renda seguiu em processo de recuperação.²⁶⁹

Em relação ao ano de 2015, de acordo com informações do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), tem-se que

[...] dados do Cadastro-Geral de Empregados e Desempregados - Caged, divulgados pelo ministro do Trabalho e Emprego, Manoel Dias, nesta quinta-feira (23) demonstram que o mercado formal de trabalho gerou em março 19.282 empregos com carteira assinada, um crescimento de 0,05% em relação ao estoque do mês anterior. O crescimento, segundo o ministro, ressalta o reaquecimento do mercado de trabalho, que voltou a gerar vagas após 3 meses consecutivos de queda. O resultado é superior ao registrado em março de 2014, quando foram gerados 13.117 postos de trabalho.²⁷⁰

Dado o exposto, verifica-se que a questão do desemprego tem assumido uma posição de destaque nas discussões políticas e jurídicas no Brasil, considerando que a concepção de política social no país pode ser considerada recente. “[...] Durante décadas acreditou-se que a melhoria das condições de vida da população e o perfil de distribuição de renda seria uma consequência direta do crescimento econômico”.²⁷¹

Em uma breve análise, pode-se observar que dentre os instrumentos de política passiva no Brasil, por excelência, foca-se no

²⁶⁹ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). A Situação do trabalho no Brasil na primeira década dos anos 2000. São Paulo: DIEESE, 2012, p. 9. Disponível em: <http://www.dieese.org.br>. Acesso em: 22/4/2015.

²⁷⁰ ASSESSORIA DE IMPRENSA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Ministério do Trabalho e Emprego: 25/4/2015. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br>. Acesso em: 25/4/2015.

²⁷¹ AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. Revista de planejamento e Políticas Públicas, São Paulo, n. 12, mai/1995. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em: 21/4/2015.

programa do seguro-desemprego, ao passo que quanto aos instrumentos de política ativa destacam-se os Programas de Geração de Renda e Emprego e os Programas de Qualificação Profissional.

Também diante dos dados apresentados, conclui-se que as políticas sociais permanecem subjugadas às diretrizes das políticas econômicas. Em termos de trabalho verifica-se ausência de planejamento a longo prazo, ficando a questão do acesso ao trabalho na dependência da linha ideológica do governante/partido que assumir o governo. Ressaltando-se, ainda, que diferentemente de outras políticas sociais, em relação ao trabalho e emprego, o país conta com uma sólida fonte de recursos do FAT, cuja principal fonte é composta pelas contribuições do PIS e do PASEP.

Entretanto, em que pese existirem vultosos recursos para a implementação de políticas públicas de trabalho e emprego, a possibilidade de efetivação do direito social ao trabalho, sob o prisma coletivo, não tem se demonstrado muito eficaz no Brasil por diversas razões, dentre as quais se destacam: má gestão da coisa pública, precário sistema educacional e ínfimos programas e ações desenvolvidos pelo Estado.

No que tange à fiscalização das ações dos poderes públicos, adentra-se na questão da participação do Poder Judiciário, pois como se sabe a previsão constitucional e infra de inúmeros direitos carecem de inefetividade por parte do Estado sob o manto da “conveniência e oportunidade”.

Dessa forma, a consolidação do Estado Democrático de Direito, além das questões sociais emergentes, como o é a inefetividade do direito social ao trabalho, enfrenta o problema da assimetria entre os Poderes. Nessa contingência, o ato de legislar também passa a fazer parte das atividades do Poder Judiciário, que pega para si tal papel com a aparente conivência do Poder Legislativo, quando este, não legisla, impedindo o exercício de direitos.

A par disso, as perspectivas compreensivas sobre o direito social ao trabalho precisam de outro fundamento sem o qual o Direito perde seu significado de protetor e orientador da vida individual e coletiva. Neste sentido, surge o princípio da fraternidade que busca reestruturar a fim de proteger a pessoa, as relações sociais, o Estado e o Direito a partir da manutenção do trabalho como extensão da dignidade humana.

É o que se passa a verificar no próximo título.

CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE

Abordar o tema fraternidade diante da questão do direito social das mulheres ao trabalho, exige um questionamento sobre as causas da preterição e a importância do seu resgate na pós-modernidade, bem como de sua concepção na qualidade de princípio jurídico e da influência que exerce no direito do Estado Democrático de Direito.

Assim, inicialmente cumpre-se buscar a origem do abandono de um dos componentes da tríade da Revolução Francesa, que embora tenha desempenhado um importante papel na ordem pós-revolucionária, não obteve a mesma evolução da liberdade e da igualdade.

Referidas categorias alçaram o *status* de princípios jurídicos constitucionais ao passo que a fraternidade, em razão do excesso de ambição humana, da origem cristã, da ambiguidade de seu significado e da dificuldade do uso da terminologia “irmão”, no contexto democrático pós-guerra não conseguiu o mesmo reconhecimento.

No entanto, a fraternidade é valor presente na CRFB/1988, tanto no preâmbulo quanto no capítulo dos Direitos Sociais, e em que pese ter sido por muito tempo ignorada, propõe-se seu resgate na condição de princípio jurídico. Este, mediador entre o Estado e o ser humano, funciona como elemento discursivo basilar na obtenção de um consenso social inclusivista e na correlata legitimação do direito. Seu fundamento está, ao lado da liberdade e da igualdade, na promoção do princípio da dignidade humana, convertendo assim, indivíduos abstratos em sujeitos de direitos concretos.

A crise de legitimidade e o esgotamento do modelo econômico adotado, da democracia e do Direito, como se apresentam, deslocou o foco para uma necessária retomada da fraternidade, na condição de princípio jurídico, exigindo-se, assim, novas posturas dos atores jurídicos e uma apreensão crítica dos referidos conceitos. É pelo viés do princípio da fraternidade que a possibilidade de uma autonomia equilibrada do Direito construído democraticamente e a constante atualização dos objetivos sociais introduzidos pela CRFB/1988 se tornam possíveis na pós-modernidade.

2.1 A FRATERNIDADE A PARTIR DA REVOLUÇÃO FRANCESA: CAUSAS DA PRETERIÇÃO E A IMPORTÂNCIA DO SEU RESGATE RUMO À PÓS-MODERNIDADE

O ideário da fraternidade, que remonta de raízes cristãs, foi resgatado com grande expressão na Idade Moderna, durante a

Revolução Francesa, por embasar o propósito da união para a construção de um novo Estado. Pode-se afirmar que referida categoria inaugurou no âmbito político, vindo a constituir o célebre lema: “Liberdade, igualdade e fraternidade”.

[...] Esse lema, porém, não era oficial; viria a sê-lo somente na República revolucionária de 1848. Atravessa, em seguida, inúmeras vicissitudes históricas, ora sendo esquecido, ora tendo momentos de fulgor, até voltar a se impor no final do século, com a vitória dos republicanos em 1879. O regime de Vichy deixa-o de lado, substituindo-o pelo lema “Trabalho, família, pátria”; mas continua sendo a divisa dos resistentes. Encontra, finalmente, um lugar definitivo no art. 2º da Constituição de 27 de outubro de 1946.²⁷²

Em razão de influências da cultura cristã, a fraternidade se fez presente tanto com significado teológico, ou seja, a fraternidade em Cristo, quanto por amostras práticas como o ato de dar esmolas, por exemplo, em que pese tenha sido por vezes confundida com o vocábulo solidariedade a partir de uma base religiosa. Contudo, falar de referida categoria tendo como marco a Revolução Francesa se deve ao fato de

[...] adquirir uma dimensão política, pela sua aproximação e sua interação com os outros dois princípios que caracterizam as democracias atuais: a liberdade e a igualdade. Porque, de fato, até antes de 1789 fala-se de fraternidade sem a liberdade e a igualdade civis, políticas e sociais; ou fala-se de fraternidade em lugar delas. A trilogia revolucionária arranca a fraternidade do âmbito das interpretações - ainda que bem matizadas - da tradição e insere-a num contexto totalmente novo, ao lado da liberdade e da igualdade, compondo três princípios e ideais

²⁷² BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 7.

constitutivos de uma perspectiva política inédita.²⁷³

A fraternidade no contexto da Revolução Francesa é disposta em um cenário de desigualdade social, onde, dominada pelo regime de servidão, a sociedade se apresentava estratificada e hierarquizada e o monarca detinha o poder absoluto.

Mister registrar que referida revolução caracterizou-se pelos vieses políticos e expansionistas, pregando seus ideais por toda a Europa com o fim de extinguir os laços medievais para além da França. Na verdade, almejava muito mais do que a abolição do antigo governo, configurou verdadeira doutrina de libertação que partia do rompimento tanto com a filosofia quanto com a igreja que vigiam a época, conforme explica TOCQUEVILLE

[...] Uma das primeiras diligências da Revolução Francesa foi atacar a Igreja e entre as paixões que nasceram desta revolução a primeira a se acender e a última a se extinguir foi a paixão religiosa. [...] considera-se a filosofia do século dezoito como uma das causas principais da Revolução e é bem verdade que esta filosofia é profundamente irreligiosa. Contudo, nela é preciso notar duas partes ao mesmo tempo distintas e separáveis. Numa encontram-se todas as opiniões novas ou rejuvenescidas que se relacionam com as condições das sociedades e os princípios das leis civis e políticas, tais quais, por exemplo, a igualdade natural dos homens e a abolição de todos os privilégios de castas, classes ou profissões que é uma das conseqüências, a soberania do povo, a soberania do poder social, a uniformidade das regras... [...] Na outra parte de suas doutrinas, os filósofos do século dezoito agrediram com uma espécie de furor a Igreja; atacaram seu clero, sua hierarquia, suas instituições, seus dogmas e, para melhor derrubá-

²⁷³ BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 8.

los, quiseram arrancar os próprios fundamentos do cristianismo.²⁷⁴

Explica-se que, ainda que a Igreja tenha sido um dos alvos da Revolução, o foco principal eram as questões de ordem política. No entanto, como a Igreja também possuía uma considerável força política, ocupava o lugar de maior privilégio na sociedade, nos quais o alto clero se caracterizava por ser um dos maiores proprietários de terras. Além disso, o ideário pregado pela Igreja à época consistia num confronto de ideologias em que o individualismo se contrapunha a uma percepção hierárquica e holística do mundo social, ou seja, não se tratava de disputas relativas à fé.

Referido individualismo se deve ao fato do caráter habitual das religiões na Idade Moderna conceberem, unicamente, o homem em relação a si e em relação à Deus, sem levar em consideração os outros, as leis, os costumes e as tradições.²⁷⁵

No que se refere à característica do expansionismo, destaca-se que a Revolução Francesa não ficou restrita à França, diferentemente do que se observa em outras revoluções que se encerram em suas próprias fronteiras. Aproximou e apartou indivíduos a despeito das leis, “[...] formando acima de todas as nacionalidades uma pátria intelectual comum da qual os homens de todas as nações podiam tornar-se cidadãos”.²⁷⁶

Referida revolução deu-se, dentre outros motivos, pela da crise da monarquia, do Iluminismo, da desintegração social e da separação das classes privilegiadas. Na verdade, no século XVIII houve a disseminação do ideário iluminista, que determinou a luta de várias nações contra os regimes monárquicos, bem como os contrários ao mecanismo de representação política.

A revolução cultural, decorrente de representantes do Iluminismo, procurava mobilizar o poder da razão a fim de promover reformas em uma sociedade firmada no conhecimento herdado da tradição medieval. Abarcando inúmeras tendências, propunha um conhecimento mais apurado da natureza com o objetivo de torná-la útil ao homem moderno e o intercâmbio intelectual contra a intolerância da Igreja e do Estado.

²⁷⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução. 4. ed. Brasília: UNB, 1997, p. 54-55.

²⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 58.

²⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 59.

Paralelo a tal remanejamento do cenário cultural e científico, crescia a crise estatal e os privilégios da nobreza e da burguesia. A lei continha muitas exceções para tais classes, o que resultou por destruir as bases sobre as quais os administradores deveriam trabalhar. Era urgente a efetivação de reformas fiscais, que acabaram não ocorrendo, tendo como consequência verdadeiro "caos total".²⁷⁷

Constata-se que o enfraquecimento do feudalismo empobreceu a nobreza ao passo que empoderou a burguesia. Na política feudal o poder político foi deixando de ser centralizado nos reis, passando a ser dividido com os nobres, que eram grandes proprietários de terras. Estes se fortaleceram ao longo dos anos, dado o aumento dos contratos de vassalagem e pelo fato do rei ceder a eles os feudos, dentre outros motivos, em troca de proteção militar.

Ocorre que com o passar do tempo, em razão do crescimento demográfico, da ampliação das áreas de cultivo, da necessária exploração do metal, do desenvolvimento de novos instrumentos para a prática da agricultura e do aumento da oferta de alimentos, muitos servos passaram a exigir pagamento em dinheiro pelos seus serviços e outros, que resultaram ociosos, tiveram de deixar o campo e partir para outra forma de sobrevivência. Ao mesmo tempo, o aumento da quantidade de produtos disponíveis para o consumo provocou o revigoramento das atividades comerciais.²⁷⁸

O fortalecimento do comércio e das áreas urbanas incentivou o deslocamento de muitas pessoas para as cidades em busca de melhores oportunidades. Assim, com o revigoramento urbano, surgia uma nova e importante classe: a burguesia. Além disso, na França os bens dos nobres eram herdados pelos plebeus, que compunham a classe burguesa e que se tornaram tanto quanto, ou mais ricos, que os nobres, ainda que esses mantivessem certos privilégios, como a isenção de impostos. Registra-se que a burguesia, além do poder econômico, com o passar do tempo, também passou a adquirir referidos privilégios. Inserido no cenário de disparidade existente entre a nobreza e a burguesia, havia o povo que representava a classe mais estigmatizada.²⁷⁹

Corroborando TOCQUEVILLE ao aduzir que

[...] Estas míseras prerrogativas enchiam de inveja aqueles que delas não gozavam e de orgulho

²⁷⁷ TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 59-62.

²⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 111.

²⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 112.

aqueles que as possuíam. Nada é mais visível em todo o decorrer do século XVIII, que a hostilidade dos burgueses das cidades contra os camponeses de seus subúrbios e o ciúme do subúrbio contra a cidade.²⁸⁰

Ocorre que a burguesia não queria ser confundida com o povo e almejava, na verdade, ser cada vez mais equiparada aos nobres, especialmente no que tange aos privilégios. O individualismo era a regra, de forma que cada indivíduo só se preocupava com a sua situação.

[...] Cada um dos milhares de grupinhos que compunham a sociedade francesa só pensavam em si próprio. Era uma espécie de individualismo coletivo que preparava as almas para o verdadeiro individualismo que conhecemos. O que há de mais estranho é que todos os homens que permaneciam tão afastados uns dos outros tinham se tornado tão semelhantes que era difícil distingui-los uns dos outros. Mais do que isso, quem sondasse seus espíritos descobriria que eles mesmos achavam as pequenas barreiras que dividiam gente tão parecida, tão contrária ao interesse público quanto ao bom senso e que, em teoria, já adoravam a unidade. Cada um só dava importância a sua condição particular. Mas estavam todos dispostos a confundir-se na mesma massa, contanto que ninguém nela tivesse alguma vantagem própria ou nela ultrapassasse o nível comum.²⁸¹

Além dos motivos acima apresentados, mencionam-se também a crise financeira pela qual atravessava a monarquia, em razão de uma estrutura administrativa e fiscal ultrapassada - esta concedia muitas isenções tributárias (nobres e burgueses). Também o fato de se ter uma produção agrícola e manufatureira rudimentar e abandonada paralelo ao crescente interesse da compra de cargos públicos. Tais causas fecundaram o espírito revolucionário e a tomada da Bastilha em 14 de julho de 1789.

²⁸⁰ TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 115.

²⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 116.

TOCQUEVILLE observa o contraste entre a brandura das teorias e a violência dos atos revolucionários, pois o que se viu foi uma “revolução sangrenta e desumana”. Nunca a tolerância em matéria de religião, a doçura no comando, a humanidade e até mesmo a benevolência foram pregadas com tanta insistência e aparentemente melhor admitidas que no século XVIII.

[...] E foi do seio de costumes tão doces que sairia a revolução mais desumana! Entretanto, todo este abrandamento dos hábitos não era uma falsa aparência, pois, logo que o furor da Revolução amorteceu, vimos esta mesma doçura espalhar-se em todas as leis e penetrar em todos os hábitos políticos.²⁸²

Vê-se que a fraternidade teve um papel importante no reestabelecimento da ordem pós-revolução, suplantando o lema. Contudo, tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, quanto a Declaração de Independência das treze colônias, em 1776, só concederam o tratamento de princípio à liberdade e à igualdade. A fraternidade somente veio a ser mencionada, pela primeira vez, e não como princípio jurídico, mas antes como virtude cívica, na Constituição Francesa de 1791, tendo o texto constitucional da segunda república francesa, em 1848, vindo a declarar oficialmente a tríade.

[...] O que se deu [com a fraternidade], à época, foi a laicização de uma ideia força tipicamente cristã. Ao cristianismo se deve, efetivamente, o decisivo influxo na implantação e difusão desta convicção e aspiração: a convicção de que os homens são verdadeiramente irmãos e a aspiração a que todos se considerem e tratem como tais.²⁸³

Ocorre que enquanto a liberdade e a igualdade foram prósperas na condição de categorias políticas, e posteriormente como princípios jurídicos, a fraternidade manteve-se à margem dos acontecimentos da ordem política e jurídica, não obstante o termo tenha tido a mesma conotação daquelas à época.

²⁸² TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 125.

²⁸³ CABRAL, Roque. Fraternidade. In POLIS: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Lisboa: Verbo, 1994, p. 78.

As causas do preterimento da fraternidade são trazidas por BAGGIO: o excesso de ambição humana; as raízes cristãs do conceito de fraternidade; a ambiguidade de seu significado, sendo por vezes, como já citada, associada à solidariedade; bem como as dificuldades do uso da terminologia “irmão” no contexto democrático pós-revolução.²⁸⁴

Debatendo as razões enumeradas por BAGGIO, inicialmente tem-se o excesso de ambição humana, ou talvez o termo correto a ser utilizado fosse a ganância humana, ambos sentimentos que acompanham o ser humano, ora fazendo parte de seu aprimoramento, ora de sua degradação.

Contudo, enquanto a ambição humana pode ser considerada um sentimento positivo, se analisarmos o favorecimento ao crescimento e à superação em todas as dimensões da vida que ela proporciona, a ganância humana incorpora perigos e riscos aliados a um hiper-individualismo, que torna instável as relações sociais. Não se trata de anular a participação no coletivo mas sim de alterar o seu teor quando referida participação se der sob a lógica individualista por trazer consigo valores tais como o egoísmo, a violência, a intolerância, a exclusão, a desigualdade e a discriminação.

ROUSSEAU, inclusive, já havia criticado o uso da fraternidade por diminuir a coesão cívica, devendo ela ser direcionada, em sua visão, apenas aos concidadãos e contribuir para reforçar a união dentro do Estado. Vê-se uma fraternidade que só vai até a fronteira da França, dentre outros limites que lhe foram impostos, dos quais se destacam a ganância e o individualismo.²⁸⁵

Tanto que a ideia da fraternidade trazida pela Revolução Francesa diferiu quando de sua aplicação em duas revoluções: a da França, propriamente dita, em 1789, e a do Haiti, em 1791. A fraternidade não foi vivida por todos da mesma forma. Isto porque a França não reconheceu aos negros o direito de aplicar no Haiti os princípios da trilogia, tanto por questões econômicas (dado o auxílio econômica das colônias), quanto por questões culturais (acreditava-se na inferioridade natural do povo africano). Assim, afirma BAGGIO que “[...] a Revolução haitiana pode ser considerada, sob muitos aspectos, a outra face da Revolução Francesa”.²⁸⁶

²⁸⁴ Cf. BAGGIO, A. M., 2008, p. 11-13.

²⁸⁵ Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Editora Ridendo Castigat Moraes. Versão para e-book. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org>.

²⁸⁶ BAGGIO, A. M., 2008, p. 41.

Por outro lado, RESTA apresenta uma fraternidade que se afasta da concepção egoísta de “união dentro do Estado”, tematizando a comunhão de pactos entre indivíduos concretos e diferentes entre si. Para o autor, a fraternidade foi, inicialmente, um indicativo de solidariedade entre as nações, ao pressupor uma comunidade política fundada nos princípios dos Estados nacionais, confirmando o sentimento de pertencer do ser humano “[...] ligava separando, incluía excluindo”.²⁸⁷ Assim, a fraternidade “[...] deslocava a ênfase da singular linha da amizade da política para um compartilhamento de um sentimento de proximidade, alargando a ideia de próximo, abrindo temporal e espacialmente os limites”.²⁸⁸

No que tange às raízes cristãs da concepção da categoria fraternidade, também apontadas por BAGGIO como uma das causas do preterimento da fraternidade, esclarece-se que foram os cristãos os responsáveis por incluírem no “[...] circuito da cultura europeia os princípios da trilogia”.²⁸⁹ Contudo, os iluministas trataram de fundamentá-los em uma cultura racional por conta da intensa batalha que se travava contra a Igreja. Quem mais resultou prejudicado foi o princípio da fraternidade por ser de origem por demais claramente cristã.

Isso porque, dentre os ideários da Revolução, estava o de romper com a Igreja e com o Cristianismo “[...] não porque a Igreja não podia tomar um lugar na nova sociedade que ia se fundar; mas porque ocupava até então o lugar mais privilegiado na velha sociedade que era preciso reduzir às cinzas”.²⁹⁰ Assim, a analogia da fraternidade com o cristianismo não era bem vista diante do choque com o ideário de rompimento com o antigo regime, ou seja, com a desigualdade e a discriminação. TOCQUEVILLE esclarece que

[...] Como o objetivo da Revolução Francesa não era tão-somente mudar o governo mas abolir a antiga forma de sociedade, teve de atacar-se, ao mesmo tempo, a todos os poderes estabelecidos, arruinar todas as influências reconhecidas, apagar as tradições, renovar os costumes e os hábitos e esvaziar, de certa maneira, o espírito humano de

²⁸⁷ RESTA, Eligio. O Direito Fraterno. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 10.

²⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 10.

²⁸⁹ BAGGIO, A. M., 2008, p. 39.

²⁹⁰ TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 56.

todas as ideias sobre as quais se assentavam até então o respeito e a obediência.²⁹¹

A Revolução Francesa, dentre todas as revoluções contemporâneas, foi uma das únicas ecumênica. HOBBSAWN explica que os princípios católicos não eram aceitos. Assim, com o fim de acabar com as estruturas feudais, ainda vigentes em 1792, e estruturar a nova república, tanto a Assembleia Constituinte quanto a Constituição Civil do Clero, tomaram medidas que desagradaram o Clero por suprimirem o dízimo e confiscarem seus bens para saldar o déficit nacional.²⁹²

Um dos objetivos era o de substituir o culto religioso por um culto revolucionário, ou seja, um culto à razão, exaltando a vitória da razão sobre a dominação dos dogmas da Igreja.

Em relação à causa da ambiguidade do significado da categoria fraternidade e o fato de ser associada à solidariedade, BAGGIO assevera que

[...] a fraternidade teve certa aplicação política, embora parcial, com a ideia de solidariedade. Tivemos um progressivo reconhecimento dos direitos sociais em alguns regimes políticos, dando origem a políticas do bem-estar social, ou seja, a políticas que tentaram realizar a dimensão social da cidadania. De fato, a solidariedade dá uma aplicação parcial aos conteúdos da fraternidade. Mas esta, creio eu, tem um significado específico que não pode ser reduzido a todos os outros significados, ainda que bons e positivos, pelos quais se procura dar-lhes uma aplicação. Por exemplo, a solidariedade tem sido muitas vezes realizada - permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação 'vertical' que vai do forte ao fraco. A fraternidade, porém, pressupõe um relacionamento 'horizontal', a divisão dos bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está elaborando - na teoria e na prática - a ideia de uma 'solidariedade horizontal', em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes, seja

²⁹¹ TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 56.

²⁹² HOBBSAWN, E., 1996, p. 32.

pertencentes ao âmbito social, seja do mesmo nível institucional.²⁹³

Importante registrar que as categorias fraternidade e solidariedade não se confundem. A caracterização da fraternidade como o relacionamento ‘horizontal entre iguais’ também é explicada por PIZZOLATO

[...] Consideramos ser possível definir a fraternidade como uma forma intensa de solidariedade que une pessoas que, por se identificarem por algo profundo, sentem-se ‘irmãs’. O ponto mais relevante: tratar-se-ia de uma forma de solidariedade que se realiza entre ‘iguais’, ou seja, entre elementos que se colocam em um mesmo plano. Realmente, parecia contraditório falar de fraternidade para descrever o socorro que um pai presta ao seu filho, bem como, de maneira mais geral, as manifestações de solidariedade que brotam do paternalismo de quem está numa posição de supremacia e benevolamente para quem está numa posição de sujeição.²⁹⁴

Neste sentido é possível também afirmar que a fraternidade parece uma forma de solidariedade, talvez por isso a confusão dos termos, no entanto, a situação em que se encontram os sujeitos é diversa e nem sempre os caracterizará como irmãos.

Ressalta-se que no contexto da Revolução, a fraternidade possuía notável circulação em 1790, embora variassem os conteúdos que lhes eram atribuídos, mas a “[...] ideia predominante era a de uma fraternidade que vinculasse todos os franceses, ou seja, que caracterizasse as relações entre os cidadãos”.²⁹⁵

O ideário da solidariedade comporta diferentes matizes social, política, econômica, jurídica, entre outras áreas. Por exemplo,

²⁹³ BAGGIO, A. M., 2008, p. 22.

²⁹⁴ PIZZOLATO, Filippo. A Fraternidade no Ordenamento Jurídico Italiano. In: BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 113.

²⁹⁵ BAGGIO, A. M., 2008, p. 27.

etimologicamente, o termo solidariedade origina-se do latim com o significado de sólido, inteiro, completo, provém do conceito jurídico romano *obligatio in solidum*, embora também se afirme sua origem na fraternidade bíblica, de forma que esta antecede aquela. Neste sentido COMPARATO explica que

[...] O substantivo *solidum*, em latim, significa a totalidade de uma soma; *solidus* tem o sentido de inteiro ou completo. A solidariedade não diz respeito, portanto, a uma unidade isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidades, mas a relação de todas as partes de um todo entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas.²⁹⁶

Já a análise acerca do uso do termo para a economia - economia solidária - elucida as intenções presentes nas formas de organização econômica e social. SINGER esclarece que

[...] A economia solidária surge como modo de produção e distribuição alternativo ao capitalismo, criado e recriado periodicamente pelos que se encontram (ou temem ficar) marginalizados do mercado de trabalho. A economia solidária casa o princípio da unidade entre a posse e uso dos meios de produção e distribuição (da produção simples de mercadorias) com o princípio da socialização destes meios (do capitalismo) [...] os empreendimentos criados no âmbito da economia solidária se dão nas esferas da produção, da distribuição, do consumo, da poupança e do crédito e podem tomar a forma de cooperativas, associações, clubes de trocas, empresas autogestionárias, fundos rotativos, entre outros.²⁹⁷

Na Sociologia, a solidariedade tanto se origina do partilhamento de uma consciência coletiva comum quanto das diferenças sociais, uma

²⁹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

²⁹⁷ SINGER, Paul. Economia Solidária: um modelo de produção e distribuição. In: SINGER, Paul; SOUZA, André Ricardo de. A Economia Solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego. São Paulo: Contexto, 2000, p. 13.

vez que essas unem os seres humanos pela necessidade de troca de serviços e pela sua interdependência.²⁹⁸ Em sua obra, DURKHEIM apresenta referida ciência para fins de compreensão do desenvolvimento da sociedade moderna a partir de comunidades homogêneas que sobreviviam às custas de suas consciências coletivas.

Para o sociólogo o modo de coesão da sociedade moderna é muito particular, onde o advento da industrialização criou novas formas de solidariedade. Nesta a interdependência substituiu a independência de outrora, daí a substituição da solidariedade mecânica para uma solidariedade orgânica em razão de ser fundamentada não na semelhança dos indivíduos que a compõe, mas na complementariedade de suas diferenças.

A solidariedade mecânica apresenta-se simplificada em relação à orgânica e constitui-se tendo como base a igualdade. Nela os indivíduos vivem em comum porque partilham de uma consciência coletiva comum que representa “[...] um conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado que tem vida própria”.²⁹⁹ Verifica-se, portanto, que o grupo se sobressai sobre o indivíduo.

Quanto à solidariedade orgânica, devida à divisão do trabalho que alcançou seu ápice com a industrialização, DURKHEIM esclarece que essa se origina a partir das diferenças sociais por favorecerem a união através de troca de serviços. Vê-se a sociedade estruturada como um organismo biológico, fato cunhado de “funcionalismo”.

Referida solidariedade se estabelece nas sociedades complexas de tipo capitalistas, e por conta dos problemas sociais que aumentam na proporção do crescimento e concentração da população, a consciência coletiva cede lugar à consciência individual. Justamente por ser desenvolvida com base nas diferenças complementares entre os seres humanos, a solidariedade orgânica focaliza o indivíduo. Desta forma, o individualismo resulta por direcionar a sociedade a um estado de anomia moral e de incerteza pelo abandono e crenças e valores que eram antes compartilhados, ou seja, “[...] à perda de uma moral orientadora e disciplinadora dos comportamentos”.³⁰⁰

DURKHEIM defendia, por fim, que o conceito de solidariedade orgânica reforçava o ideário de que os laços de dependência dos seres

²⁹⁸ DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 83.

²⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 50.

³⁰⁰ DURKHEIM, E., 2004, p. 108-109.

humanos que os ligavam na divisão social do trabalho objetivavam estimular a cooperação e o sentimento de pertencimento. Mantinha-se, assim, certo equilíbrio social uma vez que a ordem moral que imperava nas comunidades não se estabeleceram nas grandes e complexas sociedades.³⁰¹

Ocorre que a velocidade com que o capitalismo se instalou e a industrialização se desenvolveu, forçando a divisão social do trabalho e também a sexual, não foram acompanhados pelos laços da interação social na qualidade de substitutos da consciência coletiva. Assim, o ser humano passou a se sentir cada vez mais desconectado da sociedade, diferentemente do que ocorre em comunidades que mantiveram crenças coletivas, como os judeus e os cristãos, por exemplo, que confirmam o valor da solidariedade para a sociedade.

No Direito observa-se que, atualmente, a solidariedade vem sendo resgatada na qualidade de um valor que estabelece “[...] os vínculos que possibilitam a união e o reconhecimento da interdependência recíproca entre participantes da vida social, para que possam apoiar uns aos outros, superando expectativas e deficiências individuais e realizando interesses e necessidades coletivas”.³⁰² Pode-se vislumbrar o instituto da solidariedade nos diversos ramos do direito, tais como no civil, no tributário, no consumidor e no trabalho.

Caracterizada como vertical, aparece quando o Estado Social intervém com medidas para fins de redução das desigualdades sociais. Já quando distinguida como horizontal, se refere a um “[...] socorro mútuo entre os próprios cidadãos, limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo”, como nos casos em que determinadas pessoas prestam ajuda espontaneamente - filantropia -, ou nos casos previstos

³⁰¹ DURKHEIM, E., 2004, p. 109.

³⁰² Neste sentido, manifesta-se DUGUIT ao aduzir que o reconhecimento da imprescindibilidade da natureza social humana, fundamenta a existência dos vínculos de união entre os indivíduos na solidariedade, que deve ser refletida no âmago do conteúdo das normas jurídicas para a obtenção de seu fundamento de validade: “O homem vive em sociedade e só pode assim viver; a sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos. Assim, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra pode formular-se do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social, sob qualquer de suas formas, e, a par com isso, realizar tudo para desenvolvê-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deve ser expressão e desenvolvimento deste princípio”. DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 25.

em normas como dever de socorro a cargo diretamente de sujeito particulares.³⁰³

Os diferentes significados de solidariedade são ainda marcados por alterações sofridas de acordo com a vivência do termo ao longo da história, em que se verifica que seu aprimoramento ultrapassa a esfera da moral para as searas políticas, econômicas e jurídicas, sempre, no entanto, comprometida com interesses mutuamente integrados - pensar e agir coletivamente.

Registra-se que no Brasil, a CRFB/1988 absorveu a trilogia revolucionária de 1789, pelo menos no plano teórico, ao prever em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático, “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”³⁰⁴ e ao “[...] definir como o primeiro objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.³⁰⁵

Por fim, em relação ao uso da terminologia “irmão” na democracia do Estado Moderno, também trazido por BAGGIO como um dos motivos para o esquecimento da fraternidade, importante contextualizar que a Revolução Francesa contestou o antigo regime - absolutista, mercantilista e colonialista. Foi a partir da Constituição de 1791 que resultaram estabelecidas a monarquia parlamentar, a igualdade meramente formal, o confisco dos bens da Igreja Católica, e a proibição de formação de associações operárias e greves.

Assim, a formação política partidária se configurou da seguinte forma: enquanto os Girondinos, que contavam com o apoio real, representavam a alta burguesia, os Jacobinos representavam a pequena e média burguesia e o campesinato.³⁰⁶

Tanto na primeira fase (1789-1792) da Revolução Francesa, quanto na segunda (1792-1795), constata-se que o cenário de guerra e luta pelo poder político entre os girondinos e os jacobinos, ainda que reformas políticas e sociais significativas tenham sido realizadas neste período, demonstrava que a democracia que imperava, na verdade, constituiu-se em um regime ditatorial. Destaca-se, por exemplo, o uso da guilhotina para os que eram considerados suspeitos de traição ao

³⁰³ PIZZOLATO, F., 2008, p. 114.

³⁰⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/4/2015.

³⁰⁵ *Idem, ibidem*.

³⁰⁶ Cf. TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 61.

novo regime, fazendo com que se denomina-se tal período de “Era do Terror”.³⁰⁷

Em meio a referido cenário, clubes e associações, tais como o Clube dos *Cordeliers* e a *Sociétés Fraternelles des Deux Sexes*, pregavam uma orientação política para a fraternidade, deixando de se limitarem, com o passar do tempo, somente à formação do povo. Citam-se aqui as reuniões, principalmente noturnas e dominicais, que fizeram com que se passasse a fazer um trabalho de vigilância e denúncia contra funcionários, publicando comunicados.³⁰⁸ Contudo, era uma fraternidade imposta cujo lema se baseava nos dizeres “seja meu irmão ou morra”.³⁰⁹ Assim, embora a fraternidade tenha sustentado o avanço para o processo da democracia e para o surgimento de uma nova configuração social, na prática observaram-se comportamentos que muito se distanciam do ideal fraterno.

[...] O fato é que, no decorrer da Revolução, a fraternidade desempenhou claramente, dois papéis sucessivos: o primeiro, o de unir, ou seja, de dar à nova nação uma ideia-força em torno da qual esta poderia se constituir; o segundo, o de dividir, à medida que se explicitavam duas diferentes interpretações suas. Quanto ao primeiro aspecto, não nos esqueçamos de que a ambição central da Revolução - em sua leitura jacobina - era criar um homem novo. [...] A partir dessa perspectiva, veremos os revolucionários retomarem da tradição cristã a promessa de unidade que o senso da fraternidade acarreta, dando-lhe uma visão laica e voluntarista, que seria experimentada na construção comum da nação. [...] Quanto ao segundo aspecto, convivem duas interpretações diferentes de fraternidade: uma voluntária e construída, objeto de uma conquista inédita; a outra por sua vez, fora concebida como dádiva das origens, era a ideia de fraternidade presente de modo constante nos sermões, nas cartas e nos libelos da Igreja patriótica, que, usando a ideia de fraternidade, contrapunha a Igreja primitiva à Igreja poderosa e rica de então. A tarefa da

³⁰⁷ HOBSBAWM, E., 1996, p. 31-33.

³⁰⁸ Cf. BAGGIO, A. M., 2008, p. 31.

³⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 33.

Revolução, segundo os padres patriotas, seria reconduzir à igreja a condições originais de igualdade e fraternidade apontadas no Evangelho, que concebia, justamente, todos os homens como membros de uma única família, ligados por laços de fraternidade.³¹⁰

Ainda que a fraternidade tenha desempenhado ora papel de união e de força à nova nação, ora de dádiva divina, percebe-se que as noções de representação política democrática na Revolução e pós, aliadas aos ideais liberais clássicos pregados, em muito se distanciavam da identificação, compreensão e inclusão do outro trazidos por aquela. Por exemplo, no liberalismo clássico a liberdade era vivenciada somente por quem possuía as condições de produção e de consumo, ou seja, pelos homens que ocupavam o ápice da cadeia produtiva.³¹¹ A fraternidade aqui também não tinha espaço na práxis.

Também no plano político, embora a nobreza tenha sido desvinculada do poder real, privada de seus poderes administrativos, de privilégios econômicos e honoríficos; e no plano econômico tenha ocorrido a fragmentação dos domínios mobiliários e o esfacelamento da nobreza em uma multidão de indivíduos de fortuna média; ressalta-se que ambos os poderes se encontravam centralizados em Paris e a sociedade continuava elitista e escravista. Não havia espaço para a implantação de uma democracia tão pouco para o uso da terminologia “irmão”.

O desafio de se implantar uma verdadeira democracia, embora repousasse na liberdade, na igualdade e na fraternidade, não considerou esta última como um conceito político. Corroborando RAWLS ao esclarecer que no confronto com a liberdade e a igualdade, o ideário de fraternidade desempenhava papel secundário. A fraternidade foi pensada como um conceito especificamente menos político do que os outros, por se acreditar que ela não definia, por si só, “[...] nenhum dos direitos democráticos, mas incluía muito mais certas atitudes mentais e certas linhas de conduta, sem as quais se perderiam de vista os valores expressos por esses direitos”.³¹²

³¹⁰ Cf. BAGGIO, A. M., 2008, p. 33.

³¹¹ Cf. TOCQUEVILLE, A., 1997, p. 63.

³¹² RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 101.

Como se pode observar a fraternidade não pode sobreviver em um regime político que ainda não havia firmado as verdadeiras bases para uma democracia, em especial que se apoiasse em um perfil participativo e de pertencimento recíproco.

Contudo, aduz BAGGIO que a fraternidade é capaz de dar embasamento ao conceito de uma “[...] comunidade universal, de uma unidade de diferentes, na qual os povos vivam em paz entre si, sem o jugo de um tirano, mas no respeito das próprias identidades. E justamente por isso a fraternidade é perigosa”.³¹³

Dessa forma, após a apresentação das causas do abandono da fraternidade, passasse-se a verificar as razões da importância de seu resgate, dentre as quais se enumera: somente a trilogia no seu todo confere fundamento às políticas dos direitos humanos; a fraternidade reafirma os valores expressos pela liberdade e pela igualdade; a fraternidade fomenta práticas jurídicas inclusivistas; a fraternidade contribui para a realização do projeto da pós-modernidade.³¹⁴

Esclarecidas as possíveis causas de preterimento da fraternidade, passa-se à análise das razões de seu necessário resgate, partindo-se da verificação de que a modernidade, cuja base repousa na razão, muitas proposições de ordem axiologia foram afastadas em prol do pensamento positivista, do qual se destaca a Teoria Pura do Direito de Kelsen. Entretanto tal era não foi capaz de fornecer respostas satisfatórias ao

³¹³ BAGGIO, A.M., 2008, p. 53.

³¹⁴ Opta-se por iniciar a concepção de pós-modernidade como fenômeno multidisciplinar que dá seus primeiros passos no próprio caminho da modernidade, e que não deixou para trás todo o acervo de conhecimento até então adquirido, trazendo a ideia de revisão do que foi visto. É utilizada sobre temas ligados às artes, ao direito, à estética, à ética, à política e a outros espaços do saber. O conceito será debatido adiante. SILVA, Moacyr Motta da. Rumo ao Pensamento Jurídico da pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 128-130.

convívio inclusivista e harmônico entre os seres humanos.³¹⁵

Neste sentido, MORIN afirma que a ciência progride suas pesquisas, por exemplo, na decodificação do genoma humano, na manipulação genética, na criação e aprimoramento da tecnologia, na clonagem humana, e que todo esse avanço repercute na esfera da ética, da moral, da religião, da política, da economia, bem como do Direito.³¹⁶ Ocorre que deixa-se de lado o conhecimento que não se enquadra dentro dos parâmetros científicos.

A elaboração, a interpretação e a aplicação do Direito, para que haja um avanço desejável de referida ciência, requer o estabelecimento de direitos e deveres, ou seja, limites saudáveis para uma coexistência digna, e certamente que a fraternidade não pode passar ao largo de tal discussão. A necessidade de envergá-la juridicamente, tais como o princípio da liberdade e da igualdade, possibilita condições de efetividade dos direitos fundamentais sociais e de igualdade de gênero, dos quais se destaca o direito social das mulheres ao trabalho.

Dentre os motivos do necessário resgate da fraternidade, apontam-se que somente a trilogia, no seu todo, poderá: conferir a vivência dos direitos fundamentais, a reafirmação dos valores abarcados pela liberdade e pela igualdade, o fomento de práticas jurídicas inclusivistas e a contribuição para a realização da dignidade humana na pós-modernidade.³¹⁷

³¹⁵ A modernidade apresenta correspondência com três elementos essenciais: tempo histórico, ruptura com o passado e amplitude de pensamento. É razoável destacar que quaisquer classificações sobre a evolução do pensamento, quer do ponto de vista da história, do direito, da antropologia, da sociologia, da política, da filosofia, bem como de outras disciplinas, não significa que ocorra de forma linear, sem avanços ou retrocessos, sem sinais de evolução ou de involução. Assim, o estudo sobre o ponto de partida ou fim da modernidade inserem-se num cenário de âmbitos temáticos e épocas distintas. Parecer certo afirmar que a modernidade adquiriu, na Europa, consciência de pensamento novo a partir do século XVIII, dos quais se citam o Renascimento, a teoria mecanicista do mundo em oposição a uma visão bíblica, o Iluminismo e o positivismo, de forma que o conhecimento fundado em teorias metafísicas são substituídos pela razão. Assim, a razão como saber voltado à tecnologia, à economia, gerava o progresso material da Sociedade. SILVA, 2009, p. 116-117.

³¹⁶ Cf. MORIN, Edgar. O Método 6 - Ética. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 75.

³¹⁷ BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 2. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009, p. 11-19.

Para tanto, esclarece-se que a formação histórica do tríptico remonta à Revolução Francesa, na qual a fraternidade tinha o papel de proporcionar a criação do novo, novo Estado, novo ser humano, novos direitos, todos numa concepção de união. Assim explica BAGGIO

[...] Era essa a razão do esforço pedagógico dos revolucionários, que assumiram deliberadamente a missão de dar formação coletiva, de identificar o “espírito público” ou a “consciência pública” capaz de criar a unidade dos cidadãos, agora individualmente livres e, portanto, separados.³¹⁸

Dessa forma, as afirmações acima de que somente “a trilogia, no seu todo, poderá conferir a vivência dos direitos fundamentais” e de se “criar a unidade dos cidadãos, agora individualmente livres e, portanto, separados” implicam em deslocar a fraternidade para o projeto da pós-modernidade. Requer-se um “pensar não dogmático”³¹⁹, para além de preconceitos, visões reducionistas e mecanicistas do ser humano e das relações que dele decorrem, como é o caso das relações laborais. O trabalho, na qualidade de direito fundamental social concebido sob a ótica da liberdade, da igualdade e da fraternidade, reafirma o gozo dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

BAGGIO aponta que é justamente na tipologia interna das sociedades mais industrializadas, nas quais a produção de bens (materiais e culturais) é exorbitante em relação às necessidades da população, que o problema da efetivação da liberdade e da igualdade se tornou presente. Limita-se, dessa forma, a realização de muitos dos direitos fundamentais. Isto porque, a princípio, se pensaria que nesses países, tidos por desenvolvidos, “[...] a liberdade e a igualdade foram satisfatoriamente realizadas”.³²⁰ Ocorre que, na verdade, também são sociedades carecedoras de fraternidade, como afirma o autor

³¹⁸ BAGGIO, Antonio Maria. *A Ideia de Fraternidade em duas revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. O Princípio Esquecido*. Vol 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 33.

³¹⁹ No que tange ao estudo do Direito e da pós-modernidade, Osvaldo Ferreira de Melo propõe “um pensar não dogmático” inserido num contexto de reflexão em torno do Direito que se tem e do Direito desejável. MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Editora Fabris, 1994, p. 136.

³²⁰ BAGGIO, A. M., 2008, p. 11.

[...] Mesmo nas sociedades industrialmente mais desenvolvidas, capazes de absorver continuamente novos sujeitos dentro do mecanicismo produtivo - continua existir uma subclasse composta pela população marginalizada ou marginal, que o funcionamento fisiológico da economia de mercado não consegue recuperar, mas que, aliás, ela mesma produz.

Que dirá em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que não implementou o Estado Social, ainda que a CRFB/1988 tenha instituído um Estado Democrático de Direito buscando superar referida defasagem. Neste contexto, a fraternidade, aliada à liberdade e à igualdade, “[...] se mostra relacionada aos valores da pós-modernidade, tais como inclusão social, justiça, ética e moral”³²¹, servindo como sustentáculo normativo para a propagação desses e superação do desafio de implementá-los.

Considerando que o direito social ao trabalho relaciona-se desde a subsistência até a realização pessoal, para usufruir de tal direito fundamental social, os seres humanos precisam ser livres, iguais e fraternos. Como exercer o direito social ao trabalho sem a liberdade de escolha quanto ao tipo e condições contratuais, por exemplo? Ou ainda, sem ter acesso a um plano de cargos e salários de forma igualitária, independentemente do gênero?

Neste sentido, MORIN recupera a liberdade, a igualdade e a fraternidade como princípios programáticos para a realização de uma democracia planetária plena, evidenciando o papel desempenhado pela fraternidade como critério de resolução

[...] O apelo à fraternidade não deve apenas atravessar a viscosidade e a impermeabilidade da indiferença. Deve superar a inimizade. [...] E o problema-chave da realização da humanidade é ampliar o nós, abraçar, na relação matri-patriótica terrestre, todo *ego alter* e reconhecer nele um *alter ego*, isto é, um irmão humano.³²²

Vive-se em déficit no que tange a uma reflexão política, econômica, social e jurídica pelo viés da trilogia. Déficit que se

³²¹ Cf. SILVA, 2009, p. 137.

³²² MORIN, E., 2005, p. 167-168.

manifesta, principalmente na prática. Se a trilogia for vivida na íntegra, a liberdade não vencerá pela força, a igualdade não prevalecerá massificando as diferenças e nem a fraternidade será reduzida a um conceito religioso ou destinada apenas a determinados grupos.

Outro motivo que justifica o resgate da fraternidade consiste no fato daquela reafirmar valores abarcados pela liberdade e pela igualdade; isso porque, conforme explica RAWLS, o conteúdo valorativo da liberdade e da igualdade é maximizado quando consideradas conjuntamente com a fraternidade, e isto se deve por estar associada à “[...] estima social, à superação das relações servis, ao senso cívico e à solidariedade social”.³²³ A intenção de RAWLS é “[...] introduzir uma fraternidade sistêmica como elemento imprescindível do novo contratualismo”.³²⁴

Corroborava BAGGIO quando aduz que

[...] Os princípios da trilogia francesa poderiam ser comparados à pernas de uma mesa, são necessárias todas as três para que ela se sustente. [...] Se a fraternidade não encontra as traduções teóricas e os caminhos práticos para ser vivida concretamente na dimensão pública e, especialmente, na política, não é de se esperar que ela conserve algum significado que a impulse para além das relações privadas.³²⁵

A comum referência à tríade “liberdade igualdade, fraternidade” não deixa claro o preterimento da fraternidade, não obstante BAGGIO a traz como condição para a realização dos demais princípios, pois a libertação e a transformação dos seres humanos não serão reais se somente livres e iguais, há a necessidade de serem irmãos.

Dizer que a fraternidade reafirma valores abarcados pela liberdade e pela igualdade, é articular para que aquela valide sentimentos humanos pois “[...] o valor como ente ideal representa o modelo perfeito, completo, capaz de ser realizado”.³²⁶ Dessa forma, na

³²³ RAWLS, J., 1997, p. 101.

³²⁴ *Idem, ibidem*, p. 101.

³²⁵ BAGGIO, A. M., 2008, p. 18-19.

³²⁶ SILVA, Moacyr Motta da. A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 152.

relação entre valor, Direito e sociedade, o ser humano é quem convive com as experiências do cotidiano, bem como enumera os valores que elege como indissociáveis da sua dignidade humana.

No que se refere ao resgate da fraternidade por fomentar práticas jurídicas inclusivistas, a conservação de reais estruturas democráticas está baseada tanto na ocupação/participação dos espaços públicos, quanto na fruição dos direitos fundamentais.

Contudo, ainda que o projeto social da CRFB/1988 tenha mais de 25 anos, verifica-se uma fragilidade entre a teoria e a práxis. Esclarece MORAIS que referido diploma legal “[...] não tem a capacidade de, por si mesma, solucionar os problemas sociais, transformando a vida e os séculos de exclusão social, [...]. Há um vácuo profundo, um vazio imenso, entre ter Constituição e estar em Constituição, [...] estar em Constituição é concretizá-la”.³²⁷

A reflexão sobre fruição, oportunidades e lógicas de participação é verificada tanto através da vivência efetiva dos cidadãos nos espaços públicos e na confiança nos representantes eleitos, quanto nas ações desenvolvidas, individualmente ou coletivamente, perante as instituições políticas e pelos governos através de políticas públicas. De forma que a inadequação entre direitos fundamentais e concretização reside, dentre outras razões, na ausência da fraternidade.

Neste sentido ROPELATO explica que a fraternidade é capaz de expressar realmente “[...] o coração inteligente da democracia, ou seja, ampliar sua capacidade de harmonizar o que é autenticamente humano dentro das formas normativas necessárias à organização da convivência dos homens e dos povos”.³²⁸

Assim, a categoria fraternidade é capaz de interromper processos de exclusão, colocando-se como princípio jurídico de construção social e legitimação normativa, no qual se concebe o outro como merecedor da mesma dignidade do eu. Sua acepção relacional conduz o reconhecimento dos semelhantes entre os múltiplos sujeitos, grupos sociais e culturais. Do mesmo modo, a assimilação de uma relação de fraternidade “[...] como pertencimento recíproco, entre os atores sociais, políticos e jurídicos, implica pôr em prática relações de partilha e de

³²⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, vol. 1. n. 6, p. 207-238, 2008. p. 213.

³²⁸ ROPELATO, D., 2008, p. 110.

responsabilidade, que certamente devem ser avaliadas em profundidade”.³²⁹

Ninguém pode se conhecer totalmente por si mesmo, são os outros, sempre, que completam a visão que nós - com indivíduos e como povos - temos de nós mesmos. São os outros que nos dizem, de diversas maneiras, quem realmente somos.³³⁰

Ao mesmo tempo que a participação na democracia é uma questão de identidade, a fraternidade oferece o reconhecimento de cada um a partir do fortalecimento do laço social. Daí o cuidado que se deve ter de atribuir à fraternidade um viés excludente ao relacioná-la a determinados grupos ou à tendências nacionalistas, prejudicando, dessa forma, a atribuição de significantes inclusivistas.

É como explica PIZZOLATO quando afirma que, mesmo quando utilizado como tema, a fraternidade não está imune de equívocos no percurso revolucionário francês. Ela surge relacionada, em alguns momentos, como alicerce para tendências nacionalistas, e outras vezes para tendências classistas, o que ocorre, enfim, é que, a fraternidade é abrangida e erigida a partir de “[...] diferenças e exclusões, e não valorizada em seu alcance universal intrínseco”.³³¹

O que parece ocorrer, segundo o autor, é um “[...] processo de excisão da carga moral do conceito, onde a fraternidade acaba sendo confundida com uma solidariedade, cujo instrumento essencial e insubstituível é o Estado”.³³²

Desse modo, a fraternidade mostra-se como uma categoria, não menos válida do que a liberdade e a igualdade, colocada em evidência num momento histórico de transição da modernidade para a pós-modernidade, em que se percebe o desgaste de “pertencas fechadas”, abrindo a discussão acerca da comunhão de pactos entre sujeitos concretos. Contudo, conforme dispõe RESTA, “[...] em oposição aos poderes e as rendas de posições que escondem o egoísmo através da abstração (dos procedimentos neutros, do poder de definição, da escolha da relevância dos temas da decisão, da cidadania)”.³³³

Por fim, mas não esgotando as inúmeras razões que justificam o resgate da fraternidade, tem-se a sua contribuição para a realização da

³²⁹ ROPELATO, D., 2008, p. 102.

³³⁰ Cf. BAGGIO, A. M., 2008, p. 54.

³³¹ PIZZOLATO, F., 2008, p. 112.

³³² *Idem, ibidem*, p. 112.

³³³ RESTA, E., 2004, p. 16.

dignidade da pessoa humana na atual transição, rumo à pós-modernidade.

Em que pese referido tema ser tratado com maior profundidade no quarto capítulo, mister esclarecer que embora a modernidade tenha como um de seus marcos a emancipação do ser humano e o desenvolvimento do capitalismo, ambos permeados pelo mito da liberdade e do progresso, a crise política, econômica, social e jurídica que ora se vivencia se dá em decorrência da mesma lógica. Dessa forma, a expressão pós-modernidade “[...] batiza um contexto sócio-histórico particular, que se funda na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental”³³⁴.

MIRANDA afirma que a “[...] época atual é marcada por uma crise de Estado e por uma crise de Estado Social”³³⁵, de forma que o Estado encontra-se desafiado em sua capacidade de agir e de reagir a tal situação. Está caracterizada pela apatia intelectual, pela ausência de consciência coletiva, pela falta de ideologia política na prática, pela falência de paradigmas do Direito e da justiça em razão do cotidiano ser apreendido pela ótica mercantilista, ou seja, por uma singular crise paradigmática, que teóricos como LYOTARD e CHAUI convencionaram denominar pós-modernidade.

O termo pós-modernidade é conceituado por LYOTARD como sendo

[...] a incredulidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências; mas esse progresso, por sua vez a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde sobretudo a crise da filosofia metafísica e a da instituição universitária que dela dependia. A função narrativa perde seus atores, os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo. Ela se dispersa em nuvens de elementos de linguagem narrativos, mas também denotativos, descritivos,

³³⁴ BITAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 29, n. 57, dez/2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>. Acesso em: 10/4/2015.

³³⁵ MIRANDA, Jorge. Prefácio. In: HERMANY, Ricardo. (Re) Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, IPR, 2007, p. 9.

etc., cada um veiculando consigo validades pragmáticas *sui generis*. Cada um de nós vive em muitas dessas encruzilhadas. Não formamos combinações de linguagem necessariamente estáveis, e as propriedades destas por nós formadas não são necessariamente comunicáveis.³³⁶

A pós-modernidade foi efetivamente constatada, identificada e descrita, assim como batizada e nomeada, a partir de uma tomada de consciência das mudanças que vinham acontecendo e dos rumos tomados pelas artes, pela filosofia e pela sociologia contemporâneas, conforme explica SILVA

[...] A expressão pós-modernidade pode ser utilizada sobre temas ligados às artes, ao direito, à estética, à ética, à política e a outros espaços do saber. Não há catálogos de matrizes estabelecidos para o emprego da pós-modernidade. [...] Entre outros tratadistas estudados sobre o tema pós-modernidade e o Direito, chama atenção o pensamento de Bittar. [...] Segundo o autor, a realidade do mundo vem sofrendo profundas modificações, ou seja, mudança de valores decorrentes de diversas origens (escala infinita). Desde a introdução de robôs na indústria mecânica, em substituição à mão de obra humana; o transporte aéreo comercial com o emprego de aviões a jato; as viagens à lua; a telefonia celular mediante o uso de satélites; a implantação de equipamentos eletrônicos no corpo humano (marca-passo, válvulas no interior do coração); a descoberta e o emprego do laser para fins terapêuticos (cirúrgico e na indústria); a concepção de novos direitos: da criança, do adolescente, do idoso, do índio, do incapaz, do cego, do doente mental, do paraplégico, do hemiplégico, do ambiente sadio, da proteção aos animais, da liberação do sexo, do reconhecimento

³³⁶ LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. 12. Ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2009, p. xvi.

de novas formas de comunhão afetivas (pessoas do mesmo sexo).³³⁷

A instauração de uma nova ordem traz consigo mudanças relacionadas As diversas áreas do conhecimento, não somente das ciências. SILVA comenta que se trata de uma proposta da “[...] instituição da mediação, de novas formas de solução de controvérsia, apoiadas na tolerância, na boa vontade, no reconhecimento da desigualdade, na justiça e na paz”.³³⁸

Confirma PILATI, ao afirmar que o jurídico da modernidade não consagra o coletivo como bem autônomo, diluindo-o nos meandros do ordenamento, uma vez que, em benefício do privado, desclassifica-o na substância. O coletivo é proclamado como direito, mas lhe é conferida a forma jurídica de dever; nega-se-lhe autonomia jurídica como bem, despersonalizando-o na esfera do sujeito e suprimindo a participação efetiva na sociedade; sonega-se ao coletivo a tutela específica de processo coletivo, relegando-o ao faz de conta de uma segurança jurídica ineficaz e inoperante.³³⁹

Complementando as propostas do projeto da pós-modernidade trazidas por SILVA, tem-se que o projeto da pós-modernidade é muito rico e capaz de infinitas possibilidades e como tal assenta-se nos pilares “[...] da qualidade das formas de vida (da ecologia à paz, da solidariedade internacional à igualdade sexual), [...] e da democratização do sistema político e do alargamento incessante dos campos de emancipação”.³⁴⁰

Debater referido momento pragmático, mais do que discutir acerca do uso correto, ou não, do termo “pós-modernidade”, implica em questionar significantes da modernidade, caminhos trilhados e resultados obtidos, ou seja, representa algo valioso pelo alerta que traz às questões fundamentais, bem como às mudanças que se fazem necessárias.

CHAUÍ apresenta uma visão aliada a algo veloz e a práticas liberais e neoliberais ao explicar que o pós-modernismo faz a opção pela contingência, pelo fragmentado, pelo efêmero, pelo volátil, pelo fugaz,

³³⁷ SILVA, M. M., 2009, p. 129-130.

³³⁸ *Idem, ibidem*, p. 138.

³³⁹ PILATI, José Isaac. Propriedade e função social na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

³⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 9. Ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 98.

pelo acidental e pelo descentrado. “[...] É o presente sem passado, signos sem significados, [...] e a indeterminação que se torna, assim, a definição e o modo da liberdade”³⁴¹.

Trata-se do que alertou SILVA anteriormente, de que entre a modernidade e a pós-modernidade não há uma divisão segmentada, há sim ora o compartilhamento e ora o afastamento e abandono de determinados ideários e conceitos a fim de que o novo floresça. A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato.³⁴²

Dar ênfase ao resgate da fraternidade na condição de contribuir à realização do projeto da pós-modernidade implica em refletir sobre as mazelas da sociedade e buscar superá-las. Da mesma forma, passa por um convite ao “amadurecimento” das mais diversas áreas com o contributo da fraternidade, sobre o qual ilustra SANTOS,

[...] Afirmar que o projeto da modernidade se esgotou significa, antes de mais nada, que se cumpriu em excessos e déficits irreparáveis. São eles que constituem a nossa contemporaneidade e é deles que temos de partir para imaginar o futuro e criar as necessidades radicais cuja satisfação o tornarão diferente e melhor que o presente. A relação entre o moderno e o pós-moderno é, pois, uma relação contraditória. Não de ruptura total como querem alguns, nem de linear continuidade como querem outros. É uma situação de transição em que há momentos de ruptura e momentos de continuidade.³⁴³

Neste contexto, assinala-se que um dos pressupostos trazidos pela fraternidade é o reconhecimento e a inclusão do ser humano como sujeito de direitos, em especial a mulher, possibilitando-lhe participação no espaço público. A fraternidade é capaz de proporcionar uma estrutura social, política e jurídica que se distancie do foco individualista, mercadológico, discriminatório e desigual. Se hodiernamente pensa-se no Estado a partir do tripé de que uns legislam, outros executam e outros judicam, muitas das questões sociais acabam sendo desprestigiadas ou

³⁴¹ CHAUI, Marilena. Público, privado, despotismo. In: NOVAES, Aduino (org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 356.

³⁴² Cf. SILVA, M. M., 2009, p. 133.

³⁴³ SANTOS, B. S., 2003, p. 102-103.

decididas pela lei do mercado, lógica esta que dificilmente é interpretada e resolvida à luz da liberdade ou da igualdade.

Ainda, entende-se que há uma inefetividade quanto ao cumprimento dos dispositivos fundamentais sociais da Constituição, bem como uma inércia dos Poderes Públicos na realização de políticas públicas aptas à realização de tais direitos. A tal evidência implica o aporte da fraternidade como caminho para uma redefinição na relação entre os Poderes Públicos e os indivíduos, além de valorização do Estado Democrático de Direito em razão de ser indissociavelmente ligado à realização dos direitos sociais fundamentais.

Neste diapasão a fraternidade cria uma dinâmica de reciprocidade entre os seres humanos, que acabam por desenvolverem um vínculo de pertencimento, motivo que dá continuidade à reciprocidade. Através dessa prática os seres humanos se reconhecem livres, iguais com suas diferenças e comprometidos com a vida em sociedade fazendo nascer responsabilidades para além da relação Estado x indivíduo, contribuindo para a realização do projeto da pós-modernidade para com a realização e proteção dos direitos fundamentais sociais.

Em razão do que foi exposto, vê-se que a fraternidade não pode continuar sendo preterida. Sua retomada na condição de princípio jurídico, tendo em vista a insuficiência da liberdade e da igualdade na realização dos direitos fundamentais sociais, se faz urgente e carece de perene edificação e consolidação no Estado Democrático de Direito, tema que se passa a expor.

2.2 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE

O discurso acerca da fraternidade emana de documentos ligados às religiões, em especial do cristianismo, às sociedades secretas, bem como a documentos históricos e políticos. Partindo-se da doutrina de LUBICH, a fraternidade é conceituada como “[...] categoria de pensamento capaz de conjugar a unidade e a distinção a que anseia a humanidade contemporânea”.³⁴⁴ Para a autora, a fraternidade está baseada nos ideais cristãos, nos valores pregados por Jesus Cristo tais como: no amor ao próximo, na caridade, na generosidade e na luta contra a omissão, além de princípio de reunião de todos os seres humanos independentemente de barreiras étnicas, políticas, ideológicas ou econômicas, como se vê

³⁴⁴ LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz. Pensamento, Espiritualidade e Mundo Unido*. São Paulo: Cidade Nova, 2003, p. 310.

[...] A fraternidade é um empenho que favorece o desenvolvimento autenticamente humano do país sem isolar na incerteza do futuro as categorias mais fracas, sem excluir outras do bem-estar, sem criar novas pobreza; salvaguarda os direitos da cidadania e o acesso à própria cidadania, abrindo uma esperança a todos que buscam a possibilidade de uma vida digna em nosso país, o qual pode mostrar a própria grandeza oferecendo-se como pátria para quem perdeu, ajuda a pesquisa científica e a invenção de novas tecnologias, salvaguardando, ao mesmo tempo, a dignidade da pessoa humana do primeiro ao último instante de sua vida, fornecendo sempre as condições para que cada pessoa possa exercer a própria liberdade de escolha e possa crescer assumindo responsabilidades.³⁴⁵

Vê-se que referida categoria favorece um processo vitalício de mudanças de forma multidimensional, trazendo consigo a plasticidade e a inclusão tanto do viés social quanto do individual. A coexistência com o diferente não mais o reprime, pois através da fraternidade são ajustadas as capacidades e expectativas do meio em que vivem e trabalham.

BAGGIO comenta a fraternidade como um princípio esquecido, uma contraposição à divisibilidade e ao conflito, propondo um *modus vivendi* baseado em harmonia e na coletividade fortemente influenciado pela teologia cristã ao longo da história do Ocidente. Por conta de referida teologia, a linguagem da fraternidade está relacionada “[...] com uma vasta gama de nuances em Cristo e a uma miríade de manifestações práticas, que vão da simples esmola ao dever da hospitalidade, [...] chegando a complexas obras de solidariedade social”.³⁴⁶ Ressalta-se que essas últimas, especialmente nas Idades Média e Moderna, precedem os atuais sistemas do bem-estar social.

Dado o exposto, vê-se que para uma proposta de resgate da fraternidade, na condição de princípio jurídico, faz-se necessário estabelecer contornos essenciais sobre o significado de “categoria jurídica constitucional”, partindo-se do pressuposto que “[...]”

³⁴⁵ LUBICH, C., 2003, p. 309-310.

³⁴⁶ BAGGIO, A. M., 2008, p. 7-12.

tradicionalmente o tema fraternidade foi enfrentado como um ideal de filosofia política ou social, ou como categoria política, mas não como uma categoria jurídica”.³⁴⁷

Observa-se resistência, por vezes, em analisar a fraternidade sob a perspectiva jurídica constitucional em razão de mitos que se formaram em volta de referida categoria, tais como o de remetê-la a algo que se desenvolve espontaneamente, não podendo ser, assim, objeto de coação. Também o mito de ligar-se somente aos ideais cristãos ou o de poder ser apreendida unicamente em sociedades secretas.

No que tange ao imaginário do desenvolvimento espontâneo, o princípio da fraternidade não pode ser reduzida à mera dimensão do instinto voluntário, uma vez que também constitutiva do Direito. Da mesma forma, convoca o Poder Público e todo e qualquer indivíduo a fazer valer os direitos fundamentais sociais. Neste sentido importante trazer o pensamento de SEN

[...] A tese segundo a qual um direito nunca é obrigatório, a menos que seja acompanhado de uma correlativa obrigação perfeita, é bastante criticável. Em muitos contextos legais, ela pode efetivamente ter algum mérito; mas os direitos defendidos nas discussões normativas, frequentemente, nada mais são do que títulos, poderes ou imunidades que seria bom que todos tivessem. Ou seja, os direitos humanos são vistos como direitos comuns a todos, qualquer que seja a cidadania dos indivíduos em questão, e de cujos benefícios todos deveriam gozar. Não é dever específico de nenhum indivíduo assegurar-se de que os direitos de determinada pessoa sejam respeitados, mas, em geral, é exigido de todo e qualquer indivíduo capaz de interferir procure fazer que tais direitos se tornem efetivos. O próprio Kant define essas exigências genéricas como “obrigações imperfeitas” e discute sua relevância para a vida social; são apelos voltados a todo e qualquer indivíduo capaz de fazer alguma coisa, mas a responsabilidade por tornar efetivo os

³⁴⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. [A fraternidade como categoria jurídico-constitucional](http://portalciclo.com.br). Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em: 14/7/2015.

direitos em questão não pode ser atribuída a nenhuma pessoa ou instituição determinada.³⁴⁸

O princípio da fraternidade, envolve muito mais do que a voluntariedade, sua aplicação no âmbito de decisões jurídicas e administrativas é crucial ao exercício do desenvolvimento e término com as persistentes violações aos direitos fundamentais sociais e persistência da desigualdade e discriminação, em especial no que tange ao direito social das mulheres ao trabalho. “[...] O Direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E vice-versa, que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia dispensar o Direito”.³⁴⁹ Em relação ao mito de se ligar somente aos ideais cristãos, explica MACHADO que

[...] Tendo como referencial os documentos bíblicos - no Antigo Testamento, por exemplo - o termo irmãos era utilizado para indicar os membros da mesma família; da mesma tribo; como oposição aos estrangeiros; ou para indicar os originários de um mesmo tronco familiar. Depois passou a ser utilizado para as pessoas ligadas pela mesma fé; por aliança ou até por aqueles que desempenhavam os mesmos papéis ou funções. No Novo Testamento, a doutrina cristã, em face dos ensinamentos de Jesus Cristo, alargou sobremaneira a ideia de fraternidade, com a afirmação e a proclamação de que todos são irmãos, pois filhos do mesmo Pai que está no céu.³⁵⁰

Contudo, como se sabe, o Estado Democrático de Direito se apresenta laico e reconhece na dignidade da pessoa humana a característica da unicidade sobre a qual o ser humano se constrói. Nenhuma religião é capaz de fazer o mesmo. A proposta do resgate do

³⁴⁸ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 231.

³⁴⁹ GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. In: CASO, Giovanni *et al.* (org) Direito e Fraternidade. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 25.

³⁵⁰ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em: 14/7/2015.

princípio da fraternidade e de sua apresentação como princípio jurídico deve se dar sem amarras religiosas, prevalecendo a orientação jurídica, para assim auxiliar o repensar do Direito e dos espaços públicos sob uma nova ótica. Aludido princípio se liga a uma releitura de valores e dos direitos fundamentais sociais, que exige o compromisso dos atores jurídicos no reconhecimento e inclusão do outro.

Independentemente da convicção religiosa ou filosófica, a fraternidade, concebida como um princípio jurídico, supera os mitos e manifesta, juntamente com a liberdade e a igualdade, a dignidade humana. Nessa senda, mister esclarecer que os mitos são representações de verdades profundas da mente, e para a sociedade que o vive, uma forma de realidade.

O vocábulo mito designa uma ideia falsa ou a imagem simplificada e ilusória de uma realidade, de forma que seu campo semântico é o da mentira. Também há a concepção do mito como forma de pensamento oposta ao científico. Para SAUVY “[...] os mitos são ideias comumente recebidas, que desaparecem ao serem examinadas”.³⁵¹

O mito que se criou em torno da fraternidade se apresentou como possível explicação da realidade no passado, mas que no entanto, permite interpretações conflitantes hodiernamente. Por exemplo, a fraternidade que é vivida no âmbito de organizações secretas, maçonaria, por exemplo, que buscam fortalecer sua própria rede de poder econômico e político.

Outro modo de entendê-la é como “fraternidade de classe”. Isso porque, em nome da fraternidade, “[...] alguns regimes políticos negaram aos outros a liberdade ou, até mesmo, os invadiram, reafirmando uma fraternidade formal. Foi o caso da Hungria e da Tchecoslováquia, cujas tentativas de inovação foram barradas pelos tanques de guerra de países irmãos”.³⁵²

Para BAGGIO

[...] Essas interpretações da fraternidade não podem ser consideradas como ‘fraternidades diferentes’, ou seja, como interpretações possíveis da fraternidade; são a sua negação. Na verdade, tem em comum o fato de serem excludentes, isto é, de eliminarem grupos humanos do âmbito da fraternidade; negam de fato a dimensão universal

³⁵¹ SAUVY, Alfred. Mitologia de nosso tempo. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 10.

³⁵² BAGGIO, A. M., 2008, p. 19.

da ideia de fraternidade, referindo-se a sujeitos ‘parciais’, como a seita, a classe, a nação, a raça. A universalidade fraterna é, assim, atribuída a um sujeito específico, gerando um curto-circuito ideológico - a má universalidade - que pode produzir algum tipo de desumanização dos adversários, dos que não se enquadram no próprio esquema de salvação; e assim, ela se autodestrói.³⁵³

Diante do exposto, registra-se que há de se ter prudência com o uso da terminologia “universalidade fraterna” em razão da celeuma que existe em torno dos direitos humanos no que diz respeito ao universalismo e ao relativismo, o que inclui os direitos fundamentais sociais, como o direito social ao trabalho, e a fraternidade, enquanto categoria jurídica constitucional.

Com o movimento da globalização³⁵⁴, presenciou-se uma maior conexão entre as regiões do planeta, o que implicou na identificação, de forma mais clara, de problemas por vezes esquecidos, ou seja, observou-se a discrepância com relação aos direitos dos cidadãos nos diversos países. Isso fez com que se aprimorasse a doutrina universalista dos direitos humanos, que busca defender um padrão mínimo de direitos a todos.³⁵⁵

Segundo BOBBIO, a doutrina universalista, quando concebida de modo atemporal, acaba por embasar posicionamentos conservadores que impedem o aprimoramento e acompanhamento social do direito. Ressalta-se que o que em determinada época foi encarado como direito

³⁵³ BAGGIO, A. M., 2008, p. 20.

³⁵⁴ O termo globalização demanda “uma configuração histórico-social abrangente”, pois compreende diversos fenômenos: econômicos, políticos, sociais e culturais, , “no âmbito da qual se movem os indivíduos e as coletividades, ou as nações e as nacionalidades, compreendendo grupos sociais, classes sociais, povos, tribos, clãs e etnias, com as suas formas sociais de vida e trabalho, com as suas instituições, os seus padrões e os seus valores” “em geral sintetizados no conceito de globalização”. BARRAL, Welber; MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Globalização e a prática do direito. In: GUERRA, Sidney (org.) Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 295-322. p. 298.

³⁵⁵ Cf. BARRAL, Welber; MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Globalização e a prática do direito. In: GUERRA, Sidney (org.) Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Unijuí, 2006, p. 295-322. p. 298.

fundamental, é aceito de forma diferente em outro momento da história.³⁵⁶ Entretanto, BOBBIO não desconsidera referida doutrina, apenas se opõe ao fundamento absoluto e atemporal, acreditando, assim, que a universalidade dos direitos humanos foi conquistada por meio do consenso da comunidade internacional que ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por outro lado, a teoria do relativismo traz que o indivíduo é fruto do meio em que habita e que não há um valor intrínseco que ultrapassasse as barreiras do tempo. Assim, o almejo da fraternidade é oriundo da cultura ocidental, onde os direitos humanos universais apresentam-se como instrumentos de “[...] choque de civilizações, ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo”.³⁵⁷

Resumidamente, tem-se que os relativistas tendem a conferir um valor maior aos grupos dos excluídos, enquanto que os universalistas aproximam-se da generalização dos direitos humanos. Daí PIOVESAN afirmar que “[...] Na ótica relativista, há o primado do coletivismo. Isto é, o ponto de partida é a coletividade, e o indivíduo é percebido como parte integrante da sociedade. [...] na ótica universalista, há o primado do individualismo”.³⁵⁸

Assim, propõem-se pensar na “universalidade fraterna”, trazida por BAGGIO, sem esquecer-se a legitimidade local de cada cultura, ainda que a história traga um monólogo das potências imperialistas. Certo é que o princípio da fraternidade desempenhou, e desempenha, papel importante nas esferas política, econômica, social, mas também na jurídica, onde se busca (re)construí-la como uma categoria jurídica constitucional, na qualidade de princípio para o fim de comprometer iguais e diferentes.

Ressalta MACHADO que trabalhar um assunto, avaliado particularmente pelos juristas em geral como meta jurídico, implica no estabelecimento de uma premissa sem a qual o princípio da fraternidade não pode ser almejado, ou seja, no reconhecimento da igualdade formal

³⁵⁶ BOBBIO, N., 2004, p. 25.

³⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt>. Acesso em: 19/5/2015. Segundo o autor, localismo globalizado “consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a atividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular ou a adoção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA”.

³⁵⁸ PIOVESAN, F., 2007, p. 149.

e material de todos os seres humanos, ou seja, de igualdade em dignidade. Não obstante, tal dignidade é “[...] considerada numa perspectiva dinâmica e não estática. É dizer: entender a pessoa visando sua própria realização em comunidade; sua participação com outras pessoas, num contexto relacional”³⁵⁹.

As categorias jurídicas estão ligadas a um conjunto de conhecimentos afetos a determinada área do Direito. Envolve a análise pormenorizada de determinado tema, bem como de sua relação com ideias e fatos. Neste sentido, não se pode deixar de mencionar que a construção jurídica da categoria fraternidade não ignora as transformações estruturais e conjunturais pelas quais tem passado historicamente a sociedade brasileira, esta caracterizada por uma tradição secular de individualismo e autoritarismo nas relações políticas e sociais.

Neste sentido, a cultura jurídica brasileira também se encontra historicamente marcada por um legalismo que instrumentaliza práxis egocentristas em diferentes matizes e profundidades. Atua assim, como um fator legitimador da atual dominação política e social, mantendo um nítido compromisso com a vigência e reprodução do *status quo*.

Trazer a categoria fraternidade para o Direito busca romper com uma ideologia estritamente racional impressa pela modernidade. Para BAGGIO, hoje parece que é chegado o tempo para que se retorne o interrogante do insucesso da realização da liberdade e da igualdade pela falta da fraternidade. “[...] Em outros termos, os princípios da trilogia francesa poderiam ser comparados às pernas de uma mesa: são necessárias todas as três para que ela se sustente”³⁶⁰.

A consequência da concepção da fraternidade inserida no Direito, como uma categoria jurídica constitucional, seria a de que toda a sua carga axiológica está infiltrada e em choque com o dogmativismo que prega verdades imutáveis, capazes de exercerem um controle e uma segurança de aparente neutralidade. Assim, a produção e a reprodução da categoria jurídica fraternidade requer uma interpretação estrutural que não se pode esquecer que parte dos limites da cultura que o molda. Apesar de suas aparentes ambiguidades, possui uma lógica compromissada com o Direito e vinculada à democracia, tanto que os

³⁵⁹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em: 14/7/2015.

³⁶⁰ BAGGIO, A. M., 2008, p. 18.

vocábulos “irmão” e “cidadão” designam indivíduos com o mesmo *status*.

O princípio da fraternidade integra o Direito e sua relevância não pode ser negada na pós-modernidade. Compreendida a partir de sua inserção no discurso jurídico, o seu grande estigma é o cenário moderno liberal e positivista que se apresenta. Corroborando BAGGIO ao afirmar que

[...] A novidade dos nossos dias consiste justamente na nova necessidade que impele a pergunta: a fraternidade pode se tornar a terceira categoria política [no caso, jurídica], ao lado da liberdade e da igualdade, para completar e dar novos significados aos fundamentos e às perspectivas da democracia? É verdade que os estudos neste campo devem abordar não só a situação de esquecimento da fraternidade, mas também remover os “escombros” que atrapalham os campos de estudo, produzidos pelas interpretações redutivas que a fraternidade teve nos últimos dois séculos e que contribuíram para gerar uma espécie de desconfiança em relação a ela.³⁶¹

O discurso da categoria jurídica fraternidade no Direito emana do direito constitucional, inserida no preâmbulo da CRFB/1988, aparece inserida no conjunto de enunciados formulados pelo constituinte originário, tracejando os caminhos da Lei fundamental. Tal localização permite introduzi-la no discurso jurídico, insinuando temáticas que pressupostamente a circunvizinham como a inclusão, a união, a tolerância e a dignidade humana. Mas também permite, simultaneamente, indicar que a fraternidade não apresenta um estatuto próprio no interior do discurso jurídico.

Com efeito, trata-se de uma categoria até então tida como residual. No entanto, se tornou suficientemente jurídica e consistente pelo que silencia, revelando uma profunda lógica interna. Neste sentido, explica MACHADO

[...] Ao afirmar a Constituição brasileira que é objetivo fundamental da República Federativa

³⁶¹ BAGGIO, A. M., 2008, p 20.

construir uma sociedade livre, justa e solidária, constata-se, cristalinamente, o reconhecimento de dimensões materializadas em três valores distintos, mas em simbiose perfeita: a) uma dimensão política: construir uma sociedade livre; b) Uma dimensão social: construir uma sociedade justa; c) Uma dimensão fraternal: construir uma sociedade solidária. Cada uma das três dimensões, ao encerrar valores próprios, liberdade, igualdade e fraternidade, instituem categorias constitucionais. A Constituição busca com a dimensão fraternal, uma integração comunitária, uma vida em comunhão. Se vivermos efetivamente em comunidade, estaremos, de fato, numa comum unidade. Em uma palavra: fraternidade.³⁶²

A partir do disposto por MACHADO e por BAGGIO é possível enunciar um discurso comum, tendo como premissa que os atores jurídicos não se sentem interpelados a tratar com profundidade a fraternidade, não parecendo exagero afirmar que, no universo jurídico, ocupe a posição de epifenômeno cujos temas centrais envolvidos são a solidariedade, a liberdade e a igualdade.

Em síntese, a distinção da categoria jurídico constitucional da fraternidade em relação à solidariedade, à liberdade e à igualdade, embora existente e necessária, carece de significação. Trata-se mais do que uma disputa conceitual na medida em fornece um substrato para a titularidade de direitos fundamentais. A categoria jurídico constitucional da fraternidade é responsável por explicitar os ideais do novo Estado, bem como a impressão filosófica e política da nação para qual foi constituído. Desta monta, por se tratar de fenômeno cultural, referida categoria passou a ser parte integrante da Lei maior, simbolizando uma relação integrativa em relação ao texto constitucional, no sentido de que através de sua expressão e diretriz devem ser assentadas as bases da sociedade.

Uma sociedade fraterna consiste em apresentar-se sem preconceitos e pluralista. “[...] Não se reduz a ações distributivistas, de inclusão social que se situam somente no plano de gastos públicos, mas

³⁶² MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em: 14/7/2015.

busca o combate a qualquer forma de preconceito através de ações afirmativas (deficientes, mulheres, negros), etc”.³⁶³ É o ordenamento jurídico a serviço da realização - ou pelo menos em busca - da fraternidade. Urge que se inaugure, de fato, um Estado Fraternal.

Neste sentido, referida categoria assume uma dimensão jurídica quando intrínseca ao próprio processo e procedimento jurídicos, fazendo parte constitutiva dos critérios de decisão, contribuindo para determinar, junto com a liberdade e a igualdade, método e conteúdos. Lembra BAGGIO que se deve afiançar um intercâmbio ativo entre os três princípios, sem deixar de lado nenhum deles, em todas as esferas públicas, quais sejam: a política econômica (decisões sobre investimentos, distribuição dos recursos), o legislativo e o judiciário (equilíbrio dos direitos entre as pessoas, entre pessoas e comunidades, entre comunidades) e o internacional (para responder às exigências das relações entre os Estados, bem como para enfrentar os problemas de dimensão continental e planetária).³⁶⁴

A fraternidade e o Direito não são excludentes, aquela fornece um viés fluído de interpretação e aplicação deste em contraposição ao sólido legalismo. A fraternidade enunciada no preâmbulo da CRFB/1988 veicula os objetivos e os ideais do aludido diploma legal, bem como serve de vetor interpretativo para a compreensão do significado das suas prescrições normativas e solução de questões políticas, econômicas, jurídicas, sociais, entre outras.

A partir de tal previsão, a fraternidade “[...] passa a ser considerada como um princípio jurídico sendo utilizado para a compreensão das normas e reafirmar as funções basilares do Estado”.³⁶⁵ Isto porque BULOS esclarece que o preâmbulo não é um conjunto de preceitos, mas de princípios. “[...] Tais princípios exercem uma força centrípeta sobre as demais normas da constituição, projetando sua relevância no nível da interpretação do sistema constitucional”.³⁶⁶

³⁶³ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em: 14/7/2015.

³⁶⁴ Cf. BAGGIO, 2008, p. 23.

³⁶⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. Disponível em: <http://portalciclo.com.br>. Acesso em: 14/7/2015.

³⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 40.

Ainda, BONAVIDES explica que o sistema constitucional consiste em expressão que permite perceber o sentido tomado pela Constituição em razão da ambiência social que ela reflete, e a cujos influxos que está sujeita. “[...] O sistema constitucional surge, então, não apenas como um sistema jurídico, mas também como um sistema político, econômico e social”³⁶⁷.

O reconhecimento jurídico da fraternidade, principalmente na defesa da liberdade e da igualdade dos excluídos reafirma o Estado Democrático de Direito, sobre o qual explica BRITO

[...] Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.³⁶⁸

Além de constar no preâmbulo constitucional, a fraternidade pode ser observada em outras passagens constitucionais, principalmente no capítulo dos Direitos Sociais, no que tange à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência

³⁶⁷ BONAVIDES, P., 2013, p. 75-119.

³⁶⁸ BRITO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 16.

social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Inclusive a CRFB/1988, ao instituir um amplo sistema de direitos e garantias fundamentais, buscou efetivar a fraternidade, tanto individual quanto coletivamente.

Diversas podem ser as soluções do intérprete em matéria de aplicação do princípio jurídico da fraternidade. Neste sentido, verificam-se algumas decisões judiciais e orientações do Supremo Tribunal Federal que se utilizam do referido princípio, como se observa

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. [...] (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 05/05/2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).³⁶⁹ (grifei)

³⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19/7/2015.

No julgado acima vê-se o uso da fraternidade como soslaio para se alcançar o “bem de todos” e para dar sentido e propósito ainda maior ao preâmbulo da Lei Fundamental, consagrador de uma “sociedade fraterna”.

Também, na exposição de motivos de decisão presidencial acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS, contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou no seguinte sentido

[...] No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. [...] Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, neste sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. (ADPF 186 MC/DF - Distrito Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 31/07/2009).³⁷⁰

Ainda no mesmo sentido, observa-se a orientação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min Ricardo Lewandowski, para o uso da fraternidade na seguinte transcrição de entrevista concedida acerca dos desafios do referido Órgão, em 17/4/2015, para o Programa TV Justiça:

³⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19/7/2015.

“[...] nos dias atuais em que se multiplicam conflitos regionais, étnicos, religiosos e culturais, é importante se resgatar a cordialidade e a fraternidade na sociedade brasileira”.³⁷¹

Portanto, a concepção de fraternidade na condição de princípio jurídico passa pela possibilidade de servir de inspiração e base, às leis, normas e decisões, tendo em vista que a ideia de princípio, “[...] deriva da linguagem da geometria, onde designa as verdades primeiras. [...] e uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.³⁷² No sistema normativo brasileiro os princípios jurídicos tem se destacado por concederem a possibilidade de certa abertura quando da prolação de decisões judiciais, condição esta necessária, ainda que insuficiente, para fins de interpretação de um Direito mais humano em tempos de pós-modernidade.

Afirma BONAVIDES, a exemplo de ALEXY e DWORKIN, que “[...] os princípios são normas e as normas compreendem, igualmente, os princípios e as regras”.³⁷³ Dessa forma, é parte jurídica e dogmática do sistema jurídico. Partindo-se das funções normativa e integrativa exercidas pelos princípios, observa-se a distinção que passa a ocorrer entre o direito dogmático em relação ao direito como um todo, e da justiça frente às interpretações jurídicas de fórmulas e modelos prévios de decisão. Isso porque se sabe que os acontecimentos do cotidiano antecedem o Direito e daí que ocorrem as judicializações.

Hodiernamente, o Direito está voltado para a pessoa humana concreta e para as relações que dela decorrem, imperativo ético que se impõe especialmente com o ingresso do discurso psicanalítico da valorização do sujeito em detrimento do objeto, por isso, o sistema positivista de regras tornou-se insuficiente, e a noção rígida de segurança jurídica passou a considerar a justiça, enquanto pretensão de

³⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19/7/2015.

³⁷² BONAVIDES, P., 2013, p. 264-265.

³⁷³ *Idem, ibidem*, p. 281.

correção normativa.³⁷⁴

Diante da insuficiência das teses positivistas na solução dos “hard cases”, e tendo como ponto de partida a distinção entre princípios e regras, passou-se a observar que todo sistema jurídico possui certa abertura e indeterminação que ultrapassam o formalismo legalista, bem como a “moldura” estipulada pelo regramento.

Assim, chegou-se a compreensão dos princípios jurídicos como “[...] normas-valores com positividade maior nas Constituições do que nos Códigos, e por isso mesmo providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, por contribuírem à norma de eficácia suprema”.³⁷⁵ Verifica-se que passaram a ocupar espaço essencial no constitucionalismo moderno, dada a natureza também principiológica do texto constitucional, sobretudo das normas que estipulam direitos fundamentais sociais.³⁷⁶

Ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas, ALEXY instituiu a distinção entre regras e princípios. Para o autor, tanto regras como princípios são normas, porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição. A diferença entre princípios e regras é, portanto, a estabelecida entre duas espécies de normas, conforme esclarece o autor

[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existente. [...] a diferença é qualitativa, em oposição à diferença unicamente de grau, baseada

³⁷⁴ Esclarece-se, em apertada síntese, que para as teorias positivistas, o ordenamento jurídico é um sistema fechado de regras, independente da política e da moral, de forma que a noção de segurança jurídica era mais importante do que a ideia de justiça, sem merecer esta última. Assim, diante de “hard cases” - casos que não poderiam ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara - os positivistas acreditam no decisionismo, ou seja, a “discricionariedade do juiz preencherá o espaço não regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas”. No entanto, o problema da aplicação do decisionismo apontado pela teoria é querer igualar as atividades legislativa e judicial. CARVALHO NETO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

³⁷⁵ BONAVIDES, P., 2013, p. 286.

³⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 287.

na generalidade defendida pelos autores clássicos. [...] Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.³⁷⁷

ALEXY ressalta a relevância da diferenciação entre regras e princípios, considerando-a como pilar da teoria normativa dos direitos fundamentais, e base para o embasamento das possibilidades e limites acerca dos direitos fundamentais. Aludida diferença ainda é enaltecida quando o autor define que as normas regras ora são satisfeitas, ora insatisfeitas, ou seja, se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos, “[...] regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau”.³⁷⁸

Na colisão de princípios, por exemplo, se algo é vedado por um princípio, é permitido por outro, hipótese em que um deles deve recuar, o qual não significa ser declarado nulo. Tanto que em situações distintas, a questão da prevalência pode se resolver de forma contrária.

No que se refere às regras, ALEXY afirma que se uma regra vale, então, deve se “[...] fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível; isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não de grau”.³⁷⁹

Assim, constata-se com nitidez a distinção entre regras e princípios, de forma que se dois princípios colidem, um dos princípios terá de ceder. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em razão de outro sob determinadas condições. Já em relação ao conflito de regras, esclarece o autor que não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de “dever-ser” contraditórios entre si sejam válidos.

Em um determinado caso, quando se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de

³⁷⁷ ALEXY, R., 2011, p. 91.

³⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 91.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 91.

uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.³⁸⁰

Superada a referida diferenciação, ainda que breve, pode-se chegar à conclusão de que quando se eleva determinada categoria ao *status* de princípio jurídico está-se acrescentando uma carga axiológica que evoca o ideário de importância, onde a dignidade da coletividade representa o epicentro. ROCHA corrobora ao expor que

[...] Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, adotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.³⁸¹

Tal recorte sobre a relevância dos princípios, justifica-se em razão da complexidade que envolve a produção e a aplicação do Direito. O caminho a ser percorrido, conforme ARENDT, exige a compreensão de algumas categorias, diante da crise e esgotamento que o Direito atravessa na pós-modernidade.

Neste sentido ÁVILA explica que um sistema não pode ser somente estruturado por princípios, ou só por regras, pois se o fosse somente por princípios, o seria demasiado flexível pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. Ao passo que se fosse composto somente por regras, seria por demais rígido em razão da

³⁸⁰ ALEXY, R., 2011, p. 92.

³⁸¹ ROCHA, Carmén Lucia Antunes. Princípios Constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

ausência de “[...] válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos”³⁸².

O redirecionamento que se tem observado no Direito, no que tange à adoção de princípios, assume um papel fundamental na medida em que, através de métodos interpretativos, a tutela passa a ser prestada no sentido da vontade estabelecida pelo constituinte originário. Daí trazer o estabelecido no preâmbulo constitucional de “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, [...]”³⁸³.

Diante do exposto, constata-se que no ordenamento jurídico brasileiro a fraternidade se apresenta na qualidade de verdadeiro princípio jurídico. Assim, mais do que um valor, enquanto princípio jurídico, apresenta um maior grau de concentração e especificação no tocante às situações que pode ser aplicado e às consequências de sua aplicação. A rigor, quando se analisa a CRFB/1988, percebe-se que um de seus princípios fontes, além da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, é a fraternidade, não só pela sua colocação topográfica, mas principalmente pelo amplo catálogo de direitos fundamentais que apresenta, pois estes não deixam de ser uma concreção histórica da fraternidade.

Atribuir-lhe a condição de princípio jurídico possibilita a superação da Constituição Simbólica, como elucida NEVES “[...] da discrepância entre a função hipertroficadamente simbólica e a insuficiente concretização jurídica de diplomas constitucionais”³⁸⁴.

Explica-se. No Brasil, por exemplo, destaca o autor, que as mudanças na legislação penal ocorrem como mera reação simbólica às pressões da sociedade que buscam reduzir a criminalidade. Daí o surgimento da Lei n. 11.923, de 2009, que acrescentou o parágrafo ao artigo 158 do Código Penal, para tipificar o “sequestro relâmpago”. Assim, o que se observa é uma descrença no próprio sistema jurídico.

Todavia, a aplicação de referido princípio, distante da crença de ser sinônimo de mais um modelo de norma imposta, possibilita um “[...]”

³⁸² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 121.

³⁸³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/10/2015.

³⁸⁴ NEVES, Marcelo. A Constituição Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 40-41.

saber prático, que deve servir para resolver problemas e concretizar os direitos fundamentais sociais que ganharam espaço nos textos constitucionais”.³⁸⁵ Também se estabelece a coexistência com a liberdade e a igualdade, todos na condição de princípios jurídicos, em prol da concretização dos direitos fundamentais, buscando-se uma nova relação com o Direito.

Sabendo-se que no Direito não há um procedimento metodológico “racional” capaz de fornecer uma única decisão correta para todos os casos, mas que, no entanto, há como se adotar determinada postura hermenêutica, em especial diante de casos de difícil solução, os princípios jurídicos contribuem no sentido de apontar a melhor ótica. Neste sentido, o princípio jurídico da fraternidade representa um componente essencial para “iluminar” as decisões na sociedade pós-moderna, ou seja, ciente que está inserida em um contexto de precariedade de muitas verdades tidas até então como absolutas.

Ainda, as regras jurídicas, por mais que aspirem ser completas, não são capazes de prever situações concretas de aplicação que surgem diante de novas demandas observadas na pós-modernidade no âmbito dos direitos fundamentais sociais, ou seja, de esgotamento de pertencas fechadas. Também, por outro lado, o resultado da aplicação dos princípios jurídicos da liberdade e da igualdade, distinta do princípio da fraternidade, produziu sistemas políticos, econômicos, sociais e jurídicos que somente alcançaram resultados parciais.

Tem-se a expectativa de que pela aplicação do princípio jurídico da fraternidade as decisões judiciais comprometam-se com o outro, e como aduz RESTA, o Direito

[...] Desvie o olhar da lógica amigo/inimigo e libertando-se daquela singular obsessão da política como ideia da neutralização da hostilidade, abrem-se outros horizontes. A partir de novas relações entre Direito e fraternidade, descortina-se a possibilidade de um novo modelo de regra da comunidade política: segundo Resta, um modelo não vencedor, mas possível. O direito fraterno vive da falta de fundamentos, anima-se de fragilidades, de apostas. Neste contexto, possibilita um modelo convencional de direito, jurado conjuntamente (con-jurado) entre irmãos e

³⁸⁵ STRECK, L., 2008, p. 285.

não imposto verticalmente; é frater(no) e não pater(no).³⁸⁶

Por fim, a fraternidade, enquanto princípio jurídico do sistema constitucional, condiciona a interpretação e aplicação de todo o texto, atribuindo unidade axiológico-normativa aos dispositivos constitucionais, que por vezes se encontram sem relação aparente e até mesmo em franca contradição. A unidade da Constituição só pode ser apreendida “[...] a partir de uma bidimensionalidade que relacione o formal e o axiológico, visto que repousa sobre princípios que exprimem valores essenciais e que informam toda a ordem constitucional, imprimindo uma feição particular à Constituição”.³⁸⁷

Em razão da CRFB/1988, por força de sua proeminência principiológica, tem-se que uma das principais funções do princípio jurídico da fraternidade repousa na circunstância de ser elemento que confere legitimidade aos princípios da liberdade e da igualdade, por juntos embasarem o Estado Democrático de Direito.

2.3 A INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO DIREITO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE

O princípio da fraternidade pode ser considerado como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito instituído na CRFB/1988. O que implica admiti-lo não somente como um princípio jurídico, mas como um princípio de ordem política, econômica e social. No entanto, inserir a fraternidade no Direito é o que se almeja, intentando evidenciar que o ser humano deve ser “humano”.

Assim, na pós-modernidade, não há se falar em humano, que designa o que é relativo ao indivíduo como espécie, desprovido do fraterno, sem ligações com o outro, apenas preocupado com interesses que não suplantam a esfera particular, ainda que por natureza o seja mais individual do qualquer outro ser. No entanto, no individual ele não pode ser concebido como um exemplar de uma espécie, ao passo que pelo viés do princípio da fraternidade, o “eu” é libertado para o encontro com o outro, exigindo respeito à dignidade humana, transcendendo um cotidiano que é apresentado, muitas vezes, como pronto e acabado.

³⁸⁶ RESTA, E., 2004, p. 14.

³⁸⁷ BONAVIDES em prefácio à obra Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. SARLET, 2006, p. 8.

Para SINGER, o ser humano equivale a muito mais do que pertencer à espécie *Homo sapiens*, compondo uma lista daquilo denominou “indicadores de humanidade”, em que incluiu a autoconsciência, o autodomínio, o sentido do futuro e do passado, a capacidade de se relacionar com outros, a preocupação pelos outros, a comunicação e a curiosidade.

[...] É este o sentido do termo que temos em mente quando elogiamos alguém dizendo que ‘é muito humano’ ou que tem ‘qualidades verdadeiramente humanas’. Quando dizemos tal coisa não estamos, é claro, nos referindo ao fato de a pessoa pertencer à espécie *Homo sapiens* que, como fato biológico, raramente é posto em dúvida; estamos dizendo que os seres humanos possuem tipicamente certas qualidades e que a pessoa em questão as possui em elevado grau.³⁸⁸

Diferentemente da carga valorativa trazido no uso da categoria “indivíduo”, como aclara BAUMAN quando aduz que a apresentação dos membros de uma sociedade como indivíduos, marca registrada da sociedade moderna, é resultado de um processo de individualização que muito difere dos primeiros tempos da era moderna. “[...] Como Tocqueville já suspeitava, libertar as pessoas pode torna-las indiferentes”.³⁸⁹

O termo “indivíduo” se opõe ao termo “cidadão”, em razão do cidadão representar a pessoa que tende a buscar seu bem-estar através do bem-estar da cidade, enquanto o “[...] indivíduo tende a ser morno, cético ou prudente em relação à ‘causa comum’ e ao ‘bem comum’. [...] Qual é o sentido de ‘interesses comuns’ senão permitir que cada indivíduo satisfaça seus próprios interesses?”³⁹⁰ Ou seja, o vocábulo “indivíduo” anuncia problemas para o “ser humano”, na medida em que sua carga valorativa corrói o espírito do social e do fraterno.

Assim, a identidade dos seres humanos e o acesso a ela é um dos pontos centrais da do princípio da fraternidade, e que justamente se faz necessária na tipologia interna das sociedades pós-modernas, em que o indivíduo carece do outro, do Estado, da democracia e do Direito. E para

³⁸⁸ SINGER, Peter. Ética Prática. Lisboa: Grandiva, 2000, p. 115.

³⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 48.

³⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 48.

abordar de forma adequada referidas questões, bem como a influência daquela, é fundamental compreender seus conceitos.

O princípio da fraternidade representa, hodiernamente, demanda inevitável. Está no fato de que nos últimos anos, vem surgindo como exigência da própria existência do ser humano e do Direito, “[...] sobretudo a partir da constatação de que a realização dos outros dois princípios que tomamos como referência, a liberdade e a igualdade, ficou incompleta ou mesmo fracassou”.³⁹¹ Partindo-se do pressuposto que, longe dos debates tradicionais sobre seus significados cristãos, ou de suas ligações com sociedades secretas, ou sobre a impossibilidade de sua imposição, o ser humano, assim como todos os seres vivos, recebe estímulos que fornece respostas, ocorre que a linha entre os estímulos e as respostas incide em sua totalidade, desde o seu “eu” até o mundo que está inserido.

O ser humano não está, assim, limitado à realidade e às necessidades de uma determinada situação como um animal irracional está. Pode alterar seu modo de agir e pensar. O ser humano não nasce na natureza, nem a partir de elementos hostis como astros e plantas. Nasce do útero materno e é recebido nos braços de uma cultura, portanto nasce em alguém e não em algo. “[...] É amamentado por uma totalidade simbólica. É numa família, num grupo social, numa sociedade, numa época histórica que o homem nasce e cresce, e dentro do qual desenvolverá seu mundo de sentido”.³⁹²

Vê-se assim que antes de tudo está o outro, “antes do ser está a realidade do ‘outro’, antes está a responsabilidade pelo fraco, por aquele que ainda não é”³⁹³ O princípio da é uma das categorias que exprime o ser humano enquanto sujeito de direito em sua plenitude primeira e última. “[...] O mamar, o dar a mão, a carícia suave, a colaboração fraterna, o diálogo amistoso, o beijo apaixonado”³⁹⁴, proximidades que geram reciprocidades a que todo ser humano está sujeito, segundo DUSSEL. Consequentemente, ainda que seja um risco para muitos viver a fraternidade, esta envolve, reflete, liberta, induz à participação no político e permite criar algo novo que esboçará o amanhã. Neste sentido afirma BAGGIO que

³⁹¹ BAGGIO, A. M., 2009, p. 11.

³⁹² DUSSEL, Enrique Domingo. Filosofia da Libertação na América Latina. 2. Ed. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977, p. 24.

³⁹³ *Idem, ibidem*, p. 24.

³⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 25.

[...] A sociedade contemporânea tem, de fato, uma grande capacidade de transformação, envolvendo muito profundamente a ordem do pensamento. O que quero dizer é que a sociedade sabe produzir novas tríades, combinações inéditas de princípios de ação que, mesmo quando não se apresentam por intermédio de um pensamento fundante ou, quando não desenvolvem uma ideologia explícita, tornam-se na realidade, formidáveis princípios práticos, que normatizam a vida cotidiana.³⁹⁵

Referida capacidade de transformação do ser humano expressa a convicção de que o princípio da fraternidade está relacionada não só à vida individualmente concebida, mas possui uma forte ligação com a construção de “[...] todo o complexo de relações do homem com seus semelhantes”.³⁹⁶ Oportuno lembrar que, da mesma forma o direito social ao trabalho, entendido muitas vezes como fruto de uma busca pessoal, também diz respeito à esfera pública. “[...] Todos entendem que não é possível ser feliz individualmente no interior de uma sociedade infeliz”.³⁹⁷

Do mesmo modo que o ser humano, não há se falar em Estado ao redor do qual se processa a rotação de todo o zelo e ideário - constituindo verdadeiro fim em si mesmo. Desprovido do princípio da fraternidade, se interroga acerca do destino pretendido.

Ressalta-se que a origem do termo Estado advém do substantivo latino “status”, que significa “estar firme”, que sob o enfoque político do Império Romano remete a noção de estabilidade.

Durante o apogeu da expansão de aludido domínio, e mais tarde entre os germânicos invasores, os vocábulos “Imperium” e “Regnum”, então de uso corrente, passaram a exprimir a ideia de Estado, nomeadamente como organização de autoridade e poder. Já na Idade Média, o termo empregado para Estado era “Laender”, fazendo alusão sobretudo à grandeza da extensão do território conquistado.³⁹⁸

Quanto ao aspecto conceitual, BONAVIDES explica que o Estado pode ser definido segundo distintas abordagens científicas. Assim, sob o ponto de vista filosófico, o Estado representa “[...] o

³⁹⁵ BAGGIO, A.M., 2009, p. 13.

³⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 63

³⁹⁷ BAGGIO, A. M., 2009, p. 14.

³⁹⁸ BONAVIDES, P., 2000, p. 73.

resumo da contradição dialética entre a família e a sociedade, já sob o aspecto jurídico denota a ordem coativa normativa da conduta humana³⁹⁹, e sob o viés sociológico e político, é composto pela comunidade humana que “[...] dentro de um determinado território, reivindica para si, de maneira bem sucedida, o monopólio da violência física legítima”⁴⁰⁰.

Ao analisar os conceito acima, bem como os elementos constitutivos do Estado, constata-se que ambos somente podem ser apreendidos tendo por referência a carga axiológica que os acompanha e se altera no decorrer dos anos. De fato deve-se acrescentar à concepção de Estado, “poderes reconhecidamente legítimos”⁴⁰¹, tanto internamente como pela comunidade internacional, assim como valores, incluindo-se aqui o princípio da fraternidade.

A equação Estado/elementos constitutivos/legitimidade/princípio da fraternidade há muito se relaciona, tendo sido, inclusive, utilizada já no nascimento de novos estados à época da Revolução Francesa. BAGGIO cita experiências importantes do princípio da fraternidade como elemento reconstrutor das relações sociais em situações de “[...] emergência civil devidas a conflitos ou calamidades naturais”. Segundo o autor é propondo outra vez a trilogia que se pode obter uma fundamentação adequada aos direitos humanos, “[...] capaz de vencer a indiferença social e justificar a tomada de responsabilidade”⁴⁰².

Com efeito, enquanto valor incorporado no sistema jurídico brasileiro sob a forma de princípio - nos moldes do preâmbulo constitucional - a fraternidade sinaliza para uma inversão de prioridades jurídica, política, econômica e social até então existentes.

Do Estado brasileiro constitucionalmente idealizado, passa-se, a partir do texto de 1988, a ter-se consciência constitucional que a prioridade estatal deve ser o ser humano e os relacionamentos que dele decorre, em todas as suas dimensões, como fonte de inspiração e fim último. Não se trata das relações abstratas do Direito, dos Códigos e das Leis, e sim, do relacionamento dos seres humanos de forma concreta.

³⁹⁹ BONAVIDES, P., 2000, p. 74-76.

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 74-76.

⁴⁰¹ Cf. BONAVIDES aclara que durante 21 anos – de 1964 a 1985 – não houve no Brasil legitimidade, nem da Constituição escrita, nem da Constituição real. Nesta moldura autoritária a vontade do executivo tecnocrático se sobrepunha sempre à vontade do constituinte. Alargava-se assim o hiato entre a sociedade e o Estado. BONAVIDES, P., 2001, p. 211.

⁴⁰² BAGGIO, A. M., 2009, p. 20.

[...] Vê-se que normalmente a relação jurídica é caracterizada por uma forte abstração: no mundo das normas não existe a pessoa concreta, com nome e sobrenome, idade, residência, educação, trabalho, experiência de vida e formação psicológica, caracterizada por determinadas condições econômicas e culturais. Existem pelo contrário, figuras abstratas, que entram em relações específicas, segundo os papéis (proprietário, devedor, credor, vendedor, mandante, herdeiro, ator, acordante, etc). [...] Dessas figuras, as normas indicam os comportamentos na forma de direitos e deveres. Entretanto, na experiência prática a relação configurada abstratamente nas normas recebe vida como relação social concreta entre duas ou mais pessoas determinadas,[...] que podem assumir atitudes bem variadas: hostilidade, indiferença, ou, então, justamente fraternidade.⁴⁰³

Centrando a análise em atos jurídicos, como as decisões e procedimentos tomados e adotados pelos atores jurídicos, parece inevitável, em alguns casos, a referência ao princípio da fraternidade. Destarte, a aplicação de referido princípio pode consistir, por exemplo, na facilitação do desempenho dos deveres do ofício de servidores quando “[...] perdem tempo para escutarem as partes”, como ironiza GORIA.⁴⁰⁴ Também não são raras as atitudes fraternas levarem à revisão de regulamentos e adoções de procedimentos mais rápidos, bem como o envolvimento, em processos administrativos e judiciais, de entidades de assistência, ou de algum modo especializadas em responder a determinadas necessidades dos excluídos. “[...] Parece-me que a fraternidade possa entrar no Direito também como forte impulso à sua eficácia, de acordo com seu papel social”⁴⁰⁵.

A adoção do princípio da fraternidade pelo Direito do Estado Democrático de Direito implica em afirmar que sua positivação, assim como a enunciação do catálogo de direitos sociais disposto no bojo na

⁴⁰³ GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. In: CASO, Giovanni *et al.* (org) Direito e Fraternidade. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 28.

⁴⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 28.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 29.

CRFB/1988, não revelam mera concessão do legislador constituinte ou “graça” estatal. Ao contrário, representa ponto culminante de um processo histórico, marcado por avanços e retrocessos, que contribuiu para que Estados reconhecessem os direitos do ser humano como expressão de dignidade humana, relacionada tanto com a vida pessoal quanto social. Como bem aponta SALGADO

O Direito no sentido filosófico decorre de um desenvolvimento “racional da sociedade”, desenvolve-se com essa sociedade ou com a “realização da razão” nessa sociedade por meio da história [...] [mas], com a simples mudança da ordem jurídica positiva não se solucionam os problemas da sociedade. As mudanças políticas e sociais vêm em primeiro lugar, enquanto movimento imanente da liberdade ou do Espírito, em que se insere a ordem jurídica.⁴⁰⁶

Complementando a citação, a questão da legitimidade leva à apreciação das razões de obediência por parte dos indivíduos a determinados modelos estatais, donde surge a distinção entre o bom governante - “[...] que chega ao poder de acordo com as regras previstas para isso, e o exerce com algum grau de consenso da sociedade” - e o tirano, ou seja, “[...] aquele que assume o comendo do Estado em desacordo com as leis estabelecidas para isso e que confia apenas na força para o exercício do poder”.⁴⁰⁷ Afirmar que o poder é legítimo implica em dizer que de fato suscita consenso e aprovação dos envolvidos.

Dentro da ótica weberiana, a legitimidade refere-se a razões de obediência (entendido como motivos de justificação interior) a um comando dirigido aos dominados, assim o mero poder se transforma em dominação, distinguindo-se da força, repousando na adesão. WEBER concebe os ordenamentos estatais modernos das sociedades ocidentais como formas de poder legal. O poder legal aqui se constitui de um caráter racional, ou seja, de que a legalidade dos ordenamentos estatuídos e a autoridade de quem os exerce possui qualidade distinta da

⁴⁰⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996, p. 327.

⁴⁰⁷ CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. 2. Ed. Campinas/SP: Millenium Editora, 2007, p. 116.

crença do poder da tradição ou do carisma. A racionalidade intrínseca ao Direito confere legitimidade ao poder exercido em formas legais.⁴⁰⁸

Observa-se que as sociedades ocidentais vivem segundo as normas que o Direito impôs, de forma que a autoridade foi despersonalizada e a fonte do poder é o próprio Direito. No entanto, o culto à legalidade mostrou seu lado perverso e o Estado perdeu sua identidade no momento em que admite ser legal, ainda que injusto.

A identificação do que é o Direito, e como este se diferencia do que não é Direito, deixa em aberto o problema de como será apreendido. Aquela tem como objetivo a tarefa de analisar para, posteriormente, vislumbrar o caráter benéfico da influência exercida pelo princípio da fraternidade no Estado Democrático de Direito.

Na acepção de ARNOLD o Direito

[...] corresponde a certa atitude, uma forma de pensar, uma maneira de se referir às instituições humanas em termos ideais. Trata-se de uma exigência do senso comum, profundamente arraigada, no sentido de que aquelas instituições de governo dos homens e de suas relações simbolizem um sonho, uma projeção ideal, dentro de cujos limites funcionam certos princípios, com independência dos indivíduos.⁴⁰⁹

A definição com rigor do Direito não é tarefa simples, pois são inúmeras as definições que postulam seu alcance em razão de seu conceito envolver atitude, ideais, exigência do senso comum e limites, que reciprocamente são incompatíveis e, ao mesmo tempo, é um dos fatores responsáveis por certa margem de segurança e estabilidade social.

Para REALE, o Direito é encarado como “experiência jurídica” a qual não pode ser arquitetada como um objeto de contemplação, ou mera sequência de esquemas lógicos pelo meio dos quais se percebe fluir, à distância, “[...] a corrente da experiência social, com todos os problemas a que com tais esquemas se pretendia dar resposta: as suas

⁴⁰⁸ Cf. WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. II. São Paulo: UNB, 2004, p 62.

⁴⁰⁹ ARNOLD, Thurman Wesley. El derecho como simbolismo. In: Sociologia del derecho. Caracas: Tiempo Nuevo, 1971, p. 47.

normas são deontologicamente inseparáveis do solo da experiência humana”.⁴¹⁰

Assim, o Direito age, pois, como um reconhecimento de ideias “[...] que muitas vezes representam o oposto da conduta social real”.⁴¹¹ Manifesta-se como um antagonístico mundo de contradições e coerências, pois, em seu nome tanto se têm embasadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução. “[...] O Direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião”.⁴¹²

Importante ressaltar que para além de normas, um ordenamento jurídico deve contar com princípios e valores, como o princípio da fraternidade, necessário para a existência de uma sociedade realmente livre e igualitária. O princípio da fraternidade estabelece condições para que o Direito identifique-se com o modelo estatal previsto na CRFB/1988 por convocar a todos a deixarem de lado a noção estreita de Direito herdada dos romanos, criando um sentimento de pensar, agir e conviver inclusivista.

Ao se analisar a influência do princípio da fraternidade no Direito, na perspectiva da legitimação de referido modelo estatal, ressalta-se seu reflexo na produção legislativa, na educação jurídica, na participação, na aplicação da norma, por desafiar os limites e o *modus agendis* até então impostos. Isso porque o Direito à luz do princípio da fraternidade alcança o reconhecimento e a adesão dos interlocutores.

Pode-se afirmar que o Direito é legitimado pelo do princípio da fraternidade, já que esse proporciona a associação entre o conteúdo e a prática das normas, de forma que o Direito deixa de ser concebido como uma variável independente e superior às demais áreas, ou ainda, como algo fictício.

Na medida em que a concretude ganha o espaço da abstração das normas e a racionalidade jurídica abre espaço para a justificativa de decisões e procedimentos em contextos abertos, ou seja, com base em princípios plasmados da CRFB/1988, do princípio da fraternidade tem o

⁴¹⁰ REALE, Miguel. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 31.

⁴¹¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

⁴¹² *Idem, ibidem*, p. 26.

mérito de dotar o direito de autonomia equilibrada. Nem arrogante e autossuficiente, tampouco sabotado pela política e pela economia.

Certo é que a crise e o esgotamento de um modelo estatal autoritário, deslocou o foco para uma nova condição de existência da democracia. Este direcionamento, sobretudo teórico, atinge a temática do princípio da fraternidade como um de seus eixos nodais, a partir de sua carência enquanto práxis. Embora, pois, possa ser considerada a democracia uma temática secular, o princípio da fraternidade, contemporaneamente, apresenta-se com um horizonte laico, enriquecido e atualizado.

Discorrer acerca do princípio da fraternidade no âmbito da democracia implica em conceber esta como algo maior do que a mera “regra da maioria”. De acordo com BOBBIO, pensar acerca da fraternidade envolve “[...] a ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta e indireta, nas decisões que interessam a toda coletividade”.⁴¹³ Em relação à forma indireta de participação, esta ocorre através da democracia representativa, na qual se vota para a escolha de representantes, ou seja, “[...] significa genericamente que as deliberações coletivas, isto é, as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira, são tomadas não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade”.⁴¹⁴

Pode-se encontrar uma profunda interdependência entre a democracia e o princípio da fraternidade. Para que essa seja uma forma de governo estável é necessário que seja respeitado o predito pelo ordenamento constitucional, garantindo-se assim, o Estado Democrático de Direito. A democracia só funciona onde o ordenamento constitucional esteja bem alicerçado, onde haja o respeito pela separação de poderes, na qual o princípio da fraternidade impõe limites à legalidade e à regra da maioria.

O elenco das regras procedimentais - cidadania, eleições, partidos políticos, opinião público, processo eleitoral - ocorre no plano do Estado de Direito Democrático, que conforme BOBBIO, corresponde a uma definição mínima de democracia, sintetizada na sua teoria das “regras do jogo” que buscam assegurar a ampla participação dos cidadãos nas decisões que afetam a sociedade. Assim, a democracia estabelece quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.⁴¹⁵

⁴¹³ BOBBIO, Norberto. Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 55-56.

⁴¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 56.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 56.

Todavia o exercício da democracia num modelo estatal cujo princípio da fraternidade apresenta-se como proposta, deve ter como pressuposto necessário a vigência dos direitos fundamentais. Erigindo a democracia como mero direito ao voto e de representação no poder, limita-se a participação política, na qual a democracia é apresentada e vivida somente em parte, como simples meio de regulação de consenso de *pseudo* legitimação do poder político.

Como afirma BAGGIO, um dos campos de experimentação que se mostraram mais proeminentes “[...] para comprovar as possibilidades hermenêuticas e práticas da ideia da fraternidade é o da participação democrática, ou seja, da conexão da ideia de fraternidade como a de cidadania”⁴¹⁶.

Conforme já afirmado, inúmeros exemplos históricos comprovam a dimensão do princípio da fraternidade, sobretudo nas etapas de fundação de novos Estados ou ordens institucionais, em momentos de reviravoltas históricas,

[...] desde a época da fraternidade cívica promovida pelo movimento federativo, durante a Revolução Francesa, até os vários casos de ‘fraternidade combatente’ vivida por exércitos da resistência e movimentos de libertação ao longo do século XX, a ideia de fraternidade deu provas exaustivas de sua eficácia política na construção de novas identidades de povo.⁴¹⁷

A dimensão relacional é particularmente central quando se trata de democracia, que coloca em evidência não mais o indivíduo, mas o cidadão. Ainda, para que os problemas econômicos, políticos, sociais e jurídicos que se apresentam na pós-modernidade possam obter uma solução de acordo com uma cultura democrática, faz-se necessária a participação dos cidadãos e uma redefinição dos objetivos da vida em comum. Cidadãos esses, que na modernidade, foram relacionados, unicamente, com o dogma do voto como possibilidade de realização. Trata-se da construção de uma democracia amparada pelo princípio da fraternidade, cujo alcance não se limita na contraposição aos regimes autoritário e totalitário.

Segundo BAGGIO,

⁴¹⁶ BAGGIO, A. M., 2009, p. 85.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 85.

[...] isso deve ser compreendido por todo cidadão como um dos bens essenciais que compõem seu horizonte de bem pessoal. Essa participação “forte” realiza-se - de modo geral, na forma de mobilização extraordinária - todas as vezes que estão diretamente em jogo os direitos e os interesses de uma comunidade local ou categoria de cidadãos. Quando isso acontece, descobrimos que a maior parte dos cidadãos - e muitas vezes até mesmo os poderes públicos - não sabem enfrentar a situação, como se cidadãos e governantes estivessem preparados, “sintonizados”, para uma ideia de participação fraca, que já se mostra insuficiente ante a complexidade das interações e das decisões que a cidadania deve enfrentar diariamente nos dias de hoje.⁴¹⁸

Neste cenário, o princípio da fraternidade, encarado como um mecanismo de inclusão e comprometimento para com o social, também se apresenta como um mecanismo de defesa. Mecanismo esse que assume características próprias no Estado que surge pós Revolução Francesa como resposta às exigências provenientes da época frente ao soberano e rumo à impessoalização do poder, como aduz CADEMARTORI “[...] a ordem do soberano é corporificada em norma legal, impessoal e genérica, com previsão de consequências jurídicas”.⁴¹⁹

Significou a Revolução Francesa, inequivocamente, um marco nas lutas políticas do terceiro Estado com o Direito divino e com as regalias da aristocracia. Sobretudo a França, “[...] foi palco de gravíssimas comoções civis de cujo cenário emerge o triunfo político do homem da sociedade industrial, que faz os seus códigos, proclama os seus direitos e expõe a sua concepção de liberdade”.⁴²⁰

Referida configuração pelo qual passou o poder político, impõe uma necessária reflexão sobre a centralidade no legalismo como instância de esgotamento do Direito, do qual o princípio da fraternidade foi preterido. Dessa forma, foi imposta a verdade de que o Estado, o Direito e referido princípio são realidades distintas, submetidas a

⁴¹⁸ BAGGIO, A. M., 2009, p. 89.

⁴¹⁹ CADEMARTORI, S., 2007, p. 3-4.

⁴²⁰ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.68.

observações e análises que não se confundem e apreendidas socialmente como realidades separadas. A existência de um hiato entre referidas áreas sugere que o fim de ambos não se encontram.

Assim, num primeiro momento, no governo *per leges*, as normas contêm expressões de generalidade que reduzem o risco de procedimentos injustos ou desenfreados do poder. Ainda, as normas apresentam-se abstratas, supondo que deverão referir-se a situações nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se, conforme esclarece BOBBIO a norma abstrata contida na lei “[...] se contrapõe à ordem dirigida a uma pessoa ou a uma classe de pessoas [...] para que seja cumprida uma ação especificamente determinada, cuja efetuação esgota de uma vez por todas a eficácia da ordem”⁴²¹.

Em tal contexto, as normas devem ser oriundas da vontade geral a fim de se reprimir governos absolutistas ou arbitrários. Dessa forma, enquanto norma geral e abstrata, a lei responderia às exigências de igualdade, e enquanto fruto da vontade geral, atenderia às expectativas da liberdade como determinação autônoma e não arbitrária, no entanto, sem espaço para o princípio da fraternidade.

[...] Esta jurisdição do poder [governo *per leges*] corresponde historicamente à superação do absolutismo real, substituído pelo das assembleias soberanas, conformando assim um tipo de absolutismo legislativo ou concepção absoluta da lei, assimilada à própria ideia do direito (derivando daí a equiparação positivista entre lei e direito).⁴²²

Após, no governo *sub lege*, verifica-se que a relação entre o Direito e o Estado é estabelecida na submissão deste em relação àquele, assim, “[...] qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos”⁴²³. Trata-se da lei determinando sua forma, seus procedimentos e conteúdo. Assim, com a submissão do poder ao Direito, este deixa de ser usado livre e arbitrariamente por àquele, o que denota que nem todos os sistemas jurídico-políticos podem ser catalogados como Estados de Direito, como

⁴²¹ BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 158.

⁴²² CADEMARTORI, S., 2007, p. 12.

⁴²³ *Idem, ibidem*, p. 13.

no caso daqueles em que a produção normativa é fictícia e é desobedecida de forma habitual pelo próprio poder.⁴²⁴

Entretanto, a crise do Estado de Direito em sua versão legislativa, ou seja, a crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal, bem como o caráter conflitivo da realidade social e da ausência de neutralidade do Direito com respeito aos conflitos sociais contribuíram para a aparição do modelo constitucional de Estado. Despertava-se para um Direito envolvido com o conflito social e não a margem desse. A norma geral e abstrata deixava de ser considerada como uma ferramenta para a garantia da paz social. Explica CADEMARTORI que

[...] A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos mesmos para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder. O *déficit* de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, afetados pelos processos políticos ordinários, criará a necessidade de um nível de juridicidade superior e vinculante. O resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e de sua produção normativa.⁴²⁵

Dessa forma, a lei tornar-se vinculada a uma instância jurídica superior - Constituição - o que acaba num redimensionamento do princípio da legalidade, pois se antes se constatava uma submissão do poder público à lei, agora se verifica a subordinação de todo o poder do Estado ao Direito, além da superação da redução deste à lei. Ainda, as normas constitucionais, por se situarem acima dos poderes, também estão fora de conflitos políticos, e de fato, nos sistemas de Constituições rígidas, como no caso da CRFB/1988, as hipóteses de modificação de seu texto supõe a aparição de um novo poder: o poder constituinte.⁴²⁶

⁴²⁴ CADEMARTORI, S., 2007, p. 13.

⁴²⁵ *Idem, ibidem*, p. 17-18.

⁴²⁶ *Idem, ibidem*, p. 18-19.

Em relação às Constituições rígidas, explica BONAVIDES que essas não podem ser modificadas da mesma maneira que as leis ordinárias por demandarem um processo de reforma mais solene. É o que sucede com a CRFB/1988, acrescentando supremacia em relação às demais normas do sistema jurídico, não podendo assim, nem ser infringida por outra norma, tampouco, livremente alterada.⁴²⁷

Todo o sistema político quando funciona normalmente, pressupõe, segundo BONAVIDES, uma ordem de valores sobre a qual repousam as instituições. Em se tratando de um sistema democrático do modelo que se cultivava no ocidente, “[...] essa ordem é representada pela Constituição, cujos princípios guiam a vida pública e garantem a liberdade dos cidadãos”.⁴²⁸

[...] Nas formas democráticas a Constituição é tudo: fundamento do Direito, ergue-se perante a sociedade e o Estado como o valor mais alto, porquanto, de sua observância deriva o exercício permanente da autoridade legítima e consentida. Num certo sentido, a Constituição aí se equipara ao povo cuja soberania ela institucionaliza de modo inviolável. E o povo, em sua potencialidade, numa acepção política mais genérica, deixa de ser o elemento unicamente ativo e militante que faz nas urnas, de modo direto, e nos parlamentos, pelas vias representativas, a vontade estatal, para incluir em seu raio de abrangência toda a nação como um corpo de ideias, sentimentos, opiniões e valores.⁴²⁹

É na Constituição, valor supremo que limita todos os poderes, que repousam os valores primados pela ordem democrática e o estado cultural da nação. O constitucionalismo do século XX foi um ensaio de superação da fragilidade estrutural do âmbito jurídico. “[...] A afirmação do caráter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, a sua rigidez e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como são os direitos fundamentais, são signos deste processo”.⁴³⁰ Entretanto, a

⁴²⁷ Cf. BONAVIDES, S., 2013, p. 87.

⁴²⁸ BONAVIDES, P., 2001, p. 206.

⁴²⁹ *Idem, ibidem*, p. 206.

⁴³⁰ CADEMARTORI, S., 2007, p. 20.

inefetividade dos limites constitucionais ao poder, e não mais legais como era no antigo Estado legislativo, persistia.

Neste âmbito o surgimento do modelo Estado Democrático de Direito significou a exigência estatal de ser regido pelo direito aliado às práticas democráticas e não ao mero somatório dos direitos de cunho “individualista”, apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social. O “Estado de Direito”, representado pela vinculação jurídica do poder do Estado submetido ao Direito, tornou-se insuficiente diante sociedades plurais - carecia-se da legitimação democrática do poder. O elemento democrático busca legitimar o poder: a soberania popular diz de onde vem o poder e sem ela o Estado se torna “a-político”.⁴³¹

A concepção de Estado Democrático de Direito ocasiona controvérsias que assentam-se na perspectiva da questão da liberdade na busca pela legitimidade do poder: no “Estado de Direito”, a liberdade é negativa, de defesa ou de distanciamento do Estado; no Estado Democrático, a liberdade é positiva, pois representa o exercício democrático do poder, que o legitima. Críticos de referido modelo estatal articulam que essa concepção de liberdade representa o liberalismo político: o homem civil precede o homem político. Assim, o liberalismo consagrou uma concepção estática de Constituição, eliminando a questão dos pressupostos ideológicos e socioeconômicos, indispensáveis à abrangência do conteúdo constitucional.⁴³²

Neste sentido, o princípio da fraternidade acrescenta aos conceitos de Estado, Direito e democracia, abordados anteriormente, um novo espaço: um espaço necessário para interpretações inclusivistas. Trata-se de discutir os papéis de ambos como última instância de interpretação da justiça, essencial para a caracterização de um Estado Democrático de Direito.

Destarte, enquanto o Estado de Direito liberal deveria não piorar as condições de vida dos cidadãos, e o Estado de Direito social tinha o compromisso de melhorá-las, o Estado Democrático de Direito surge como resposta normativa da Constituição Federal com um grande sistema de garantias. Corroborava SILVA ao explicar que

[...] O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos

⁴³¹ Cf. BONAVIDES, P., 2013, p. 96.

⁴³² *Idem, ibidem*, p. 216.

respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação de *status quo*.⁴³³

Neste cenário, o princípio da fraternidade, mais do que se inserir formalmente entre os conceitos de Estado, democracia e Direito, faz com que o aludido modelo estatal sobrepuje suas concepções componentes em prol do compromisso de todos para com os objetivos dispostos na Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴³⁴

O Direito à luz do princípio da fraternidade que o Estado Democrático realizará é a construção de um real processo de convivência social numa sociedade livre e igualitária, de forma que o valor dignidade humana seja aferido a partir de uma perspectiva concreta que contemple o ser humano enquanto pessoal real. Assim, pode-se afirmar que o princípio da fraternidade passou a integrar a “fórmula política” da Constituição brasileira. Segundo VERDÚ, a “fórmula política” Consiste em uma “[...] una expresión ideológica, fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada, que descansa em una estructura socioeconómica”.⁴³⁵

O autor espanhol esclarece que toda Constituição se guia por uma ideologia, a qual corresponde um conjunto de ideias sobre o modo de organização do exercício e objetivos do poder político na sociedade, e que, ao ser abrigado pelo aludido diploma legal permite qualifica-la como liberal, socialista, socialdemocrata, fascista, entre outras. Assim a fórmula política corresponderia ao conteúdo ideológico predominante em determinado momento o qual se organizou a Constituição e que por ela foi acolhido.

Na verdade, o princípio da fraternidade não só individualizou o Estado Democrático brasileiro, direcionando-o para sua razão de ser,

⁴³³ SILVA, J.A., 2010, p. 112.

⁴³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17/8/2015.

⁴³⁵ Tradução livre: “uma expressão ideológica, fundada em valores, normativa e institucionalmente organizada que descansa em uma estrutura socioeconômica”. VERDÚ, Pablo Lucas. Teoría de la constitución como ciencia natural. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998, p. 50.

como também pretende totalizar todas as dimensões presentes na realidade constitucional para fins de garantir sua eficácia material e formal. O princípio da fraternidade define e limita a identidade constitucional brasileira visto que dinamiza o direito frente à estaticidade estatal, permitindo a atualização constante dos objetivos sociais introduzidos pela CRFB/1988 na pós-modernidade.

Foi o que o presente título procurou trabalhar até aqui: o princípio da fraternidade proporciona uma autonomia equilibrada do Direito construído democraticamente e a constante atualização dos objetivos sociais introduzidos pela CRFB/1988 na pós-modernidade. Desprovido o princípio da fraternidade entende-se que tal autonomia do Direito poderá ser substituída tanto por um autoritarismo legal absoluto quanto ser solapado pela política e pela economia.

O Direito à luz do princípio da fraternidade é um instrumento da justiça que interfere na realidade social, que cria políticas públicas, não ficando restrito ao sistema jurídico. Os atores jurídicos irrompem em teses e recursos interdisciplinares, ainda que compromissados com o ordenamento jurídico estabelecido, rejeitam o Direito em permanente “estado de exceção” onde os Poderes se voltam para uma legislação de emergência visando resolver de forma imediatista questões estruturais criadas pelo apelo popular.

Da mesma forma, a atualização proporcionada pelo princípio da fraternidade aos objetivos sociais introduzidos pela CRFB/1988 na pós-modernidade se efetiva principalmente a partir da hermenêutica⁴³⁶. Através da ação interpretativa à luz do princípio da fraternidade se conduz a atuação máxima da própria Constituição, desenvolvendo ao máximo sua força normativa. A influência do princípio da fraternidade permite a evolução constitucional, visto que os enunciados dos direitos sociais mostram seu verdadeiro sentido quando analisados e efetivados de acordo com o contexto social em que estão inseridos.

⁴³⁶ Esclarece-se que o termo “hermenêutica”, a partir da concepção da HABERMAS, é que apreendido como o fornecimento de significado, de sentido (verbal ou não verbal). Descreve-se, explica-se ou se prediz algo ou um ruído que equivalha ao proferimento vocal de uma frase falada. Para captar e formular o significado através da hermenêutica é preciso participar de algumas ações comunicativas (reais ou imaginárias) no curso das quais se empregue de tal modo a frase mencionada para que ela seja inteligível para os falantes e ouvintes e para os membros eventualmente presentes da mesma comunidade linguística. HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 39-40.

Pelo viés fraterno, o ator jurídico sanciona a direção atualizada do programa político constitucionalizado pelo constituinte originário à época, mantendo seu sentido em tempos pós-modernos. Entretanto por não possuir o intérprete liberdade plena, se afirmou, anteriormente, que o princípio da fraternidade limita. Assim, evita a descaracterização da Constituição elaborada e pretendida.

Constata-se que o atributo de autonomia equilibrada concebido pelo viés do princípio da fraternidade ao Direito do Estado Democrático de Direito não deve ser interpretada simbolicamente, ou seja, dentro de uma dimensão pragmática que se propõem à resistência e convivência harmônica do Direito em relação à política e, especialmente, à economia. Por óbvio que a referida fórmula não se esgota no princípio da fraternidade, visto que outros princípios jurídicos e valores nela são integrados, os quais deverão ser compatibilizados via hermenêutica.

É neste sentido que proponho a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição - Direito produzido democraticamente - como instância da autonomia equilibrada do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais que vivem, hodiernamente, em um constante “estado de exceção”. Do exposto é possível expor que, tanto o positivismo exacerbado quanto o pragmatismo estabelecido no declínio do Direito, têm algo em comum: o déficit fraterno.

Por exemplo, embora a CRFB/1988 disponha sobre a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, isso não resolve todas as questões, pois, muitos dos direitos sociais dependem de legislação ulterior para sua aplicabilidade. A possibilidade de supressão de referidos limites constitucionais permanece nas mãos daqueles que exercem tal poder.

Longe de uma generalização de ineficácia da previsão constitucional dos direitos fundamentais sociais, pois além do Estado estar subordinado a uma forma de agir, vê-se também impedido de transgredir certos conteúdos, o que se lamenta é a diminuta legitimidade de tais normas em muitos casos concretos no Estado Democrático de Direito, como o é o caso do direito social das mulheres ao trabalho.

[...] Esse panorama evidenciou a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da ideia política de democracia representativa - cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo - dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como

“Estado Democrático de Direito”-, que tem como característica a constitucionalização de Direitos naturais estampados nas Diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.⁴³⁷

A fraternidade, enquanto princípio jurídico, passa a ser um dos alicerces do Estado Democrático de Direito no qual o alcance da legitimidade estatal está relacionada com o respeito e implementação dos direitos fundamentais sociais. Integra-se ao Direito do Estado Democrático de Direito buscando aumentar o foco de forma a abarcar além do ser humano, o social, sobretudo para a comunhão dos diferentes, em nome de quem o poder deve constituir-se. Concepção essa rica em consequências, tanto para o Direito quanto para a Política.

Propõe o princípio da fraternidade, assim, que no Estado Democrático de Direito, Estado e indivíduos se aproximem, sob pena de deslegitimação dos direitos fundamentais sociais, ao postular uma carga axiológica que, necessariamente, deve estar presente enquanto finalidades perseguidas pelo Estado, pela democracia e pelo Direito.

No referido modelo estatal - a despeito de sua formulação normativa tendencialmente social - inclinações individualistas e neoliberais evidenciam práticas não fraternas adotadas como necessárias e suficientes ao “crescimento do país”. Dessa forma, cada cidadão vale um voto e o poder do social esmaece diante da independência e negação dos direitos fundamentais sociais.

Trazer princípio da fraternidade para o Direito também implica na implementação de um modelo normativo de Direito que maximiza a dignidade, a liberdade e a igualdade, revelando incoerências entre as práticas institucionais efetivas e o disposto na Constituição. Aquela, quando enquadrada dentro do Estado Democrático de Direito, fornece ao Direito contornos críticos e instiga procedimentos “avalorativo” por parte de atores jurídicos, de forma a minimizar o grau e quantidade da violação dos direitos sociais.

A afirmação do princípio da fraternidade, ao lado da liberdade e da igualdade, evita que se pense no sistema jurídico como embaraço à dignidade humana ou mesmo à democracia. A inserção da tríade no texto constitucional e sua vivência amplia a participação político-

⁴³⁷ CADEMARTORI, S., 2007, p. 25.

jurídica, processando-se, conseqüentemente, a realização dos direitos fundamentais sociais.

Por conta da historicidade condicionada, vez que mutável no tempo e no espaço, ainda que a tríade revolucionária tenha sido substituída nos dias de hoje, como afirma BAGGIO, pelos termos “segurança” no lugar da liberdade, “paridade” no lugar da igualdade e “rede” no lugar da fraternidade, o objetivo permanece imutável, qual seja, de que referidos princípios sustentem o modelo estatal preconizado pela CRFB/1988, integrando um discurso de reconhecimento, inclusão e comprometimento com o outro.⁴³⁸ Neste sentido explica BAGGIO

[...] Interpreto isso da seguinte maneira: quanto ao primeiro princípio, um número crescente de pessoas que vivem nos países mais desenvolvidos pede mais segurança (em relação à ordem pública, ao emprego, ao futuro) e está disposto à renunciar, em troca, a uma parte de sua liberdade. Já a paridade, que substitui a igualdade, é um simulacro artificial, uma imitação, ligada ao consumismo desenfreado e aos símbolos de status, pelo que muitas pessoas vestem as roupas e usam os mesmos eletrodomésticos, mas diferem profundamente umas das outras nas oportunidades de escolha mais importantes: a possibilidade de estudar, a moradia, o acesso à saúde; a paridade no supérfluo esconde a desigualdade no necessário. Por rede, podemos entender - no sentido negativo que o termo assume em nosso discurso - a possibilidade que a tecnologia confere hoje a qualquer indivíduo de construir (mediante a internet, por exemplo) um conjunto de ligações, de relacionamentos virtuais, que ficam totalmente à disposição do sujeito que os constrói; não existe uma relação com uma realidade que resiste e se opõe, não existe um verdadeiro relacionamento com o outro [...] a rede entendida é uma expansão do eu [...].⁴³⁹

Deve-se deixar de lado a visão individualista e contemplativa das relações jurídicas, políticas, econômicas e sociais para fins da

⁴³⁸ Cf. BAGGIO, A. M., 2009, p. 14.

⁴³⁹ *Idem, ibidem*, p. 14-15.

valorização da dimensão pública, do fim da concepção de que o que é pessoal se reduz à dimensão privada e conceber o Estado, bem como o sistema jurídico que ele estabelece, como uma estrutura voltada ao bem estar e desenvolvimento.

Segundo REALE, nos Estados onde prevalece a visão individualista prevalece o entendimento de que a ordem social justa é aquela em que se satisfaz os interesses individuais, não restando espaço para a proteção de interesses coletivos. Já nos Estados onde prepondera a concepção transpersonalista prevalece o juízo de que somente através da prevalência de valores coletivos se pode satisfazer a felicidade individual, de sorte que os valores individuais podem ser sacrificados em prol da coletividade.⁴⁴⁰

Por sua vez, nos Estados onde predomina a concepção personalista não se estabelece um predomínio do indivíduo sobre o social (ou coletivo) ou vice-versa. Ao contrário, acredita-se que os valores individuais e coletivos, predominantes em cada realidade histórica, devem ser compatibilizados caso a caso.⁴⁴¹ Ressalta-se nessa última concepção estatal a presença do princípio da fraternidade como uma constante axiológica do justo.

Registra-se que a realização dos direitos fundamentais sociais pressupõem a partilha de valores morais coletivos, cuja garantia não compete apenas ao Estado, mas a todos os membros de uma sociedade. Neste sentido, SARMENTO adverte sobre a imperiosa necessidade de se

[...] abandonar a perspectiva egocêntrica de que a violação dos direitos humanos constitui um “problema do Governo”, o que permite a cada um de nós, de classe média ou abastada, que nos deitemos à noite para dormir sem culpas o sono dos justos, enquanto a tortura viceja nas delegacias de polícia e crianças famélicas morrem por desnutrição. A perspectiva comunitária dos direitos humanos nos incita a agir, em primeiro lugar, na arena política, por meio do exercício responsável do direito de voto e dos mecanismos de democracia participativa, mas também na

⁴⁴⁰ Cf. REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 277.

⁴⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 279.

nossa esfera privada e no nosso microcosmo de relações.⁴⁴²

O desafio do Poder Público e dos indivíduos reside na real consagração dos direitos fundamentais sociais, com origem histórica no 2º pós-guerra, momento em que o ordenamento jurídico brasileiro projetou uma série de direitos ante novas demandas sociais que foram surgindo ao longo dos anos.

Mobilizaram-se, para a efetivação de referidos direitos, os três Poderes. Contudo, em razão dos Poderes Executivo e Legislativo se revelaram insuficientes, acionou-se o Poder Judiciário, que vem buscando a efetivação dos ideais preconizados já no preâmbulo constitucional. Em síntese, pela via jurisdicional intenta-se a superação das omissões legislativas, executivas e dos particulares.

Observa-se que o Poder Judiciário adquiriu a posição de garante do Estado Democrático de Direito e, ancorado na premissa do princípio da fraternidade, têm se posicionado em temas complexos, tais como em relação a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde à pessoas hipossuficientes economicamente; no que tange às pesquisas com células-tronco embrionárias; quanto a questões pertinentes à demarcação de terras indígenas; no que concerne à proibição da importação de pneus usados, entre outros exemplos de julgamento do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴³

Permitir a influência do princípio da fraternidade no Direito do Estado Democrático de Direito significa propiciar condições de exercício dos direitos sociais, como o direito social ao trabalho, sem distinção de gênero. Afinal o direito social ao trabalho é um dos limites à dominação econômica e política em uma República que se propõe democrática como a brasileira.

O conteúdo do debate acerca do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, no interior do Estado Democrático (e Social) de Direito, mantém intensa a celeuma da fruição dos direitos sociais, dado o atrelamento ao paradigma liberal-individualista em que estão centrados os atores jurídicos.

⁴⁴²SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 308-309.

⁴⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisões do STF espelham princípios revolucionários. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/7/2015.

A questão central proposta no presente título, ou seja, da influência da fraternidade no Direito do estado Democrático de Direito caminha a explicitar a possibilidade do outro - mulher - superar a ideologia patriarcal⁴⁴⁴, especialmente no que tange ao direito social ao trabalho. Para tanto, busca-se no Direito e no princípio da fraternidade os elementos teórico para embasar tal análise.

Percebe-se ao longo desses vinte e sete anos de Constituição compromissada com o social, dificuldades de coexistência entre os gêneros oriundos de vertentes caracteristicamente individualistas. Nessa seara o princípio da fraternidade, enquanto princípio jurídico que surge, e se quer sustentar, no ordenamento jurídico brasileiro necessita intercambiar com o Direito. Isso porque o positivismo se impôs como dominante, forjando o método de apreensão do Direito. Em consequência, o Direito foi reduzido ao direito positivo vigente, com teses acopladas a uma racionalidade científica excludente.

A partir da aceitação do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico, o Direito passa a se vincular às questões históricas, axiológicas, econômicas, políticas e culturais novamente, sem a pretensão de ocupar o lugar da verdade. Rompe-se assim, com a realidade histórica de situações de desigualdade e discriminação a que as mulheres estiveram expostas, visão essa perpetuada pela tradição e pela sobrevivência de algumas configurações do masculino.

Na acepção de BAGGIO, o princípio da fraternidade auxilia na realização do projeto da modernidade, que pare ele

[...] não deve ser negada, ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama. Precisamos aprender da história, especialmente da história dos povos que menos conhecemos, e que mais sofreram as

⁴⁴⁴ A ideologia patriarcal se refere inicialmente, conforme FREYRE, na família baseada na união do português e da mulher índia, cujo chefe era o senhor absoluto e sem limites de terras e escravos nos seus domínios. A família consistia numa extensão da vontade do patriarca. Dado o caráter ritual e litúrgico do catolicismo português, agregada a dependência política e econômica do Brasil em relação ao senhor de terras e escravos, o patriarcalismo familiar desenvolveu-se sem limites ou resistências materiais ou simbólicas. O conceito de patriarcado historicizou a dominação masculina em relação às mulheres. FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. 48. ed. São Paulo: Global Editora e Distribuidora LTDA., 2003.

consequências negativas dos limites do projeto moderno. São eles que nos revelam a verdadeira riqueza e a verdadeira miséria do que proclamamos.⁴⁴⁵

O princípio da fraternidade contido no preâmbulo constitucional interpela diretamente o comportamento estatal e individual, responsabilizando ambos pela sorte uns dos outros. Por essa especificação, induz-se a considerar àquele uma das facetas com as quais se manifesta o princípio da dignidade humana. De outro modo, o Direito deixa de ser concebido como ciência autônoma convertida em mero mecanismo de resolução de conflito, onde prevalece a hierarquia das leis como critério seguro.

É o que afirma BRITTO quando defende que as práticas fraternas devem ser efetivadas por representarem uma unidade de conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, “[...] a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida”.⁴⁴⁶

Finalmente, se o princípio da fraternidade é enunciado, primeiramente a partir de uma leitura dogmática da Constituição, sua extensão não se esgota aí. Tanto o direito social ao trabalho quanto a proibição de tratamento diferenciado por questão de gênero estão presentes no ordenamento constitucional brasileiro vigente, e mesmo assim, não alçaram a materialização social concreta desejada. E nessa perspectiva a alusão ao princípio da fraternidade engendra uma multiplicidade de revelações em prol do feminino, ou seja, do reconhecimento do outro, como projeto de hermenêutica constitucional, que é o se passa a analisar.

⁴⁴⁵ BAGGIO, 2008, p. 54.

⁴⁴⁶ BRITTO, Carlos Ayres. Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 98.

2.4 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO PROJETO CONSTITUCIONAL DE RECONHECIMENTO DO OUTRO: A NECESSÁRIA INCLUSÃO DO FEMININO

O capítulo anterior buscou sistematizar o princípio da fraternidade no Direito do Estado Democrático de Direito visando situar as matizes que constituem o ordenamento constitucional brasileiro. Uma vez apresentadas as contribuições daquela em prol de uma autonomia equilibrada do Direito construído democraticamente e da possibilidade da constante atualização dos objetivos sociais introduzidos pela CRFB/1988 na pós-modernidade, procurar-se-á, através do princípio da fraternidade como projeto constitucional de reconhecimento do outro, debater acerca da necessária inclusão do feminino.

Procura-se explicitar que no presente contexto, o outro representa o gênero feminino e para romper as situações de desigualdade e discriminação, prioriza-se o princípio da fraternidade. Enfoca-se, assim, o feminino, sob um dos contextos mais contundentes de opressão que é a negação da fruição do direito social ao trabalho.

A reflexão acerca dos conceitos de fraternidade apresentados, tendo em vista a questão da inclusão do outro, deve ocupar o lugar de um dos temas basilares do Direito na pós-modernidade. O que por si só justifica a referida abordagem do Direito - sob a perspectiva do princípio da fraternidade -, porque o cotidiano, individualista e segregador, difundiu-se, quase que universalmente, como realidade político-institucionalizada. Contudo, paralelo a citado cenário, o princípio da fraternidade, numa perspectiva laica, está se destacando no âmbito da pós-modernidade, estando institucionalizada no âmbito de algumas constituições⁴⁴⁷, como é o caso da CRFB/1988.

⁴⁴⁷ A Constituição de Portugal de 1976, em seu Preâmbulo dispõe acerca do espírito fraterno: “A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo Português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011, p. 09. Da mesma forma a constituição da Índia, de 1949, principia com preâmbulo que proclama que o povo indiano solenemente resolveu constituir o país em uma República Democrática Soberana Socialista Secular, de modo a se assegurar a todos os cidadãos a justiça, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. GODOY,

Mister esclarecer que a palavra Constituição abrange, segundo, BONAVIDES, “[...] toda uma gradação de significados, desde o mais amplo possível - a Constituição em sentido etimológico - até este outro em que a expressão se delimita pelo adjetivo que a qualifica, a saber, a Constituição política, isto é, a Constituição do Estado”.⁴⁴⁸

Referido termo distingue-se, ainda, respectivamente, quanto à sua concepção material e formal. Do ponto de vista material, a Constituição “[...] é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”.⁴⁴⁹ Engloba, enfim, conteúdos básicos referentes à composição e ao funcionamento da ordem política.

Quanto à concepção formal, explica-se que a Constituição contém disposições aparentemente constitucionais, que não são materiais, ou seja, que não se reportam aos pontos cardeais da existência política do Estado, mas que exigem para sua alteração ou supressão um processo diferenciado, solene e complicado.

A Constituição de um Estado, considerada sua lei fundamental, seria, assim, a organização de seus elementos essenciais, ou seja, de normas que regulam a forma de Estados, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício dos poderes, limites, os direitos fundamentais, entre outros. Entretanto, esta é uma das dimensões de uma Constituição por conceitua-la desvinculada do social, quando deve ser concebida a partir de um conjunto de valores e princípios. Isso porque, conforme já advertiu LASSALE, a Constituição é “[...] a soma dos fatores reais do poder que regem o país, sendo essa a real e efetiva, não passando a escrita de uma folha de papel”, dessa forma, não possuiria valor se não estivesse em consonância com a realidade.⁴⁵⁰

Nessa seara, a CRFB/1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, denominada “constituição cidadã”, veio para suprir essa defasagem de desconexão com o social. No entanto, sabe-se que um dos

Arnaldo Sampaio de Moraes. A Constituição da Índia. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 18/8/2015. Também a Constituição Espanhola, de 1978, traz em seu preâmbulo o compromisso para com a justiça, a liberdade a segurança e a promoção do bem. De forma que tais elementos, por si sós, já contribuem para o ideário fraterno de uma maior união entre os povos, com respeito às diferenças a cada um. Disponível em: <http://www.congreso.es>. Acesso em: 18/8/2015.

⁴⁴⁸ BONAVIDES, P., 2013, p. 84.

⁴⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 85.

⁴⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 85.

seus grandes dilemas é a ineficácia na implementação das normas fundamentais sociais e da cultura da igualdade de gêneros. Como afirma BONAVIDES

[...] Contemporaneamente, os direitos sociais básicos, uma vez desatendidos, se tornam os grandes desestabilizadores das Constituições. Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e o aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem numa esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições.⁴⁵¹

Enfim, refletindo acerca da CRFB/1988, vê-se que para falar na (in)efetividade em sua implementação, é necessário conhecer o cenário em que ocorreu sua elaboração. Sobre o assunto assevera SILVA

[...] A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim eu se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI-5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificaram-se, quando no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança. Não desanimaram, ainda desta vez, as forças democráticas. Lançaram a candidatura de Tancredo Neves [...] que concorreria pela via

⁴⁵¹ BONAVIDES, P., 2013, p. 393.

indireta. O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República. [...] Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. [...] Assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que deu sequência às promessas de Tancredo Neves. [...] Aprovada como EC n. 26, em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana. [...] Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte.⁴⁵²

Reconhece-se que a CRFB/1988 constitui-se texto, relativamente, avançado, com inovações sociais e de igualdade de gêneros de relevante importância. Seguiu e incorporou a tradição de Weimar em dar preeminência ao social, sendo basicamente, em muitas das suas dimensões uma Constituição do Estado Social. “[...] Uma coisa é a Constituição do estado liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é antigoverno e antiestado. A segunda, de valores individualistas no Direito e absolutistas no Poder”.⁴⁵³ Com efeito, representa verdadeiro marco na história do Brasil, pois nem todos os países procuraram concretizar os direitos fundamentais sociais e cultura da igualdade de gêneros por meio do constituinte originário.

Sabe-se que a Constituição não pode ser compreendida e interpretada desligada de um conjunto de valores, dos quais a referida tese privilegiou o princípio da fraternidade. Assim, optou-se pelo “princípio da fraternidade como projeto constitucional” para indicar algo mais amplo e mais próximo daquilo que se pretende exprimir. Em razão disso iniciou-se o presente subtítulo conceituando-se Constituição para fins de diferenciá-la de projeto constitucional, de modo a inserir o princípio da fraternidade no âmbito do sistema constitucional, abrindo amplas perspectivas no que tange à inclusão do outro. Isso porque, conforme explica BONAVIDES

⁴⁵² SILVA, J. A., 2010, p. 89.

⁴⁵³ BONAVIDES, P., 2013, p. 383.

[...] O constitucionalismo clássico, reduzindo a Constituição simplesmente a um instrumento jurídico, dava competência aos três órgãos fundamentais da ordem estatal - o Executivo, o Legislativo e o Judiciário - ao mesmo passo que declarava os direitos e as garantias individuais. A Constituição se continha toda no texto, como se fora o livro sagrado da liberdade, a bíblia de uma nova fé democrática, o alcorão dos princípios liberais, tendo por finalidade precípua limitar ou enfrear o exercício do poder. [...] Era a Constituição do Estado liberal, a Constituição folha de papel, a que se reportava sarcasticamente Lassale. Enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a Sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, seno, aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas.⁴⁵⁴

Com base na abstração do disposto na Constituição no constitucionalismo clássico, o aspecto social era facilmente dispensado, de forma a preponderar a dimensão constitucional jurídica. De outro lado, no constitucionalismo social, a dimensão política predominou. Ocorre que longe das extremidades jurídicas ou políticas, um projeto constitucional que privilegie o princípio da fraternidade permite constituir uma fórmula abrangente e flexível tomada pela Constituição frente a pós-modernidade, onde também o Direito não será poupado. A expressão “projeto constitucional” induz a globalidade de forças econômicas, políticas, sociais e jurídicas a que se estabelece a norma suprema, *locus* privilegiado para a obtenção de respostas.

Desde muito, vê-se que a Constituição escrita não atende as exigências da constante evolução social e do próprio Direito. Aquela oferece apenas uma explicação parcial da normatização dos conteúdos da vida individual e coletiva nos aspectos econômicos, políticos, religiosos, entre outros. Assim, o texto constitucional se esvazia de significado, aumentando cada vez mais o hiato entre o indivíduo e o Estado e o resultado logo se faz sentir: ineficácia constitucional.

O princípio da fraternidade como projeto constitucional não se reduz a mera interpretação política de coesão de um aglomerado de

⁴⁵⁴ BONAVIDES, P., 2013, p. 98.

princípios e regras, tampouco surge “fazendo coro” ao pan-principiologismo ou a ampla discricionariedade nas decisões.

Busca a superação dos paradigmas clássicos e modernos que giram em torno dos direitos fundamentais sociais e do gênero - condição essa de possibilidade para o Estado Democrático de Direito. Assim, não dispensa o reconhecimento das forças que atuam e modificam com rapidez o sentido das normas constitucionais, adaptando-as às prementes exigências sociais, conforme aclara BAGGIO

[...] Em nossas sociedades, as transformações dão-se sem que ninguém nos avise, sem que apareçam cartazes e “manuais de instrução”: vemo-nos mergulhados num ambiente diferente daquele onde nascemos e diferentes daquele onde fizemos as opções existenciais mais importantes; os significados das coisas mudam, e a sociedade toma uma orientação diferente, como um grande navio que muda suavemente de rota, enquanto todos prestam atenção em outra coisa.⁴⁵⁵

O princípio da fraternidade permite reconhecer a essência constitucional, fazendo com que seja aceita como justa e legítima, e com que seu conteúdo reflita os anseios e corresponda às necessidades dos indivíduos e do Estado. Observa-se, no entanto, nos dizeres de BONAVIDES, que o avanço social brasileiro em termos de direitos fundamentais sociais e de igualdade de gênero tem sido dificultado em razão das promessas constitucionais “[...] ora aparecerem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remeterem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária que nunca se elabora”.⁴⁵⁶

Corroborando com o problema dessas dificuldades do avanço social brasileiro o fato de com essas omissões constitucionais, a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, bem como a eficácia no que tange à igualdade de homens e mulheres, constituírem pontos propulsores da crise constitucional, constituinte e de inconstitucionalidade brasileira. Referidas crises não se confundem, como explica BONAVIDES, a crise constitucional é “[...] a crise de um determinado ponto da Constituição, bastando removê-lo por meio de

⁴⁵⁵ BAGGIO, A. M., 2009, p. 13.

⁴⁵⁶ BONAVIDES, P., 2013, p. 395.

reforma ou revisão. [...] caso a questão seja mais ampla, faz-se uma nova Constituição”⁴⁵⁷.

Essa possibilidade de remoção da crise através de meios jurídicos - remédios constitucionais - ou por vias excepcionais, como a elaboração de um novo texto, compõe os limites conceituais da crise constitucional. Já a crise constituinte, esta abala profundamente o social, por vezes até enveredando para o caminho da revolução. “[...] Entende-se, não raro, a necessidade de substituir a forma de governo ou a forma de Estado, pois, em nome da legitimidade, há sempre aí um poder ou uma organização social contestada desde os seus fundamentos”⁴⁵⁸.

Esta não representa a crise de uma Constituição, mas sim a crise do próprio poder constituinte, “[...] tem sido aliás, desde as origens do Estado brasileiro a crise que ainda não se resolveu”⁴⁵⁹. Quanto à crise de inconstitucionalidade, passa-se por ela quando no ordenamento formalmente constitucional se perde o senso de proporção entre os fins programáticos, “[...] cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas”⁴⁶⁰. O desequilíbrio resulta na inexequibilidade da Constituição.

Diante do exposto percebe-se que as crises já se fizeram e ainda se fazem sentir no Brasil. Em relação à crise constitucional, vive-se uma utilização intensa do poder de reforma da Constituição no que tange, por exemplo, à produção de Emendas Constitucionais - até então já foram contabilizadas 90 (noventa) Emendas - confundindo-se reforma com aniquilação do modelo constitucional proposto inicialmente mediante

⁴⁵⁷ BONAVIDES, P., 2013, p. 396.

⁴⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 396.

⁴⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 396.

⁴⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 397.

fraude constitucional travestida de mudança.⁴⁶¹

No caso da crise constituinte, há de se observar a predominante instabilidade social brasileira, trata-se de uma crise institucional, por todos os ângulos possíveis, tais como a instituição de uma nova relação entre os Poderes - caso do ativismo judicial -, a inviabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal, e, ainda, o fato de nunca termos realmente possuído uma Assembleia Nacional Constituinte dotada de liberdade e plenitude de poderes. Em relação à crise de inconstitucionalidade, contata-se a penosa, se não impossível, do direito fundamental social ao trabalho para muitas mulheres, bem como a acumulação de contradições insolúveis entre a práxis e a Constituição, perecendo o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁶²

Registra-se que as citadas crises, por atrofiarem o político, implicam em uma ingovernabilidade, no perecimento da ação executiva e “[...] no desenlace da uma doença da legalidade, que torna o Executivo, de fato, demissionário de responsabilidades na administração da crise e, ao mesmo passo, incapaz de evitar a consumação do caos e

⁴⁶¹ No Brasil, a competência para exercício do poder constituinte reformador previsto pela Constituição Federal de 1988 pertence aos membros do Congresso Nacional, ou seja, aos deputados e senadores devidamente eleitos pelo povo, que exercem a função legislativa derivado do Poder legislativo e extraordinariamente também exercem a função reformadora que provem do poder reformador. A reforma constitucional é um gênero do qual são espécies a revisão e a emenda. Em sentido amplo, a reforma da constituição como gênero é o processo técnico de mudança constitucional, seja através de emendas ou de revisão. Diferentemente do que ocorre com o Poder Constituinte Originário, não existe dúvidas doutrinárias quanto a pertinência de cláusulas limitativas do exercício do Poder Reformador, uma vez que o mesmo é um poder instituído, portanto, está sujeito a limitações de forma e de conteúdo. *Idem, ibidem*, p. 206-209.

⁴⁶² *Idem, ibidem*, p. 402.

prevenir a desordem institucional”⁴⁶³, tanto que se observa a falta de políticas públicas.

Também o paradigma neoliberal contribuiu para as mencionadas crises, a partir do discurso da “Análise Econômica do Direito”⁴⁶⁴, implementando, conforme explica ROSA, “[...] um ponto de vista econômico, no trato das questões que eram eminentemente jurídicas”.⁴⁶⁵ Representa, dessa forma, uma ruptura com o modelo hermenêutico tradicional, passando a utilizar a eficiência como valor referência.

A racionalidade dominadora, assim, facilmente observada na implementação constitucional do “princípio da eficiência”, através da Emenda Constitucional n. 19, de 1998⁴⁶⁶, atada aos parâmetros neoliberais da concorrência, produtividade e competitividade e, com aparência de ética universal, disfarça a desigualdade e a discriminação. Neste sentido argumenta ROSA que

[...] dentro da premissa de que o “mercado” é o melhor mecanismo para uma situação “ótima”, o discurso neoliberal estipulou, por suas agências,

⁴⁶³ No Brasil, a competência para exercício do poder constituinte reformador previsto pela Constituição Federal de 1988 pertence aos membros do Congresso Nacional, ou seja, aos deputados e senadores devidamente eleitos pelo povo, que exercem a função legislativa derivado do Poder legislativo e extraordinariamente também exercem a função reformadora que provem do poder reformador. A reforma constitucional é um gênero do qual são espécies a revisão e a emenda. Em sentido amplo, a reforma da constituição como gênero é o processo técnico de mudança constitucional, seja através de emendas ou de revisão. Diferentemente do que ocorre com o Poder Constituinte Originário, não existe dúvidas doutrinárias quanto a pertinência de cláusulas limitativas do exercício do Poder Reformador, uma vez que o mesmo é um poder instituído, portanto, está sujeito a limitações de forma e de conteúdo. p. 403.

⁴⁶⁴ A Análise Econômica do Direito é a denominação de um movimento metodológico que surge nos anos de 1960 – do século passado – na Universidade de Chicago e que “busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito”. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law and Economics. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, p. 19.

⁴⁶⁵ BONAVIDES, P., 2013, p. 19.

⁴⁶⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/8/2015.

uma agenda de políticas centradas no “crescimento econômico”, modelo típico da modernidade. O conceito de desenvolvimento foi re-significado para se juntar crescimento econômico com progresso técnico, via expansão da produção e acumulação privada de riqueza, pelo aumento dos lucros, a cargo dos mais capazes (ricos), com a redução do status dos trabalhadores a consumidores mínimos. A consequência deste receituário se dá pela paulatina diminuição do gasto público social, aceitando-se a desigualdade como saudável, um custo inerente ao sistema. [...] O Direito é assim um meio para atendimento do fim superior do crescimento econômico. É necessário simbolicamente para sustentar a pretensa legitimidade da implementação dos ajustes estruturais mediante reformas constitucionais [...].⁴⁶⁷

Assim, em nome da liberdade, o ser humano passa a representar um mero maximizador do racional e as satisfações são aumentadas na medida em que os comportamentos são alterados em prol da lógica do “custo x benefício” e da realização dos seus próprios interesses, tendo como critério de escolha os incentivos fornecidos pelo ordenamento, traduzidos em normas jurídicas. As questões sociais são circunscritas dentro de limites que não alterem a estabilização econômica.

A dominação é imposta regularmente sobre a vontade do outro nas relações, tornando-as assimétricas. Tal assimetria é mantida, para que a dominação se sustente através do repasse cultural, político, econômico, ideológico e normalizador através do tempo. Este encontra sua gênese nas relações de trabalho, que articuladas com as relações de dominação-subordinação, constituem as estruturas discriminatórias e desiguais da sociedade neoliberal.

Sob a ótica neoliberal, a Constituição é um grande obstáculo ao desenvolvimento econômico, em especial os direitos fundamentais sociais, devido ao seu atributo da indisponibilidade e inalienabilidade, bem como a igualdade de gênero, por ela assegurados uma vez que dificultam a maximização de riquezas e o livre mercado.

⁴⁶⁷ ROSA, A. M., 2009, p. 49-51.

Neste núcleo reside a impossibilidade de flexibilização da dignidade da pessoa humana e neste pensar se insere tanto o direito social ao trabalho, que tem por esteio a inquestionável essencialidade do labor no cotidiano do ser humano, não só a luz da subsistência, mas como realização pessoal, e a necessária inclusão do outro, ou seja, do gênero feminino.

O outro, para DUSSEL, é aquele que rompe com o sistema habitual, ele não é o cotidiano⁴⁶⁸, reside no exterior do sistema, se revela como “[...] o pobre, o oprimido; aquele à beira do caminho, fora do sistema que mostra seu rosto sofredor”⁴⁶⁹. Por isso sua filosofia da libertação se propõe a ir atrás do outro, para romper com o senso comum da “[...] dona de casa como um momento a mais da limpeza e da arte culinária”⁴⁷⁰. Assim, o gênero feminino é tido como um rosto com máscara, como algo que não interpela, pois uma máscara não é o mesmo que um rosto, mas contrariamente, “[...] ela é uma coisa que completa o ambiente, como um móvel que completa a casa. Passa-se junto ao outro se simplesmente se diz: ‘um operário’!, ou ‘um índio’!, ou ‘um negro’!”⁴⁷¹, ao qual acrescenta-se: “uma mulher”!

É no face-a-face que se descobrem muitos dos significados, e esse redescobrimto do gênero feminino passa pelo princípio da fraternidade. “[...] O mundo se abre a partir do ‘outro’; ele é doador de sentido”⁴⁷². No entanto, por estar fora da práxis, o direito do outro acaba por não ser aplicado, ainda que fundamentado materialmente na Constituição. Por isso o outro “é considerado um não-ser”⁴⁷³ e “[...] além do horizonte do ser, o outro é bárbaro (que não é homem para Aristóteles), ou a mulher na sociedade machista (que é castrada para Freud), ou o órfão que nada é e deve aprender tudo (como o Emílio de Rousseau)”⁴⁷⁴.

⁴⁶⁸ Para DUSSEL, a maneira cotidiana se opõe a maneira crítica de enfrentar o mundo. E essa distância vive-se dentro de atitudes, interpretações, modos de produção, , coisas-sentido, produtos que não chamam atenção, porque estamos junto deles desde sempre, desde que vivemos à luz do mundo. Este não chamar a atenção é como uma prisão. [...] Nossa vida por ser “natural” é vivida numa ingenuidade acrítica. DUSSEL, E. D., 1977, p. 38.

⁴⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 48.

⁴⁷⁰ *Idem, ibidem*, p. 48.

⁴⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 49.

⁴⁷² *Idem, ibidem*, p. 49.

⁴⁷³ *Idem, ibidem*, p. 49.

⁴⁷⁴ *Idem, ibidem*, p. 51.

A peculiar tonalidade que a questão da inclusão do outro assume no contexto pós-moderno, fornece ao princípio da fraternidade relevância extrema em conjugação com situações práticas bem definidas de negação do próprio conteúdo daquela. Na cultura patriarcal brasileira prevalece a dicotomia que identifica o gênero masculino como sábio, forte, racional, que agrada a ótica neoliberal, destinado ao espaço público, ao passo que ao gênero feminino são designadas as qualidades de segunda-categoria, subalterno, fraco. Registra-se, exemplificativamente, o pensamento de NIETZSCHE para ilustrar tais estereótipos: “[...] Diz-se que a mulher é profunda - por quê? se nela jamais chegamos ao fundo. A mulher não é nem sequer plana. [...] Quando a mulher possui virtudes masculinas, não há quem resista a ela; quando não possui virtudes masculinas, é ela que não resiste”.⁴⁷⁵

Referida característica patriarcal e preconceituosa ainda se faz presente na sociedade brasileira, ainda que seja objeto constante de críticas, desenvolvida especialmente pelo gênero feminino à luz de suas próprias experiências, evidenciando de forma aguda a falta de eficácia da normativa constitucional

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;⁴⁷⁶

Refletindo-se acerca do âmago constitucional brasileiro e enfocando-se o ser humano, não a partir do modelo eleito como ideal pelo neoliberalismo - gênero masculino -, mas a partir do marginalizado, tece-se uma crítica a tentativas da racionalização e desconsideração do humano e das relações que dele decorrem no cotidiano.

Tomando-se o pensamento dusseliano, vê-se que o gênero feminino não foi reconhecido como outro, mas reconhecido como se fosse o mesmo, por parte do gênero masculino, e negado pelas diferenças. No paradigma pós-moderno, em que se encontram vestígios

⁴⁷⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. O Crepúsculo dos Ídolos ou a Filosofia a Golpes de Martelo. Curitiba/PR: Hemus Editora, 2001, p. 10.

⁴⁷⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/8/2015.

da valorização do individualismo, do cartesiano e do racional da modernidade, lamentavelmente a dominação do gênero feminino perpetua.

Neste sentido explica DUSSEL que a violência contra o outro, mais fraco, se dá “domus”, aquele que domina, uma vez que possuidor. A dominação, assim, origina-se no domínio, ou seja, na posse. “[...] Da posse do espaço geográfico, o domínio se estende à posse das coisas, bichos e gentes”.⁴⁷⁷ O significado de posse se eternizar de geração em geração, compondo uma casta possuidora e dominadora, que exercer uma violência ora explícita, ora simbólica sobre o outro. A representação do gênero feminino perante o homem, a família e a sociedade é entendida como uma redução.

A associação de tal pensamento ao neoliberalismo, imperante no sistema constitucional brasileiro, constata-se a partir da importância dada à propriedade, ao “ter”, transformado em projeto de vida, por vezes, razão única de viver que anima o ser humano em sociedade. Ao penetrar no aludido sistema, passa a se impor a todos, alienando o tido como frágil, fraco, minoria, destituindo-o de história, de cultura, de possibilidades, relegando-o à margem da sociedade.

Nas sociedades de reconhecida modernidade tardia, como é o caso da brasileira, dominadas desde sempre, até por não ter implementado e vivido o Estado Social, ocorreu o impedimento do desenvolvimento de “corpos autônomos”, mantendo-se a negação do outro - sujeitado - e fortalecendo-se o que sujeita. Neste sentido DUSSEL explica que o ethos é “[...] o conjunto estruturado de atitudes que predeterminam a ação”⁴⁷⁸, e assim, o ethos do dominador, “[...] seja imperial individual, ou nacional dependente, gira em torno da mistificação, como costumes ou virtudes imperantes, daquilo que foram vícios nos tempos de sua opressão”.⁴⁷⁹

O que explica que a conduta do gênero masculino não é uma postura individual, mas sim coletiva, e que toda conduta de caráter coletivo está fundamentada, também, na ideia verticalizada e universal de dominação natural do homem sobre o homem. Nessa lógica, os marginalizados, as crianças, os idosos, os pobres, as mulheres, enfim, os dominados, localizar-se-ão sempre no denominador “vencidos”.

⁴⁷⁷ DUSSEL, Enrique Domingo. Filosofia da Libertação na América Latina. 2. ed. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977, p. 7.

⁴⁷⁸ DUSSEL, E. D., 1977, p. 61.

⁴⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 61.

Na perspectiva de impulsionar a inclusão do feminino, surge o princípio da fraternidade como projeto constitucional de reconhecimento do outro, para além do estabelecido na CRFB/1988, enaltecendo suas especificidades sociais e de igualdade de gênero. Representa todos os esforços na aplicação de uma hermenêutica fraterna.

Não se quer propor uma teoria constitucional, mas sim concatenar ideias para que se compreenda a Constituição brasileira e quiçá, constituir elementos que sirvam para impulsionar o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito a partir do rompimento do paradigma do gênero masculino. Isso porque esse se elegeu a si mesmo como único e absoluto, até porque possui meios legalizados e afiançados pela história, pela cultura, pela economia e pela política capazes de subjugar o diferente, ou seja, o outro. É a sua vitória através da redução do outro.

Para que se possa compreender a CRFB/1988 a partir do princípio da fraternidade, busca-se corrigir o descompasso entre aquela escrita e o sistema no qual se quer coloca-la, conforme a clara BONAVIDES

[...] Daqui surge o claro imperativo de colocar a Constituição escrita num sistema: o sistema constitucional, quer dizer, aquele que abrange todas as forças excluídas pelo constitucionalismo ou por este ignoradas, em virtude de visualizar nas Constituições apenas o seu aspecto formal, o seu lado meramente normativo, a juridicidade pura.⁴⁸⁰

Essa inserção não só busca evitar o grave inconveniente das citadas crises como revela-se num desafio para o futuro. A pretensão deve ser de não regredir nunca do nível de fraternidade, na qualidade de princípio jurídico, já adquirido, mas mantê-lo, e, se possível, aprimorá-lo.

Imersa num sistema fraterno, os costumes e os valores vão passando de geração em geração, compondo uma realidade viva e dinâmica em que rompa com o gênero feminino ora “introjetado” ao longo dos anos, ora articulado para ser o novo dominante. A proposta é otimista por propor a falência dos historicismos e politicisms em prol do reconhecimento e convivência com a “outra”.

Para que a CRFB/1988 desenvolva seu “espírito de Constituição”, qual seja, “[...] a morada da justiça, da liberdade, dos

⁴⁸⁰ BONAVIDES, P., 2013, p. 101.

poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania”⁴⁸¹, com a ajuda do princípio da fraternidade, há de se ter em mente que uma coisa é o que se diz da Constituição - material ou formal, escrita ou não-escrita, dogmática ou histórica, popular ou outorgada, rígida, flexível ou semi-rígida -, outra coisa é a sua existência para povo, especialmente no sentido particular.

Nessa perspectiva, entender o Estado Constitucional Brasileiro como projeto de reconhecimento do outro para uma necessária inclusão do feminino, conjuntamente com o ideário do princípio da fraternidade, demonstra que o senso comum de que essa, por figurar do preâmbulo, inicialmente, estabelece uma relação que se limita ao direito constitucional, está equivocado.

Certamente que o constituinte originário, na elaboração da CRFB/1988, incutiu o conceito de princípio da fraternidade ao longo de todo o texto, possibilitando o seu reconhecimento de forma ampla, como aclara LAZZARIN

[...] Além dessa referência no preâmbulo, dispõe a referida Carta no artigo 3º, I, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e para tanto, deverá o Estado brasileiro, conforme incisos II, III e IV, do mesmo dispositivo, garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Além disso, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 170 dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, tendo como princípios, além de outros, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Portanto, através do princípio da solidariedade

⁴⁸¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade – algumas observações sobre o Brasil. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 22/8/2015.

expresso na Carta Constitucional, é possível identificar a ideia de fraternidade.⁴⁸²

O conceito de princípio da fraternidade na Constituição pode ser demonstrado através de elementos como liberdade e igualdade, que à luz daquela, contribuem, com particular relevância, na compreensão dos processos de uma cultura de inclusão. Torna-se, então, fundamental um projeto constitucional que crie tal cultura dentro do espaço geográfico no qual se exerce todo o poder. Assim concebida, coloca inúmeras categorias numa nova dimensão social, política e jurídica, “brotando” como reflexão sobre a realidade concreta. Pode ser efetivado a partir da adoção de sua prática numa rede de estruturas e relações sociais. Aí sim é possível ver transformações do estado de desigualdade e discriminação em que vive a “outra”.

TOSI alerta que “[...] a fraternidade poderá desempenhar um papel político se for capaz de interpretar e transformar o mundo real em que vivemos, mostrando assim um valor heurístico e uma eficácia prática”.⁴⁸³

Ao se destacar a liberdade e a igualdade em detrimento da fraternidade, a modernidade exacerbou aspecto individualistas dos Direitos Humanos, olvidando seu caráter social, refletindo não meramente nos indivíduos e nos grupos ou classes, mas também no outro. De forma que se a liberdade remete ao indivíduo em sua singularidade, e a igualdade abre para uma dimensão social que se mantém no grupo contra outros, “[...] a fraternidade remete a ideia de um outro que não sou eu nem meu grupo social, mas o diferente diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor”.⁴⁸⁴

Ser responsável pelo outro é encarregar-se do gênero feminino que se encontra fora do sistema, o que necessário implica em se expor aos ataques do senso comum e da lógica neoliberal dominante e destruidor da ordem.

⁴⁸² LAZZARIN, Sonilde. O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal de 1988. Revista de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 41, n. 1, p. 92-99, jan/jun 2015. p. 95.

⁴⁸³ TOSI, Giuseppe. A Fraternidade é uma categoria política? In BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 2. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009, p. 58.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 59.

Certamente que quem trabalhar pelo projeto constitucional de reconhecimento do outro pelo viés do princípio da fraternidade será tido, inicialmente, como aniquilador da *pseudo* estabilidade. “[...] O começo de toda ordem nova floresce como corrupção e destruição da ordem antiga. É a lei física, biológica e natural. Nenhum sistema [...] pode dar lugar a outro superior sem morrer em seu próprio processo”.⁴⁸⁵ Contudo, quando algo morre é condição de possibilidade do nascimento do novo. “[...] A destruição da flor dá lugar ao fruto; as dores de parto dão lugar ao filho; [...]”.⁴⁸⁶ Todo momento de passagem é agônico.

Esse é o grande desafio que se impõe na pós-modernidade: a superação de uma lógica racional, individualista em direção ao reconhecimento da diversidade e da reciprocidade. O outro do qual DUSSEL fala não é uma abstração, é antes de tudo o ausente sempre presente, é a afirmação do humano no ser humano, possibilitando, assim, a transformação de um cotidiano desumanizador.

Destaca-se que na Filosofia da Libertação dusseliana o outro deve ser aceito, porém nunca será compreendido. Explica-se: quando se compreende o outro, este torna-se parte do mundo compreensível, e como, tal se abre a possibilidade de instrumentaliza-lo e transformá-lo. Veja

[...] o outro, que não é diferente mas distinto (sempre outro), que tem sua história, sua cultura, sua exterioridade, não foi respeitado; não se lhe permitiu ser o outro. Foi incorporado ao estranho, à totalidade alheia. Totalizar a exterioridade, sistematizar a alteridade, negar o outro como outro é a alienação. Alienar é vender alguém ou algo; é fazê-lo passar a outro possuidor ou proprietário. A alienação de um povo ou indivíduo singular é fazer-lhe perder seu ser ao incorporá-lo como momento, aspecto ou instrumento do ser de outro. A periferia geopolítica mundial, a mulher e o filho são propriedades do centro, do homem e do adulto. Aliena-se o ser do outro ao fazê-lo girar em torno da totalidade alheia.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ DUSSEL, E. D., 1977, p. 67.

⁴⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 67.

⁴⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 58.

Portanto é preciso rever a dialética compreensão/inclusão. Cada ser humano nasce num determinado lugar, o que implica na assimilação da língua e da cultura daquele que faz se tornarem o que se tornam. O ser humano, com efeito, não nasce homem, mulher, negro, branco, criança, adulto. Ele se torna.

Certamente que é impossível renunciar a algumas características natas do ser humano. Mas a identidade se constrói. E não há a necessidade de compreensão do gênero feminino para fins de sua inclusão. Quando a dialética se dá pelo princípio da fraternidade/inclusão, o outro é visto e aceitado como um “não-eu”, o que, necessariamente, não o faz inimigo. Neste sentido, TOSI traz que

[...] A violência nasce da desqualificação do outro, a retirada do outro das suas características humanas, para colocar em evidência os aspectos negativos e, assim, desumanizá-lo. Esse procedimento pode levar até ao aniquilamento do outro, quando este é visto como inimigo absoluto, como no caso extremo do nazismo e da “solução final” para o povo judeu e outros indivíduos e grupos sociais considerados inferiores. Alguns teóricos do “choque de civilizações” tendem a reproduzir esse mecanismo de desqualificação: as civilizações não-ocidentais, especialmente a islâmica, são diferentes, perigosas, inimigas e devem ser combatidas. Todo islâmico é potencialmente um terrorista perigoso.⁴⁸⁸

Observa-se que nas relações estabelecidas no cotidiano, recorre-se muitas vezes, consciente ou inconsciente, a mecanismos de desqualificação. Por conseguinte, esses processos são inseridos e contextualizados ao longo da história, como a caracterização do patriarcado como poder do gênero masculino que encontra sua expressão no fenômeno do machismo. O antagonismo que se estabelece entre o domínio daquele e a opressão do gênero feminino, ainda, pela manifestação de tal fenômeno mesmo entre as mulheres, e pela atribuição de diferentes papéis sociais entre homens e mulheres, não deixa dúvida acerca da exclusão. A “rainha do lar” sucumbe ao homem a quem unicamente cabe ocupar o espaço público.

⁴⁸⁸ TOSI, G., 2009, p. 62.

Em suma, na sociedade patriarcal, ainda que velada ou expressada em diferentes formas, ser do gênero feminino significa não ter as mesmas oportunidades e não ser tão igual em direitos e deveres. Focando-se a questão da mulher, mister lembrar que por anos tem sido rotulada como sinônimo de superficial e sentimental, demonstrando o mito que carrega. Assim, a não-racional é relegada a um nível humano de segunda categoria, reforçando, dessa forma, os valores masculinos como ideais, reforçando o patriarcalismo e o neoliberalismo.

Aduz TOSI que “[...] o homem é o único dos poucos seres vivos - ou talvez o único - que desenvolveu uma altíssima agressividade intra-específica, praticamente desconhecida no mundo natural, embora este seja dominado pela luta pela sobrevivência”.⁴⁸⁹ Vê-se que o homem é diferente dos outros animais, cuja agressividade é determinada por necessidades vitais, de forma a chegar-se a conclusão de que

[...] Não poderíamos afirmar propriamente que o homem é lobo do outro homem, segundo uma máxima latina que Thomas Hobbes tornou famosa: *homo homini lupus*. Na verdade, os lobos não agredem os outros lobos de forma tão generalizada, cruel e violenta como os homens fazem com seus semelhantes.⁴⁹⁰

Questiona-se como superar tal antagonismo? Acredita-se que promovendo o princípio da fraternidade, enquanto projeto constitucional, na qual o outro, ainda que não compreendido, mas reconhecido como diferente não-inimigo, como não-eu, alcançar-se-ia um estado de grande pertença, e tal sentimento é fundamental a condição humana.

A diferença demarcada por atributos pessoais físicos, mentais, psicológicos, morais e/ou culturais em torno do outro, visto com sentimento de inferioridade e depreciação, pela fraternidade, ainda que haja a distinção no seio social, não são mais considerados como fonte de mal-estar.

É imprescindível que a coexistência dos gêneros seja desprovida de mitos, para que possam viver juntamente, na plenitude, sua dignidade humana. Os gêneros não são opostos, mas criações históricas, sociais, políticas e culturais em que os comportamentos são apreendidos através

⁴⁸⁹ TOSI, G., 2009, p. 62.

⁴⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 62.

de um processo de socialização que condiciona o que vem a ser o diferente.

Assim, a justificativa que se apresenta à proposta de se compreender o princípio da fraternidade como um projeto constitucional de reconhecimento do outro reside no contexto do Direito e da democracia dessa passagem da modernidade para a pós-modernidade, fenômeno multidisciplinar que percorre todas as esferas do conhecimento, que em relação àqueles começa a dar seus primeiros passos e exige um novo pensar reflexivo. Sem abandonar o que foi conquistado e aprendido na modernidade, a pós-modernidade vem com a proposta de resgate da essência do ser “humano” juntamente com o social, despontando o referido projeto para a revelação de um Direito mediador e inclusivista, em especial no que tange às questões de gênero.

Ambos, homem e mulher, são antes de tudo, constitutivamente, seres humanos, e como tal são iguais em dignidade, liberdade, possibilidades, excluindo-se assim, qualquer justificativa de desigualdade e discriminação. Corrobora BAGGIO neste sentido, ao afirmar que

[...] Se nos concentrarmos em determinados aspectos muito disseminados - e, de certa forma, dominantes - da situação contemporânea, perceberemos que somos efetivamente interlocutores interagentes numa “comunidade global”, expressão em que o substantivo e o adjetivo se unem de maneira muito instável. De fato, o que se associa à dimensão global não é tanto a realidade da “aldeia” global; a palavra aldeia teria, na verdade, por finalidade indicar uma forma de “pertencimento planetário”, a manutenção de relações, ao mesmo tempo, pessoais e inseridas numa identidade coletiva livremente aceita [...].⁴⁹¹

Referido sentimento de pertencimento planetário passa pela necessária ampliação da perspectiva constitucional, que pelo viés do princípio da fraternidade, visa ajustar o desacerto que há entre a Constituição escrita e a práxis, corroborada pela ausência do Estado, que tem, como consequência, a falta de legitimidade daquela, resultando na dificuldade de se fazer cumprir as promessas da pós-modernidade. Pós-

⁴⁹¹ BAGGIO, A. M., 2009, p. 105.

modernidade essa que se apresenta como “[...] promessa da instituição da mediação, de novas formas de solução de controvérsias, apoiadas na tolerância, na boa-vontade, no reconhecimento da desigualdade, na justiça, na paz”.⁴⁹²

Um dos pilares de sustentação da pós-modernidade, constitui-se, então, no princípio da fraternidade como projeto constitucional de inclusão do gênero feminino. Nessa linha de entendimento, propõe-se que aludido princípio busque o sentido da justiça e que os atores jurídicos enalteçam-no quando da elaboração e aplicação das normas.

Assim, o projeto se faz necessário, primeiramente, por abarcar a hermenêutica constitucional pelo viés do princípio da fraternidade, onde esse auxiliará na compreensão dos processos de mudança da Constituição. Até porque há de se reconhecer que as citadas crises pelas quais se atravessa o sistema constitucional brasileiro - constitucional, constituinte e de inconstitucionalidade - não são propriamente em consequência da CRFB/1988, mas de quem a elabora e aplica - Poderes Legislativo e Judiciário.

Vive-se um momento de enfraquecimento estatal, patrocinado pelo neoliberalismo. Assim, o Direito também passa a exibir as marcas de tal fragilização, uma vez que facilmente o texto constitucional é descumprido ou forçosamente interpretado em detrimento do social, como explica STRECK

[...] Com efeito, para o enfrentamento dos conflitos interindividuais, o Direito e a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) não conseguem atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa. O paradigma (modelo/mo-
do de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos.⁴⁹³

⁴⁹² SILVA, M. M., 2009, p. 138.

⁴⁹³ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, mai/ago/2003. p. 258.

Um segundo aspecto da necessidade do referido projeto constitucional de inclusão do feminino pelo viés do princípio da fraternidade deve-se ao fato de se fazer necessário o abandono do senso comum de leitura da Constituição, de feição liberal-individualista-normativista, para que o “novo” nasça, ou seja, uma leitura forjada a partir do Estado Democrático de Direito. Cria-se, assim, condições de possibilidade para a implementação dos direitos fundamentais sociais. Por tudo isto, a discussão acerca de tal princípio é tarefa que se impõe.

O aludido projeto serve para fins de orientação dessa reforma de leitura e aplicação constitucional para iniciar-se uma cultura de inclusão do gênero feminino. “[...] O Direito, como instituição de igualdade, não pode ser entendido em descompasso com a complexa rede de manifestações culturais da Sociedade”.⁴⁹⁴

Essa ampliação de horizonte dos atores jurídicos não pode ser renunciada, a CRFB/1988 não morreu. “[...] As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil”⁴⁹⁵, onde as promessas contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas.

Ainda, um terceiro aspecto que justifica a necessidade do referido projeto constitucional está em possibilitar que o sistema constitucional brasileiro seja aberto a interações com outras ciências e com a realidade que se apresenta e que se antevê. E aqui se entende como sistema constitucional, explica BONAVIDES, a Constituição propriamente dita, as leis complementares previstas pela Constituição, todas as leis ordinárias que, do ponto de vista material, “[...] se possam julgar constitucionais, embora não estejam no texto da Constituição formal, e a seguir, o conjunto de instituições e poderes [...] - os partidos políticos e correntes de interesses - a chamada Constituição viva ou real”.⁴⁹⁶

Ocorre que a necessidade de se investigarem novas instâncias da consciência cultural da sociedade se dá devido à carência de uma fundamentação de um Direito que interaja, que não se fecha como fim em si mesmo, com a antropologia, a ética, a moral, a psicologia, a política, a sociologia, entre outras ciências, mas também com o dia-a-

⁴⁹⁴ SILVA, M. M., 2009, p. 138.

⁴⁹⁵ STRECK, L., 2003, p. 259.

⁴⁹⁶ BONAVIDES, P., 2013, p. 103.

dia, situando a emergência e configuração do gênero feminino enquanto discurso da pós-modernidade, como aponta SILVA.⁴⁹⁷

Esclarece MAFFESOLI, que integra o pensamento da pós-modernidade, que um dos pontos nucleares de sua teoria a crítica à “razão racionalizante” consiste em se compreender que a compreensão da realidade social se dá com a “razão sensível”, por isso trazer a necessidade de troca do Direito para além de com outras ciências, com a realidade.⁴⁹⁸ O sociólogo traz que

[...] É o corpo social que compõe a partitura, é preciso seguir seu compasso. Minha análise é da mesma ordem: fazendo, bem lentamente, a crítica da razão abstrata, ela procurará, mais vivamente, surpreender a razão interna em ação nos fenômenos sociais, em seguida proporá, em crescendo, abordar a delicada questão da experiência vivida, do senso comum que é a expressão desta, e da temática do sensível, que bem poderia ser a marca da pós-modernidade.⁴⁹⁹

A teoria do primado da razão racionalizante, elaborada pelo pensamento positivista mostrou-se inábil de tornar o Direito instrumento da justiça. O racionalismo, instrumento científico do saber, não explica muitas das dimensões das relações humanas. “[...] Essa razão, considerada pura, mediante o discurso do conhecimento, a priori, mostra-se inócua para examinar a complexa rede de perfis que compõe o ser humano. A razão assim entendida faz apologia da pureza da linguagem, [...] da falácia da verdade formal”⁵⁰⁰.

Dessa forma, ainda que seja importante que o Direito estabeleça trocas com as demais ciências, o ser humano é algo maior do que seu aspecto jurídico, político, social, biológico, religioso e físico. Seus sentimentos, realizações, desejos não são abarcados pela dogmática. Neste sentido, dispõe MAFFESOLI

[...] Com efeito, constata-se cada vez mais, e talvez esteja aí uma das marcas da pós-

⁴⁹⁷ SILVA, M. M., 2009, p. 138.

⁴⁹⁸ MAFFESOLI, Michel. Elogio da Razão Sensível. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 16.

⁴⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 16.

⁵⁰⁰ SILVA, M. M., 2009, p. 139.

modernidade, que não há nenhum domínio que escape ao retorno em massa do afeto: as relações “tribais” que pontuam a vida social, evidentemente, mas, igualmente, o político, as relações culturais, religiosas, de trabalho, tudo isso está mergulhado numa ambiência “erótica” que implica um amplo processo de correspondências e, no sentido forte da palavra, de “implicações” as mais diversas. [...] E é isso, igualmente, o que torna obsoleto o famoso “corte epistemológico”, caro à modernidade. Que seja a desconfiança em relação à sociologia espontânea, as diversas suspeições quanto ao bom senso, o desprezo pela sabedoria popular, são numerosas as modulações de uma separação estrita entre o saber especializado e o conhecimento ordinário, que delimitaram bem a orbe do conhecimento durante os dois séculos escoados.⁵⁰¹

Observa-se que quando imerso em um sistema fechado, o Direito fica suscetível de ser condenado ao autoritarismo, que neutraliza seu significado, devendo, assim, ser contraposto por diálogos multidisciplinares. Neste sentido, o princípio da fraternidade interposto discursivamente, como mediação entre o Direito, o Estado e a sociedade, aparece como instância reveladora de instância muitas vezes ignoradas ou ocultadas. Gera-se assim, um espaço discursivo apto a abrigar enunciações diversas - espaço político - de todos os gêneros.

O quarto aspecto da necessidade da implementação do aludido projeto constitucional se pauta em fornecer legitimidade à Constituição. Explica BONAVIDES que

[...] O problema da legitimidade é basicamente um problema de consenso: pelo menos em se tratando de estabelecer uma ordem democrática e pluralista, onde o consenso aparece como a categoria central, o eixo da normatividade, o liame da juridicidade com a facticidade, o traço de união do constitucional com o real.⁵⁰²

⁵⁰¹ MAFFESOLI, M., 1988, p. 73-74.

⁵⁰² BONAVIDES, P., 2001, p. 215.

Constata-se que a falta de legitimidade de determinada Constituição dá-se pelo hiato presente entre o estabelecido pelo constituinte originário e a vontade da coletividade geral, “[...] representando assim, necessariamente, um enfraquecimento das bases consensuais do poder, com graves reflexos sobre a normatividade dos textos constitucionais”.⁵⁰³

Certamente que o Estado neoliberal patrocina uma visão capitalista da Constituição, consagrando pois, uma visão estática de sua normatividade, aniquilando ideologias sociais indispensáveis à compreensão do próprio conteúdo daquela.

A concepção neoliberal da Lei Maior estabeleceu “[...] uma fronteira entre o Estado e a Sociedade, fazendo dessa separação dogma tão prestigioso e festejado quanto aquele que desmembrou o Estado em três esferas nitidamente distintas, a saber, os chamados três poderes”.⁵⁰⁴

A discussão da questão da falta de legitimidade constitucional no Brasil, a toda evidência, pressupõe a compreensão de um retardamento político na evolução constitucional, de ser a sociedade brasileira ligada a estruturas patriarcais que obstruem a entrada plena do Estado Democrático de Direito, seguida de atrasos na economia em virtude do subdesenvolvimento, inerentes ao sistema capitalista.⁵⁰⁵

Partindo-se do pressuposto de que a CRFB/1988 tanto foi objeto de mudanças, como o é de conservação, hodiernamente, surge o caminho do princípio da fraternidade como opção para reparar o futuro. O culto clássico ao Estado de Direito individualista, cujo paradigma é o gênero masculino, pelo viés daquele princípio abre-se para a concretização da igualdade, para a fundamentação da justiça e legitimação dos poderes estatais dentro de um forma mais apurada de consenso que exige. Obviamente, tanto a participação do gênero masculino quanto do feminino.

A ausência de legitimidade no Brasil se instaurou exatamente pela perda de participação do Estado em relação às expectativas, não só da pós-modernidade. Dessa forma, o projeto constitucional citado vem equilibrar a ausência estatal. Pois se, por um lado tal ausência pode ser facilmente suprida por sistemas com soluções a força, tais como o golpe de Estado, o autoritarismo, a repressão, decretos antidemocráticos, por

⁵⁰³ BONAVIDES, P., 2001, p. 215.

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 216.

⁵⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 217.

outro, o excesso de intervenção o deixa sujeito a arbitrariedades, cujas vítimas são sempre a sociedade e o Direito.⁵⁰⁶

A noção de fraternidade está, pois, indissociavelmente conectada à inclusão, à igualdade de gênero e à realização dos direitos fundamentais sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de “plus” da fraternidade como projeto constitucional de inclusão. Mais do que uma categoria que representa a união de diferentes, faz uma síntese de fases anteriores, onde se verificaram sua ausência, agregando a supressão de lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade de responder aos anseios da pós-modernidade. Corroborava BAGGIO ao afirmar que

[...] É por isso que a categoria da fraternidade interpretada, em primeiro lugar, a relação da comunidade humana universal; porque a fraternidade indica a dignidade equivalente daqueles que são diferentes, ou seja, permite à liberdade e à igualdade que se manifestem ao mesmo tempo.⁵⁰⁷

A essa noção de fraternidade se acopla o conteúdo material e real da Constituição, que assim, abalizam uma mudança do *status quo*. Por isso, referido projeto constitucional representa uma forma privilegiada de interpretar a Lei Maior e instrumentalizar a ação do Estado, e do ser humano, na busca da satisfação do previsto pelo constituinte originário, entendido no seu todo dirigente e compromissário com a igualdade de gênero.

O destino da CRFB/1988, que em muito já avançou em termos de conquista democrática, vai depender em larga parte, para além do Direito e da democracia, do princípio da fraternidade. A sociedade patriarcal e subdesenvolvida em que se insere o aludido diploma legal, carece de um fim na dissimulação da igualdade de gênero. Busca-se de tal modo, com a aplicação do projeto constitucional interpretar e aplicar as normas em conexão com a realidade vivida, fornecendo-lhes conteúdo fático e sentido axiológico.

Conteúdo fático e sentido axiológico que abrem caminhos para que o gênero feminino possa enfrentar com sucesso antigos e atuais “condicionamentos ideológicos”, vindo tal processo de emancipação se

⁵⁰⁶ BONAVIDES, P., 2001, p. 220.

⁵⁰⁷ BAGGIO, A. M., 2009, p. 126.

tornar uma constante. O projeto envolve uma releitura complexa de direitos e garantias para que seus significados sejam apreendidos em conexão com os interesses da sociedade, rompendo com condutas que são passadas historicamente e resultam em fundamentos do existir do gênero feminino, transformando-as em elementos constitucionais não escritos.

O gênero feminino, então é negado, não reconhecido e reduzido à condição de objeto. Com o princípio da fraternidade, certamente que a libertação será tanto do gênero feminino quanto do masculino, uma vez que a superação da dominação, inclui ambos. No projeto constitucional de reconhecimento do outro, qual seja, o gênero feminino, o gênero masculino não padece de exclusão, supõe-se, antes de tudo, a valorização do ser humano e do social em que se inserem.

A dimensão feminina e masculina, presente em cada ser humano, diz respeito a todos. Partindo-se dessa conjuntura, o direito social das mulheres ao trabalho vai se constituindo na medida em que se rompe com a discriminação e desigualdade, que se mostra concretamente, desumanizante. Tal aspecto será o “pano de fundo” para a análise seguinte.

CAPÍTULO 3 - AS RELAÇÕES DE GÊNERO NO CONTEXTO DO DIREITO SOCIAL AO TRABALHO: REFLEXÕES ACERCA DA DISCRIMINAÇÃO E DESIGUALDADE

O estudo das relações de gênero no âmbito do direito social ao trabalho, pode ser considerado, simultaneamente, clássico-moderno e atual, tendo em vista a histórica opressão do gênero feminino e o atual esgotamento do paradigma do gênero masculino. Aludidas relações, ainda que rotineiramente sejam baseadas em construções política, social, econômica e jurídica sutis, que atribuem às mulheres papéis compatíveis à maternidade e ao casamento, restringindo sua participação nos espaços públicos e o gozo de muitos direitos fundamentais sociais, carecem da transformação de valores em prol da vivência do princípio da igualdade.

Ainda que se verifique certa evolução nas discussões sobre igualdade, é na seara do direito social ao trabalho que as questões de igualdade de gênero têm sido mais negligenciadas. Mister, portanto, a análise do quanto o Direito contribui para a construção, o reforço ou a desconstrução de tal realidade.

Sabe-se que a CRFB/1988 estendeu à categoria “igualdade” a qualidade de princípio jurídico, de forma a concebê-la como verdadeiro marco na direção do que seria justo. Referida categoria aparece vinculada à satisfação das necessidades do ser humano, como o direito social ao trabalho, e se mostra como uma forma de proteção e respeito à dignidade dos diferentes gêneros.

A efetivação do direito social das mulheres ao trabalho necessita da aplicação do princípio da igualdade para além da mera positivação no texto constitucional, visando assim, coibir desigualdades e discriminações injustas, bem como contribuir para o reconhecimento das diferenças em franca oposição a concepções igualitárias massificadoras.

Assim, refletir acerca da questão da desigualdade de tratamento em relação aos gêneros, passa pela tensão que sempre existiu entre o texto constitucional proposto e o sentido que alcança a sua aplicação em situações concretas. Isso coloca o Direito diante de vários caminhos e posturas a serem tomadas, todas ligadas, no entanto, às condições de acesso da mulher ao trabalho.

É precisamente a conjugação da desigualdade com a discriminação que define o pensamento dominante acerca do direito social das mulheres ao trabalho no Brasil, ou seja, trata-se de uma cultura jurídica positivista, de inspiração patriarcal e neoliberal que autoriza o discurso da igualdade formal mas não a projeção singular feminina para além da esfera privada.

Assim, tem-se como normal a alocação diferenciada entre homens e mulheres no mercado de trabalho, a chamada divisão sexual de trabalho, onde a base relaciona-se com os papéis sexuais pré-determinados para cada um.

3.1 RELAÇÕES DE GÊNERO: OCUPAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS, PODER E EVOLUÇÃO CONCEITUAL

A temática das relações de gênero no contexto do direito social ao trabalho, em face da complexidade em que está imersa e da multiplicidade de abordagens por ela gerada, requer um recorte específico.

Assim, para fins de análise das históricas causas da opressão das mulheres, quando do seu gozo do direito social ao trabalho, é que se verificará a importância da ocupação dos espaços da vida pública pelo gênero feminino, a relação do gênero com o poder e sua evolução conceitual para além do termo sexo.

Além disso, o estudo do direito social das mulheres ao trabalho exige a verificação da forma como o Direito contribui para a construção, reforço ou desconstrução das relações de gênero, ora baseadas na desigualdade e na discriminação, ora no ideário da paridade estabelecido na CRFB/1988.

Mister analisar algumas concepções acerca da ocupação dos espaços públicos, de poder e da categoria gênero, dentro de uma perspectiva interdisciplinar, em que se privilegia o discurso jurídico, o que permitirá unificar questões aparentemente tão díspares como o gozo do direito social ao trabalho e as dificuldades vivenciadas pelas mulheres.

Justifica-se que somente à luz do direito constitucional não é possível discutir em profundidade todas as implicações e polêmicas existentes em torno da opressão em relação ao gênero feminino, tais como a vivenciada nos processos seletivos, nos planos de cargos e salários, nas revistas íntimas, na maternidade, na busca pela realização pessoal, dentre outras.

Salienta-se que quando da referência ao vocábulo “mulher” ou “gênero feminino” não se utilizará somente o termo “gênero”, como se encontra em muitos casos na doutrina, em razão de não serem sinônimos. Feitas tais considerações passa-se, primeiramente, ao exame

da simbologia da ocupação dos espaços públicos pelas mulheres e suas implicações no direito social ao trabalho.⁵⁰⁸

Nos espaços de interlocução da sociedade com o Estado, verdadeiros centros de poder historicamente dominados por homens, verifica-se uma construção política sutil, que atribui às mulheres papéis compatíveis à maternidade e ao casamento, restringindo sua participação e o gozo de muitos direitos fundamentais sociais. Ainda que se verifique certa evolução nas discussões sobre liberdade, igualdade e fraternidade em relação ao gênero feminino é na seara do direito social ao trabalho que aspectos como a discriminação e a desigualdade tem sido negligenciados.

Sabe-se que a pobreza, a exclusão social e a dificuldade de acesso ao trabalho constituem situações recorrentes para boa parte da população brasileira, no entanto o gênero feminino vivencia uma especial vulnerabilidade em relação a tais questões. Assim, a importância da ocupação dos espaços públicos é explicada por WARAT

[...] A instituição do espaço público permite a constituição de uma forma social democrática na medida em que coloca a lei, o poder, o conhecimento e a personalidade num estado de permanente indeterminação radical. Eles estão sempre postos à prova. Este é o destino do espaço público. [...] O conceito de política referia-se ao que era comum a todos e não ao processo de formação de um corpo independente de profissionais e administradores que tomassem o lugar do espaço público, respaldados por um conjunto de representações idealizantes. Desta forma, a democracia passou a ser uma dimensão simbólica que legitima a ação profissional e

⁵⁰⁸ Em relação à utilização do vocábulo “mulher” como sinônimo do termo “gênero”, esclarece LOUIS que há o senso comum de que “as mulheres são um gênero porque têm um sexo e que o *gênero* implica haver somente o sexo feminino. As mulheres precedem o gênero e o gênero precede as mulheres. O gênero convida à reflexão sobre as diferenças somente em relação às mulheres.” LOUIS, Marie-Victoire. Diga-me: o que significa gênero? Revista do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, vol. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <http://periodicos.unb.br>. Acesso em: 11/6/2015.

administrativa de um conjunto de relações de poder.⁵⁰⁹

Diante do exposto, a emergência de espaços públicos abertos ao gênero masculino e ao feminino que não exerciam funções na esfera da Administração Pública, foi uma das inovações trazidas pelo processo transicional pelo qual passou o Brasil diante da instalação da República. Viu-se emergir uma necessária participação em que os seres humanos passam a ser concebidos como participantes ativos do debate, da negociação e da interlocução.

A partir de tal cenário, verificou-se a associação entre a ocupação do espaço público e o exercício de produção e interpretação do político, do econômico e do jurídico, se revelando aquele, privilegiado espaço de encontro entre a práxis e as teorias.

Na acepção de HABERMAS, os termos “público” e “esfera pública” adquiriram uma pluralidade de significados desde a clara separação que havia na Grécia antiga entre o público e o privado, perdida durante a Idade Média sendo, contudo, recuperada no seu fim com o renascimento comercial e urbano trazido pela burguesia até a atual “[...] colonização do mundo da vida”.⁵¹⁰ Esclarece o filósofo que na esfera pública busca-se desenvolver influências e conquistar o prestígio a exemplo de grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência através de “[...] esferas públicas especiais (por exemplo, a autoridade de membros de igrejas, a notoriedade de literatos e artistas, a reputação de cientistas, o renome de astros do esporte, etc.)”.⁵¹¹

A ação nos espaços públicos, influencia a Política, a democracia e o Direito, interferindo na realidade social dominada pelo gênero masculino, ora sob a forma concreta, ora operando de maneira abstrata e difusa. Exatamente em razão desse caráter abstrato e difuso é que,

⁵⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. A Fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 32, n. 24, set/1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>. Acesso em: 11/6/2015.

⁵¹⁰ O mundo da vida compreende as intersubjetividades dos atores inseridos em situações concretas de vida, constituindo-se no pano de fundo sobre o qual ocorrem as relações humanas. HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública – investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 26.

⁵¹¹ *Idem, ibidem*, p. 95.

muitas vezes, o exercício do poder faz viver a mulher por intermédio do homem.⁵¹²

Entretanto, HABERMAS apresenta uma proposta de solução para libertar a esfera pública de tal dominação. Segundo o autor, para eliminá-la seria necessário tornar público e notório a dinâmica interna das esferas privadas, família patriarcal, por exemplo, que se apossaram da esfera pública com fins manipulatórios e reproduzem seus comportamentos.⁵¹³

Logo, é possível afirmar que os atributos de “refeudalizado e decadente” que o autor dá aos espaços públicos da época do modelo estatal liberal, reafirmaram seu potencial legitimatório, uma vez que a manipulação pelo gênero masculino ainda sobrevive no Estado Democrático de Direito. Corrobora ROPELATO ao explicar como ocorre a ocupação do espaço público

[...] Inúmeras pesquisas sobre o comportamento político individual tem destacado que as pessoas que se envolvem são essencialmente as que ocupam as posições centrais da estratificação social, os círculos mais internos e estáveis, propensos à conservação do status quo. São, em sua maioria, do sexo masculino, dotadas de elevado grau de instrução, pertencentes a classe média, e ao grupo racial majoritário, a maioria reside em centros urbanos, entre meia-idade e terceira idade. Além disso os pressupostos para uma participação eficaz são essencialmente a disponibilidade de bens de natureza econômica e de recursos de cunho cultural, com prestígio e reputação, com o sentido de competência e influência que acarretam.⁵¹⁴

⁵¹² O mundo da vida compreende as intersubjetividades dos atores inseridos em situações concretas de vida, constituindo-se no pano de fundo sobre o qual ocorrem as relações humanas. HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública – investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 96.

⁵¹³ *Idem, ibidem*, p. 244-245.

⁵¹⁴ ROPELATO, Daniela. Notas sobre Participação e Fraternidade. In: BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 90-91.

O que se extrai do disposto é a visão de um círculo fechado, ou seja, quem é do sexo masculino, branco, urbano e possui melhores recursos se envolve e influencia nos processos de decisão com facilidade. Neste cenário se discute de que modo seria possível harmonizar referido modelo estatal disposto na CRFB/1988 e a real participação de homens e mulheres na esfera pública diante de uma práxis em que o homem influencia e toma decisões em nome dos demais seres humanos. O caminho aponta para o Direito como garantidor do processo de ocupação do público e de comunicação por intermédio dos quais os seres humanos possam analisar e debater os temas que tangenciem seus interesses, colaborando ativamente para o seu (im)provimento.

Pode-se afirmar que mecanismos de resistência estão sempre presentes, alcançando com, ora maior, ora menor, êxito na luta por uma presença significativa nos espaços públicos e por uma superação de estigmas por parte do gênero feminino. Deste modo, a participação política e econômica das mulheres tem aumentado, ainda que timidamente, permitindo a denúncia de processos silenciosos de desigualdade e discriminação quando da tentativa da fruição do direito social ao trabalho.⁵¹⁵

A título de exemplo, cita-se a entidade ONU MULHERES que desenvolve conferências e estudos com vistas a acompanhar a igualdade de gêneros, a participação feminina nos espaços públicos e o empoderamento das mulheres. Um dos maiores eventos neste sentido aconteceu em Pequim, em 1995, “Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres”, onde verificou-se que as mulheres, independentemente da classe social, têm menor ascensão profissional, atingem menor número de cargos de direção, recebem salário inferior ao do trabalhador masculino e se submetem a uma relação de dependência econômica. Reivindicou-se, como forma de diminuir estas injustiças e violências, mudanças legislativas.

Por outro lado, constatou-se que nos países onde há avanços legislativos de proteção à mulher, falta a implementação institucional pelo aparelho de Estado, que fragiliza a força normativa das leis reparadoras das desigualdades. O resultado do encontro foi um acordo para trabalhar pela igualdade de gênero e para eliminar a discriminação contra mulheres e meninas em todo o mundo. Referido ajuste foi

⁵¹⁵ ONU MULHERES é uma Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br>. Acesso em: 02/05/2015.

chamado de “Plataforma de Ação de Pequim” e listava 12 pontos prioritários de trabalho, além de ações detalhadas para alcançar seus objetivos estratégicos.⁵¹⁶

Também em 2015 houve o lançamento do relatório global “O Progresso das Mulheres no Mundo 2015-2016: Transformar as economias para realizar direitos”, o qual aponta que, repetidamente, os direitos econômicos e sociais das mulheres são limitados porque elas são forçadas a viver em “um mundo de homens”.⁵¹⁷

Quanto à dinâmica das relações de gênero e poder, ressalta-se que quando as mulheres conseguem adentrar no mercado de trabalho, novas dificuldades são enfrentadas. Ocorre que aquele é um espaço hierarquizado que reflete estruturas desiguais de poder, isso quer dizer que, mesmo que formalmente iguais entre si, o gênero masculino difere quanto ao prestígio, à influência e à capacidade de gerar efeitos políticos e econômicos, fazendo com que, por exemplo, uma decisão ou um projeto de lei, sejam bem ou mal aceitos dependendo do gênero do autor.

A sub-ocupação das mulheres nos espaços públicos tem consequências também no reforço do mito da falta de interesse feminino pela política, pela economia e pelo jurídico - reflexo de serem um dos últimos contingentes da população a adquirirem direitos políticos. Assim, resulta evidente que a questão envolvendo o princípio da igualdade no gozo do direito social ao trabalho e o gênero feminino extrapola os limites da estipulação e aplicação de regras jurídicas no campo normativo para o campo da ocupação dos espaços públicos.

A cultura do patriarcalismo desvirtua a construção social do direito social ao trabalho, da participação política, econômica e jurídica e do poder, além de instituir duas situações: uma visível, que é a chamada igualdade dos gêneros perante a lei; e outra, invisível, que é a efetiva desigualdade. Nessa reconhece-se um conjunto de valores, de crenças e de atitudes, de forma que paira o senso comum de que determinado grupo humano - o dos homens - são legitimados como mais

⁵¹⁶ Da mesma forma, o dia Internacional da Mulher em 2014, marcou o início de um ciclo onde a ONU Mulheres no Brasil e no mundo ficaram envolvidos com estudos acerca de resultados alcançados nos aludidos 12 pontos listados, nos últimos vinte anos. E tais ações foram denominadas de Pequim+20. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br>. Acesso em: 02/05/2015.

⁵¹⁷ ONU MULHERES: Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br>. Acesso em: 02/05/2015.

capazes e dotados de superior inteligência e habilidade para o trabalho em detrimento do grupo das mulheres. Diante de tal cenário RUBIN apresenta o seguinte questionamento

¿Qué es una ama de casa? Una hembra de la especie. Una explicación es tan buena como otra. Sólo se convierte en una criada, una esposa, una esclava, una conejita de Playboy, una prostituta, un dictáfono humano en ciertas relaciones. Aparte de estas relaciones, ya no es el compañero del hombre más que el oro es dinero... etc. Entonces, ¿qué son estas relaciones en las que una mujer se convierte en una mujer oprimida?⁵¹⁸

Assim, falar que a opressão e a domesticação do gênero feminino constitui verdadeira base de exclusão e perpetuação de estereótipos sexistas e de dominação simbólica, conforme expõe BOURDIEU quando afirma que “[...] a visão androcêntrica se impõe como neutra e não tem necessidade de se enunciar, visando sua legitimação”.⁵¹⁹

Dessa forma, a ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica, tendendo a ratificar a dominação masculina na qual se funda: “[...] é a divisão social do trabalho, distribuição muito restrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu lugar, seu momento, seus instrumentos [...]”.⁵²⁰

Certo é que a simbologia impregna e domina a sociedade, fornecendo-lhes esquemas cognitivos, e que inclusive ressalta a contribuição lamentável de muitas mulheres para a produção da discriminação e da desigualdade em relação ao gênero feminino, ainda que em muitos casos seus comportamentos ocorram aquém da

⁵¹⁸ Tradução livre: “O que é uma mulher do lar? Uma fêmea da espécie. Uma explicação é tão boa quanto a outra. Ela só se transforma numa criada, numa esposa, numa escrava, numa coelhinha da *Playboy*, numa prostituta, num ditafone humano dentro de determinadas relações. Apartada dessas relações, ela já não é a companheira do homem mais do que o ouro é dinheiro... etc. O que são, então, essas relações pelas quais uma mulher se transforma numa mulher oprimida”. RUBIN, Gayle. *El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo*. Revista de Ciencias Sociales Nueva Antropología, Ciudad Universitaria México, n. 20, nov/1986. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 02/05/2015.

⁵¹⁹ BOURDIEU, Pierre. A Dominação Masculina. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 15.

⁵²⁰ *Idem, ibidem*, p. 15.

consciência, que exclui a possibilidade de se pensar em cumplicidade feminina.

Em contraposição, o direito social ao trabalho tem no princípio da igualdade seu alicerce. Convém lembrar que é comum os seres humanos serem encarados através de suas funções no discurso, ou seja, as pessoas são as posições que ocupam, e penetrando-se na questão das relações de gênero, vê-se que o interesse sobre referido direito possui um substrato histórico relacionado com o poder. Daí a CRFB/1988 dispor, como já foi dito, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Contudo, em países que, por muito tempo, conservaram grupos sociais em condições de inferioridade, faz-se necessário muito mais do que a previsão legal da igualdade.

Do intento de concretização da igualdade substancial, advém o tratamento desigual dado aos aparentemente iguais, para fins de preservação da equidade de oportunidades, encargos e privilégios, também denominado de discriminação positiva, tais como, licença-gestação para a mulher, com duração superior à da licença-paternidade (art. 7º, incisos XVIII e XIX); incentivo ao trabalho da mulher, mediante normas protetoras (art. 7º, inciso XX); e prazo mais curto para a aposentadoria por tempo de serviço da mulher (art. 40, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”; art. 202, incisos I, II, III e §1º).⁵²¹

A apreciação das tensões entre o gênero e o poder a muito se relacionam e aquela vem se intensificando no âmbito mundial e latino-americano por conta do aumento, ainda que tímido em muitos segmentos, da presença feminina no mercado de trabalho, o que tenciona a dicotomia “homem provedor” e a “mulher cuidadora”. Isso porque, como esclarece FOUCAULT, o poder pode ser verificado e compreendido em inúmeras manifestações de correlação de forças centralizadas no controle e na opressão, onde sugere um dominador e um dominado e

[...] não é algo que se adquire, arrebate ou compartilhe, algo que se guarde ou deixe escapar; o poder se exerce a partir de números pontos e em meio a relações desiguais e móveis; que as relações de poder não se encontram em posição de exterioridade com respeito a outros tipos de relações (processos econômicos, relações de conhecimentos, relações sexuais), mas lhe são

⁵²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/08/2015.

iminentes; são os efeitos imediato das partilhas, desigualdades e desequilíbrio que se produzem nas mesmas e, reciprocamente, são as condições internas destas diferenciações.⁵²²

Com efeito, o direito social ao trabalho desencadeou uma verdadeira revolução, responsável pela legitimação dos modelos de Estado e de sociedade que surgiram após a queda do Absolutismo Monárquico, no qual o poder se concentrava apenas nas mãos do clero e da nobreza e o direito de trabalhar era um privilégio concedido pelo rei.⁵²³ Contudo, com a ascensão da burguesia, deu-se origem ao Estado Liberal, e este se baseou no individualismo contratualista e na supremacia do trabalho.

O trabalho e o poder que dele decorre são elementos fundamentais para a compreensão da sociedade, das normas, da política e da formação dos grupos sociais. Referidos elementos se comportam como símbolos que passam a demonstrar a disposição dos indivíduos na malha social.

FOUCAULT explica que as relações de poder, historicamente desenvolvidas na sociedade, demonstram a ideologia de organização da vida social. E a partir do momento que se tomou como referencial o corpo do indivíduo para se contextualizar aludidas relações, o controle da sociedade sobre o indivíduo não se operou apenas sobre a “[...] consciência ou ideologia, mas começou no corpo. Foi no biológico, no somático, no corporal que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo estabeleceu-se como uma realidade biopolítica”⁵²⁴.

Observa-se que a origem do poder, para FOUCAULT, tinha o corpo como objeto de grande privilégio para análise e preocupação, tanto que descreve em detalhes como poderia ser feito o controle sobre os indivíduos em uma prisão, ou seja, qual a arquitetura ideal para se obter o melhor controle possível e exercer, assim, o poder sobre os detentos

⁵²² FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade: A vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 89.

⁵²³ *Idem, ibidem*, p. 89-90.

⁵²⁴ Biopolítica é o termo utilizado por FOUCAULT para designar a forma na qual as relações de poder se modificaram, no final do século XIX e início do século XX, em razão das práticas disciplinares aplicadas aos indivíduos com o fim de os tornarem dóceis. FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 82.

O princípio é: na periferia, uma construção em anel; no centro, uma torre; esta possui grandes janelas que se abrem para a parte interior do anel. A construção periférica é dividida em celas, cada uma ocupando toda a largura da construção. Estas celas têm duas janelas: uma abrindo-se para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, dando para o exterior, permite que a luz atravessasse a cela de um lado a outro. Basta então colocar um vigia na torre central e em cada cela trancafiar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um estudante. Devido ao efeito de contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se na luminosidade, as pequenas silhuetas prisioneiras nas celas da periferia. Em suma, inverte-se o princípio da masmorra; a luz e o olhar de um vigia captam melhor que o escuro que, no fundo, protegia [...].⁵²⁵

Vê-se que a arquitetura das instituições, incrementada pelo olhar hierárquico sobre os indivíduos encarcerados, permite traçar um paralelo em relação à forma como estão estruturadas as relações de gênero, poder e gozo dos direitos sociais na sociedade brasileira: mesmo a CRFB/1988 trazendo em seu bojo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, persiste o tratamento desigual entre os sexos.

Registra-se que a biopolítica, possibilitou que o biológico ingressasse na política. Assim, para FOUCAULT, a sociedade moderna se constituiu em uma rede de instituições disciplinares: a escola, a fábrica, a caserna, dentre outras, nas quais os seres humanos ficaram imersos em práticas disciplinares, firmados sobre um modelo carceral, de modo a se modificarem e agirem de forma dócil - a produção social da docilidade por meio das tecnologias do poder.⁵²⁶

Neste sentido SOUTO MAIOR demonstra a atitude dos detentores dos meios de produção em relação à mulher, no sistema capitalista que surgia após o advento da Revolução Industrial, também firmados no referido modelo arquitetônico

Voltando a paz, regressando ao lar os soldados de ontem, ocorreu um fenômeno grave e curioso. A

⁵²⁵ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 101-102.

⁵²⁶ *Idem, ibidem*, p. 110.

mulher, pela sua debilidade física, foi considerada trabalhador de categoria secundária, por isso mal remunerado. Pela má remuneração, ela se via obrigada a trabalhar além de suas forças para ganhar mais. E porque, impelida pelas inadiáveis e urgentes necessidades de sua família, se curvara às posições dessa concorrência em busca de emprego, os empresários lhe ofereciam pouco salário. Criava-se um círculo vicioso ameaçador, que punha em risco a integridade física e a saúde em geral da mulher, mãe dos operários de amanhã.⁵²⁷

Nessa perspectiva, dentro de tais instituições, que passaram a formar a sociedade moderna, vê-se que o poder emanava não somente do Estado mas também, e precisamente, dos homens que detinham o acesso à participação e à decisão na elaboração de normas, de políticas e do trabalho. O poder masculino atravessou todas as relações sociais e traduziu-se em estruturas hierarquizadas e em senso comum.

Foi a partir do momento em que o corpo passou a se transformar em alvo privilegiado do poder (concepção da biopolítica), que se definiu o normal em contraposição àquilo que lhe é oposto, e os “anormais” passaram a serem considerados “exceção”. Se o normal é o “falocêntrico, o feminino representa a anormalidade”⁵²⁸. Pelo viés da inclusão social, o termo “anormalidade” é utilizado estrategicamente para auxiliar a identidade de determinado grupo, pois a relação de exceção é uma relação de “bando”. “[...] Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida, direito, interno e externo se confundem.”⁵²⁹

Mister observar, ainda, que a teoria da biopolítica também é apresentada por ARENDT, na obra “A Condição Humana”, na qual explica a progressiva importância que o “animal laborens” ocupa na

⁵²⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de direito do trabalho: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008, p. 355.

⁵²⁸ BADINTER, Elizabeth. XY: sobre a identidade masculina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 8.

⁵²⁹ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o Poder Soberano e a Vida Nua. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 36.

sociedade, e por assim dizer, no vértice das relações de poder, ganhando, com isto, o espaço público.⁵³⁰

Ocorre que a continuidade do “estado de exceção” do exercício do direito social ao trabalho por questão de gênero não pode ser admitido diante do Estado Democrático de Direito. Um Estado nunca será democrático ou de Direito se os indivíduos forem tratados desigualmente, de forma que privilégios a grupos em detrimento de outros em razão de sexo, raça, cor, origem, crença religiosa e idade, macula os valores e princípios previstos na CRFB/1988.

Dessa forma, uma breve análise das alterações das concepções que se tem do Direito e da categoria gênero se fazem necessários em razão do enlace que estabelecem com as condições existenciais da sociedade, objetivando demonstrar que o discurso jurídico contido na CRFB/1988 privilegiou a instituição de uma nova ordem em relação ao gênero no Brasil: a da igualdade material e não meramente formal.

Ressalta-se que o Direito foi uma das ciências que mais tardiamente apropriou-se da categoria gênero, assim como da própria inclusão da 'mulher' como categoria analítica. A trajetória, costumeiramente cautelosa do Direito e o domínio por determinadas perspectivas de abordagem, retardaram significativamente o avanço das discussões sobre gênero.

Grande parte desse retardo se deveu ao caráter universal atribuído ao sujeito de direito, representado pela categoria 'homem'. Acreditava-se que, “[...] ao falar dos homens, as mulheres estariam sendo, igualmente contempladas, o que não correspondia à realidade”.⁵³¹

Entretanto, tanto a igualdade de gênero quanto o direito social ao trabalho, ambos positivados na CRFB/1988, na práxis refletem a fragilização do modelo estatal em que se vive. Corroborando STRECK quando afirma que

Penso podermos afirmar que, se de um lado o capitalismo já não padece do temor da contestação social, os executivos já não têm pejo de violar as Constituições e de violentar as exigências de harmonia entre os Poderes. A América Latina tem sido profusa e generosa em exemplos... O

⁵³⁰ ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 79-81.

⁵³¹ FOX-GENOVESE, Elizabeth. Cultura e consciência na história intelectual das mulheres europeias. The journal of women in culture and society by the University of Chicago, Chicago, vol. 12, n. 31, 1987.

desconforto provocado por essa crise coloca os estudiosos do Direito sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzem à produção de justiça material, no mínimo a uma reeticização do Direito.⁵³²

Com efeito, ainda que voltado para enfrentar e solucionar os conflitos de gênero, o Direito, a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) e a hermenêutica não conseguem oferecer respostas suficientemente satisfatórias às crescentes demandas geradas pela inefetividade do exercício do direito social ao trabalho. Dessa forma, os microsistemas clamam por novas posturas. Por tudo isso, a discussão acerca do papel do princípio da fraternidade, exposto no segundo capítulo de forma multifacetária - como princípio jurídico, como valor e como viés da hermenêutica - para fins de influência do Direito do Estado Democrático de Direito é tarefa que se impõe.

As diversas percepções do Direito no decorrer dos séculos se deram em razão das apropriações que dele fizeram as teorias jurídicas dominantes em determinados períodos e regiões, assim, o Direito já foi apreendido como fenômeno vinculado à entidade divina - jusnaturalismo -; foi concebido como produto da razão; como conjunto de valores morais consagrados na sociedade; como normas positivadas; como normas de sentido comunitário (pluralismo jurídico); ou, ainda, identificado com o que vem a ser justo para determinada sociedade, dentre outras concepções.

HART explica que no estudo histórico das sociedades poucas perguntas causaram tamanha polêmica e foram tão debatidas como a pergunta “O que é o Direito?”, *in verbis*:

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta “qué es derecho? [...] No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas “qué es química?” o “qué es medicina?”, como la hay para responder a la pregunta “qué es

⁵³² STRECK, L., 2003, p. 259.

derecho?⁵³³

Observa-se que o ideário do que vem a ser o Direito é desenhado segundo as transformações política, econômica e social que se impuseram desde a independência da vontade divina, até a síntese dos valores indicativos de justiça no âmbito da coletividade.

Para KANT o Direito está atrelado a uma coação recíproca universal à liberdade de cada um, ou seja, apenas como possibilidade de constrição do arbítrio de cada um, por todos, mutuamente, nos termos de uma lei universal da liberdade

[...] Assim como o Direito em geral só tem por objeto o que é externo nas ações, o direito estrito, a saber, aquele que não está mesclado com nada ético, exige apenas os fundamentos externos de determinação do arbítrio. Pois então ele é puro e não se confunde com as prescrições da virtude. Apenas o completamente externo, portanto, pode ser denominado um direito estrito (restrito). Ele se fundamenta, de fato, na consciência da obrigação de cada um perante a lei [...].⁵³⁴

Constata-se que, na definição do aludido filósofo, o Direito é vinculado à relação externa entre os indivíduos e o arbítrio estabelecidos entre ambos. Para KELSEN, a compreensão de Direito difere da concepção do direito natural, da metafísica, da moral e da política, definindo-o como “[...] uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. Entende, assim, o Direito enquanto ordem coativa que difere das demais ordens sociais no instante que concebe a aplicação de uma coação.⁵³⁵

⁵³³ Tradução livre: “Poucas questões relativas à sociedade humana têm sido formuladas com tanta persistência e respondidas por pensadores sérios de maneira tão diversa, estranha e até mesmo paradoxal, como a pergunta ‘o que é o direito?’. Não há uma literatura tão vasta e dedicada a responder as perguntas ‘o que é química?’ ou ‘o que é medicina?’, como há para responder a pergunta ‘o que é direito?’.” HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de Derecho. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 1.

⁵³⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 232.

⁵³⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5.

Já na acepção de HART, o Direito é conceituado como um modelo complexo de regras primárias e secundárias, as quais as primeiras, também compreendidas como de obrigação, “[...] são aquelas que impõem deveres ou abstenções a certos atos. Já as regras secundárias são as que estabelecem poderes e podem ser de três tipos: regras de reconhecimento, regras de alteração e regras de julgamento”. A aceitação das regras de reconhecimento, alteração e julgamento como padrões comuns de comportamento, bem como sua obediência representam condições de existência do sistema jurídico e demonstram a existência de uma normatividade social.⁵³⁶

Ainda, segundo BOBBIO,

[...] pode-se dizer que direito e dever são como o verso e o reverso de uma mesma moeda. Mas qual é o verso e qual é o reverso? Depende da posição com que olhamos a moeda. [...] “Direito” é uma figura deôntica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por “existência” deve entender-se tanto o mero fato exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. A figura do direito tem como correlato a figura da obrigação. Assim como não existe pai sem filho e vice-versa, também não existe direito sem obrigação e vice-versa.⁵³⁷

Vê-se que a concepção de Direito proposto pelo referido filósofo possui como pressuposto principal a tomada de consciência de que aquele é uma linguagem que se traduz em um conjunto de regras de comportamento expressas em proposições normativas que relacionam-se com obrigações.

Por fim, estudos desenvolvidos por REALE, trazem que o Direito é “[...] a vinculação bilateral atributiva da conduta para a realização ordenada dos valores de convivência”.⁵³⁸ E através de sua teoria

⁵³⁶ HART, H. L. A. 2011, p. 15-18.

⁵³⁷ BOBBIO, N., 2004, p. 29-38.

⁵³⁸ REALE, M., 2002, p. 617.

tridimensional, o define englobando três aspectos ao mesmo tempo inseparáveis e distintos entre si: o axiológico - valor de justiça -, o fático - afetividade social e histórica - e o normativo - o ordenamento, o dever-ser.

Assim, para REALE “[...] O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três saberes que não podem ser separados um dos outros”.⁵³⁹ Consta-se que o Direito não é abstrato, mas imerso num cotidiano complexo de valores, sentimentos e expectativas.

Todavia, a referência aos conceitos apresentados não implica em aceitar a existência de um conceito de Direito monolítico. Tais concepções foram trazidas a fim de se observar o aprimoramento que os conceitos de Direito foram adquirindo, preocupados em romper com uma herança conceitual tradicional, colocando-o diante de valores morais, culturais e sociais, tendo ora como base a razão, ora a sensibilidade, e hodiernamente, a fraternidade e a solidariedade (direitos de 3ª dimensão) para fins de inclusão e de justiça. De tal modo, apoiando-se num Direito que carrega no seu âmago a realização dos direitos fundamentais sociais é que parte-se para a análise das relações de gêneros vinculada ao direito social ao trabalho.

Quanto à categoria gênero, esta representa uma conquista recente para a área do Direito, como explica MONTEIRO,

[...] a perspectiva de gênero é o ponto de encontro de várias disciplinas (antropologia, linguística, psicologia, sociologia, direito, entre outras), no interior do qual vão se forjando novos conceitos e instrumentos de análise que contribuem para a edificação de um campo discursivo autônomo, o campo dos “estudos de gênero”.⁵⁴⁰

Neste sentido, diante do exposto e no que se refere à evolução do conceito de gênero, constata-se que a partir da análise das relações sociais, feministas da década de sessenta (Betty Friedan, Linda Nochlin, Adalzira Bittencourt, Rose Marie Muraro, entre outras) impuseram uma distinção entre sexo e gênero que a sociologia resultou em incorporá-los,

⁵³⁹ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 121

⁵⁴⁰ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. Construção Jurídica das Relações de Gênero: o Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 10.

trazendo que enquanto o termo sexo é uma condição prescrita biologicamente ao indivíduo, a categoria gênero é uma identidade socialmente construída a qual os indivíduos se conformam em maior ou menor grau.⁵⁴¹

Corroborar BELEZA ao contrapor o conceito de sexo ao de gênero quando aduz

[...] a distinção mais usual entre sexo e gênero, sexo é um conceito referido à biologia, descrito como qualidade natural conotada com uma forma de reprodução sexuada, própria de muitas espécies de seres vivos. Na espécie humana, distingue os homens das mulheres [...] o conceito de gênero corresponderia à construção social e cultural, historicamente contingente de formas de comportamento e de identidade que são atribuídas como apropriadas a pessoas de cada um dos dois sexos reconhecidos pelo Direito. O gênero pode ser descrito como uma característica das pessoas (ainda que cultural e não biológica), como um sistema de relacionamento social que vai buscar chão definitivo ao ‘pretexto’ sexual (biológico), ou ainda acentuando o seu traço de representação simbólica de dominação (desigualdade).⁵⁴²

Também SAFFIOTI explica que o sexo pertencia, inicialmente, apenas à esfera ontológica orgânica, mas à medida que a vida orgânica ia se tornando mais complexa, acrescentou-se sua conotação à cultura. “[...] Os hominídeos desceram das árvores, houve mutações e a cultura foi se desenvolvendo. É pertinente supor-se que, desde o início deste processo, foram sendo construídas representações do feminino e do

⁵⁴¹ Destaca-se aqui, dentre outras feministas, Gayle Rubin, antropóloga que representa verdadeiro marco nos estudos sobre gênero que desenvolveu uma teoria sobre a opressão das mulheres; e Joan Scott, historiadora que esquematizou uma nova forma de se pensar o gênero para além de um mero instrumento descritivo, e chama a atenção para a necessidade de se pensar na linguagem, nos símbolos, nas instituições e sair do pensamento dual que recai no binômio homem/mulher, masculino/feminino. *Idem, ibidem*, p. 17.

⁵⁴² BELEZA, Teresa Pizarro. Direito das Mulheres e da Igualdade Social: a Construção Jurídica das Relações de Gênero. Coimbra: Almedina, 2010, p. 63.

masculino”.⁵⁴³ Constitui-se, dessa forma, o gênero “[...] a diferença sexual, antes apenas existente na esfera ontológica orgânica, passa a ganhar um significado, passa a constituir uma importante referência para a articulação das relações de poder”.⁵⁴⁴

Em suma, a categoria gênero, apesar de muito relacionada ao sexo, não pode com ele ser confundido, mas sim construído socialmente. Permite ser apreendido como um processo, um conjunto de ações sociais que tendem a se reproduzir segundo uma lógica própria e determinada no interior das instituições sociais como na família, na escola, no trabalho e na igreja. Neste segmento, SCOTT elucida que

Através dos séculos, as pessoas utilizaram de modo figurado [gênero] para evocar os traços de caráter ou os traços sexuais. [...] Mais recentemente, as feministas começaram a utilizar a palavra “gênero” mais seriamente, num sentido mais literal, como uma maneira de se referir à organização social da relação entre os sexos. A palavra indicava uma rejeição do determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”.⁵⁴⁵

Portanto, observa-se que o termo gênero passou por algumas equivocadas associações no decorrer dos anos, ora sinônimo do termo sexo, ora do termo mulher, ora sugerindo o binômio mulher/homem, como se o estudo sobre um implicasse, necessariamente, o estudo do outro. Vê-se o entendimento de que as mulheres estavam atreladas ao “mundo” dos homens e seu estudo isolado não era importante.

O uso do gênero para designar as relações sociais entre os sexos, de forma a rejeitar explicações biológicas para algumas formas de subordinação feminina, tais como a força muscular superior identificada nos homens, por exemplo, auxiliava na definição dos papéis adequados aos homens e às mulheres. Neste sentido, o gênero seria “[...] uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado”.⁵⁴⁶

⁵⁴³ SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 72.

⁵⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 73.

⁵⁴⁵ SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Revista Educação e Realidade, Porto Alegre, vol. 20, n. 2, p. 71-99, jul/dez 1995. p. 71.

⁵⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 73-75.

As associações ao gênero, acima expostas, se referiram apenas as áreas que envolviam a relação entre os sexos, não abarcando ainda, assuntos como o trabalho. Isso tem como efeito “[...] a adesão a uma certa visão funcionalista, fundamentada, em última análise, na biologia e na perpetuação da ideia de esferas separadas na escrita da história, da política, da família, das mulheres e dos homens”.⁵⁴⁷ Na verdade, no seu uso descritivo, manteve-se a crença de que o gênero era um conceito associado ao estudo de coisas relativas às mulheres, até que se começaram a empregar esforços no desenvolvimento de pesquisas de gênero e mudaram a história da participação das mulheres.⁵⁴⁸

SCOTT aponta que referidas abordagens teóricas dividiam-se em três, basicamente,

A primeira, uma tentativa inteiramente feminina, empenha-se em explicar as origens do patriarcado. A segunda se situa no interior de uma tradição marxista e busca um compromisso com as críticas feministas. A terceira, fundamentalmente dividida entre o pós-estruturalismo francês e as teorias anglo-americanas de relação do objeto, se inspira nas diferentes escolas de psicanálise para explicar a produção e a reprodução da identidade de gênero do sujeito.⁵⁴⁹

A partir das teorias acima citadas, constata-se que a questão está longe de ser pacífica. Assim, diante da falta de um conceito único de gênero, importante se faz a apresentação do que se discute dentre as principais teorias a respeito do tema.

Dessa forma, para as teóricas do patriarcado a explicação para a subordinação das mulheres reside na “[...] necessidade masculina de dominar as mulheres em razão do desejo masculino de transcender sua alienação em relação aos meios de reprodução da espécie”, bem como na “objetificação sexual”. Introduziu-se o termo “patriarcado” para distinguir as forças que mantêm o sexismo de outras forças sociais, como o capitalismo. Aduzem que as mulheres são distinguidas pelo corpo de maneiras socialmente distintas dos homens, podendo corresponder ao fato de que as mulheres sejam apreendidas como o

⁵⁴⁷ SCOTT, J. W., 1995, p. 75-76.

⁵⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 75-76.

⁵⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 77.

outro dos homens e que essa alteridade seja definida pela oposição entre corpo e razão.

A crítica à objetificação das mulheres passa, assim, pelo fato de que o feminino, como oposição binária ao masculino seja perfilado a partir do olhar masculino, sem que isso implique reciprocidade de análise do homem. A relação constitutiva entre sexualidade e dominação é consolidada na esfera das relações pessoais e íntimas *pari passu* com as divisões que organizam a vida pública, as normas e as instituições.⁵⁵⁰

Contudo, embora apresentem uma análise interna ao sistema de gênero, afirmando sua primazia na organização social, não demonstram a relação existente entre a desigualdade de gênero e outras desigualdades. Também se registra que a análise das teóricas do patriarcado baseiam seus estudos nas diferenças físicas, como se fossem universais e imutáveis, “[...] quer a dominação tome a forma da apropriação do trabalho reprodutivo da mulher pelo homem, quer tome a forma da objetificação sexual das mulheres pelos homens”. Assim, ressalta-se que quando uma teoria se baseia na variável única da diferença física, ela apresenta um falso resultado de significado permanente da categoria gênero, desconsiderando sua construção social e cultural.⁵⁵¹

Por outro lado, as feministas marxistas direcionam suas críticas para a história quando contextualizam o termo gênero e sua errônea relação reduzida ao termo “mulher”. Explicam que “[...] famílias, lares e sexualidade são produtos de modos cambiantes de produção”, tendo em vista que o patriarcado e o capitalismo são sistemas em constante interação. Ocorre que os sistemas gênero e economia (abarcando aqui a tema do trabalho) “[...] operam simultaneamente para reproduzirem as estruturas socioeconômicas e as de dominação masculina na ordem social particular”. As historiadoras defendiam a causalidade do contexto econômico com o gênero, e incluíram a necessidade de se estudar a estruturação psíquica da identidade de gênero. Entretanto, no interior do marxismo, o conceito daquele foi tratado como um sub-produto de estruturas econômicas e sociais, não possuindo um *status* próprio.⁵⁵²

⁵⁵⁰ SCOTT aponta como principais teóricas do patriarcado a filósofa e feminista Mary O’Brien e a advogada e feminista Catherine Alice MacKinnon. SCOTT, J. W., 1995, p. 77-78.

⁵⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 78.

⁵⁵² A economista e feminista Heidi Hartmann e a historiadora Joan Kelly são trazidas por SCOTT como principais teóricas do movimento das feministas marxistas. *Idem, ibidem*, p. 78-80.

Sobre tal teoria, RUBIN aponta que

[...] no es nada sorprendente que haya habido muchos intentos de aplicar el análisis marxista a la cuestión de las mujeres. Hay muchas maneras de hacerlo. Se ha sostenido que las mujeres son una reserva de fuerza de trabajo para el capitalismo, que los salarios generalmente más bajos de las mujeres proporcionan plusvalía extra al patrón capitalista, que las mujeres sirven a los fines del consumismo capitalista em sus papeles de administradoras del consumo familiar, etc. [...]. Como em general son mujeres quienes hacen el trabajo domestico, se ha observado que és a través de la reproducción de la fuerza de trabajo que las mujeres se articulan em el nexo de la plusvalía que es el *sine que non* del capitalismo.⁵⁵³

Dessa forma, na análise marxista, o capitalismo representa uma série de relações sociais, nas quais a produção visa a transformar o dinheiro, as coisas e o próprio gênero, masculino ou feminino, em capital. Contudo, explicar a utilidade do trabalho das mulheres para o capitalismo não esclarece a gênese da desigualdade e da discriminação. É exatamente neste ponto que a teoria marxista diz muito pouco sobre gênero.

Por fim, as teorias pós-estruturalistas, ou teoria de relação de objeto, que se inspiram nas diferentes escolas de psicanálise - campo clínico de investigação teórica da psique humana - para explicar a

⁵⁵³ Tradução livre: “[...] não é de surpreender que tenha havido inúmeras tentativas de aplicar a análise marxista à questão das mulheres e trabalho. Há muitas maneiras de fazer isso. Já se disse que as mulheres são uma força de trabalho de reserva para o capitalismo, que os baixos salários que em geral recebem propiciam uma mais-valia extra para o empregador capitalista, que servem ao consumismo da sociedade capitalista em seu papel de administradoras do consumo familiar, e assim por diante. [...] Dado que em geral cabe às mulheres fazer o trabalho doméstico, já se observou que é através da reprodução da força de trabalho doméstico que as mulheres se inserem no circuito da mais-valia, que é condição *sine qua non* do capitalismo”. RUBIN, Gayle. El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo. Revista de Ciencias Sociales Nueva Antropología, Ciudad Universitaria México, n. 20, nov/1986. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 02/05/2015.

produção e a reprodução da identidade do termo gênero - Escola Anglo-Americana e a Escola Francesa -, preocuparam-se com o estudo e definição de gênero sob o enfoque da criação da identidade do ser humano. Também consideraram importante o estudo do inconsciente como fator decisivo daquela. Centradas nas primeiras etapas do desenvolvimento da criança para encontrarem traços sobre a formação e identidade do gênero, as teóricas enfatizaram a influência das experiências concretas e vividas e da fala aliada a sistemas de significações.⁵⁵⁴

No entanto, as teorias de relações de objetos “[...] baseiam a produção de identidade de gênero e a gênese da transformação em estruturas de interação relativamente pequenas e limitadas por ficarem adstritas à esfera familiar”. Portanto, não relacionam gênero com a desigualdade existente em outros meios sociais como na política e na economia, bem como não apresentam as origens das razões pelas quais se verificam a divisão sexual de trabalho (no seio da família, por exemplo, onde ao pai cabe trabalhar fora e à mãe cuidar da educação das crianças, servir ao pai e dedicar-se aos afazeres domésticos) e a persistente associação entre a masculinidade e o poder.⁵⁵⁵

As teorias anteriormente apresentadas, como a do patriarcado, a de tradição marxista e as anglo-americanas de relação do objeto atraíram inúmeros profissionais e ativistas feministas, das mais variadas ciências, tais como a história, a filosofia, a psicologia e a medicina, seja por endossarem dados científicos com base em observações gerais, seja porque ofereceram bases para uma formulação do conceito de gênero dissociado do termo mulher.

Entretanto é entre as décadas de 1980 e 1990 que se passa a falar “categoria gênero” se afastando da teoria estruturalista, como explica RAGO

[...] Passamos, então, a perceber o deslocamento que se operava de uma forma de pensamento “arborescente”, “pivotante”, fundado no privilégio do sujeito e, portanto, construído a partir da lógica da identidade, para as possibilidades de um pensamento relacional e diferencial, ou “rizomático”. [...] Mulher e Homem, Criança, ou

⁵⁵⁴ A socialista e psicanalista feminista Nancy Chodorow e a filósofa e psicóloga Carol Giligan são assinaladas como principais teóricas da abordagem psicanálise e gênero. SCOTT J. W., 1995, p. 80.

⁵⁵⁵ SCOTT J. W., 1995, p. 81.

Trabalhadora, Prostituta, Louca, neste sentido, deveriam deixar de ser pensados como naturezas biologicamente determinadas, aspecto que se observa em todas as outras construções de identidade.⁵⁵⁶

Hodiernamente, a categoria gênero permitiu, portanto, sexualizar as experiências humanas, alertando para as narrativas por vezes extremamente dessexualizadora, pois embora se reconheça que o sexo faz parte constitutiva de nossas experiências, raramente este é incorporado enquanto dimensão analítica.

O viés sexual é pouco pensado e problematizado nas pesquisas sobre gênero segundo RAGO, desconsiderando-se, do mesmo modo, determinadas extensões das relações sociais emocionais, psíquicas, intuitivas, sentimentais e afetivas, empobrece a experiência humana. Para tanto, a historiadora explica que o gênero permite nomear e esclarecer aspectos da vida humana tal qual a história retratada abaixo

[...] O gênero tornou-se um instrumento valioso de análise que permite nomear e esclarecer aspectos da vida humana com que vínhamos trabalhando, impulsionados pela pressão dos próprios documentos históricos. Para esclarecer, cito um exemplo em minha experiência de pesquisa. Tendo encontrado romances femininos que falavam da prostituição já nos anos vinte em São Paulo, observei as diferenças de interpretação do fenômeno pelo olhar masculino e pelo feminino. Ao contrário dos romances masculinos, em que as prostitutas morrem ou se regeneram indo viver no campo, a exemplo de Naná, de Emile Zola, ou Lucíola, de José de Alencar, Laura Villares, em *Vertigem*, romance de 1926, leva sua heroína, que se prostitui em São Paulo e em Buenos Aires, ao ser recusada pelo noivo na cidadezinha do interior, a tornar-se rica e independente em Paris. A cena final do romance se passa às margens do Sena, onde ela circula alegremente, bonita e feliz. Encontrando-se com o antigo noivo, que a

⁵⁵⁶ RAGO, Margareth. Descobrimos historicamente o gênero. Revista Cadernos Pagu, Campinas, n. 11, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 8/5/2015.

convida para jantar, e ela responde perguntando-lhe por sua esposa. Ao desvencilhar-se do pretendente, pensa consigo mesma que havia escapado da situação de estar no lugar daquela, presa num quarto de hotel, enquanto o marido seduzia outras mulheres. Sorri satisfeita consigo mesma. A prostituição, neste imaginário, está associada à ideia da liberação feminina. [...] Apesar do romantismo e da ingenuidade desta leitura, foi-se tornando claro que as mulheres têm leituras do mundo bastante diferenciadas das dos homens, que agenciam o espaço de outra maneira, que o recortam a partir de uma perspectiva particular e que não tínhamos até então instrumentos conceituais para nos reportarmos a essas diferenciações.⁵⁵⁷

À exemplo do conto citado, vê-se uma grande evolução abrir novos espaços e discussões não concebidas outrora pelo gênero masculino. O estabelecimento de um pacto ético e fraterno entre homens e mulheres contribui para própria construção de um ser humano menos fragmentado entre um lado supostamente masculino, ativo e racional e, de outro, feminino, passivo e emocional. “[...] A superação da lógica binária contida na proposta da análise relacional do gênero, nessa direção, é fundamental para que se construa um novo olhar aberto às diferenças”.⁵⁵⁸

Assim, apresentada uma breve evolução do termo “gênero” para além do termo “sexo”, passa-se a exhibir alguns conceitos atuais daquele, dentre os quais se destaca o de BELEZA para quem o gênero pode ser descrito como uma “[...] característica das pessoas ou um sistema de relacionamento social que vai buscar um chão definitório ao pretexto sexual, ou ainda acentua o seu traço de representação simbólica de dominação (desigualdade)”.⁵⁵⁹

Observa-se que o conceito de gênero transcende o de sexo, abarcando questões sociais e culturais que envolvem comportamentos e identidades maiores do que o tradicional “rosa para meninas” e “azul para meninos”.

⁵⁵⁷ RAGO, M., 1998.

⁵⁵⁸ *Idem, ibidem.*

⁵⁵⁹ BELEZA, T. P., 2010, p. 63.

Na acepção de SCOTT, a definição de gênero envolve duas partes que se inter-relacionam mas devem ser analiticamente diferenciadas como se vê: “[...] (1) o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder”.⁵⁶⁰ Dessa forma, as relações sociais e o poder se inter-relacionam sempre, mas de diferentes formas a depender dos símbolos disponíveis para determinada região e em determinado momento da história, “[...] Eva e Maria como símbolos da mulher para a religião cristã ocidental, por exemplo [...]”. Há de se considerar também as interpretações religiosas, jurídicas, políticas e sociais que se tem dos símbolos, bem como da construção da identidade de cada um pois, os indivíduos ao passarem por um processo de enculturação, tem a sexualidade biológica transformada de certa forma.⁵⁶¹

SCOTT discorre sobre as significações de gênero e de sua relação com o poder por ambos serem construídos reciprocamente, ou seja, “[...] o poder se exerce sobre o gênero como forma de domínio político; por isso na base de regimes totalitários ou ditatoriais as relações de gênero são estreitamente codificadas e vigiadas”.⁵⁶² Dessa forma, ainda que sem justificativa, nos regimes de exceção, os discriminados sexualmente são controlados e confinados a uma moral estrita. Constata-se algo a mais do que discriminação, desigualdade ou desejo masculino de controle. Portanto, compreender as relações de poder em uma democracia passa pelo processo de construção da liberdade, da igualdade e da fraternidade de gênero.

Corroborar MONTEIRO neste sentido ao dispor que o termo gênero abrange

[...] um conceito-liame que permite relacionar os diferentes processos e instituições sociais como atuando numa engrenagem social de reprodução de uma ordem de gênero. O gênero deve também ser apreendido como um processo, um conjunto de ações sociais que tendem a se reproduzir segundo uma lógica própria e de uma maneira determinada. O gênero, enfim é, uma prática social, que envolve comportamentos coletivamente determinados, engendrados e

⁵⁶⁰ BELEZA, T. P., 2010, p. 86.

⁵⁶¹ SCOTT, J. W., 1995, p. 87.

⁵⁶² *Idem, ibidem*, p. 86.

reproduzidos no interior das instituições sociais, como a família, a escola ou a igreja.⁵⁶³

Se para o citado autor o conceito de gênero é central, ganhando uma colossal importância para a compreensão das relações entre mulheres e homens, assim como para o próprio questionamento do que se compreende por homem e mulher, a abordagem de SAFFIOTI, no entanto, demonstra que o conceito é muito mais vasto do que isso.

Na acepção de SAFFIOTI, as teorias anteriormente apresentadas, limitam o conceito de gênero em razão de serem recentes enquanto que aquele acompanha os indivíduos desde a criação do mundo. Assim, define a categoria como “[...] uma representação que produz e reproduz diferenças por meio da classificação dos indivíduos pelo sexo, os quais exigem abordagens específicas para sua análise”.⁵⁶⁴ Para a autora a concepção de gênero se situa na esfera social, diferente do conceito de sexo, posicionado no plano biológico.

Por fim, RUBIN define gênero como “[...] o conjunto de arranjos através dos quais uma sociedade transforma a sexualidade biológica em produto da atividade humana”.⁵⁶⁵ Observa-se dessa forma, que a compreensão da categoria de gênero auxilia na apreensão das imagens que se tem do masculino e do feminino em relação ao direito social ao trabalho, além da maneira pela qual o Estado e a sociedade articulam essas representações de acordo com seus interesses.

Certamente que a construção do gênero perante o direito social ao trabalho se dá em muitos formatos e variações históricas e geográficas, mas é fato que os sistemas de organização social e acesso aos direitos sociais ainda se dividem em dois grandes grupos: o dos homens e o dos que constituem os microssistemas, ou sejam as mulheres, as crianças, os idosos, os deficientes, entre outros.

A questão do acesso ao trabalho por parte do gênero feminino é muitas vezes compreendida como um assunto de mulheres, mais especificamente de feministas, ou relacionado a certas profissões tidas como tipicamente femininas, tais como empregada doméstica, babá, manicure, cozinheira, enfermeira, em especial ligadas à função de

⁵⁶³ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. Construção Jurídica das Relações de Gênero: o Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 18.

⁵⁶⁴ SAFFIOTI, H., 2004, p. 132.

⁵⁶⁵ RUBIN, G., 1986, p. 2.

cuidadora. Referida postura representa um desafio teórico na pós-modernidade.

Teóricas feministas brasileiras, tais como RAGO e SWAIN, observam que o gênero feminino é trabalhado na pós-modernidade a partir da “[...] lógica da identidade e que não dá conta de pensar a diferença”.⁵⁶⁶ SWAIN, que analisa a sexualidade nos estudos sobre gênero, propõe, “[...] tendo em vista a divisão binária do humano a partir das construções baseadas sobre o sexo, uma alteração do conceito de gênero para *heterogênero*, para fins de dar conta da ambiguidade da sexualidade”.⁵⁶⁷

Isso porque, tanto a concepção de gênero pelo viés unicamente sexual ou a do ideário de identidade única entre as mulheres - seja por raça, por etnia, entre outras classificações -, quanto a evidência do sexo biológico demarcado pelo feminino e pelo masculino como divisão do social, foram superados pelo reconhecimento da existência de múltiplas identidades femininas e pelo abandono do paradigma da heterossexualidade. É o que explica LAURETIS quando aduz que o gênero não pode incluir as mulheres sem nomeá-las, nem ignorar as diversas conexões sexuais pois,

[...] é a representação da qual não se pode negar as implicações reais e concretas no social e o subjetivo compondo a vida material dos indivíduos. Ao contrário. A representação de gênero é sua construção e em certo sentido pode-se dizer que a cultura e a arte no ocidente são as marcas da história desta construção. [...] Assim, e se tentássemos aprofundar o que de fato dá à heterossexualidade o selo de normalidade? O sexo biológico determina verdadeiramente uma relação natural?⁵⁶⁸

Ocorre que ao se adotar um perfil pré-determinado pela sociedade, assume-se tal existência e o reproduz, ou seja, o esquema binário do masculino e do feminino, bem como as relações de poder e

⁵⁶⁶ RAGO, M., 1998, p.24.

⁵⁶⁷ SWAIN, Tânia Navarro. Para além do binário: os *queers* e o heterogênero. Revista Gênero, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 1, p. 87-97, 2001. p. 93-94.

⁵⁶⁸ LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.). Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 3.

de superioridade que dele decorrem. O gênero feminino perde seu poder de inserção quando se instalam no gênero masculino os valores morais dominantes, se reproduzindo uma rede sutil de discursos acerca de papéis pré-definidos.

Desse modo, no caso das mulheres, corresponder às normativas de gênero e de sexualidade seria: 1) obedecer aos padrões de feminilidade de seu contexto sócio-histórico-cultural e 2) serem heterossexuais, monogâmicas, especialmente dentro da instituição do casamento. Estariam assim no topo da hierarquia dos corpos generificados e sexuados.⁵⁶⁹

Dessa forma, para refletir sobre a perda do poder de inserção do gênero feminino e as hierarquias no modo de organização de nossa sociedade, deve se levar em conta diferenças como: classe socioeconômica, nível de escolaridade, raça/etnia, orientação sexual, geração, dentre outras.

Assim, debate-se agora a etimologia da palavra “gênero” quando inserido no contexto do direito social ao trabalho. De fato, aquele vai além do masculino adotado como obrigatório na seara do direito social ao trabalho, mas o desafio do gênero feminino passa, necessariamente, pela resposta ao seguinte questionamento: Até que ponto o direito social das mulheres ao trabalho, ainda caracterizado por desigualdade e discriminação, pode ser efetivado à luz de uma nova relacionalidade com o princípio da fraternidade?

Os sistemas de interpretação do político, do social e do jurídico constituem verdadeira teia de construção das relações no mundo devido às significações do que é real e do que é ilusório. Sabe-se que nada no Direito é dotado do “selo da verdade” de forma que tudo é questionável. O gênero, enquanto categoria de análise do direito social ao trabalho, propõe uma transformação de valores. Não se trata de querer sugerir apenas a juridicização de tal relação porque novamente se cairia em uma perspectiva atomizante onde o Direito produziria um conjunto de categorias abstratas que se distanciariam dos conflitos e antagonismos reais.

⁵⁶⁹ PINAFI, Tânia, et al. Tecnologias de gênero e as lógicas de aprisionamento. *Revista Bagoas*, Rio Grande do Norte, vol. 5, n. 6, 2011. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br>. Acesso em: 05/06/2015.

O presente capítulo se propôs a estudar as dimensões da ocupação dos espaços públicos pelo gênero feminino, a simbologia do poder no contexto do direito social ao trabalho e os problemas causados pelas errôneas associações ao seu significado de gênero. A partir do exposto, pode-se constatar o real e o idealizado pelo constituinte originário na CRFB/1988 quando da disposição acerca do princípio da igualdade diante das relações de gênero no direito social ao trabalho.

Subjacente ao positivado de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, busca-se a ruptura da pretensão hegemônica, pois não se pode deixar de mencionar que a cultura jurídica dominante - marcada pelo legalismo liberal - atua, por vezes, como legitimador da atual dominação do gênero masculino, mantendo um compromisso com a vigência do *status quo*.

Neste debate, o princípio da fraternidade, aliada à igualdade, tem peso considerável por apresenta-se como capaz de sanar os efeitos perversos da lógica da exclusão, estabelecendo verdadeira “ponte de diálogos” entre o gênero feminino e o exercício do direito fundamental social ao trabalho. Afirmar que tal direito deve ser gozado na sua plenitude por ambos os gêneros é um discurso que merece uma interpretação pelo viés do sentimento de pertencimento recíproco entre os atores políticos, econômico, sociais e jurídicos. Implica por em prática relações de partilha e de comprometimento com o outro, ou seja, exercitar o disposto pelo princípio da igualdade. É o que se passa a examinar agora.

3.2 A ANÁLISE DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA IGUALDADE E O GÊNERO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A igualdade na condição de princípio, resultou na extensão da eficácia, dentro do ordenamento jurídico. Corroborando REALE ao trazê-lo como verdade ou juízo fundamental que serve de “[...] alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.⁵⁷⁰

Assim o princípio jurídico da igualdade constitui-se em norma que irradia sobre as demais, compondo-lhes o espírito apregoado pela CRFB/1988, qual seja, do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, expõe ROCHA

⁵⁷⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

[...] Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.⁵⁷¹

Veja-se, portanto, que o princípio jurídico da igualdade tem sede explícita no Direito brasileiro, destarte, por estar presente na CRFB/1988, caracteriza-se como norma supraconstitucional, direito e garantia, para o qual as demais normas se submetem. Aludido preceito constitucional não é algo incomum, pois semelhante norma fez-se presente em outros textos constitucionais⁵⁷² que dirigem o ordenamento jurídico dos Estados Modernos. Tanto que SILVA já afirmava “[...] porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”⁵⁷³, logo, o fim igualitário à muito já era buscado. Todavia, o desafio reside na relação entre as categorias “iguais” e “iguais perante a lei”. Daí a igualdade poder ser compreendida tanto sob o ponto de vista material quanto formal.

Oportuno destacara que o disposto no artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão evidenciou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direitos. “[...] Daí firmar a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de

⁵⁷¹ ROCHA, Cármen Lúcia. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990, p. 118.

⁵⁷² Devido às revoluções burguesas, especialmente a Revolução Francesa “estabelecem-se as Cartas Constitucionais, que se opõem ao processo de normas difusas e indiscriminadas da sociedade feudal e às normas arbitrárias do regime monárquico ditatorial, anunciando uma relação jurídica centralizada, o chamado Estado de Direito. Este surge para estabelecer direitos iguais a todos os homens, ainda que perante a lei, e acenar com o fim da desigualdade a que os homens sempre foram relegados. Assim, diante da lei, todos os homens passaram a ser considerados iguais, pela primeira vez na história da humanidade. Esse fato foi proclamado principalmente pelas constituições francesa e norte americana, e reorganizado e ratificado, após a II Guerra Mundial, pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a Declaração Universal Dos Direitos do Homem (1948)”. COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é Cidadania. São Paulo: Braziliense, 1993, p. 17.

⁵⁷³ SILVA, J. A., 2010, p. 195.

classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada numa visão individualista⁵⁷⁴, fruto de uma sociedade liberal.

Neste sentido, as constituições brasileiras, desde o Império, registraram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, “[...] enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos”⁵⁷⁵.

Constata-se que na CRFB/1988, a apreensão do artigo 5º, *caput*, não deve ser assim tão limitada. O intérprete há de aferi-lo com outras normas constitucionais, principalmente, com as exigências da justiça social, com os objetivos da ordem econômica e da ordem social.

A instauração da noção de igualdade na esfera constitucional, ainda que no âmbito formal, foi um dos aspectos que propiciou a modernização das relações sociais. Contudo, não propugnou a adoção de determinados comportamentos concretos para por termo nas diferenças verificadas quando do gozo de bens e direitos.

É neste contexto que se distingue a igualdade material da formal. Quanto à igualdade material, esta se refere ao tratamento uniforme e equânime que deve ser conferido a todos os seres humanos, de forma que as oportunidades devem ser ofertadas igualmente aos diferentes gêneros, alcançando-se a equiparação daqueles em todos os aspectos, inclusive jurídico. Referido diploma legal traz em seu bojo inúmeras disposições que estabelecem normas programáticas que visam diminuir as desigualdades, tais como

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

[...]

⁵⁷⁴ SILVA, J. A., 2010, p. 214.

⁵⁷⁵ O sentido da expressão “igualdade perante a lei” é de que tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. Para o legislador, significa que ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte, a aquinhoa-las ou gravá-las em proporção às suas adversidades. [...] O executor da lei já está, necessariamente, obrigado à aplica-la de acordo com os critérios constantes da própria lei. SILVA, J. A., 2010, p. 215-216.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Ainda que humanitária, tal modelo de igualdade, em que pese ter avançado, está longe de ser vivido na sociedade brasileira. Entretanto, não se pode aceita-la como noção abstrata ou utópica, ainda que por muito tempo tenha sido reproduzido o dogma que bastava sua inclusão na Constituição para concebê-la como efetivada.

Registra-se que tal modalidade de igualdade caracteriza-se pela dinamicidade pois a realidade social afeta a noção que se tem tanto de Direito quanto de justiça. E é neste cenário que se discutem mecanismos e se reivindicam ações com o objetivo de fomentar e promover a participação do gênero feminino no mercado de trabalho, ou seja, concedendo o efetivo gozo do direito social ao trabalho aos que somente juridicamente são iguais.

Quanto à igualdade formal, vê-se que sua disposição na CRFB/1988 como um direito fundamental, se contrapõe a um dever negativo empreendido ao Estado e aos particulares, qual seja, a obrigação de não discriminar. Assim, diante de um cotidiano de inequívoca desigualdade de tratamento em relação às mulheres, constata-se que uma igualdade puramente formal pode representar, contraditoriamente, a consagração de injustiças. Na mesma esteira, comenta BONAVIDES que “[...] a igualdade formal encobre, na realidade, sob o seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato - econômicas, sociais, políticas e pessoais”.⁵⁷⁶

Num breve recorte histórico, tem-se que a juridicização da igualdade, derivada da ética cristã onde a imagem e semelhança perante Deus foi traduzida em lei, assinalou a recriminação social. Conforme explica FERREIRA FILHO, antes da juridicização daquela, no *Ancien Régime*⁵⁷⁷, na França, que se pode adotar como referência, os indivíduos eram distinguidos de acordo com a condição jurídica de que gozavam.

⁵⁷⁶ BONAVIDES, P., 2007, p. 59.

⁵⁷⁷ O Antigo Regime, em língua francesa *Ancien Régime*, refere-se originalmente ao sistema social e político aristocrático estabelecido na França. Trata-se principalmente de um regime centralizado e absolutista, em que o poder era concentrado nas mãos do rei.

Os que estavam submetidos ao direito comum faziam parte do terceiro Estado - o povo. Contudo, para os componentes do segundo Estado, existiam muitos privilégios, assim como para os que compunham o primeiro Estado - o clero. Este e a nobreza diferenciavam-se, e muito, do povo.⁵⁷⁸

Pode-se dividir, basicamente, a evolução da igualdade, observando-se, inicialmente, o predomínio da desigualdade, após a igualdade legal, em que todos são iguais perante a lei, e, por fim, a concepção do tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais. No entanto, para SILVA

[...] Uma posição, dita realista, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-lo como criaturas iguais, pois, em cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens. Não fosse assim, não seriam seres da mesma espécie. A igualdade aqui se revela na própria identidade de essência dos membros da espécie. Isso não exclui a possibilidade de inúmeras desigualdades entre eles. Mas são desigualdades fenomênicas: naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc. [...] O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver.⁵⁷⁹

Assim, em sua fase embrionária, muito antes de sua conversão em princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, o direito de igualdade surgiu como antítese aos privilégios, exaltando a dignidade humana e atribuindo ao Estado o dever de editar normas gerais e impessoais, firmadas em pressupostos de aptidões intelectuais e de mérito, requisitos únicos para fins de distribuição de bens e vantagens.

⁵⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

⁵⁷⁹ SILVA, J. A., 2010, p. 213.

Assim, a sociedade de privilégios transmutou-se, pelo menos no plano formal, em sociedade meritocrática.⁵⁸⁰

Entretanto, nada mais enganoso do que a ligação do atributo do desempenho à igualdade quando diluída nas discussões de gênero num cenário neoliberal. Na realidade a igualdade atribuída, de acordo com a meritocracia, refere-se a uma ideologia que embasa a hierarquização social até hoje. Apresenta-se como “[...] um conjunto de valores que postula que as posições dos indivíduos na sociedade devem ser consequência do mérito de cada um”, critério perseguido, do ponto de vista histórico, desde a Revolução Francesa, como afirma BARBOSA.⁵⁸¹

No entanto, se a princípio, vê-se na meritocracia um sistema sedutor por impedir a proliferação de privilégios decorrentes da hereditariedade, posição social ou fator econômico, alerta-se para as múltiplas interpretações acerca do critério de avaliação de desempenho, do que realmente entre no seu cômputo, do que sejam talento e esforço, “[...] de quais são as origens das desigualdades naturais, da relação entre responsabilidade individual e social, da existência de igualdade de oportunidade para todos, da possibilidade de mensuração individual, entre outros”.⁵⁸² Assim, de tradicional instrumento de luta contra a desigualdade de gênero transformou-se em critério discriminador.

Foi o Estado Social que reconheceu que o princípio da igualdade necessitava ser “[...] compreendido e aplicado de forma diversa, de sorte que pudessem ser tratadas diversamente as pessoas de acordo com a desigualdade na qual se encontrem em relação aos bens da vida”⁵⁸³. Referido modelo estatal abandonou a perspectiva absenteísta a passou a atuar de forma ativa nas relações sociais, o que provocou um alargamento do entendimento de igualdade, trazendo a diferenciação entre a igualdade formal e a material acima exposta.

Tal modelo estatal trouxe uma nova concepção de liberdade, na qual o que consistia o “[...] centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica era indubitavelmente o princípio da igualdade”.⁵⁸⁴ Com efeito, através dele era materializada a verdadeira

⁵⁸⁰ FERREIRA FILHO, M. G., 2009, p. 110.

⁵⁸¹ BARBOSA, Livia. Igualdade e Meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas. 4 ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas Editora, 2008, p. 22.

⁵⁸² *Idem, ibidem*, p. 22.

⁵⁸³ BONAVIDES, P., 2007, p. 61.

⁵⁸⁴ *Idem, ibidem*, p. 388.

liberdade. Seria por meio dessa e da igualdade que giraria “[...] toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo”.⁵⁸⁵ O Estado que até então deveria respeitar e se manter distante de muitas áreas da vida do indivíduo, cedeu lugar ao interventor, de forma que a constituição se tornara um pacto de garantia social.

Contudo, o Estado Social não foi capaz de superar o contrassenso da igualdade política frente à desigualdade social. Nesta senda, como explica SILVA, foi com o advento do Estado Democrático de Direito que o princípio da igualdade alcançou uma feição mais promissora considerando-se

[...] a concepção do Estado Democrático de Direito como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.⁵⁸⁶

Portanto, a construção de uma igualdade com direito às diferenças é uma marca de “Estado de justiça material” do Estado Democrático de Direito. Salienta-se que a CRFB/1988 busca a aproximação entre a igualdade formal e a material por não se limitar ao mero enunciado daquela perante a lei, mas trazendo-a em relação aos homens e mulheres, vedando distinções de quaisquer natureza e a discriminação.

No entanto, a reforma mais profunda não é a de modelo estatal, muito embora a evolução histórica dos tipos de Estado tenham buscado contribuir para a efetivação do princípio da igualdade, mas sim a que deve ser feita no interior do ser humano e da coletividade. Como já se viu, o princípio da igualdade não pode ser compreendido em sentido individual, há de se levar em conta as diferenças entre os grupos, bem como não esgotar seu sentido no entendimento de que as leis devam tratar a todos abstratamente iguais.

Por conta dos princípios possuem uma maior plasticidade na interpretação, na pacificação de conflitos e no preenchimento de lacunas, cabe ressaltar que na pós-modernidade, com sua “efêmera liquidez”, o Direito carece da utilização do princípio da igualdade, para

⁵⁸⁵ BONAVIDES, P., 2007, p. 388.

⁵⁸⁶ SILVA, J. A., 2010, p. 118.

fins de dispensar um tratamento mais sensível à realidade do gênero feminino. O princípio da igualdade assume, assim, posição hegemônica em relação às regras, servindo como vetor de interpretações constitucionais e infra.

Carece-se, na pós-modernidade, da compreensão da aplicabilidade direta das normas constitucionais atinentes aos direitos fundamentais sociais. E isto não quer dizer somente na intervenção estatal direta para aplica-los - eficácia vertical dos direitos fundamentais. Há também a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, decorrente do reconhecimento de que as desigualdades não se estabelecem exclusivamente na relação Estado/particular, mas, da mesma forma, entre os próprios particulares, nas relações privadas. Corroborava SARMENTO afirmando que

[...] O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.⁵⁸⁷

Observa-se que as infrações aos direitos fundamentais podem ser cometidas tanto pelo Estado quanto pelo particular, assim, ambas as aplicações vertical e horizontal dos direitos fundamentais constituem responsabilidade de todos.

A disposição do princípio jurídico da igualdade na CRFB/1988 verifica-se, inicialmente, no preâmbulo. Após, registra-se o artigo 3º, inciso III, que traz como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, “[...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”⁵⁸⁸; e o inciso IV que trata da repulsa a qualquer forma de discriminação. Ainda, o *caput* do artigo 5º dispõe que “[...] Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.⁵⁸⁹ Igualmente no artigo 7º, inciso XXX, estabelecem-se regras de igualdade material, que proíbem distinções fundamentadas em

⁵⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 323.

⁵⁸⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 4/8/2015.

⁵⁸⁹ *Idem, ibidem*.

determinados fatores ao vedarem diferenças salariais e o exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Também salienta-se a redução das desigualdades regionais e sociais como um dos princípios da ordem econômica, nos termos do artigo 170, inciso VII; a educação baseada no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, de acordo com o artigo 206, inciso I; a igualdade na relação processual como forma de proteção especial à criança e ao adolescente, conforme inciso IV do parágrafo 3º do artigo 227.⁵⁹⁰

Diante das normativas citadas vê-se que são vedadas as diferenciações arbitrárias, conforme preceitua BONAVIDES “[...] a cidadania consiste na faculdade de ver assegurado pelo Estado o cumprimento da tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não há democracia nem liberdade”.⁵⁹¹ Ainda neste sentido, o autor preleciona que

[...] a importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inumeráveis juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; ‘igualdade niveladora’, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.⁵⁹²

Certamente que não se deve interpretar literalmente referido princípio, ou seja, em que todos são iguais sem considerar as distinções de certos grupos ou de cada caso concreto, como já afirmado, mas deve assegurar um tratamento uniforme para todas as pessoas, atingindo uma igualdade concreta e efetiva. A própria lei determina algumas situações em que é necessário discriminar determinadas pessoas ou grupos a fim de proteger.

A igualdade dentro do contexto do que propõe a CRFB/1988 é definida por GALLUPO como um princípio que permite a maior inclusão possível dos cidadãos nos procedimentos públicos de justificação, aplicação das normas jurídicas e gozo dos bens e políticas públicas, “[...] podendo ser fundamentado na dimensão linguística do

⁵⁹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 4/8/2015.

⁵⁹¹ BONAVIDES, P., 2013, p. 343.

⁵⁹² *Idem, ibidem*, p. 343.

Direito que desempenha a função básica de permitir a sobrevivência democrática de uma sociedade pluralista”⁵⁹³.

De tal modo que se pode falar em verdadeira igualdade quando os seres humanos estão inseridos num cenário em que todos possam efetivamente influenciar as decisões políticas e gozar das prerrogativas descritas na legislação. Neste diapasão o que une os direitos fundamentais sociais dispostos na CRFB/1988 e sua práxis reside na perspicácia do constituinte originário em estabelecer aplicabilidade imediata, como determina o parágrafo 1º do artigo 5º “[...] As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁵⁹⁴.

Todavia vê-se, rotineiramente, a inexecução do direito social das mulheres ao trabalho em virtude de entraves econômicos, políticos, jurídicos e culturais.

No que tange ao aspecto jurídico, um dos grandes problemas no Brasil é o de aplicar a constituição. Trata-se de uma crise de legitimidade, conforme explica BONAVIDES, onde uma vez cumprida toda a trajetória de avanços sociais, “[...] das Constituições já não se reclama direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância [...], dos quais se citam educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e de último, inclusive a qualidade de vida”⁵⁹⁵.

Assim, tem-se que a igualdade de gênero é um dos direitos previstos, uma das consequências do princípio da igualdade, bem como de todas as normas constitucionais e infra que vedam a discriminação de sexo, oriundas de muitos anos de luta pelo reconhecimento do gênero feminino. Contudo, falta-lhe a garantia. Não foram criadas condições que propiciem a manifestação do sentido do direito constitucional à igualdade entre homens e mulheres.

Corroborava SILVA enaltecendo que referido direito abrange o homem e a mulher em diversos contextos, como o preconizado no parágrafo 5º do artigo 226 “[...] Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela

⁵⁹³ GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e diferença, Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 173.

⁵⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 4/8/2015.

⁵⁹⁵ BONAVIDES, P., 2013, p. 394.

mulher”.⁵⁹⁶ Somente sendo aceitas as discriminações realizadas pela própria Lei Maior, sempre, no entanto, em favor do gênero feminino, como, por exemplo, a aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição e de idade, conforme artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, alíneas “a” e “b” e artigo 201, parágrafo 7º, incisos I e II. Explica o autor que se justifica essa norma discriminatória “[...] na medida em que à mulher incumbe as tarefas básicas da casa, pouco ajudada aí pelo marido. Ela tem, assim, uma sobrecarga de serviços que é justo seja compensada pela aposentadoria com menor tempo de serviço e idade”.⁵⁹⁷

O ideário da igualdade interessa, particularmente, ao Direito em razão da ligação daquela com a justiça, que não pode ser apreendida à luz da solução imparcial de interesses, mas sim através de um consenso ético fundado em valores compartilhados historicamente em uma sociedade.⁵⁹⁸ Ocorre que as ressalvas feitas ao gênero feminino não podem ficar adstritas ao momento original do poder constituinte. O reconhecimento, o respeito e a participação do gênero feminino, em todas as esferas da sociedade, não pode tornar-se democraticamente secundário, de forma que sua inserção nos espaços públicos e na esfera privada fica reduzido, o direito acaba por sucumbir à economia e à política e a igualdade formal é a única existente.

Referida igualdade - e a exclusão do gênero feminino -, são uma realidade brasileira que há muito persiste. Por exemplo, somente com o Código Eleitoral, Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, as mulheres, na condição de casadas, conquistaram o direito ao sufrágio. A Constituição de 1934 confirmou o direito de voto para o gênero feminino, ainda com restrições. Contudo, a participação das mulheres na vida política ainda gerava reações negativas, desde a mera contestação até o questionamento sobre sua capacidade intelectual para bem cumprir tal função.

Neste sentido ilustra ARAÚJO ao apontar que ações feministas, direcionadas às conquistas de direitos políticos para a mulher, se intensificaram, no Brasil em torno de 1918, quando Berta Lutz e um grupo de colaboradoras criaram, no Rio de Janeiro, uma organização

⁵⁹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 4/8/2015.

⁵⁹⁷ SILVA, 2010, p. 218.

⁵⁹⁸ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 122.

chamada Liga para Emancipação Intelectual da Mulher, que, posteriormente, passou a denominar-se Liga pelo Progresso Feminino. Em 26 de janeiro de 1933, o Diário de Pernambuco iniciou a publicação de uma enquete, realizada junto a “[...] ilustres senhoras e senhorinhas da sociedade pernambucana”⁵⁹⁹. Dezenove mulheres colaboraram com o jornal, respondendo à indagação “[...] A quem deverá caber a representação da mulher pernambucana na futura constituinte?”⁶⁰⁰

Conforme expunha o periódico, a consulta direcionava-se a “senhoras e senhorinhas ilustres da sociedade”, evidenciando o alcance social da pesquisa, ou seja, foram ouvidas apenas mulheres da elite social urbana. Além deste significativo recorte, a enquete particularizava ainda mais a amostra, considerando somente mulheres brancas, originárias das “[...] antigas classes senhoriais, que viveram o ócio proporcionado pela sociedade escravocrata; hierarquicamente superiores às demais, haja vista o critério de renda e riqueza em que se baseavam os valores norteadores da pirâmide social”⁶⁰¹.

Esclarece-se que referida investigação fora desenvolvida nos meses que antecederiam as eleições de 3 de maio de 1933, em que deveriam ser indicados os representantes que comporiam a Assembleia Nacional Constituinte de 1934, que trazia como atributo singular o fato de Getúlio Vargas ter lhe dado novo significado, apresentando-a como intenção legítima de toda a nação. Assim, foi realizada revisão da legislação eleitoral e a elaboração de um novo código eleitoral, onde, às mulheres brasileiras foi ampliada a concepção de cidadania política, diminuindo-se as restrições outrora impostas, colaborando para o aumento do número de votantes no país.⁶⁰²

A ideia de realizar a pesquisa ouvindo exclusivamente mulheres, bem como sua temática, execução e publicação constituiu por si só uma inovação, ainda que os depoimentos registrassem somente as opiniões de mulheres escolarizadas, letradas e cultas,

Para muitas das que responderam à enquete, as mudanças acerca do lugar e da função da mulher

⁵⁹⁹ ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa de. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação da mulher na política. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 17, n. 49, set/dez 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 9/8/2015.

⁶⁰⁰ *Idem, ibidem.*

⁶⁰¹ *Idem, ibidem.*

⁶⁰² Para fins de comparação, a França estabeleceu o voto feminino apenas em 5 de janeiro de 1944.

na sociedade brasileira, em fase de crescente urbanização e industrialização, especialmente da mulher da elite social, bem como no seu padrão de comportamento, eram explicadas, sobretudo, como uma questão de aquisição de cultura. [...]A insistência dada ao aspecto cultural da questão encontrava sua razão de ser em um viés do pensamento dominante da época, por muito tempo corroborado pelos cânones científicos, segundo o qual o cérebro da mulher seria inferior ao do homem. O psiquiatra Miguel Bombarda foi um dos que teorizou sobre o assunto, afirmando a inferioridade da mulher com base nas teorias evolucionistas. Dizia ser o cérebro feminino mais leve e com menos circunvoluções, o que gerava a suposta fragilidade feminina, tese cientificamente contestada, porém, pela anarquista mineira Maria Lacerda de Moura e pela médica Alzira Reis.⁶⁰³

Esta breve análise histórica do voto feminino, cujos mitos e arquétipos se reproduzem em diversas áreas, foi trazida com fins ilustrativos para demonstrar que a igualdade formal *versus* material há muito se reproduz no Brasil.

Constata-se que ainda hoje o perfil feminino que alcança o exercício do direito social ao trabalho em carreiras bem sucedidas se assemelha ao das entrevistadas, ou seja, letradas e cultas, que atuam na esfera pública, diferentemente das que estão inseridas no mercado de trabalho informal ou que desenvolvem atividades na esfera doméstica.

Outro exemplo a ser lembrado é o do “Estatuto da Mulher Casada” - Lei n. 4.121/1962 -, em que, somente na aludida data, foi reconhecido, legalmente, à mulher a capacidade jurídica para fins de práticas de atos de comércio. Ressalta-se que para o Código Civil de 1916, a mulher era relativamente incapaz.

Referidas exclusões, por vezes avalizadas pelo Direito, fez e faz com que todas as mulheres não sejam consideradas propriamente sujeitos de direito. Observa-se que a história do gênero feminino diante

⁶⁰³ ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa de. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação da mulher na política. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 17, n. 49, set/dez 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 9/8/2015.

do princípio da igualdade, na maioria dos casos é um “não-lugar”⁶⁰⁴, marcado pela sua inefetividade, subordinada ao irmão, ao pai, ao marido, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade jurídica.

Ressalta-se que apesar da exposição acerca da necessidade de respeito e de efetivação da material igualdade de gêneros, BELEZA faz uma crítica ao que chama de paradigma igualitário, no qual as questões jurídicas de gênero normalmente abordadas contêm algumas limitações ou problemas, a saber:

- Há uma confusão conceitual que faz tomar as categorias desigualdade e diferença por sinônimos e que leva a entender que querer igualdade e diferença soa contraditório. No entanto, “[...] desigualdade não é a mera dessemelhança, a mera diferença, mas a hierarquia, a subordinação”.⁶⁰⁵ [...] O que está em causa não é “[...] tornar as pessoas iguais (no sentido de semelhantes, isto é, não diferentes), mas desfazer a criação, em boa parte legal, de uma hierarquia entre as pessoas”;⁶⁰⁶

- As afirmações jurídicas de igualdade, centrando-se na igualdade entre os sexos, permitem “[...] curiosos raciocínios se indagar acerca da gravidez de quem procura trabalho não é discriminatório (ilegal) se só mulheres concorrerem a um determinado posto de trabalho. Não havendo homens a concorrer, não há discriminação em função do sexo”.⁶⁰⁷ Porém analisando sob o aspecto da proteção social da maternidade ou da não discriminação de mulheres grávidas o comportamento será ilícito;

- Uma multiplicidade de discursos - científico, médico, religioso, jurídico, de regras de estética ou de cortesia dominantes, de relacionamento amoroso -, cria identidades normativas de homem e mulher face às quais os desvios são censurados, quando não formalmente ou informalmente punidos. O Direito, por exemplo, é um poderoso discurso de criação e separação de identidades, tomando como

⁶⁰⁴ Marc Augé, antropólogo e etnólogo, cunhou o termo "não-lugar" para indicar lugares transitórios que não possuem significado suficiente para serem definidos como "um lugar". Para se definir “um lugar”, segundo o antropológico, a localização de uma comunidade social, no tempo e no espaço, é necessário se considerar o sentido de pertença dos habitantes daquele. Lugar é um espaço no qual se imprime um grau de afetividade que resulta das vivências. AUGÉ, Marc. Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Campinas: Papirus, 1994.

⁶⁰⁵ BELEZA, T. P., 2010, p. 88.

⁶⁰⁶ *Idem, ibidem*, p. 88.

⁶⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 89.

homogêneos e estanques grupos de pessoas que entre si são infinitamente diferentes;⁶⁰⁸

- O raciocínio do paradigma da igualdade pode perversamente levar a aceitar sem crítica, uma certa forma de ser “natural” para certas categorias de pessoas. Essa naturalização marca tanto o senso comum, quanto os discursos oficiais, de forma tenaz e evidente;⁶⁰⁹

- O paradigma igualitário não questiona a criação de categorias discriminatórias por meio da forma de ver, não problematiza a percepção da diferença como constitutiva dessa mesma diferença. Dessa forma, no dizer da autora “[...] O não questionamento da importância da nossa percepção, do nosso olhar, leva a uma ratificação das características dos grupos e dos elementos que formam o grupo, como se a realidade moldasse os nossos conceitos independentemente do nosso olhar sobre ela”;⁶¹⁰

- O paradigma igualitário tende a nos fazer olhar para as pessoas em perspectivas unidimensionais: mulheres, idosos, negros, homossexuais, etc. Mas a compreensão de estatutos pessoais diminuídos implica muitas vezes a dificuldade de perceber como se cruzam e reforçam ou compensam essas identidades múltiplas, e o que nos condiciona na nossa percepção delas. “[...] A consequência desta categorização unidimensional das pessoas tem, no plano estritamente jurídico, a consequência de tornar de muito difícil compreensão as hipóteses de discriminação múltipla quando o efeito não é meramente cumulativo mas qualitativo”;⁶¹¹

- O “império” da igualdade pode levar a triar e legitimar tudo nos seus próprios termos, sem levar em conta fundamentos e perspectivas de análise legítimas, por vezes mais profundas e determinantes. Além disso, haverá a necessidade de legitimar a luta contra a discriminação, o que leva a discussão para um terreno “política e socialmente escorregadio”;⁶¹²

Do exposto extrai-se que nem a firme defesa da prevalência do princípio da igualdade nas relações de gênero escapa à necessidade de se pensar o sentido da CRFB/1988 a partir do princípio da fraternidade para fins de convivência harmônica entre o jurídico, o político e o social diante das especificidades de um país em desenvolvimento como o

⁶⁰⁸ BELEZA, T. P., 2010, p. 90-91.

⁶⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 91.

⁶¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 91-92.

⁶¹¹ *Idem, ibidem*, p. 92-93.

⁶¹² *Idem, ibidem*, p. 93-95.

Brasil. Tal convivência harmônica provoca mudanças na realidade considerando-se o Direito como ciência prática. Por isso a igualdade, aliada ao citado princípio, assume um lugar de destaque constitucional no que tange às questões afetas ao gênero feminino. Com efeito, o Direito e o gênero, na pós-modernidade, assumem novos contornos que quer cumprir as promessas não cumpridas na modernidade.

Falar em igualdade de gênero implica também em uma extensão da dignidade da humana, sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Por exemplo, o Protocolo de San Salvador - adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, concluído em 1988, e ratificado pelo Brasil em 30/12/1999 -, prevê, em seu artigo 3º a obrigação da não discriminação e no artigo 6º, o direito social ao trabalho, transcritos, respectivamente

[...] Art. 3 - Obrigação de não discriminação: Os Estados Parte neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[...]

Art. 6 - Direito social ao trabalho: 1. Toda pessoa tem direito social ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita; 2. Os Estados Parte comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito social ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Parte se comprometem também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito social ao trabalho.⁶¹³

⁶¹³ Disponível em: <http://www.cidh.oas.org>. Acesso em: 4/7/2014.

O princípio jurídico da igualdade em relação ao trabalho deve ser compreendido a partir de uma construção democrática, permeado pelo princípio da fraternidade, de comprometimento do Poder Público, da sociedade, da comunidade e do ser humano. Não há mais se falar em dicotomia Estado-sociedade.

Como bem alerta BELEZA, ao tratar da relação hierarquizada que se coloca para homens e mulheres, essa diferenciação que acompanha a identificação das pessoas é uma questão relevante para o Direito, porque “os princípios do Estado de Direito Democrático, entre eles o da igualdade e o da dignidade, se opõem a essa diferenciação enquanto hierarquia”.⁶¹⁴ A autonomia do direito à igualdade e à dignidade, oriunda do constitucionalismo contemporâneo, se constitui em relevante modo de resistir à crise de legitimidade anteriormente, por serem diretrizes do modelo estatal preconizado pelo constituinte originário. Ambos não são apenas promessa de uma igualdade entre os gêneros quando do acesso ao trabalho.

O tema trazido a estudo é de tamanha complexidade, pois não bastasse a dificuldade em garantir a igualdade entre homens e mulheres, não há que se perder de vista que entre ambos existe uma infinidade de variáveis que os torna diferentes. A esse respeito leciona BELEZA

[...] A variação da experiência pessoal e da vivência social em termos de classe, idade, origem étnica, posição social e económica, zona do mundo em que se habita, é tal, que o risco de ilusão contido ou potencializado na unificação de todas as mulheres numa categoria unitária é imenso. Não é difícil compreender que, por mais evidentes que sejam as discriminações em função do sexo, há um outro abismo, muitas vezes mais profundo, que separa os seres humanos consoante a origem geográfica e a classe social de origem, que determinam largamente as expectativas de vida e de fortuna. Para além, é claro, de outros fatores como a idade, a capacidade física, a pertença cultural e étnica - todas as coisas que as mais variadas instâncias nacionais e internacionais

⁶¹⁴ BELEZA, T. P., 2010, p. 37.

reconhecem como sendo ainda poderosos fatores de discriminação.⁶¹⁵

Note-se que inúmeros aspectos são trazidos como motivo de discriminação ou de desigualdade, de forma que a realização da material igualdade demanda a produção de dimensões simbólicas organizadas a partir de nosso dia-a-dia. O espaço público, como lugar de produção de simbologias, carece do recontar da história e do Direito, dentre outras áreas, a partir de experiências provenientes da convivência dos gêneros igualitariamente.

A compreensão sobre o direito social ao trabalho das mulheres deve assentar-se no princípio da igualdade contra a desigualdade e a discriminação, que adquiriram uma forte materialização na formação social brasileira, limitando a instrumentalização daquele e fortalecendo a construção da identidade feminina a partir da masculina. É o que se passa a analisar.

3.3 REFLEXÕES ACERCA DA DESIGUALDADE E DA DISCRIMINAÇÃO DO GÊNERO FEMININO

O Estado Democrático de Direito traz em seu âmago a proposta da superação da igualdade formal rumo à igualdade material, o que implica em assumir a defesa do preconizado na CRFB/1988 para fins do estabelecimento de uma convivência que repousa na superação de práxis desiguais e discriminatórias em relação ao gênero feminino.

Os gêneros são, por natureza, desiguais em vários aspectos que devem ser observados pelas legislações dentro de um critério de razoabilidade. Assim, a temática da desigualdade, no ordenamento jurídico brasileiro, emana da Constituição Federal, e tal localização permite introduzi-la no discurso jurídico, insinuando as temáticas circunvizinhas - igualdade, tratamento diferenciado e discriminação. Também permite, simultaneamente, indicar que a temática em questão não apresenta um estudo próprio no interior do discurso jurídico, mas sempre é tomada a partir daquelas que a circunvizinham. Com efeito, trata-se de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, que tem como origem a teoria de Aristóteles, pautada na ideia de se conferir a cada um o que lhe é devido.

Afirma ARISTÓTELES que

⁶¹⁵ BELEZA, T. P., 2010, p. 73.

A igualdade existirá entre as pessoas; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem das querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada uma”.⁶¹⁶

Observa-se que a desigualdade é um discurso fragmentário e residual que encontra sua definição a partir da igualdade. No entanto, apesar de aparente inconsistência, referida categoria revela pelo que silencia, diante do exposto pelo referido filósofo, uma profunda lógica interna.

A partir de ROUSSEAU sobre a origem da desigualdade, é possível concebê-la sob duas perspectivas: uma conectada aos aspectos físicos porque é estabelecida pela natureza, consistindo, assim na diferença de idades, de saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; outra, ligada à moral ou à política, porque depende de uma espécie de convenção que é estabelecida pelo consentimento dos seres humanos, ou seja, são os privilégios de que gozam alguns em detrimento de outros.⁶¹⁷

Para o citado filósofo, a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural todas as vezes que não concorre na mesma proporção com a desigualdade física. Explica-se:

[...] A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos

⁶¹⁶ ARISTÓTELES. Ética a Nicômano. Brasília: UnB Editora, 1999, p. 95-96.

⁶¹⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Editora Ridendo Castigat Moraes. Versão para ebook. p. 38-39. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org>. Acesso em: 11/8/2015.

da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.⁶¹⁸

Aparece, dessa forma, a noção de uma desigualdade jurídica, identificada juntamente com a noção de não-discriminação a partir de uma justificativa constitucional. O princípio da igualdade traz no seu bojo o ideário de que a todos é garantido um tratamento idêntico perante a lei. Contudo, vedam-se discriminações arbitrárias e desarrazoadas, visto que é ínsito à concepção do justo, que os seres humanos são desiguais na medida de suas desigualdades.

Neste vértice, torna-se necessário refletir a respeito da desigualdade em relação aos gêneros, onde, embora tenha o texto constitucional previsto e buscado a equiparação concreta entre ambos, assim reduzindo as práticas discriminatórias no que tange ao direito social ao trabalho, viu-se que a democratização e a adoção de uma nova Constituição não retirou muitos dos obstáculos para a implementação daquela.

Tal desigualdade se refere a processos relacionais que tem por consequência limitar direitos, bem como o gozo, por parte de determinado gênero, conforme explica GIDDENS: “[...] são diferenças entre homens e mulheres em termos de *status*, poder e prestígio no seio de grupos, coletividades e sociedades”.⁶¹⁹ Vê-se que para além do Direito é uma forma de estratificação social.

Verifica-se que os arranjos do gênero feminino no social e na família, na pós-modernidade, representam um desafio ao reconhecimento, respeito e inserção da “outra”. E na coordenada para a formação de uma ordem igualitária, em que se respeitem as diferenças, o direito não pode estar desvinculado das demais esferas. Ele deve relacionar-se com a produção e reprodução da singularidade e de

⁶¹⁸ MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e Legislação Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 63.

⁶¹⁹ GIDDENS, Anthony. Sociologia. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 114.

relações fraternas. Isso porque ao tematizar o direito à singularidade se quer que tanto no âmbito da biologia quanto no Direito não haja o aprisionamento do feminino como um coletivo único.

Quando se projeta um universalismo feminino, novamente se justificam desigualdades injustificáveis. Há de se observar que existem muitos sujeitos de direitos do gênero feminino em que as diferenças devem ser articuladas, sobretudo quando no âmbito do direito social ao trabalho, que aparece na experiência no diálogo homem *versus* mulher e mulher *versus* mulher também. Insistir no respeito à singularidade é condição de um direito comprometido com as identidades individuais, de forma que a clássica diferença binária dá espaço ao reconhecimento e inclusão das diferenças múltiplas.

Ressalta-se que muitas das características atribuídas ao gênero feminino não são determinadas por questão de gênero, mas são de ordem social, cultural, econômica, educacional, por exemplo, nem todas as mulheres são dóceis, afetuosas, inseguras. É importante que o Direito se liberte de velhos estereótipos e construa um panorama de igualdade que permita aos homens se desvincularem do machismo e às mulheres do imperativo do feminino.

Certamente que a entidade família, como articulação do “privado”, cujo tratamento e lugar dispensado ao gênero feminino se reproduz no “público”, daí a permanência de muitos dos estereótipos tais como “rainha do lar”.

Assim há de se separar a desigualdade da desigualdade “perante a lei”, ou seja, há de se distinguir a injustiça do respeito às diferenças. Sabe-se que o respeito às diferenças de gênero, em muitos aspectos já com previsão constitucional e infra, aparecem e operam, concomitantemente, em muitas organizações familiares, sociais, políticas, jurídicas.

Isto porque nem todas as desigualdades perante a lei, ou diferenças, são interpretáveis em termos de desigualdades social, política e/ou jurídica, tampouco produzem injustiça. Basta, para tal, verificar situações em que a própria Constituição previu, em que as diferenças não significam desigualdades, como por exemplo, no caso de concurso público para o ingresso na carreira militar, em que é firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que é possível a definição de limite máximo e mínimo de idade, gênero e altura levando-se em conta as peculiaridades da atividade exercida, desde que o edital e

lei específica disponham acerca de tais restrições.⁶²⁰ Diversamente é o caso da diferença que produz lesados e privilegiados, injustificadamente.

Esse cenário é fruto de condições históricas que evidenciaram a transformação da diferença de gênero em tamanhas desigualdades social, política e jurídica. No Brasil, o início da história foi caracterizado pela construção de uma dimensão política elaboradora de ideais de desigualdade entre os gêneros, do qual se destaca o patriarcalismo, que sustentou tal situação durante anos.

Outros exemplos podem ser citados, como a questão do reconhecimento legal do direito ao voto e da capacidade jurídica às mulheres, conforme já expostos. Tal modelo é, pois, marcado por um discurso comum que clama pela igualdade mas que, paradoxalmente, mais propugna por uma construção exclusivamente normativa, sem nenhum apelo de significações na práxis.

Em tal discurso a mulher aparece segmentada pelas dimensões da casa, filhos, marido e corpo. Fala-se em igualdade de direitos às mulheres mas a elas atribuem-se a extensão das tarefas doméstica e o dever de contribuir financeiramente quando trabalham fora, também as funções de procriar, cuidar e educar os filhos, submissão ao marido e necessário orgulho dos aspectos eróticos de sua nudez.

Há de se substituir o discurso da desigualdade de gênero, na qualidade de injustiça, pelo respeito às diferenças, desfazendo-se assim, o equívoco da hegemonia do gênero masculino sobre o feminino. Neste sentido atenta FEMENÍAS

[...] para os cuidados necessários para que a concepção de sujeito pós-moderno não se configure em uma nova “invisibilidade” ou “indizibilidade” das mulheres, tal como acontecia com diferentes categorias modernas. Essa ponderação aparece como uma tentativa de pensar que a fragmentação da categoria mulheres não deva aparecer como uma compreensão incompatível com um projeto emancipatório feminista, que inviabilize a articulação de importantes lutas em níveis coletivos e mais

⁶²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança n. 41.515 BA 2013/0070106-0. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 02 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 07 set. 2015.

internacionalistas. A diferença não poderia significar uma contraposição à igualdade.⁶²¹

Ao contrário, a construção do Estado Democrático de Direito na pós-modernidade, baseado nos princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade deve ser, cada vez mais, um consenso que solidifique o respeito às diferenças, a “[...] morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, e portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania”.⁶²²

Também WARAT privilegia a concepção da necessária diferença como “bandeira a ser içada”, aduzindo que

[...] Desde a revolução francesa começa-se a falar de igualdade de todos os cidadãos. Esta igualdade determina a submissão de todos frente à lei. Todos têm direito a que a lei não lhes seja aplicada arbitrariamente. Nada se diz da igualdade de participação efetiva na formação das leis [participação efetiva no espaço público]. Nem do direito de todos a que sejam respeitadas suas diferenças. Tratar os homens ignorando a diferença de seus desejos é ignorá-los e submetê-los a certos desejos institucionalmente triunfantes. Psicanaliticamente falando: ignorar que os outros são diferentes é aniquilá-los como seres com existência autônoma.⁶²³

Vê-se a importância de se conceituar verdadeira “cidadania feminina” não apenas como simples instrumento de regulação de participação nos espaços públicos ou de delimitação através de outras esferas de onde deve ser o seu lugar. Dentro de uma contingência histórica e geográfica, constata-se que o discurso jurídico sobre o gênero feminino não abre espaço para o diálogo, é autoritário, de forma que

⁶²¹ FEMENÍAS, Maria Luiza. Não há igualdade sem diferença, nem diferença sem igualdade. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 23, n. 1, jan/abr 2015. Disponível em: <http://www.ieg.ufsc.br>. Acesso em: 10/9/2015.

⁶²² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade – algumas observações sobre o Brasil. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 22/8/2015.

⁶²³ WARAT, L. A., 1992, p. 3.

ainda é salutar a preocupação com lutas articuladas diante de novas demandas trazidas pela pós-modernidade.

Ainda, em relação à verificação das condições históricas que evidenciam a transformação da diferença de gênero em desigualdades, hodiernamente, observa-se que, em que pese as conquistas no campo legal, o exercício de direitos pelas mulheres no Brasil é mais representado pela ausência do que efetividade daquele.

A condição de cidadã funciona mais como um atributo concedido pelo Estado, ou seja, uma categoria estática e subordinada ao gênero masculino, do que uma gama de direitos. Neste sentido, explica-se que o movimento feminista no Brasil, anterior à década de 1960 foi marcado por análises “biologizantes” da questão das desigualdades de gêneros, do qual se destacam Nísia Floresta, pioneira do feminismo no Brasil e criadora da primeira escola para mulheres, Bertha Lutz, uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino e incentivadora das bases do feminismo no Brasil, cuja principal bandeira, à época, era o sufrágio feminino, e Jerônima Mesquita, também uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino e ativista em prol do voto feminino.⁶²⁴

Na década de 1960, referido movimento destacava-se pela bandeira da liberação sexual, impulsionada pelo aumento dos contraceptivos. Já na década de 1970, foi assinalado por uma visão mais ampla e capaz de desconstruir de forma mais poderosa os discursos sobre o paradigma do biológico e do masculino devido ao foco direcionar-se às lutas de caráter sindical e à consolidação da presença feminina nos movimentos políticos e sociais. Destaca-se nos anos 80 a luta contra a violência às mulheres, bem como a busca pelo reconhecimento da diferença existente entre os gêneros que, contudo, não careciam padecer de tratamentos desiguais e injustos.⁶²⁵

Constata-se que o respeito à singularidade da mulher dentro de uma construção social no Estado Democrático de Direito, requer o rompimento com o aprisionamento conceitual da igualdade para fins de seu evidenciamento nas dimensões social, política, cultural e jurídica dos gêneros.

Com efeito, em sua gênese pós-moderna, a igualdade tem um caráter que não se esgota em sua extensão, pois no centro de sua

⁶²⁴ DUARTE, Constância Lima. *Feminismo e Literatura no Brasil*. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 17, n. 49, Set/Dez 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10/9/2015.

⁶²⁵ *Idem, ibidem*.

definição encontram-se outros direitos do ser humano para com o ser humano e para com o Estado, e vice-versa. No momento em os gêneros compartilham de um mesmo atributo - igualdade - é o mesmo em que se abandonam práticas discriminatórias para se transformarem em irmãos iguais em direitos e obrigações, cuja ideia encontrou sua expressão política universal na Revolução de 1789.

Dessa forma, ao se definir a titularidade de direitos e obrigações dos iguais expressa-se o conteúdo jurídico da igualdade. No entanto, o Direito, enquanto ciência produtora e reprodutora de conhecimento, deve buscar uma matriz epistemológica condicionada à convivência em condições reais de igualdade entre os gêneros, o que possibilita o respeito e a inclusão das diferenças.

Caso contrário, cria-se um novo dominador, ressalta-se de homens e de mulheres, ou seja, a instância superior dos “juridicamente iguais”, deixando os gêneros indefesos perante a lei, sufocando a singularidade de cada ser humano. Daí a busca pelas diferenças quando a igualdade converte-se em “antídoto contra a autonomia” feminina.⁶²⁶

Com tal perspectiva, o estudo da desigualdade de gênero, não pode se abstrair das novas perversidades que continuam a tornar dramática as vivências das mulheres no mercado de trabalho. Até porque se observa uma constante prevalência de políticas emergenciais e de ícones criados de mulheres que perpetuam o modelo de como “uma mulher deve se comportar”. Assim, novamente sobre as mulheres recai toda a imagem da periculosidade que irradia das que desejam romper com uma história de submissão para vivarem sujeito de direitos.

THOME afirma que no âmbito dos estudos sobre as desigualdades de tratamento dispensado aos gêneros, mormente no mercado de trabalho, bem como os motivos que as fundamentam e perpetuam são explicadas, na atualidade, por três vertentes teóricas: as teorias universalistas, as teorias diferencialistas (ou substancialistas) e as

⁶²⁶ WARAT, L. A., 1992, p. 3.

teorias *queer*.⁶²⁷

Explica a referida autora que as teorias universalistas, que tem como precursora Simone de Beauvoir, em especial com sua obra “O Segundo Sexo: fatos e mitos”, partem do princípio de que todas os seres humanos são iguais, independentemente das diferenças secundárias, tais como raça, sexo e língua, sendo que as diferenças biológicas entre os sexos são insignificantes.

O que realmente vai diferenciar os seres humanos é a dominação de um gênero pelo outro. Segundo os fundamentos dessa teoria, as alegações de especificidades dos gêneros, em verdade, são “[...] instrumentos de dominação produzidos socialmente para justificar a posição secundária da mulher, relegada apenas às funções de objeto sexual e mãe, excluindo-a do espaço público”.⁶²⁸

Para as teorias universalistas, as únicas diferenças entre o homem e a mulher são de ordem biológica-sexual, das quais são oriundos atributos natos, sendo as demais derivadas de conceitos culturais. No entanto, a advertência que THOME faz a essas teorias é a de que correm o “[...] risco de se confundir igualdade com identidade, gerando uma negação da possibilidade de existência de diferenças”.⁶²⁹

Por seu turno, as teorias diferencialistas centram-se na ideia de que igualdade não se confunde com identidade, que as teorias universalistas são falocêntricas e que há a “[...] necessidade de inscrição de duas formas diferentes de ser do homem e da mulher, sem que haja entre eles hierarquização. Tais teorias baseiam-se [...] nas experiências da paternidade e da maternidade, consideradas, para essas correntes, biologicamente díspares”.⁶³⁰

Tais teorias rejeitam o anseio por igualdade de homens e mulheres por conceberem que os gêneros são diferentes por natureza, o

⁶²⁷ As teorias Queer emergem nas universidades norte-americanas na década de 1980, nos departamentos de literatura, cinema e estudos culturais. Observa-se que distantes das ciências da Sociologia, da Política e do Direito - propondo novas discussões sobre sexualidade, desejo, categorias sexuais, identidades sexuais estigmatizadas, gênero e políticas identitárias. A inovação trazida pelos teóricos foi considerar o desejo sexual e a sexualidade fatos sociais importantes nas sociedades modernas, tanto quanto os outros eixos de desigualdade como raça, classe e gênero. THOME, Candy Florencio. O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. São Paulo: LTr., 2012, p. 115.

⁶²⁸ *Idem, ibidem*, p. 115.

⁶²⁹ *Idem, ibidem*, p. 115.

⁶³⁰ *Idem, ibidem*, p. 115.

que determina comportamentos distintos de ambos. Ocorre que, como explica THOME, pelo fato dos diferencialistas relativizarem demais as diferenças entre os gêneros, há o risco de aceitarem com facilidade a dominação de um pelo outro através do “[...] mascaramento das desigualdades impostas como situação imanentes ao sexo”.⁶³¹

Já as teorias *queer*, denominadas de teorias pós-modernas defendem a separação do “sexo biológico” do “sexo identificado socialmente”, considerando, por exemplo, o homossexualismo e o bissexualismo como gêneros distintos do feminino e do masculino, criticando assim, a dicotomia pela sua incapacidade de captar os limites das posições subjetivas. Neste sentido explica THOME

[...] a existência de uma multiplicidade de pertencimento ao gênero, baseando-se na problematização do conceito tradicional de identidade e contestando a utilização desta categoria para dar conta da luta política de grupos constituídos por diversidade de atores, em contínuo processo de diferenciação, já que afirmam que nenhuma identidade é fixa ou fixável e nenhuma hierarquia é imutável, estando sempre sujeita a mudança no processo de desconstrução e devir social.⁶³²

A partir da exposição de tais teorias, aludida autora propõe um estudo das relações de gênero com base nas identidades socialmente construídas e conforme as representações culturais e históricas. Isto porque cada um está imerso em um cenário de muitos significados, no qual a desigualdade é latente. A desigualdade de gênero influencia a visão que cada um tem de si mesmo e também a do outro, refletindo, assim, nas escolhas e oportunidades que são apresentadas.

Daí as teorias *queer*, ou pós-modernas, considerarem as diferenças biológicas entre os gêneros significativas tanto quanto as sociais, justificando dessa forma algumas formas de discriminação positiva transitória. Não se trata de um determinismo biológico a ser levado para a esfera jurídica, pois aí novamente estar-se-ia desculpando situações desiguais, mas versa sobre o resgate do respeito e da promoção da singularidade.

⁶³¹ THOME, C. F., 2012, p. 115.

⁶³² *Idem, ibidem*, p. 116.

É precisamente a conjugação da desigualdade com a discriminação que define o pensamento dominante acerca do direito social das mulheres ao trabalho no Brasil, ou seja, trata-se de uma cultura jurídica positivista, de inspiração patriarcal e neoliberal que possibilita apenas o discurso da igualdade formal em relação ao gênero feminino. Sabe-se que a possibilidade de se projetar nos espaços públicos e no trabalho representam fontes de empoderamento para o ser humano, dos quais o gênero masculino logra um histórico de maior participação por conta de práticas desiguais vivenciadas desde a educação até a divisão sexual de trabalho.

No que tange à discriminação do gênero feminino, tal conduta consubstancia-se em diferenciar, distinguir e restringir a participação das mulheres no momento da procura por trabalho e no momento da ascensão profissional e financeira nas organizações.

Constata-se que referida conduta interfere de forma negativa no gozo dos direitos dos seres humanos, impedindo-os, por razões injustificadas, de os exercerem plenamente. Nesse sentido explicam LIMA e VALA que a discriminação é a “[...] expressão ou a exteriorização do sentimento de preconceito que habita no campo das ideias e/attitudes”.⁶³³

Assim, as atitudes discriminatórias contra determinado indivíduo ou grupo, definidos como diferentes com base em características reais ou imaginárias, são ressignificadas de acordo com os padrões de comportamento em que se está inserido.

Segundo THOME, pode-se classificar a discriminação, em direta ou indireta e negativa ou positiva.

A discriminação direta é aquela que exige requisitos quando do acesso do mercado de trabalho, que não são necessários ou imprescindíveis para o labor. O tratamento dispensado ao gênero feminino, em situação comparável ao gênero masculino, ocorre de maneira menos favorável pelo Estado ou por particulares, “[...] fazendo uma diferenciação explícita, sem fundamento. Um exemplo muito comum é a proibição de labor das mulheres em minas ou no exército”.⁶³⁴ A autora ressalta que a discriminação direta ocorre por conta de questões legais e normas de ordem religiosas que proíbem as

⁶³³ LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. Revista de Estudos de Psicologia do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, vol. 9, n. 3, set/dez/2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 10/9/2015.

⁶³⁴ THOME, C. F., 2012, p. 140.

mulheres de participarem de atividades laborais da mesma proporção que os homens.

Já a discriminação indireta por razão do gênero se caracteriza pela situação em que “[...] uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra põe as pessoas de um sexo em desvantagem particular com respeito a pessoas de outro, salvo que dita disposição, critério ou prática possa se justificar objetivamente em atenção a uma finalidade legítima”⁶³⁵ ou que os meios para alcançar dita finalidade sejam necessários e adequados.

Ressalta-se que não é uma prática discriminatória nítida. Nem sempre o motivo é discriminatório, mas sim os meios utilizados para a contratação ou para a promoção de mulheres. A autora traz como exemplos a exigência de disponibilidade para variação de horários, que afeta, geralmente as mulheres, a desigual retribuição para trabalhadores que sejam contratados temporariamente quando tal coletivo é predominantemente composto pelo gênero feminino, bem como a normas que restringem direitos de contratos para tempo parcial de trabalho, já que o público feminino é o maior interessado por conta de demais afazeres cotidiano, em geral atribuídos às mulheres.⁶³⁶

No tocante à discriminação negativa, esta é o tratamento desigual que cria um desfavor ao indivíduo, negando-lhe o exercício de seus direitos de pessoa humana, o excluindo da vida social, tendo como efeito provocar desigualdades injustificadas. Para THOME, essa discriminação é aquela sofrida pelas mulheres, negros e pessoas portadoras de deficiência, que historicamente observada. É um fenômeno social, constatado em todas as fases do desenvolvimento das sociedades, mas de relevância significativa nas sociedades atuais dada a intolerância com o diferente.⁶³⁷

Por outro lado, também conhecida como ação positiva, em oposição ao ato negativo de discriminar, a discriminação positiva é concebida como um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas, que buscam favorecer pessoas ou grupos sociais que se encontram em condições desfavoráveis, em razão, geralmente, da prática de discriminação negativa. Entretanto, é medida que deverá ser observada em caráter excepcional, até que se neutralizem os efeitos das desigualdades sociais.

⁶³⁵ THOME, C. F., 2012, p. 140.

⁶³⁶ *Idem, ibidem*, p. 141.

⁶³⁷ *Idem, ibidem*, p. 149.

Tal classificação constitui-se uma ação na qual é possível diferenciar pessoas ou situações, a fim de lhes dar tratamento distinto, que se justificaria pela correlação lógica existente entre a diferença observada entre elas e a falta de equiparação estabelecida na regra, desde que essa falta de equiparação não seja compatível com os princípios que informam o ordenamento jurídico. Tem-se, assim, a possibilidade de discriminar em favor daqueles que enfrentam desigualdades, contudo, o tratamento desigual deve ter um fundamento razoável, e destinar-se a realizar o objetivo visado.⁶³⁸

Por isso que homens com características arianas, como exemplifica a autora, que não constituem maioria no Brasil, não são um grupo discriminado, ao contrário do que ocorre com as mulheres e com os negros. Estes, por ocuparem historicamente posições marginalizadas na sociedade, justificariam uma política de discriminação positiva, capaz de promover as oportunidades que, ao longo de décadas, lhes foram negadas. A ideia, sempre posta, frente a essas situações é a de reparar o “desvio das contingências na direção da igualdade”.⁶³⁹

No ordenamento jurídico brasileiro pode-se apontar como exemplo de discriminação positiva:

a) a reserva legal de mercado, prevista mediante um sistema de cotas - também entendido como ação afirmativa -, que assegura à pessoa portadora de deficiência, na qualidade de habilitada ou capacitada para o exercício da função, sua inserção no trabalho, nos setores público (artigo 37, VIII, CRFB/1988)⁶⁴⁰ e privado (artigo 93, da Lei n. 8.213/1991);⁶⁴¹

b) a reserva de vagas em favor do menor aprendiz, a que estão obrigados os estabelecimentos empresariais cujas atividades demandem formação profissional (artigo 429, da CLT, alterado pela Lei n. 10.097);⁶⁴²

c) o disposto na Lei n. 12.990/2014 que determina a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no

⁶³⁸ THOME, C. F., 2012, p. 150.

⁶³⁹ RAWLS, J., 2003, p. 107.

⁶⁴⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 7/11/2015.

⁶⁴¹ BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de benefícios da Assistência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7/11/2015.

⁶⁴² BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7/11/2015.

âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União;⁶⁴³ e

d) o estabelecido pela Lei n. 12.711/2012 que garante a reserva de 50% das matrículas por curso e turno nas universidades federais e institutos de educação, ciência e tecnologia a alunos integralmente oriundos do ensino médio público, em cursos regulares ou da educação de jovens e adultos.⁶⁴⁴

Diante do exposto vê-se que a garantia efetiva à igualdade de oportunidades no trabalho sempre exigirá dos poderes públicos proteções legais, além de ações afirmativas, de natureza pública ou privada, que venham a beneficiar aqueles trabalhadores que enfrentam desigualdades sociais. Esses mecanismos terão fundamento no princípio da igualdade, uma vez que seu conteúdo material impõe o dever de dispensar tratamento equânime às pessoas.

Contudo, a discriminação é tão antiga quanto as relações de poder e as exclusões sociais. Dessa forma, a visão preconceituosa do exercício do direito social ao trabalho por parte das mulheres é perpetuada pelas forças econômica, políticas, sociais e jurídicas, frequentemente monopolizadas pelo gênero masculino, em detrimento do existir do segmento feminino. Corroborando SCOTT ao explicar que

[...] o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do próprio poder. O antropólogo francês Maurice Godelier assim o formulou: ‘não é a sexualidade que assombra a sociedade, mas antes a sociedade que assombra a sexualidade do corpo. As diferenças entre os corpos, relacionados ao sexo, são constantemente solicitadas a testemunhar nas relações sociais e as realidades que não têm nada a ver com a sexualidade. Não somente testemunhar, mas testemunhar para, ou seja, legitimar.’⁶⁴⁵

⁶⁴³ BRASIL. Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014. Aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7/11/2015.

⁶⁴⁴ *Idem, ibidem*.

⁶⁴⁵ SCOTT, J. W., 1995, p. 89.

A história da discriminação dos direitos das mulheres no Brasil apresenta-se assim segmentada: primeiramente, tem-se o período de transição entre a proibição e a proteção do trabalho da mulher, do início da República até o Estado Novo (1889-1937); após, num segundo momento, verifica-se o surgimento de certa proteção e vai até algumas tentativas de promoção da igualdade, ainda que somente no âmbito formal, período compreendido entre o Estado Novo e o início dos trabalhos dos constituintes originários de 1988 (1937-1988); por fim, num terceiro momento se observa, efetivamente, com positividade de inúmeros dispositivos legais que evidenciam a orientação para uma concreta promoção da igualdade entre o trabalho da mulher e o do homem que tem início com a CRFB/1988 até os dias de hoje.⁶⁴⁶

Afirma CALIL que em decorrência de inúmeras guerras em que o gênero masculino foi direcionado para tal empreitada, foi necessária a intervenção da força de trabalho feminina e infantil para fins de compensação. Contudo, as mulheres foram expulsas dos postos de trabalhos nas fábricas “[...] em virtude de legislações que visavam sua proteção em razão de suas condições de vida serem abaixo da linha normal de cidadania, dentre as quais se enfatiza os altos índices de assédio sexual e moral sofridos”.⁶⁴⁷

Somente no início do século XX foi que as mulheres começaram a vislumbrar certo respeito à dignidade no trabalho, especialmente com a edição das primeiras Convenções da OIT que projetaram a questão feminina no mercado de trabalho para o âmbito internacional, dos quais se citam as convenções n. 3 e n. 4 da OIT de 1919⁶⁴⁸, ambas ratificadas pelo Brasil em 1935 e 1937, respectivamente. Registra-se que era o trabalho rural o que mais ocupava as mulheres neste período, pois a sociedade brasileira ainda era eminentemente ruralista.

Aa Convenção n. 3 da OIT trata do emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade), que dispõe, em especial em seus artigos 2º e 3º, que o termo ‘mulher’ designa toda a pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou a nacionalidade, casada ou não, e o termo ‘filho’ designa, todo o filho, legítimo ou não. Ainda, que uma mulher: a) não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas, depois do parto; b) terá o direito de deixar o seu trabalho,

⁶⁴⁶ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr, 2007, p. 9-10.

⁶⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 31.

⁶⁴⁸ Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 9/9/2014.

mediante a exibição de um atestado médico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas; c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente uma indemnização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene, bem como terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um médico ou de uma parteira; d) terá direito em todos os casos, se amamenta o filho, a duas folgas de meia hora que lhe permitam o aleitamento.

Já a Convenção n. 4 se refere ao trabalho noturno das mulheres e dispõe em seus artigos 2º e 3º, respectivamente, que o termo “noite” significa, um período de, ao menos, onze horas consecutivas, compreendendo o intervalo decorrido entre dez horas da noite e cinco horas da manhã. Assim, sem distinção de idade, as mulheres não poderão ser empregadas durante a noite em nenhum estabelecimento industrial público ou privado, como tão pouco em qualquer dependência de um desses estabelecimentos, exceção feita dos estabelecimentos onde são só empregados os membros de uma mesma família.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, dispunha de forma internacional e clara, especificamente nos artigos 7º e 9º, sobre o direito de que todos possuem igual proteção contra qualquer discriminação ou seu incitamento, assim como de que “[...] todos nascem livres e iguais em direitos e dignidade e que sendo dotados de consciência e razão devem agir de forma fraterna em relação aos outros”.⁶⁴⁹

A partir da referida Declaração, fortalece-se o ideário de que a declarada igualdade entre homens e mulheres não deveria ficar reservada somente aos Estados no âmbito interno, ou seja, não deveria se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica, porque se revela tema de legítimo interesse internacional.

Destaca-se também a Convenção n. 100 da OIT, de 1951, que dispõe acerca da igualdade de remuneração entre homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor. Institui em seu artigo 2º que

Art. 2. Cada membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que tudo isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra

⁶⁴⁹ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 4/8/2014.

masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.

Este princípio poderá ser aplicado por meio:

- a) seja da legislação nacional;
- b) seja de qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação;
- c) seja de convenções coletivas firmadas entre empregadores e empregados;
- d) seja de uma combinação desses diversos meios.⁶⁵⁰

Ainda, a Convenção n. 111 da OIT, de 1958, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, corroborou através do estabelecido no seu artigo 1º

[...] Art. 1º - Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.⁶⁵¹

Prenunciava-se, dessa forma, uma maior preocupação em relação ao modo como o Estado tratava o gênero feminino e de que tal condição não se restringia somente ao âmbito doméstico. Introduziu-se a concepção de discriminação à luz da igualdade do direito social ao

⁶⁵⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 100, de 23 de maio de 1953. Sobre igualdade de remuneração. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 24/3/2016.

⁶⁵¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 111, de 15 de junho de 1960. Sobre o trabalho decente. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: 4/8/2014.

trabalho, marcada pela dignidade do trabalhador como requisito único de uma ética a ser compartilhada universalmente.

Tais concepções foram transmitidas à CRFB/1988, que consagra em seus artigos 3º, inciso IV, e 5º, incisos I e XLI, respectivamente: a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou outras formas de discriminação; de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.⁶⁵²

Oportuna a crítica de TRINDADE quanto ao combate da discriminação em determinados direitos e tolerância quanto a outros

[...] Por que razão a discriminação é combatida e criticada somente em relação aos direitos civis e políticos e é tolerada como inevitável em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais? Porque são supostamente de “segunda geração” e de realização progressiva. Então, vemos uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata do direito individual, ou mesmo de direitos políticos, mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salários, de renda e assim por diante. Em vez de ajudar a combater esta visão atomizada, essa teoria das gerações dos direitos valida esse tipo de disparidade [...].⁶⁵³

Em que pese a CRFB/1988 estabelecer expressamente que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, dado o exposto até aqui é evidente a dificuldade de convivência do direito com a cultura estabelecida. Certamente que não se está diante de uma forma unívoca de pensamento ou de práticas jurídicas homogêneas. A questão da discriminação em relação ao gênero feminino é um lugar de debates entre pensamentos e opiniões divergentes com uma histórica e complexa vinculação às diferentes experiências concretas de vida.

⁶⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 4/8/2014.

⁶⁵³ CANÇADO TRINDADE questiona a tese de gerações de direitos humanos de Norberto Bobbio, em entrevista durante o Seminário de Direitos Humanos das Mulheres: a proteção internacional na V Conferência de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, que ocorreu em Brasília, em 25 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em: 10/9/2015.

Daí a necessidade de promoção do princípio da proibição da discriminação para fins orientação de decisões judiciais e de comportamentos. Referido princípio é explicado por LIMA como

A discriminação é a distinção desfavorável fundada em determinado motivo, desprovida de razoabilidade e racionalidade e, portanto, antijurídica. Sempre foi considerado uma vertente negativa do princípio da igualdade, pelo que são formuladas regras constitucionais e legais proibindo atos discriminatórios [...]. No entanto, o princípio da proibição da discriminação não implica somente na proibição de atitudes discriminatórias, também para promover outras atitudes discriminatórias de cunho positivo, com o objetivo de se atingir a igualdade real.⁶⁵⁴

Segundo o autor, a CRFB/1988 traz importantes princípios gerais que asseguram a possibilidade de se efetivar a proibição da discriminação no ordenamento jurídico pátrio: a) Combate à discriminação como um dos objetivos da República; b) Proibição da discriminação de qualquer espécie e por qualquer motivo nas relações de trabalho; c) Intensa preocupação na proibição de determinados grupos historicamente discriminados, em especial a mulher, a discriminação pela cor da pele e o deficiente; d) Reconhecimento como lícitas as formas de discriminação positiva como as ações afirmativas para combater a situações discriminatórias reiteradas e já consolidadas, promovendo igualdade de tratamento e de oportunidades; e) Uma importante possibilidade de abertura do texto para incorporação de normas advindas de tratados internacionais, como normas de nível constitucional.⁶⁵⁵

Em verdade, haverá discriminação todas as vezes que a utilização de um elemento discriminador mostrar-se abusiva e desnecessária. Neste contexto passa-se a análise das citadas práticas discriminatórias em relação ao gênero feminino.

Em relação ao desrespeito do gozo do direito à maternidade, tem-se que tal direito social está previsto no texto constitucional, no artigo 7º, inciso XVIII, ao dispor sobre a licença à gestante, sem prejuízo do

⁶⁵⁴ LIMA, Firmino Alves. O princípio da proibição de discriminação no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://aulavirtual.upo.es>. Acesso em: 20/8/2014.

⁶⁵⁵ *Idem, ibidem.*

emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; inciso XIX, ao tratar da licença-paternidade, nos termos fixados em lei; e no inciso XXV, ao trazer a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas. Também o artigo 201, inciso II, do referido diploma legal, estabelece a proteção à maternidade, especialmente à gestante; no mesmo sentido o artigo 203, inciso I, estabelece a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; e os artigos 226 e 227, instituem a proteção especial do Estado à família, que é a base da sociedade⁶⁵⁶.

A Lei n. 9.029/1995, nesta mesma esteira, proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.⁶⁵⁷

Observa-se que a intervenção do Estado em defesa do gênero feminino funda-se tanto em questões fisiológicas quanto por questões sociais, que exigem a proteção da família, e, em especial, da maternidade. Tais diferenças biológicas existentes entre os gêneros estão relacionados primordialmente à reprodução. Cabendo ao gênero feminino os processos de gestar e de amamentar os filhos, “[...] os quais demandam tempo e cuidados médicos durante a gravidez e no período pós-natal, é então, vista como natural a existência de benefícios diferenciados que assegurem proteção à mulher no desempenho dessas funções”.⁶⁵⁸ Assim, vê-se que referidas normas de proteção são destinadas, não apenas à gestante trabalhadora, mas à criança desde sua concepção.

Todavia, apesar dos dispositivos legais previstos, as mulheres ainda padecem de discriminação no mercado de trabalho em face da possibilidade de se concretizar uma das dimensões mais próprias do mundo feminino: a maternidade. Referido direito é um projeto pessoal e/ou familiar que, em muitos casos, se inicia muito antes da concepção,

⁶⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/8/2014.

⁶⁵⁷ BRASIL. Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10/9/2015.

⁶⁵⁸ BELTRÃO, Kaizô Iwakami, et al. Mulher e Previdência Social: O Brasil e o Mundo. Texto para discussão n. 886 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro, março de 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br>. Acesso em: 11/9/2015.

a partir das primeiras relações e identificações da mulher, passando pela atividade lúdica infantil, a adolescência, o desejo de ter um filho e a gravidez propriamente dita. O exercício da maternidade é um momento de importantes reestruturações na vida da mulher e nos papéis que esta exerce.

Entretanto, se, por um lado, as medidas de proteção à maternidade impostas aos empregadores se mostram eficazes no que diz respeito ao direito social em si, por outro, trazem efeitos colaterais indesejáveis, tais como a restrição ao acesso ao mercado de trabalho para o gênero feminino. Verificam-se que os encargos sociais, instituídos com a finalidade de proteger as mulheres frente às exigências de caráter meramente produtivo, por influências do sistema neoliberal que vige, tais como a estabilidade provisória no emprego para a gestante e a licença-maternidade, têm gerado efeitos perversos em verdadeira afronta à dignidade das mulheres, quais sejam, a restrição e a exclusão do acesso ao mercado de trabalho.

Quanto às revistas íntimas a que as mulheres são submetidas, também estas se constituem em práticas discriminatórias por violarem sua intimidade e dignidade, conforme esclarece FLORINDO

Distingue-se do conceito de revista, a revista pessoal e íntima. A expressão revista pessoal possui conceito genérico (*latu sensu*), consistindo em todo e qualquer exame feito pelo empregador no empregado, seja em seus pertences, tais como, sacolas, bolsas e mochilas, ou em seu corpo, a fim de proteger os bens empresariais (patrimônio empresarial) de eventual dilapidação; bem como conceito mais restrito (*strictu sensu*), relativo apenas àquelas revistas realizadas nos pertences no empregado. Já a expressão revista íntima consiste em procedimento mais invasivo e agressivo ao trabalhador, pois exige o exame do próprio corpo do empregado, com atos de despir e/ou toques ou contatos físicos pelo revistador.⁶⁵⁹

⁶⁵⁹ FLORINDO, Valdir. Ambiente de Trabalho + Prevenção = Assédio Moral. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Rio de Janeiro, vol. 79, n. 4n. 1, p. 245-259, p. 247.

Assim, a coerção para se despir ou qualquer ato de molestamento físico que exponha o corpo é considerada prática discriminatória por expor as trabalhadoras a situações vexatórias.

A vertente neoliberal traz consigo, inevitavelmente, novas formas de se conceber e tratar o outro, no qual se invertem a valorização do humano e do material. O ser humano é coisificado, podendo ser discriminado e destrutado, constituindo um complexo integral e único de desconsideração da dignidade humana. Ao passo que a proteção aos bens materiais, esses sim ganham relevo e atenção, justificam a afronta a muitos direitos, como é o caso do desrespeito aos direitos das mulheres nas revistas íntimas.

A Lei Maior assegura a todos vida digna. Cumpre ressaltar o artigo 373-A, IV, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que dispõe sobre a vedação de revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias por parte do empregador ou preposto, no intuito de corrigir distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas.⁶⁶⁰ Apesar de tal vedação, trazida pela Lei n. 9.799/1999, versar apenas sobre o trabalho da mulher, vê-se que tal norma não é exclusiva às trabalhadoras do sexo feminino. Trata-se de direito inerente à dignidade, elemento indissociável da pessoa humana, homem ou mulher.

Esclarece-se que as empresas, no exercício de seu poder diretivo e fiscalizador, podem proceder à revista de seus funcionários. No entanto, essa revista não pode ser íntima. A questão gira em torno da conciliação entre o legítimo direito de defesa da propriedade do empregador e da invasão da intimidade e privacidade da empregada, ambos previstos no artigo 5º, incisos XXII e X. A extrapolação da revista em bolsas, sacolas ou mochilas, que não revela excesso do empregador mas o exercício regular de um direito, passa para a revista íntima, muitas vezes com contato corporal e em locais não reservados, dando margem a inúmeras condenações proferidas pela Justiça do Trabalho.

Corroborar com o exposto a orientação doutrinária do Enunciado 15 da Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho

Enunciado n.15: REVISTA DE EMPREGADO.

⁶⁶⁰ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/8/2014.

I - REVISTA - ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador.

II - REVISTA ÍNTIMA - VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc.VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também e aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.⁶⁶¹

Não obstante as normas colacionadas, a prática discriminatória da revista íntima chega ao ponto de muitas organizações terem salas em que as empregadas tem de se despirem, em que alguns regulamentos aquelas podem permanecer com as peças íntimas e em outros são obrigadas a ficarem nuas. Como se não bastasse, as trabalhadoras ainda passam por revistas realizadas por pessoas despreparadas e tem de conviver com ironias do que se passou durante o procedimento. Aqui a afronta ao direito ao ambiente de trabalho sadio também é constatada.

Nessa esteira, ensina o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, que

[...] A dignidade é a pedra angular de todos os outros direitos e liberdades da pessoa humana: todas as pessoas são iguais, devem ser tratadas com respeito e integridade, e a violação deste princípio deve ser sancionada pela lei. Pelo princípio da dignidade humana cada ser humano possui um direito intrínseco e inerente a ser respeitado. Todas as condutas abusivas e discriminatórias, que se repetem ao longo do tempo e cujo objeto atenta contra o ser humano, a sua dignidade ou a sua integridade física ou psíquica, durante a execução do trabalho merecem ser sancionadas, por colocarem em risco o meio ambiente do trabalho e a saúde física do empregado. Um meio ambiente intimidador, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo que se manifesta por palavras, intimidações, atos, gestos

⁶⁶¹ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www2.trt3.jus.br>. Acesso em: 29/10/2015.

ou escritos unilaterais deve ser coibido por expor a sofrimento físico ou situações humilhantes os empregados. Neste contexto, o empregador deve envidar todas as medidas necessárias para prevenir o dano psicossocial ocasionado pelo trabalho [...].⁶⁶²

Embora os empregadores sustentem argumentos para justificarem tal prática discriminatória, é cristalino o abuso de poder.

A CLT no Brasil e a CRFB/1988 se complementam por serem inspiradas pelos valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, compondo, deste modo, um universo instrumental de proteção ao direito social ao trabalho das mulheres que necessita ser vivido.

No que se refere à carreira profissional, sabe-se que as políticas salariais são realizadas através de planos de cargos e salários, o qual normatiza, internamente, a sistemática de promoção e progressão da carreira dos profissionais dentro de uma organização. Neste sentido dispõe o artigo 7º, XXX, da CRFB/1988, acerca da “[...] proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.⁶⁶³

Referido reconhecimento constitucional da proibição de discriminação nas relações trabalhistas resulta de reivindicações em prol da igualdade de gêneros em razão do alto grau de opressão e degradação que caracterizava, e ainda caracteriza, de modo geral, as relações entre “[...] capital e trabalho do gênero [feminino], resultando em condições de vida e trabalho manifestadamente indignas, situação que, de resto, ainda hoje não foi superada em expressiva parte dos Estados que integram a comunidade internacional”.⁶⁶⁴

Observa-se que o acesso à carreira profissional por parte das mulheres, quando se tem, é marcado por diferenças salariais e de ascensão injustificáveis. Atento a tal demanda, o Fórum Econômico Mundial de 2015, realizado em Davos, na Suíça, divulgou em seu

⁶⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão em Dissídio Individual n. 659009720065010055. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 23 de março de 2010. Lex: jurisprudência do TST, Brasília, v. 10, n. 103, p. 627-628, fev. 2011.

⁶⁶³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/8/2014.

⁶⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 91-92.

relatório acerca das desigualdades de gênero que “[...] Se você tem 20 anos de idade em 2015, suas chances de ver a igualdade de gênero no mercado de trabalho em todo o mundo já são pequenas”. Segundo a previsão de referido Fórum, será preciso esperar até 2095 (aproximadamente 80 anos) para que isso aconteça, caso o ritmo das transformações continue o mesmo. Estatísticas mostram que a desigualdade de gênero - da qual a diferença salarial faz parte - tem diminuído na última década. No entanto, esta diminuição tem sido lenta e irregular. O Brasil está na posição “[...] 124, entre 142 países, no ranking de igualdade de salários por gênero. Entre os 22 países das Américas no ranking, aparece em 21º lugar, à frente apenas do Chile e atrás de países como Honduras, Panamá e Bolívia”.⁶⁶⁵

Também o Fórum Econômico Mundial de 2016 reitera o aumento da desigualdade de gênero no mercado de trabalho ao dispor que

[...] A quarta revolução industrial, implicará a perda de cinco milhões de empregos nos próximos cinco anos nas principais economias mundiais. [...] Depois da primeira revolução (com o aparecimento da máquina a vapor), da segunda (eletricidade, cadeia de montagem) e da terceira (eletrônica, robótica), surge a quarta revolução industrial que combinará numerosos fatores como a internet dos objetos ou a “big data” para transformar a economia. [...] o peso da perda de empregos, como consequência da automatização e da desintermediação da quarta revolução industrial, vai ter um impacto relativamente equitativo entre homens e mulheres, já que 52% dos 5,1 milhões de empregos perdidos nos próximos cinco anos afetarão os homens e 48% as mulheres. Mas como as mulheres constituem uma parte menos importante atualmente que os homens no mercado de trabalho, isso significa que o fosso

⁶⁶⁵ O Fórum Econômico Mundial (WEF), realizado em Davos, na Suíça, reúne, anualmente, os principais líderes empresariais e políticos para discutir e participar de painéis, que abordam questões urgentes e globais, como economia, sociedade, saúde e meio ambiente. Você provavelmente não estará viva para ver igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com>. Acesso em: 15 set. 2015.

entre homens e mulheres poderia tornar-se maior.⁶⁶⁶(grifei)

Os dados do relatório de referido encontro, em 2016, dispõem acerca do hiato que permanece entre a representação das mulheres no mercado de trabalho e as que ocupam posições de liderança. “[...] a proporção de cargos de liderança ocupados por mulheres variou de 11% a 33%. [...] mulheres são cronicamente sub-representadas em empregos formais, especialmente em cargos de liderança”.⁶⁶⁷

Da mesma forma, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta as diferenças salariais suportadas pelas mulheres divulgadas no final do mês de janeiro de 2014 - Pesquisa Mensal de Emprego (PME) - realizada nas regiões metropolitanas de Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre. De acordo com dados da pesquisa, o levantamento mostra discrepâncias entre os rendimentos de homens e mulheres pois, “[...] em 2013, em média, as mulheres ganhavam em torno de 73,6% do rendimento auferido pelos homens (R\$ 1.614.95 contra R\$ 2.195.30). A proporção mais baixa foi registrada em 2007, de 70,5%”.⁶⁶⁸

Tais índices mensuram que a desigualdade ocorre desde a tentativa de oportunidade de participação na economia formal até a ocupação de espaços públicos. Fatores como a taxa de participação feminina no mercado de trabalho, a renda auferida em relação aos homens em trabalhos similares, a ocupação de cargos de gerência e diretoria, bem como seu nível de escolaridade refletem claramente que a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”⁶⁶⁹ está longe de se concretizar.

Sabe-se que a igualdade de gêneros é um dos aspectos primordiais para o equilíbrio do desenvolvimento social e econômico, contudo, um olhar mais atento ao que se passa no interior das organizações, no que tange às práticas salariais, de exercício de funções e de critério de admissão, porém, mostra uma realidade ainda muito discriminatória em relação às mulheres. O recrutamento, a seleção e as

⁶⁶⁶ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL (WEF). Globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com>. Acesso em: 24/02/2016.

⁶⁶⁷ *Idem, ibidem*.

⁶⁶⁸ PME (Pesquisa Mensal de Emprego). IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística): Editora IBGE, 24/jul/2014. Mensal. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 7/9/2014.

⁶⁶⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso 4/8/2015.

avaliações de desempenho profissional não ocorrem isentas de preconceitos, de forma que a possibilidade de contratação e de crescimento profissional é sempre em percentuais maiores para o gênero masculino.

Nesse sentido, observa-se que

[...] Uma pesquisa feita por economistas das universidades Harvard e Princeton descobriu que o número de mulheres nas grandes orquestras americanas não passava de 5% nos anos 70. Logo após a introdução de audições às cegas para a contratação de músicos, o percentual subiu rapidamente e hoje está em 25%. Outra pesquisa, essa da Universidade Yale, submeteu um currículo fictício de um recém-formado para mais de uma centena de cientistas de seis grandes universidades nas áreas de biologia, química e física com o pedido de que o candidato fosse avaliado para o cargo de gerente de um laboratório. O currículo era o mesmo, mas os pesquisadores tomaram o cuidado de batizar o candidato de John para metade dos avaliadores e de Jennifer para os demais. A percepção sobre John foi mais positiva: ele recebeu notas melhores e o salário sugerido foi 15% superior.⁶⁷⁰

Diante do exposto, ao se aprisionar o conceito de igualdade de gênero como categoria estática, apenas dogmatizando seu sentido - tal qual como se tem na CRFB/1988 -, esvazia-se sua dimensão e possibilidades de processo social dinâmico. Promove-se, enfim, uma forçosa redução de sua complexidade significativa, impedindo a tematização dos componentes democracia, Direito e dignidade humana de homens e mulheres.

Também a CLT regulamenta em seus artigos 373-A, III, e 461, respectivamente, que é vedado “[...] considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional” e que para os casos de “[...] idêntica função, a todo trabalho de igual valor,

⁶⁷⁰ Cotas para Mulheres? Revista Exame: Editora Abril, n. 1019, 17 jun. 2015. Quinzenal. Disponível em: <http://exame.abril.com.br>. Acesso em: 15 set. 2015.

prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”.⁶⁷¹

Do artigo 461, acima citado, esclarece-se que quando o empregador possui pessoal organizado em quadro de carreira (denominação mais ampla do que o plano de cargos e salário), não há se falar em equiparação, sendo necessário, para tanto, que as promoções obedeçam aos critérios de antiguidade e merecimento dos trabalhadores, como prescreve seu parágrafo 2º. Isso porque, conforme explica DELGADO, a equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual “[...] se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador”.⁶⁷²

Contudo, o discurso dominante sobre plano de carreira que contemple, entre outros, critérios de promoção com base no desempenho funcional, estimulando a capacitação dos empregados, somente adquire sua significação plena quando inserido no universo da cultura dominante no Brasil. É ela quem determina as possibilidades de efetivação do princípio da não discriminação, o qual condensa em suas bases a inclusão participativa.

Por fim, no que tange ao assédio sexual, tal prática discriminatória também é verificada com frequência em relação às mulheres, evidenciando relações hierárquicas em que o gênero feminino é relegado à condição de objeto, e, como as demais práticas trazidas, ofendem os direitos e garantias fundamentais.

Para BOSCO, pode-se conceituar a prática discriminatória do assédio sexual da seguinte forma

[...] é o comportamento consistente na explicitação de intenção sexual que não encontra receptividade concreta da outra parte, comportamento esse reiterado após a negativa. [...] por óbvio, é materializado em um comportamento comissivo do assediador, pelo que não se há de se pensar em assédio por omissão sob pena de a lógica ser agredida. [...] decisivo para seu conceito é o comportamento subsequente à

⁶⁷¹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13/8/2015.

⁶⁷² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 788.

não aceitação da proposta de índole sexual. [...] se a outra parte não se mostra inclinada a aceitar essa proposta e mesmo assim continua sendo abordada na mesma direção, neste momento surge a figura do assédio sexual. E isto é assim porque neste momento haverá uma agressão à esfera de liberdade do assediado que, naturalmente, não é obrigado a copular com quem não deseja.⁶⁷³

A figura do assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do ser humano e, com o advento da Lei n. 10.224/2001, passou a ser crime cujo tipo penal é dessa forma descrito “[...] Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.⁶⁷⁴

O vocábulo assédio origina-se do latim *obsidere*, que significa pôr-se adiante, sitiá-lo, atacar. O assédio sexual, para GIDDENS é uma forma de violência que se escora na cultura machista, em razão de ainda hoje persistir o pensamento de que as mulheres devem conter a sua sexualidade e os homens são possuidores de uma necessidade de variedade sexual. Pode gerar na vítima muitos sofrimentos, tanto físicos quanto psíquicos, tais como depressão, crises compulsivas de choro, perda de memória, irritabilidade, tendência ao isolamento, perda de confiança e autoestima. Assevera o autor que o controle sexual dos homens sobre as mulheres é muito mais do que “[...] uma característica incidental da vida social moderna. À medida que esse controle começa a falhar, observa-se mais claramente o caráter compulsivo da sexualidade masculina que gera um fluxo crescente de violência sobre as mulheres”.⁶⁷⁵

Conforme esclarece BARROS, há dois tipos de assédio: por intimidação e por chantagem. O primeiro ocorre quando do incômodo do sexo oposto, derivado de incitações sexuais inoportunas, de solicitações sexuais ou de outras manifestações de mesmo caráter,

⁶⁷³ BOSCO, Maria Goretti Dal. Assédio Sexual nas relações de trabalho. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, Porto Alegre, vol. 13, n. 149, nov/2001, p. 129.

⁶⁷⁴ BRASIL. Lei n. 10.224, de 15 de maio de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15/9/2015.

⁶⁷⁵ GIDDENS, Anthony. A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993, p.102.

verbais ou físicas, que acarretam danos à atuação laboral da vítima, bem como institui verdadeira situação ofensiva ao ambiente de trabalho. Já no assédio por chantagem, este alude à exigência feita por superior hierárquico a subordinado, para fins de atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação empregatícia.⁶⁷⁶

A desigualdade e a discriminação, portanto, nas suas mais variadas formas de expressão, desenvolvem uma postura questionadora em relação ao Direito, uma vez que, usualmente, desenvolvido por atores jurídicos racionais, como legisladores cartesianos e juízes imparciais.

Ocorre que o sistema cartesiano de se encarar a sociedade provocou um afastamento da realidade, oriundo da era moderna, em que o ser humano se voltou para si, inaugurando uma forma alienada de se relacionar. Daí constatar-se legisladores racionais e cartesianos que criam leis nem sempre conectadas ao social.

Também ao falar da imparcialidade do aplicador das normas - magistrados -, em que pese os artigos 134 a 138 do Código de Processo Civil⁶⁷⁷ assim o determinarem, a missão do juiz em um Estado Democrático de Direito que apregoa a igualdade de gêneros tem que ser maior do que isso. Questiona-se o sentido de se quedar silente frente às situações de desigualdade e discriminação injustificáveis que se apresentam em relação ao direito social das mulheres ao trabalho. Cumprir a “letra da lei” é um dos marcos de um regime democrático, e para tanto há de ser respeitado, mas não há de se esquecer que criar uma ponte entre a realidade social das mulheres e os direitos previstos na Constituição é um dever do magistrado.

Corroborava BELEZA ao abordar a questão do Direito e das mulheres ao trabalho quando aduz que

[...] a distinção entre homens e mulheres (e “brancos” e “não brancos”, “homossexuais” e “heterossexuais”), que o Direito ora fomenta, ora ignora, ora limita, ou mesmo proíbe, é uma distinção carregada de sentido discriminatório. Implica uma concepção de diferenciação vertical, não uma simetria horizontal. Mais do que

⁶⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997, p. 140.

⁶⁷⁷ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 7/11/2015.

desigualdade, estamos perante situações de domínio, de subjugação, de hierarquia.⁶⁷⁸

Para a autora está-se diante de um direito indeterminado e ambíguo em relação às questões envolvendo desigualdade e discriminação de gênero, quando deveria dar voz àqueles que foram excluídos da ocupação dos espaços públicos.

Explica BELEZA que a questão do gênero feminino ante ao Direito, distingue-se em três sistemas jurídicos: a) o Direito “discriminador”, b) o Direito “neutro” e c) o Direito “anti-discriminador”.

O primeiro modelo: uma acentuada distinção entre a esfera pública, destinada aos homens, e da privada, correspondente às mulheres; forte hierarquia entre homens e mulheres nos meios em que convivem - como na família e nas profissões públicas; restrição da capacidade jurídica das mulheres, baseada na sua fraqueza de entendimento, na sua necessidade de proteção ou na ideia de harmonia familiar.

Já o modelo de Direito “neutro” é marcado pela revogação de legislações claramente discriminatórias, tais como voto, contratos de trabalho, desigualdade de cônjuges, poderes quanto aos filhos, entre outros.

Por fim, o modelo exposto pela autora de um Direito “anti-discriminador” trata da proibição de normas discriminatórias, aceitação positiva da discriminação positiva - ou medidas temporárias de correção -, que são programas de incentivo a uma efetiva igualdade de oportunidades, reconhecendo-se o Direito como “[...] instrumento privilegiado para a correção de desigualdades.”⁶⁷⁹

Assim, importa demonstrar, para a autora que a imagem do feminino construído na esfera privada pela cultura desigual e discriminatória, como uma espécie de destino criado à luz do patriarcalismo, deve ser desconstruída. É preciso demonstrar que no público e no privado há construção de ambos os gêneros e no discurso jurídico há de se considerar a família como núcleo primário do nascimento das relações e do respeito à dignidade humana.

Nas relações sociais de trabalho, a proteção da mulher está muito aquém do necessário. A desigualdade e a discriminação ainda são, costumeiramente, trazidas de forma simplificada em uma simples

⁶⁷⁸ BELEZA, T. P., 2010, p. 37.

⁶⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 117-119.

exigência de respeito à clássica diferença binária e da mera possibilidade do gozo ao direito à maternidade, a não sofrerem revistas íntimas e diferenciação pejorativa de planos de cargos e salários, bem como não serem alvos de uma maior vulnerabilidade ao assédio sexual. Mas a subordinação imposta às mulheres não apenas proporciona uma reflexão aprimorada sobre o papel do Direito, mas também assenta-se na superação de muitos outros aspectos, tais como a supressão da divisão sexual do trabalho, o qual se passa a tratar.

3.4 A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO

O modo pelo qual as sociedades se organizam e se desenvolvem está diretamente articulado com a produção e a reprodução social, ou seja, a produção, através do trabalho, e a reprodução da vida humana. Ambas possuem uma centralidade de significados na vida, ressaltando-se a transformação dos seres biológicos para os seres sociais quando se estabelece entre eles uma relação trabalhista.

Após as abordagens trabalhadas nos capítulos anteriores acerca das questões envolvendo os aspectos conceituais, históricos e sociais dos gêneros, a ocupação dos espaços públicos, as relações de poder, o princípio jurídico da igualdade, a desigualdade e a discriminação em relação às mulheres, importante a análise do que demonstra a práxis quanto à forma como o trabalho é alocado em relação aos gêneros.

A divisão sexual do trabalho é um dos aspectos da divisão social do trabalho. A produção e a reprodução social, categorias de análise que embasam o presente estudo são entendidas como um conjunto de práticas que criam verdadeira identidade social. Constata-se que referidas práticas ocorrem de forma diferenciada em relação aos homens e as mulheres no que tange às relações de trabalho, não apenas em termos quantitativos, mas qualitativos também. Sem dúvida a marginalização das mulheres em certos segmentos de trabalho e de poder criou um hiato entre as experiências dessas e as dos homens.

Afirma THOME que “[...] a divisão sexual do trabalho refere-se ao modo como o trabalho é dividido entre mulheres e homens e está relacionado com seus papéis sexuais”.⁶⁸⁰ É oriundo de modelos familiar, social e econômico adotados, que refletem dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, desigualdades salariais e de ascensão profissional, bem como a precarização do trabalho feminino e a sexualização do desemprego.

⁶⁸⁰ THOME, C. F., 2012, p. 117.

Também HIRATA e KERGOAT conceituam a divisão sexual do trabalho como sendo “[...] a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais entre os sexos”.⁶⁸¹ Para ambas tal divisão é estabelecida histórica e socialmente, além de distinguida pela dicotomia de que o homem representa a força produtiva e a mulher a reprodutiva.

Explica-se que a análise e a publicação de estudos acerca das desigualdades no tratamento dispensado aos escravos, às mulheres e à classe trabalhadora no que tange ao direito social ao trabalho, sofreu significativa mudança com a Revolução Industrial, conforme apresentado no capítulo primeiro.

Destaca-se, em 1837, os estudos da denominada primeira socióloga, Harriet Martineau, que enfatizou a hipocrisia da sociedade que falava em liberdade e igualdade, mas que oprimia as mulheres, quebrando assim, o androcentrismo na narrativa histórica da discriminação e desigualdade de gênero no trabalho.⁶⁸²

Em 1867, MARX explica o trabalho dentro do capitalismo como “[...] um processo de que participa o homem e a natureza, processo em que o ser humano, com sua própria ação impulsiona, regula e controla seu intercâmbio material com a natureza”.⁶⁸³ Ainda, que aquele exerce ações determinantes sobre o homem e a mulher, modificando-os, desenvolvendo noções de exigência e de satisfação. Assim os gêneros vão construindo suas histórias e tomando suas posições na sociedade e na política, nem sempre como gostariam.

Já em 1884, na obra “A origem da família, da propriedade privada e do Estado”, Friedrich Engels trata da mudança social em decorrência da revolução do proletariado e da diferença de propriedade entre homens e mulheres. Engels trata da mudança das sociedades primitivas, onde algumas se sustentavam no matriarcado, para o patriarcado como um dos principais fatores de origem da opressão feminina.

Dessa forma, as necessidades econômicas e sociais, além da nova organização familiar, mantem a condição histórica de exploração da

⁶⁸¹ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 37, n. 132, set/dez, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 12/11/2015.

⁶⁸² MARTINEAU, Harriet. A Sociedade na América. Disponível em: <http://media.pfeiffer.edu>. Acesso em: 23/12/2015.

⁶⁸³ MARX, K., 1998, p. 211.

mulher.⁶⁸⁴ Ocorre que o homem desenvolveu novos instrumentos de trabalho, detendo assim, o controle das técnicas e dos meios de produção e as riquezas que acumulou concederam uma posição mais importante do que a das mulheres na sociedade, a começar pela família, daí valer-se de tal vantagem para fins de opressão.⁶⁸⁵ Assim, a mulher foi apartada da produção social, passando a ocupar a função de reprodutora, e destinada ao mundo doméstico na condição de submissa.

A divisão sexual do trabalho é abordada especificamente, em 1893, por Émile Durkheim na obra “Da divisão do trabalho social”. A análise se fundamenta na história da sociedade conjugal, sendo que está já ocorre por conta das diferenças naturais: “[...] é porque o homem e a mulher diferem um do outro que eles se procuram com paixão”.⁶⁸⁶

A distribuição diferenciada de funções no trabalho tem origem na sociedade conjugal e nas diferenças biológicas entre ambos, pois as distinções biológicas são acompanhadas de distinções funcionais. Ainda, acreditava que existia uma complementariedade entre tal divisão sexual, permeada pelas ordens econômicas, sociais e morais, porém quando ocorria uma aparente homogeneização, os homens deixavam, gradativamente, tais trabalhos para se dedicarem às áreas da racionalidade por lhe serem próprias.

[...] Ao ver, em certas classes, as mulheres ocuparem-se como os homens da arte e da literatura, poder-se-ia crer, é verdade, eu as ocupações dos dois sexos tendem a tornar-se homogêneas. Mas mesmo nesta esfera de ação a mulher aplica a sua natureza própria, e o seu papel permanece muito especial, muito diferente do homem. Além disso, se a arte e as letras começam a tornarem-se coisas femininas, o outro sexo parece abandoná-las para se entregar mais especialmente à ciência.⁶⁸⁷

Referida visão dicotômica permearia o estudo da divisão social do trabalho, legitimando funções distribuídas de acordo com o sexo. No entanto, ressalta-se que referido sociólogo tinha uma visão da divisão do

⁶⁸⁴ Cf. ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 3. Ed. São Paulo: Centauro Editora, 2006.

⁶⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 59-60.

⁶⁸⁶ DURKHEIM, E., 2004, p. 71.

⁶⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 75.

trabalho sexual de forma complementar e harmônica. Já pelo viés da análise da categoria gênero, a divisão sexual do trabalho reflete as relações de poder, de dominação e de desigualdade, que nada possuem de harmoniosas. A demarcação sexual de espaços e posições não pode ser delineada pelos aspectos biológicos ou sociais.

No Brasil, até 1920, pouco se debatia quanto aos aspectos econômicos e sociais do trabalho da mulher, bem como das desigualdades de gênero no mercado de trabalho, como aduz HIRATA e KERGOAT

[...] A participação da mulher no mercado de trabalho deu-se de forma crescente entre as décadas de 20 e 80, acompanhando os processos de industrialização e de urbanização da sociedade brasileira. Este período é marcado por continuidades no que diz respeito à inserção das mulheres no mundo do trabalho extra-doméstico - um grande contingente de mulheres ocupa posições não qualificadas, com vínculo empregatício e condições de trabalho precários, mal remuneradas e sem proteção social. Elas estão predominantemente nas ocupações femininas tradicionais - trabalho doméstico, atividades de produção para consumo próprio e do grupo familiar - e em certos nichos - magistério, enfermagem, comércio, telefonia, alguns setores industriais, como os ramos têxtil e do vestuário, e nos serviços pessoais como cabelereiras, manicures, lavadeiras.⁶⁸⁸

Não obstante, mudanças expressivas no trabalho feminino são constatadas, a partir de 1980, quando no Brasil se iniciou o debate acerca da feminização do mercado de trabalho, isto dentro de um amplo processo de alteração também do sistema capitalista em razão da globalização econômica.⁶⁸⁹

Estudos da divisão sexual do trabalho ganharam ênfase no Brasil, em 1975, com a instituição pela Organização das Nações Unidas, no México, da “Década da Mulher”, em razão da sociologia laboral ocupar-

⁶⁸⁸ HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 37, n. 132, set/dez, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 12/11/2015.

⁶⁸⁹ *Idem, ibidem.*

se até então do trabalhador masculino, eminentemente. Destaca-se assim, uma das primeiras publicações acerca das relações empregatícias e de poder, através do exame do trabalho doméstico, na publicação da obra de Eva Alterman Blay intitulado: “O trabalho doméstico: a mulher na indústria paulista”.⁶⁹⁰

Contudo, no Brasil, juntamente com o processo de colonização, pode-se observar a importação e imposição de um caráter androcêntrico da sociedade europeia, trazendo em seu âmago o senso comum da desigualdade de gêneros e da divisão sexual de trabalho, “[...] espécie de antídoto contra a possibilidade de insurreição da mulher no interior do casamento”.⁶⁹¹

O gênero feminino, no que tange ao corpo e à psique, em tal período, era concebido como algo nebuloso pelas autoridades científicas e eclesiásticas, sobre o qual se construam muitos mitos. Exemplifica DEL PRIORI que

[...] o desconhecimento anatômico, a ignorância fisiológica e as fantasias sobre o corpo feminino acabavam abrindo espaço para que a ciência médica construísse um saber masculino e um discurso de desconfiança em relação à mulher. A misoginia do período a empurrava para um território onde o controle era exercido pelo médico, pai ou marido. Para estes, a concepção e a gravidez eram remédio para todos os ataques femininos. E, uma vez que o macho era a “causa eficiente” da vida na compreensão de Aristóteles, o homem ocupava lugar essencial na saúde da mulher. [...] A mulher bem constituída, no entender dos doutores, era exclusivamente a que se prestava à perpetuação da espécie, unvida por uma vocação biológica que fazia da madre uma forma na qual era organizada a hereditariedade.⁶⁹²

⁶⁹⁰ THOME, F. C., 2012, p. 117.

⁶⁹¹ DEL PRIORI, Mary. As atitudes da Igreja em face da mulher no Brasil colônia. In: MARCILIA, Maria Luiza. (org.). Família, mulher, sexualidade e igreja na História do Brasil. São Paulo: Loyola, 1993, p. 176-177.

⁶⁹² DEL PRIORI, Mary. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. In: DEL PRIORI, Mary (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord. de textos). História das mulheres no Brasil. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012, p. 84.

O papel da mulher, em referido período, era inerte e cabia ao homem determinar a vida, a atividade, enaltecendo-se, insistentemente, na “[...] dignidade da procriação, na excelência dos sentimentos maternos e na necessidade de equilíbrio para evitar afecções morais”.⁶⁹³

OLIVEIRA explica que o processo de colonização imposto por Portugal a sua colônia foi longo e marcado por conflitos entre os colonos recém-chegados e os indígenas que aqui habitavam, destacando-se, neste contexto, a presença de homens brancos casados ou solteiros, que em sua grande maioria, vinham para o Brasil colônia sem suas famílias.

[...] Para as mulheres que viviam na Colônia brasileira (indígenas e negras) a situação foi ainda pior já que tiveram de enfrentar também a dominação, a violência e a escravidão imposta pelos colonizadores portugueses, bem como as influências da concepção do papel exercido tradicionalmente pelas mulheres brancas no Continente Europeu. Entretanto as mulheres brasileiras buscaram formas de ocupar outros papéis, participando inclusive ativamente nos movimentos internos pela conquista da liberdade e da independência do Brasil, onde foi possível se constatar o seu engajamento nas lutas internas travadas com as tropas de Portugal.⁶⁹⁴

Esse desequilíbrio demográfico, levou a monarquia de Portugal a disponibilizar mulheres solteiras que eram mandadas para o Brasil a fim de se casar com os colonos. Elas “[...] mantiveram o mesmo perfil tradicional em que haviam sido educadas no que se refere às relações afetivas e familiares, voltadas para a submissão aos seus pais, irmãos, maridos e a Igreja”.⁶⁹⁵ Só era concebida a vocação biológica do gênero feminino.

O papel reservado às mulheres, portanto, desde o início da construção do país, sempre foi marcado pela subalternidade, não tendo elas o mesmo tratamento, poder e prestígio concedidos aos homens. Ao

⁶⁹³ DEL PRIORI, Mary. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. In: DEL PRIORI, Mary (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord. de textos). História das mulheres no Brasil. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012, p. 87.

⁶⁹⁴ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 345.

⁶⁹⁵ *Idem, ibidem*, p. 22-23.

contrário, eram tratadas em relação a estes últimos como acessórios para que eles pudessem conquistar o novo território. A participação feminina na esfera pública era inexistente, cabia à mulher, como “[...] gestora e guardiã dos lares coloniais a responsabilização pela interiorização dos valores tridentinos”.⁶⁹⁶ O adestramento das mulheres e de matrimônios regrados afinava-se com os objetivos da Igreja e do Estado Moderno, onde as normas estabelecidas eram o ideal de conduta moral cristã. Contudo, distante disso estava a realidade do Brasil colônia, em que práticas extraconjugais se multiplicavam.

Certamente que tal vertente do cristianismo e do modelo social imposto à época não foram os únicos responsáveis pelas desiguais e discriminantes divisões sexuais de trabalho. O fato de não terem acesso à educação, restrita somente à nobreza que ainda assim privilegiada o ensino dedicado aos meninos, e a exclusão de sua presença nas lutas políticas também aprofundaram tal situação. Neste sentido assevera OLIVEIRA

[...] infelizmente a história política tradicional e, em geral escrita com base no gênero masculino (de heróis, guerreiros, militares e soldados) deixou de valorizar a presença feminina nas lutas ocorridas em vários momentos da história do Brasil, sendo possível recuperar parte destas memórias através de alguns registros que destacam as figuras, por exemplo, da revolucionária Bárbara Pereira Alencar que se tornou líder da Revolução na região Nordeste, de Maria Quitéria de Jesus Medeiros que se vestiu de soldado na Bahia para defender a província dos soldados portugueses e, de Maria Felipa de Oliveira que na Ilha de Itaparica junto com outras 40 mulheres colocou fogo nas embarcações das tropas portuguesas. Apesar da contribuição de muitas mulheres no processo de Independência do Brasil e das suas histórias pessoais de lutas e participação efetiva em distintos movimentos, pouca coisa foi divulgada e reconhecida, pois persistiam as desigualdades e discriminações em razão de gênero que de forma negativa acabaram se refletindo especificamente na negação de alguns direitos individuais fundamentais, bem

⁶⁹⁶ DEL PRIORI, M., 1993, p. 172.

como dos direitos políticos nas primeiras constituições brasileiras, o que contribuiu de certa maneira para uma exclusão social e profissional que foi marcada pelo não reconhecimento às mulheres de uma cidadania plena.⁶⁹⁷

A origem da divisão sexual do trabalho repousa nos padrões familiar e social seguidos que recriaram no mercado de trabalho modelos de subordinação vivenciados em tais esferas. Cita-se a dominação das mulheres efetuadas pelo patriarcalismo, onde o espaço doméstico é um lugar que privilegia a reprodução social. Como afirma BRUSCHINI o patriarcado “[...] é um sistema sócio-político que subjuga as mulheres tanto na esfera da produção material, mantendo-as em ocupações secundárias, quanto na esfera de reprodução, controlando sua sexualidade”.⁶⁹⁸

Segundo OLIVEIRA, a estratégia da emigração de mulheres solteiras não atingiu o objetivo desejado, ao contrário de outras colônias exploradas por outras monarquias europeias. Assim, Portugal começou a enviar famílias já constituídas para o povoamento. A função exercida pelas mulheres acaba mudando, tendo elas assumido posturas mais ativas e de destaque,

[...] tudo isso se deveu ao fato de que a maioria dos homens acabava por não retornar para suas famílias, ou porque morriam nos naufrágios ou às vezes por algum tipo de enfermidade, forçando desta maneira as mulheres a assumirem outros papéis e principalmente, sendo responsáveis pelo sustento de si próprias, dos filhos e demais membros da família.⁶⁹⁹

Em relação ao mercado de trabalho, com o passar do tempo, a participação das mulheres não se limitava às atividades domésticas. OLIVEIRA explica ainda que muitas delas, principalmente as mulheres indígenas escravizadas pelos colonizadores, eram utilizadas como mão de obra nos engenhos de açúcar. Também

⁶⁹⁷ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 345.

⁶⁹⁸ BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Mulher, casa e família: cotidiano nas camadas médias paulistanas. Fundação Carlos Chagas: Vértice, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1990, p. 52.

⁶⁹⁹ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 25.

[...] conseguiram atuar e se destacar na área da saúde auxiliando na cura de doenças através de seu conhecimento sobre as plantas e nos cuidados com a maternidade e o próprio corpo, pois o número de médicos e cirurgões portugueses era insuficiente para atender as necessidades médicas da população local. Contudo apesar de contribuírem para a cura de algumas doenças, isso não impediu que fossem perseguidas e julgadas como bruxas ou feiticeiras.⁷⁰⁰

Apesar de toda a discriminação, imposta na maioria das vezes por meio de violência e do papel submisso que a monarquia portuguesa, durante séculos, impôs às mulheres índias, negras e brancas, ela conseguiram, com sua força interior e capacidade, “[...] procurar estratégias para resistir e enfrentar a tradição religiosa ocidental e o sistema patriarcal, encontrando no mundo do trabalho um espaço de mobilidade que as levariam a enfrentar as mudanças advindas com o Iluminismo, o Liberalismo a independência do Brasil.”⁷⁰¹

Assim, por mais que a história das mulheres tenha as relacionado, por anos, à maternidade e ao papel da boa esposa, contudo, sua história envolve, na verdade, o ser humano, desejos, realizações, e derrotas. Entende-se que a trajetória feminina perpassa pela sua atuação na real construção da história, abandonando o mito do sexo frágil. Existem mulheres ousadas e corajosas, ora com maridos, ora com amantes que fizeram por mudar o rígido padrão de comportamento impressos pelo catolicismo e pelo patriarcalismo.⁷⁰²

Convém lembrar, nessa sequência cronológica, que nos séculos XVII e XVIII, as ideias iluministas passam a questionar o poder absoluto e centralizado dos monarcas. Os reflexos foram sentidos também nas colônias que se insurgem contra a situação de dependência, as práticas escravagistas e a desigualdade entre os cidadãos. São consequências desse momento a Revolução Americana e a Independência dos Estados Unidos da América.

Paradoxalmente, as mulheres foram excluídas dos titulares de direitos individuais fundamentais, entre eles o direito ao voto. Isto porque, como explica OLIVEIRA, também está relacionado “[...] com a

⁷⁰⁰ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 27-29.

⁷⁰¹ *Idem, ibidem*, p. 30.

⁷⁰² Cf. DEL PRIORI, M., 1993, p. 173-174.

concepção que os Iluministas tinham sobre o as mulheres, em geral colocando-as em uma posição de inferioridade em relação aos homens, o que é possível observar através do pensamento do próprio Rousseau⁷⁰³ para quem a mulher é feita especialmente para agradar ao homem e que aquelas deveriam estar voltadas para o lar e para os valores da maternidade, por conta de uma suposta restrição (limitação) da inteligência feminina para o estudo da filosofia e da ciência.

Os Estados Unidos da América focaram seus objetivos na propriedade, na felicidade e na segurança, postergando o princípio da fraternidade e não conseguindo concretizar a valorização dos princípios de liberdade e igualdade, uma vez que o conceito de cidadania apresentava caracteres de exclusão das mulheres, dos negros, dos índios e das crianças.⁷⁰⁴

A história da própria Revolução Francesa, que até os dias atuais é conceituada como um evento importante na conquista de direitos, apresenta diversos aspectos pouco lembrados, que bem demonstram a forma discriminatória e excludente como eram tratadas as mulheres.

Tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, quanto a Constituição da França, de 1791, haviam concedido direitos e privilégios para alguns grupos de cidadãos e excluído as mulheres e os escravos destas garantias, tais como a participação política, negando-lhes o direito de voto. OLIVEIRA lembra que

[...] diante desta situação de miséria muitas mulheres acabavam se prostituindo, estimando-se que em 1784 o número de prostitutas em Paris era de 70.000. As mulheres que se encontravam nesta situação, o faziam na maioria das vezes pela simples necessidade de sobrevivência, já que a monarquia havia suprimido algumas profissões impedindo-as de trabalhar.⁷⁰⁵

Desta forma, ainda que as mulheres hajam desempenhado importante papel no movimento revolucionário francês, com objetivo de criar uma sociedade na qual todas as pessoas fossem iguais perante a lei, e possuindo as mesmas oportunidades, acabando com a opressão e os privilégios do clero e da nobreza, isso não foi suficiente, pois elas continuaram “[...] sendo excluídas das garantias e reconhecimento dos

⁷⁰³ Cf. DEL PRIORI, M., 1993, p. 38-39.

⁷⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 47-48.

⁷⁰⁵ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 58-59.

direitos individuais fundamentais e impedidas de alcançarem uma plena cidadania”⁷⁰⁶.

A biologização com o patriarcalismo é tão forte que romper com tal padrão parece impossível. Neste sentido BOURDIEU, que desenvolveu, ao longo de sua vida, diversos trabalhos abordando a questão da dominação masculina, estudou a fundo a sociedade cabila (Argélia) sobre o qual concluiu que a polarização dos gêneros, construída socialmente, já estava incutida na sociedade sendo difícil fazer cessar a violência simbólica engendrada pela dominação masculina, ainda que cientes de tal cenário.⁷⁰⁷ Além disso, o sociólogo ressalta que essa concepção simbólica é invisível, chega até o ser humano levando-o à construção de esquemas mentais impensados, ou seja, quando acreditam possuir liberdade de pensamento, não consideram que esse “livre pensamento” está maculado por desigualdades e discriminações.⁷⁰⁸

Também quanto à origem da divisão sexual de trabalho, destaca-se que a libertação do gênero feminino dos trabalhos que lhes são atribuídos depende não apenas da tomada de consciência das pessoas e do Poder Público, mas da noção de que a dominação baseia-se em modelos e estruturas que se perpetuam, permitindo-se aqui colocar em discussão a dinâmica das relações capitalistas de trabalho, modelo econômico acolhido por muitos países como único viável. Isso possibilita o estudo do trabalho feminino, fazendo emergir a ratificação da visão androcêntrica da divisão sexual do trabalho.

Isso porque, como afirmam HIRATA e KERGOAT, muitas sociedades, com base em dados antropológicos, se estabeleceram em torno de certa divisão sexual do trabalho, que inicialmente decorria das diferenças de sexo e de idade, mas com o modo de produção capitalista tanto as condições de produção como as de reprodução foram subvertidas ao ponto de se atribuir a vida social e pública ao gênero masculino e a esfera doméstica ao feminino.⁷⁰⁹

Assim como parte da divisão sexual de trabalho, os afazeres domésticos e a educação dos filhos foram destinados às mulheres, trabalho esse fora do mercado e da relação de produção, e não

⁷⁰⁶ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 70.

⁷⁰⁷ Cf. BOURDIEU, P., 2002, p. 16.

⁷⁰⁸ BOURDIEU, P., 2002, p. 46.

⁷⁰⁹ Cf. HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 37, n. 132, set/dez, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 12/11/2015.

remunerado. Contudo, tanto o trabalho remunerado como o não remunerado são dimensões laborais salutares na vida do ser humano, entretanto o não remunerado é o realizado por boa parte das mulheres devido à continuidade do modelo patriarcal e de suas crenças, por exemplo, de que a mulher possui habilidade natural para tal.

Ilustra-se que muitas das premissas da dominação do gênero feminino estão inscritas, primeiramente, no ambiente familiar, onde após a jornada laboral, por exemplo, cabe ao gênero masculino, os reconhecidos encontros em bares, em jogos de futebol e em pescaria, ao passo que às mulheres, o conciso ambiente doméstico, para uma nova jornada laboral dividida entre os afazeres domésticos e os cuidados com os filhos. Destaca-se que além de as mulheres trabalharem muitos mais no espaço doméstico do que os homens, “[...] esse trabalho não é reconhecido, restando invisível. A massa de trabalho executada pelas mulheres acaba sendo enorme e dada de forma gratuita, em nome do amor ou dever maternal”.⁷¹⁰

Contudo, o capitalismo se utilizou da dinâmica do patriarcado para o aumento da divisão sexual de trabalho. Com o surgimento de tal modelo econômico, muito da concepção que se tinha de trabalho converteu-se em emprego, este verdadeiro elo de ligação formal entre as trabalhadoras e o modo de produção capitalista, conforme já exposto por SINGER e ratificado por SAFFIOTI quando aduz que em tal modelo econômico as mulheres operam como “força de trabalho-reserva”, aceitando trabalhar de modo descontínuo e em tempo parcial “[...] evidentemente continuarão a ocupar, via de regra, posições subalternas de pequena responsabilidade, consequência da própria instabilidade do padrão dona-de-casa-trabalhadora”.⁷¹¹

Voltando-se a uma análise histórica, verifica-se que com o advento da Revolução Industrial e a concentração dos meios de produção, os pequenos produtores se obrigaram a migrar para os centros urbanos e a buscar emprego nas fábricas, pois seus produtos não conseguiam mais competir no mercado com os produtos manufaturados, transformando-se em um assalariado. As mulheres e crianças também eram obrigadas a trabalhar nas indústrias para o sustento familiar. Os conflitos de interesse entre trabalhadores e empresários ficaram cada vez mais frequentes, “[...] de um lado estavam os trabalhadores a reivindicar a proteção de seus direitos e condições mais dignas de trabalho, e de

⁷¹⁰ Cf. THOME, C.F., 2012, p. 126.

⁷¹¹ SAFFIOTI, H., 2004, p. 163

outro, a burguesia industrial se preocupava com o aumento de seus lucros”.⁷¹²

O problema, como bem ensina OLIVEIRA, é que

[...] É possível perceber então, as contradições presentes nesta nova estrutura de mundialização empresarial, onde são desconsideradas não apenas as questões relativas ao desenvolvimento sustentável do ambiente, mas principalmente aquelas referentes à proteção e garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores (sejam eles, homens, mulheres ou crianças), e que terminam se refletindo também sobre as políticas públicas e sociais adotadas nos países emergentes ou desenvolvidas pelos seus governantes [...].⁷¹³

Em relação ao processo de industrialização e formação do mercado de trabalho no Brasil verifica-se que foi ele diferente do que daquele que se desenvolveu no início da Revolução Industrial na Inglaterra. Isto foi fruto de quatro fatores: a extinção do tráfico negreiro em 1850; o fim da escravidão em 1888; a imigração de europeus; e, a participação da mão de obra feminina. Este conjunto de mudanças acabou propiciando uma força de trabalho que não estava formada por camponeses, mas composta majoritariamente por homens negros libertos, alforriados, livres e pobres, por mulatos, mestiços e homens brancos livres e pobres, fazendo com que a industrial têxtil, que começava a se desenvolver no país, tivesse a sua disposição uma massa de trabalhadores livres resultado do fim da escravidão que facilitava aos patrões o pagamento de salários muito baixos e com uma qualificação técnica quase inexistente.⁷¹⁴

Também na Revolução Industrial, a força de trabalho das mulheres foi marcada pela divisão sexual do trabalho: aos homens cabia o trabalho produtivo, com melhores remunerações e formação profissional e para as mulheres eram destinadas atividades profissionais ditas condizentes com o seu gênero, que exigiam menor capacidade técnica, qualificação e/ou força física, resultando na realização de tarefas menos complexas e no recebimento de salários mais baixos, aumentando assim o grau de discriminação e as desigualdades quando

⁷¹² OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 94-96.

⁷¹³ *Idem, ibidem*, p. 106.

⁷¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 163.

incorporadas ao mundo do trabalho. Isto sem contar que as mulheres trabalhadoras apesar de estarem vinculadas profissionalmente às atividades industriais, cujas jornadas chegavam a 14 horas por dia, também exerciam dupla jornada realizando no espaço doméstico outras tarefas, como por exemplo, a de costureiras para complementar o orçamento doméstico.⁷¹⁵

A lógica do sistema capitalista permite uma acomodação satisfatória da mulher, como explica SAFFIOTI, quanto a uma carreira modesta ou ocupação despreziosa para que simultaneamente desempenhe suas funções domésticas. Nessa linha de raciocínio, pode-se esperar que acabe por se definir, quando o trabalho é descontínuo, pelo padrão dona de casa. Também, em especial as que possuem filhos pequenos, acabam por se mostrarem sensíveis aos apelos da “[...] mística feminina e às expectativas sociais em relação aos seus papéis de esposa e mãe”.⁷¹⁶

Assim, as relações de trabalho estabelecidas tornaram-se ao mesmo tempo atomizadas e mais complexas, onde os padrões de produção Fordista/Taylorista foram substituídos por padrões onde os estoques foram diminuídos e a automação ampliada, nos termos do preconizado pelo modelo de produção industrial Toyotista⁷¹⁷. Neste cenário, muitos postos de trabalho foram abolidos e direitos trabalhistas flexibilizados, aumentando assim o estresse laboral.⁷¹⁸

GOUNET exemplifica o aludido modelo de produção industrial, afirmando que se o trabalho consistia em produzir fechaduras para carros, uma equipe era formada, composta por doze mulheres, dispostas uma ao lado da outra, em pé, onde cada uma desenvolvia referido objeto

⁷¹⁵ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 172-174.

⁷¹⁶ SAFFIOTI, H., 2004, p. 163.

⁷¹⁷ O Toyotismo é o modelo japonês de produção industrial, criado pelo japonês Taiichi Ohno e implantado nas fábricas de automóveis Toyota, após o fim da Segunda Guerra Mundial, diferentemente dos modelos de produção americano e europeu, Fordista e Taylorista. Na década de 1970, em meio a uma crise de capital, o modelo Toyotista espalhou-se pelo mundo. Assim, produzia-se somente o necessário, reduzindo-se os estoques (flexibilização da produção), trabalhando-se com pequenos lotes, aplicando-se conceitos de qualidade total e trocando-se a padronização pela diversificação e controle da produtividade por empregado. GOUNET, Thomas. Fim do trabalho, fim do emprego. In: CARRION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo Fagundes (Orgs.). A crise do capitalismo globalizado na virada do milênio. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 2000, p. 103.

⁷¹⁸ Cf. SINGER, P., 2000, p. 13

e seria responsável pelo controle de qualidade. Ao final da linha de produção, uma das mulheres (líder) fazia um segundo controle de qualidade, ou seja, reexaminava todas as peças e imediatamente comunicava, em voz alta, qualquer defeito encontrado.

Assim, quando se deparava com a peça defeituosa, em voz alta, ou seja, em tom maior que o barulho produzido pelas máquinas, mencionava o nome da trabalhadora responsável pela peça defeituosa gritando: *kizú* (*risco*).

Tal procedimento da linha de montagem imposta pelo Toyotismo, modelo que ganhou destaque no modo de produção capitalista, causava consideráveis irritações e estresse às trabalhadoras que ouviam, ao longo do dia, seu nome mencionado aos gritos e atrelado às peças defeituosas.

Dessa forma, as trabalhadoras estavam sempre sob pressão, intensificando-se a exploração do trabalho em um ritmo frenético, quadro extremamente produtivo para o capital. Ocorre que, com o passar do tempo, muitas das mulheres acabavam sendo deslocadas para trabalhos *part time*, executando tarefas menos qualificadas e com o salário menor.⁷¹⁹

Vê-se que no modo de produção capitalista há a combinação da automação, que inaugura formas inéditas de produção com a antiga reprodução de tratamento dispensado aos gêneros. Tal modelo econômico dominante, cresceu na mesma proporção que o gênero feminino perdeu suas vagas de trabalho. Ocorre que as mulheres foram duplamente segregadas: segregação vertical - por serem colocadas somente em funções de trabalho mais simples -, e horizontal - por serem consideradas aptas somente para trabalhos distintos.

As relações patriarcais e capitalistas proporcionam aos homens oportunidades mais vantajosas em termos salariais, de trabalho e na hierarquia organizacional. Tais afinidades se iniciam na família, se solidificam nas organizações e tem o Estado como “[...] um fórum de relações patriarcais”.⁷²⁰ A violência masculina contra as mulheres se reproduz também na esfera laboral.

De tal postura decorre a identificação de uma única estrutura ocupacional nos postos de trabalho melhores remunerados: homem. É como afirma ANTUNES que desse processo de mudança proporcionado pelo capitalismo resultou

⁷¹⁹ Cf. GOUNET, T., 2000, p. 103.

⁷²⁰ WALBY, Sylvia. Theorizing Patriarchy. Oxford: Blackwell Publishers, 1990, p. 161.

[...] em uma classe trabalhadora mais heterogênea, fragmentada, heterogeneizada e mais complexificada, dividida entre trabalhadores qualificados e desqualificados, do mercado formal e informal, jovens e velhos, homens e mulheres, estáveis e precários, imigrantes e nacionais, brancos e negros etc., sem falar nas divisões que decorrem da inserção diferenciada dos países e de seus trabalhadores na nova divisão internacional do trabalho.⁷²¹

Diante do exposto, observa-se que com a solidificação do sistema capitalista a produção e a organização do trabalho feminino sofreram muitas mudanças, pois o desenvolvimento tecnológico e o intenso crescimento da maquinaria propiciaram a transferência da mão de obra feminina para as fábricas. Contudo, por serem as que, quase que exclusivamente, eram responsabilidades pelos deveres familiares - como ainda hoje o são -, possuíam uma maior dificuldade de conciliarem o trabalho com a vida doméstica e acabavam não permanecendo nos postos de trabalho por muito tempo, além da sustentação do estigma de serem uma “opção arriscada” porque engravidam. Apesar de ter sido levada pelo capital às fábricas não foi liberta dos afazeres domésticos e das funções de educadora e cuidadora.

Outra alteração significativa no mercado de trabalho em relação às mulheres veio com as Grandes Guerras (1914-1918 e 1939-1945), onde aos homens coube ocupar as frentes de batalha e às mulheres competiu assumir os negócios da família e a posição daqueles no mercado de trabalho. Inclusive, com o fim das guerras, muitos dos sobreviventes masculinos por conta de doenças e mutilações estavam impossibilitados de retornar às atividades laborais, sem contar o grande contingente de falecidos, daí as mulheres acumularem de vez as funções domésticas, de educadoras e o trabalho fora de casa.⁷²²

Durante a primeira Guerra Mundial houve uma interrupção do movimento feminista que “[...] à época lutava pelo direito ao voto. [...] as nações em guerra reforçaram identidades de gênero e após a guerra [...] deram ensejo a toda uma simbologia de enaltecimento da

⁷²¹ ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 14. Ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 198.

⁷²² Cf. GOUNET, T., 2000, p. 117.

maternidade”.⁷²³ Houve verdadeira mobilização de mulheres que foram direcionadas para trabalhos em fábricas, em especial as de suprimentos de guerra.

Constata-se que na Primeira Guerra Mundial houve “[...] um momento muito forte de transformação da identidade masculina, em razão do trauma que essa guerra havia causado sobre uma geração de homens”, tratava-se de uma crise da identidade masculina nos momentos de conflito e, por outro lado, “[...] uma transformação da relação com as mulheres durante essas guerras totais”.⁷²⁴

Já na Segunda Guerra, as funções desempenhadas pelas mulheres, na maioria dos países aliados, iam desde o setor industrial até os exércitos. Contudo, na Alemanha, por muito tempo, as mulheres serviam como “reprodutoras e perpetuadoras da raça pura”, os chamados lebensborn (centro de reprodução da raça ariana).

Apesar das diferenças, as mulheres não tinham a permissão para atuar na linha de frente, como combatentes. Salienta-se que ocorreu uma espécie de aproximação horizontal nas funções dos homens e das mulheres e “[...] [os homens] perderam uma parte de sua autoridade sobre as mulheres, na medida em que não estavam presentes, e as mulheres tinham de se virar sozinhas, adquirindo, assim, autonomia financeira com o desenvolvimento do trabalho assalariado”.⁷²⁵

Com a solidificação internacional de caráter industrial do capitalismo e com o fim das referidas guerras, houve um deslocamento de um contingente de ambos os gêneros para trabalhar em fábricas, apartando-se a residência do local de trabalho, mas tal oscilação não superou a divisão sexual do trabalho já existente, pelo contrário, reafirmou.

Não há de se olvidar que o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, fora de casa, diferentemente do que ocorre com os homens, requer uma articulação do privado em relação aos afazeres doméstico e cuidados com os filhos, com o ofício exercido no espaço público.

Para THOME a razão pela qual às mulheres se diz caber a responsabilização dos filhos, de pessoas dependentes e da vida familiar se deve ao fato da sociedade preconceber o ideário de que àquelas

⁷²³ PEDRO, Joana Maria. As guerras na transformação das relações de gênero: entrevista com Luc Capdevila. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, vol. 13, n. 1, jan/abr/2005. Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 13/11/2015.

⁷²⁴ *Idem, ibidem.*

⁷²⁵ *Idem, ibidem.*

devem ter filhos. “[...] O preconceito corrente é de que o maior sonho de uma mulher é ser mãe e que uma mulher sem filhos é um ser incompleto”.⁷²⁶ Além disso também se pressiona a mulher para que cuide dos filhos e do marido, bem como já mencionado, dos afazeres domésticos, dos idosos, dos doentes e da educação infantil. Considera-se que em toda mulher reside um instinto maternal nato, ou seja, uma predisposição natural para tais incumbências.

Tal crença, entretanto, não é sustentada pela pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo/SESC, em 2013, quando se perguntou “[...] Se você pudesse decidir livremente, o que você escolheria?, 56% das mulheres responderam que prefeririam ter uma profissão, trabalhar fora de casa e dedicar-se menos às atividades com a casa e a família”.⁷²⁷ O chamado instinto materno muito mais se aproxima de uma questão cultural do que de instinto propriamente dito.

Afirma BADINTER que, ainda entre os que acreditam no instinto materno nato, estes asseguram que não apenas as mães podem senti-lo, mas os pais e terceiros também, por isso “[...] porque não se falar, simplesmente de amor, já que a premissa é de que o instinto maternal é contingente e progressivo, não sendo instinto, portanto”.⁷²⁸ O que não quer dizer uma negação ao amor materno, esse sim, uma construção humana e social a ser mantida e respeitada, contudo dela devem ser retiradas desenrolares preconceituosas. Ademais, corrobora THOME ao afirmar que quando se identifica a mulher “[...] estritamente com sua capacidade materna, ela fica definida pelo que ela é e não pelo que escolhe ser, sendo que essa definição não é feita para o homem, que sempre é definido pelo que escolhe ser”.⁷²⁹

Ilustra, ainda, BADINTER, quando aduz que

[...] A sobrevivência da espécie exige sem dúvida que façamos filhos, mas quem nos poderá obrigar a obedecer à santa natureza? A fêmea, esta não tem escolha... Hoje, já não podemos admitir como inevitável que a mulher tenha filhos. Nem mesmo que os ame, quando os teve. Mas isso, em

⁷²⁶ THOME, C. F., 2012, p. 124.

⁷²⁷ FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Pesquisa sobre “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços públicos e privados. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br>. Acesso em: 4/1//2015.

⁷²⁸ BADINTER, Elisabeth. Rumo Equivocado. O feminismo e alguns destinos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 163.

⁷²⁹ THOME, C. F., 2012, p. 125.

contrapartida, não é novidade, embora seja sempre visto como um escândalo. Escândalo em relação à idéia generalizada de que a natureza é "boa", de que nada faz em vão, etc.⁷³⁰

Às mulheres, muitas vezes, é negada a possibilidade de assumir posições de chefia, preferindo-se homens por que se saber o conjunto de atribuições e afazeres com a maternidade, demais familiares e domésticos, que acreditam (senso-comum) que tirarão sua atenção e foco na empresa, bem como de terem uma maior probabilidade de rescisão de contrato de trabalho devido à sobrecarga laboral.

No Brasil, onde prepondera o modelo familiar de reconciliação, conforme esclarece THOME, em que às mulheres cabe a solitária tarefa de resolver e conciliar questões de trabalho e de família, “[...] porque neste modelo, as mulheres trabalham, mas permanecem como quase as únicas responsáveis pelos cuidados com a família e com o lar”⁷³¹, o acesso ao trabalho é dificultoso e a remuneração é menor, exacerbando as desigualdades sociais entre os gêneros.

Corroborava BADINTER ao afirmar que

[...] Auxiliar do médico no século XVIII, colaboradora do padre e do professor no século XIX, a mãe do século XX arcará com uma última responsabilidade: o inconsciente e os desejos do filho. Graças à psicanálise, a mãe será promovida a "grande responsável" pela felicidade de seu rebento. Missão terrível, que acaba de definir seu papel. Sem dúvida, esses encargos sucessivos que sobre ela foram lançados fizeram-se acompanhar de uma promoção da imagem da mãe. Essa promoção, porém, dissimulava uma dupla armadilha, que será por vezes vivida como uma alienação. Enclausurada em seu papel de mãe, a mulher não mais poderá evitá-lo sob pena de condenação moral. Foi essa, durante muito tempo, uma causa importante das dificuldades do trabalho feminino.⁷³²

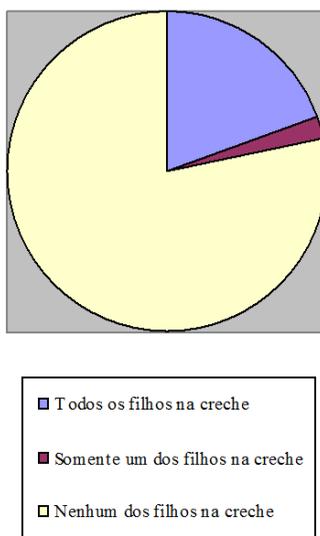
⁷³⁰ BADINTER, Elisabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 16.

⁷³¹ *Idem, ibidem*, p. 127.

⁷³² *Idem, ibidem*, p. 236-237.

Neste sentido, o Relatório da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República⁷³³, com dados de 2012, onde se observa que a divisão sexual de trabalho, que sobrecarrega as mulheres com os já mencionados afazeres domésticos e cuidados familiares, acaba por gerar uma tripla jornada de trabalho, dificultando seu acesso e permanência do trabalho, além de sua ascensão profissional. O documento traz como um dos indicadores a disponibilidade de vagas em creche.

Gráfico 1 – Divisão Sexual de Trabalho: Indicador “disponibilidade de vagas em creche”



Em 2012, somente 20,3% das mulheres estavam com todos os seus filhos, com idade de 0 a 3 anos, em creches, certamente que há de se considerar as disparidades regionais da oferta de vagas em creche, que podem variar à época de 7,3% na Região Norte a 29% na Região Sul. Resta claro que para o alcance da igualdade concreta de gêneros em relação ao trabalho é necessário que tanto o Poder Público destine políticas de conscientização e alteração do indicador citado, entre

⁷³³ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Relatório de 2014. Questão de gênero: acesso a creche e divisão sexual do trabalho. Disponível em: <http://www.spm.gov.br>. Acesso em: 4/11/2015.

outros, quanto haja um necessário compartilhamento de cuidados e tarefas domésticas entre os cônjuges.⁷³⁴

Esses números são confirmados pelo Relatório Nacional de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, coordenador pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), segundo o qual embora dentro do mercado de trabalho a situação das mulheres tenha evoluído, com ampliação do acesso aos bons postos de trabalho e franca convergência da formalização ao nível da verificada entre os homens, a taxa de ocupação de mulheres em idade ativa permanece mais baixa que a dos homens. Em 2012, 50,3% da população feminina com 15 anos ou mais de idade estava ocupada, em contraposição a 74% dos homens. Isso significa que metade das brasileiras e apenas 26% dos brasileiros encontravam-se inativos ou desempregados.⁷³⁵

Dada a maior escolaridade média das mulheres, a hipótese explicativa mais forte para a persistente distância, segundo o relatório, está na responsabilização das mulheres pelos cuidados dos membros da família e da casa.

Ocorre que as mulheres respondem majoritariamente pelo trabalho doméstico não remunerado e tal atribuição condiciona a inserção feminina no mercado de trabalho. Uma evidência forte a favor dessa hipótese é a taxa de ocupação entre mulheres com uma ou mais crianças de 0 a 6 anos em casa, sem frequentar escola ou creche. Em 2012, somente 43,1% dessas mães em idade ativa estavam ocupadas. Ao se considerar o subgrupo das que possuíam duas ou mais crianças de 0 a 6 anos em casa, a taxa de ocupação em 2012 era ainda mais baixa, 30%.⁷³⁶

A promoção da autonomia laboral e econômica por parte das mulheres passa pela melhoria de fatores facilitadores de sua inserção no

⁷³⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Relatório de 2014. Questão de gênero: acesso a creche e divisão sexual do trabalho. Disponível em: <http://www.spm.gov.br>. Acesso em: 4/11/2015.

⁷³⁵ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; SECRETARIA DE PLANEJAMENTO E INVESTIMENTOS ESTRATÉGICOS. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento. Supervisão: Grupo Técnico para o acompanhamento dos ODM. Brasília: Ipea, MP, SPI, 2014, p. 54-55.

⁷³⁶ Cf. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Relatório de 2014. Questão de gênero: acesso a creche e divisão sexual do trabalho. Disponível em: <http://www.spm.gov.br>. Acesso em: 4/11/2015.

mercado de trabalho, justa equidade salarial e oportunidades de ascensão, bem como pela distribuição mais igualitária das tarefas domésticas e de cuidados familiares. Observa-se também no referido Relatório de 2014, que quanto à autonomia econômica e igualdade no mundo do trabalho, em 2012, a taxa de atividade das mulheres de 16 a 59 anos era de 64,2%, bastante inferior à dos homens (86,2%).⁷³⁷

Outro indicador do aludido documento é a desigual distribuição de horas trabalhadas entre os gêneros

No que tange à divisão sexual do trabalho e ao uso do tempo, observa-se que a jornada total das mulheres, somando-se o tempo dedicado ao trabalho principal (mais de 35 horas semanais) e aos afazeres domésticos (quase 21 horas semanais), era sempre superior à jornada total dos homens (quase 42 horas dedicadas ao trabalho principal e 10 horas aos afazeres domésticos) [...]. Além de receberem menor remuneração pelo trabalho realizado, as mulheres rurais eram as que dedicavam mais horas semanais à realização de afazeres domésticos (em torno de 26 horas), em comparação com as mulheres urbanas (20 horas). Há que se ressaltar, todavia, que os afazeres domésticos das mulheres rurais incluem frequentemente atividades produtivas, como cuidar da lavoura, do pomar, dos animais, entre outras atividades. Essa sobrecarga não era compartilhada com os homens rurais, que apresentavam índices praticamente iguais aos dos homens urbanos no que se referia ao tempo dedicado aos afazeres domésticos (cerca de 10 horas). Assim, tanto as mulheres rurais quanto as urbanas apresentam, na média, jornadas semanais totais mais longas que as dos homens, atingindo 55,9 horas semanais, respectivamente, contra 51,8 horas dos homens em média.⁷³⁸

⁷³⁷ Cf. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Relatório de 2014. Questão de gênero: acesso a creche e divisão sexual do trabalho. Disponível em: <http://www.spm.gov.br>. Acesso em: 4/11/2015.

⁷³⁸ *Idem, ibidem.*

Constata-se que os dados acima trazem algumas alterações por agregarem outras discriminações, como o fato das mulheres rurais dedicarem-se, em média, seis horas a mais aos afazeres domésticos semanais em relação às mulheres urbanas. Ressalta-se que não somente em relação ao quantitativo de horas a mais que as mulheres trabalham em relação aos homens, mas há de se considerar o tipo de trabalho realizado.

Na prática tem-se que os homens quando realizam tarefas domésticas, o fazem de forma bem específica, tais como o conserto de aparelhos eletrônicos, compras no mercado ou o cozimento de determinado prato mais sofisticado esporadicamente. Novamente estabelece-se uma divisão em detrimento do lavar, passar, cozinhar cotidianamente, acompanhar os estudos e higiene dos filhos, bem como leva-los ao médico, dentista, psicólogo, nutricionista, entre outros compromissos.

Destaca-se que muitas das justificativas para tal divisão laboral, por parte de homens e de mulheres que se concebem inferiores e devedoras de submissão (idealizando, inclusive, para “outras”), passam pelos argumentos de que pelo fato do cônjuge do gênero masculino receber salários mais altos ou ocuparem posições de chefia, estes já fazem o seu papel perante a família de trazerem o sustento financeiro. Ainda, por um lado são desestimuladas a persistirem na satisfação pessoal de seguirem determinada carreira, com argumentos da família já estar bem financeiramente, ou de que a ausência trará malefícios aos filhos, ou de que um dos cônjuges tem de ceder em prol da realização do outro para que haja uma pseudo harmonia no lar, e por outro são relegadas a abraçarem empregos informais, por vezes diversos de sua formação superior.

Os dados estatísticos apresentados ratificam a divisão sexual do trabalho, independentemente da quantidade de anos de estudo do gênero feminino resultando em efeitos perversos como a discriminação vertical e a horizontal, como explica THOME.⁷³⁹

Em relação à discriminação vertical, também conhecida por “teto de cristal”, esta consiste na verificação da existência de uma quantidade menor de mulheres em cargo de maior remuneração e tomada de decisões, quando comparada ao número de homens ocupantes de tais cargos. Ocorre que para ascenderem, geralmente, devem estar mais qualificadas que os homens que ocupam a mesma profissão. Um exemplo típico pode ser observado na função de cozinheira, ocupada

⁷³⁹Cf. THOME, C. F., 2012, p. 129.

geralmente pelo gênero feminino, ao contrário do *chef* de cozinha, posição, na maioria, destinada aos homens. Também na atividade de costura, cujo coletivo é formado precipuamente por mulheres em detrimento da carreira de estilista, onde os que se destacam são os homens. Considerando a mesma quantidade e qualidade de estudos entre homens e mulheres, a formação não rompe com o senso comum de ser mais apto para as referidas profissões.⁷⁴⁰

Quanto à discriminação horizontal, esta se dá na distribuição desigual, entre homens e mulheres nos diferentes ramos da atividade econômica, “[...] gerando a concentração de determinado gênero em determinado ramo”.⁷⁴¹ Verifica-se a classificação por parte do senso comum de tarefas ditas femininas, criando verdadeiros “guetos ocupacionais” de argumentos biologizados e psicológicos, tais como dedos finos ou falta de competitividade. Tal consequência opera como um princípio organizador econômico da sociedade e também como fator oculto de uma maior tendência, por parte das mulheres, de desenvolvimento de doenças causadas pelo trabalho como a LER (Lesão por Esforço Repetitivo) e a DORT (Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho) em razão da destinação corriqueira de funções que exijam manuais que exijam paciência e destreza.⁷⁴²

A divisão sexual de trabalho, predeterminada ao longo dos anos, impõe a reflexão de que melhores condições de vida às mulheres passa pelas lutas e conquistas em prol de sua emancipação, destacando-se a esfera jurídica. Certamente que não basta unir direitos às profissões, mas sim de uma tarefa coletiva de criação de uma cultura jurídica de recuperação e correção de desigualdades e discriminações injustas.

Na esfera jurídica, no Brasil pós Segunda Guerra, algumas normas já eram direcionadas às mulheres no sentido da proteção no mercado de trabalho, como o estabelecido no inciso IX do artigo 157 da Constituição da República de 1946 “[...] proibição de trabalho [...] em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente”.⁷⁴³

⁷⁴⁰ Cf. THOME, C. F., 2012, p. 130.

⁷⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 132.

⁷⁴² *Idem, ibidem*, p. 132 -133.

⁷⁴³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 02/11/2015.

Ressalta-se que referida Constituição foi promulgada amparada no viés da redemocratização do país no mencionado período, trazendo inovações em relação ao direito social das mulheres quanto à aposentadoria aos 35 (trinta e cinco) anos de trabalho ou aos 70 (setenta) anos de idade, por exemplo.

A partir de então surgiram outras normas e organizações para fins de beneficiar o gênero feminino em termos jurídicos, dado que nessa época a mulher ainda era considerada de capacidade relativa pelo Código Civil de 1916, até sua alteração e revogação em 2002, quais sejam: o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a criação das Delegacias de Defesa da Mulher. Ressalta-se que com a edição do Estatuto da Mulher Casada, foi reconhecida sua plena capacidade, havendo, então, reflexo no mercado de trabalho considerando que com a ampliação dos direitos civis, dentro e fora da sociedade conjugal, o exercício do trabalho da mulher não estava mais vinculado à autorização marital.⁷⁴⁴

Constata-se que mesmo com alterações importantes, em especial na esfera jurídica, para fins de acesso e manutenção das mulheres no mercado de trabalho, ainda existem entraves, tais como as diferenças salariais e de cargos ocupados, as dificuldades de conciliar a vida profissional com a esfera privada, além de fatores já citados que envolvem o tratamento desigual e discriminatório injustificados.

Diante do exposto, as bases históricas da divisão sexual do trabalho, no Brasil, conforme explica RAGO, ocorrido, principalmente, no processo de transição para uma ordem capitalista, aliado à transformação da família e de certa emancipação da mulher, pode ser compreendida à luz da influência daquela ordem na esfera privada.

O modelo ideal de família, no qual se destinava o espaço doméstico como natural ao gênero feminino, determinado pelos imperativos da maternidade e supostas capacidades de trabalho feminino, “[...] somado a um discurso médico que procurava nas diferenças biológicas comprovar que a mulher era mais frágil e inferior em relação ao homem”, mantinha as desigualdades de salário e a subordinação sexista da mulher.⁷⁴⁵

Aludida autora, rompendo com versões masculinas da história e ressaltando a importância da participação do gênero feminino na nascente classe operária brasileira, explica que na conjuntura da

⁷⁴⁴ Cf. CALIL, L. E. S., 2007, p. 15.

⁷⁴⁵ RAGO, Margareth. Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar - Brasil 1890-1930. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 12.

sociedade capitalista, a divisão sexual do trabalho, que é um dos elementos da divisão do trabalho, deu origem a uma nova divisão e, por conseguinte, à divisão sexual do trabalho, sobretudo no que se refere à separação do espaço de produção do espaço do lar. Isso porque o capital em si não criava a subordinação do gênero feminino, mas integrava e reforçava as raízes da divisão sexual do trabalho.⁷⁴⁶

Corroborando THOME ao aduzir que as mulheres, oriundas das classes populares, foram colocadas para trabalhar nas manufaturas e, mais tarde, nas indústrias, em razão do ideário dos empregadores de que consistiam em mão de obra barata, de baixa produtividade, apropriada para definidos tipos de trabalho e avaliada como um fenômeno social segundo os modos de ser da natureza feminina. Para a autora

[...] o capitalismo não inventou o patriarcado e tem em relação a ele uma trajetória ambivalente, uma vez que se aproveitou do patriarcado para se apropriar do trabalho não pago das mulheres, levando este a participar nos custos da reprodução da força de trabalho que deviam, noutras circunstâncias, ser integralmente cobertos pelo salário, por outro lado, libertou parcialmente a mulher de submissões ancestrais, mesmo se só para a submeter à submissão moderna do trabalho assalariado. No entanto, é altamente improvável que o máximo de consciência possível do capitalismo possa vir a integrar o fim da discriminação sexual, pois a divisão sexual do trabalho no espaço-tempo doméstico tende a ser homogênea e relativamente estável em formações sociais com diferentes divisões sexuais do trabalho em outros espaços-tempo.⁷⁴⁷

A relação existente entre o padrão imposto pelo capitalismo ao trabalho e o gênero feminino desde então, retrata a incapacidade histórica, também do Direito, em lidar com a realidade social que foi construída. A análise do gênero no estudo do direito social ao trabalho passa pela problemática da divisão sexual laboral e abre espaço para pensar novas questões no âmbito do Direito, tais como: mudanças do

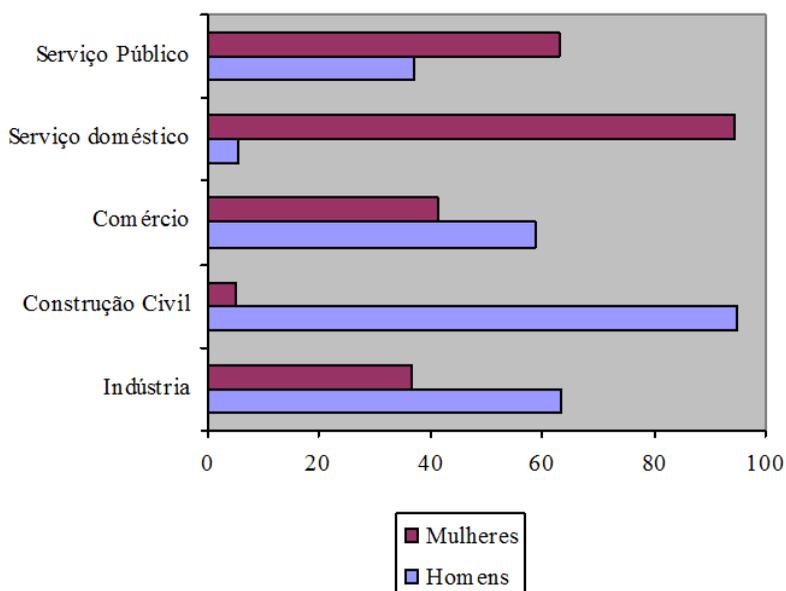
⁷⁴⁶ RAGO, Margareth. Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar - Brasil 1890-1930. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 12.

⁷⁴⁷ THOME, C. F., 2012, p. 121.

trabalho, igualdades e diferenças e as formas de gestão e políticas públicas destinadas ao gênero feminino.

Quanto aos efeitos da divisão sexual do trabalho, sabe-se que a conciliação entre a vida familiar e a profissional para a mulher sempre foi determinante em termos de igualdade de gozo do direito social ao trabalho. Segundo dados do IBGE, quanto à participação das mulheres, em 2012, nos grupamentos de atividade da Pesquisa Mensal de Emprego⁷⁴⁸, tem-se que

Gráfico 2 – Indicador “participação das mulheres nos grupamentos de atividade”



O gráfico exposto mostra que as mulheres representam maioria nos serviços domésticos e na Administração Pública, perdendo nos demais campos a participação para os homens. Observa-se que o trabalho doméstico executado por mulheres quase que absolutamente, envolve os segmentos de cozinheiras, babás, diaristas, lavadeiras,

⁷⁴⁸ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Mensal de Emprego - PME: Mulher no mercado de trabalho: perguntas e respostas. Qual a participação das mulheres nos grupamentos de atividade? Disponível em: <http://www.spm.gov.br>. Acesso em: 2/11/2015.

domésticas polivalente e governantas, e traz consigo uma herança de estigmatização e de desvalorização. Ainda que haja diversificação na ocupação do gênero feminino, o serviço doméstico remunerado se mantém como a ocupação principal das brasileiras.

Destaca-se que, em 2 de junho de 2015, foi publicada a Lei Complementar n. 150, que entrou em vigor na data da sua publicação, com aplicação a todos os contratos de trabalho doméstico, com exceção às diaristas, dispondo sobre os direitos garantidos aos domésticos e revogando a antiga Lei dos Domésticos n. 5.859/1972. Referido diploma legal estabeleceu como doméstico

Art. 1 [...] aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.⁷⁴⁹

Também, no inciso VII do parágrafo único do artigo 27, dispôs acerca da proteção às mulheres e possibilidade de rescisão de contrato por culpa do empregador quando este praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar de que trata o artigo 5º da Lei n. 11.340/2006, quais sejam, morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Em que pese a busca legislativa por melhores condições de trabalho e direitos ao trabalhador doméstico, este padece ainda de tratamento desigual e discriminado, com vedação de muitos direitos à categoria oriunda de herança da época da escravidão. Observa-se que apenas em 2013, com a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 66, chamada de “PEC das domésticas”, houve a alteração do artigo 7 da Constituição Federal que igualou os direitos dos trabalhadores domésticos, urbanos e rurais.

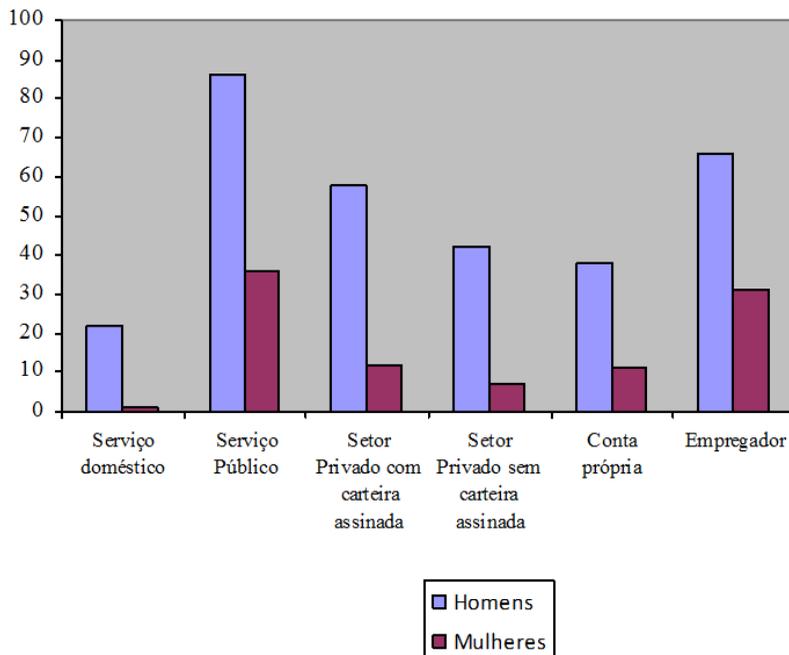
Em relação à participação da mulher na Administração Pública, tem-se que o número de contratadas e concursadas supera a de homens. Além dos dados do IBGE, também as estatísticas disponíveis na Relação Social de Informações Sociais (RAIS) e no CAGED, ambos do Ministério do Trabalho e Emprego, trazem que, entre 2006 e 2010, as

⁷⁴⁹ BRASIL. Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 3/11/2015.

mulheres predominaram na Administração Pública, defesa e segurança social.⁷⁵⁰

Em relação ao perfil educacional da população ocupada, entre 2006 e 2012, por formas de inserção segundo o gênero da Pesquisa Mensal de Emprego⁷⁵¹, tem-se que a participação das mulheres trazida pelo IBGE

Gráfico 3 – Indicador “perfil educacional”



Vê-se que no perfil educacional da população já inserida no mercado de trabalho, o gênero masculino se sobressai, bem como que as mulheres alocadas nos serviços domésticos estão em situação mais

⁷⁵⁰ MINISTÉRIO DO TRABALHO. CAGED - Cadastro Geral de Empregados e Desempregados. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br>. Acesso em 3/11/2015.

⁷⁵¹ IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Mensal de Emprego - PME: Mulher no mercado de trabalho: perguntas e respostas. Qual o perfil educacional das mulheres no mercado de trabalho? Disponível em: <http://www.spm.gov.br>. Acesso em: 2/11/2015.

precária do que os homens na mesma ocupação, o que é evidenciado pelo alto grau de informalidade. Segundo o gráfico, do percentual que trabalha como doméstica, somente 28,4% das mulheres tinham carteira assinada.

Importante ressaltar que, ainda que os dados do IBGE apontem que, no mesmo período pesquisado acima, havia um contingente maior de mulheres entre os universitários de 18 a 24 anos de idade, representando 57,1% do total de estudantes que frequentam o ensino superior nessa faixa etária, o gráfico traz a população que conseguiu se inserir no mercado de trabalho. O gozo do direito social ao trabalho pelas mulheres já enfrenta uma das primeiras barreiras na seara do acesso, mesmo num país onde o nível educacional das mulheres é maior do que o dos homens na faixa etária de 25 anos ou mais. A principal diferença percentual por gênero encontra-se no nível superior completo, onde 12,5% das mulheres completaram a graduação contra 9,9% dos homens.⁷⁵²

Em que pese as mulheres estudarem mais, tem dificuldade de se inserirem no mercado, e quando conseguem, ainda que com maior grau de escolaridade, por vezes, recebem um salário menor (certamente que para tal afirmação, há exceções como observa-se no Serviço Público, por exemplo). Então, pode-se concluir que os investimentos em educação para fins de galgarem boas posições no mercado de trabalho, para as mulheres não é tão bem remunerado quanto para os homens.

A separação de trabalho por gênero, estudado à luz de questões históricas, sociais e políticas, quando relacionadas ao patriarcalismo, ao capitalismo e às Grandes Guerras vê-se que estas trazem explicações a respeito dos alicerces que legitimaram a desigualdade entre os sexos. Assim, observa-se um diferente perfil de homens e mulheres com relação ao trabalho e as consequências dessa diferenciação para fins de acesso, participação e remuneração no mercado de trabalho. Conjuntamente, verifica-se a ausência de ações privadas e públicas em relação à temática gênero feminino e trabalho, onde analisar dados e padrões de desigualdades têm sido uma constante.

Sabe-se que na realidade brasileira o Estado falta aos excluídos, os quais são desconsiderados enquanto cidadãos. Na luta por serem reconhecidos como sujeito de direitos, reivindicam-se necessidades fundamentais frente a manutenção do *status quo*. Mesmo com avanços, ainda não é possível observar a equivalência entre a legislação e a

⁷⁵² Cf. PORTAL BRASIL. CIDADANIA E JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br>. Acesso em: 03/11/2015.

realidade vivida pelas mulheres em relação ao trabalho. O gênero feminino é ainda ligado a estereótipos que o maculam e o rebaixam e que possuem sólida vigência no imaginário de quem recruta, seleciona, remunera e promove, determinando, assim, as possibilidades e os destinos das mulheres.

CAPÍTULO 4. O SENTIDO DO DIREITO SOCIAL DAS MULHERES AO TRABALHO: UM NOVO HORIZONTE PELO VIÉS DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

O sentido do direito social das mulheres ao trabalho passa por uma reflexão acerca de implicações de ordem humana e relacional na pós-modernidade. O momento histórico de transição de cenários, ocasionado pela descrença nos paradigmas da modernidade, conduzem a uma nova condição humana.

A organização de experiências humanas, hodiernamente, compartilha a necessidade da criação de uma identidade laboral feminina, tanto como o gênero feminino que assim se concebe, quanto do que lhe é atribuído na sua trajetória profissional pelos outros, para fins de rompimento com parâmetros de verdades e subjetividades oriundas de uma construção eminentemente masculina.

As identidades laborais são muito dinâmicas e devem estar alinhadas à fruição dos direitos fundamentais. No que tange ao gênero feminino, estas desempenham um papel decisivo nas esferas individual, social, política, econômica e jurídica por tanto constituir meio de realização pessoal quanto contribuírem para o desenvolvimento econômico e solidificação do Estado Democrático de Direito.

O princípio da fraternidade, neste sentido, possui função vital, quando conjugado com o exercício do direito social das mulheres ao trabalho, na medida em que confere identidade e sentido ao decurso da vida do ser humano, bem como constitui, constantemente, elos de apresentação, inserção e relacionamento com o outro.

Entretanto, o pós-moderno requer a remodelagem das práticas imprescindíveis para a garantia de direitos em condições de igualdade, tendo suas liberdades individuais preservadas. Entende-se, assim, que o princípio da fraternidade passa a ser condição para tanto, como uma base a partir da qual as relações sociais, em especial as decorrentes do trabalho, possam continuar avançando sem exclusão das mulheres.

4.1. AS MULHERES E O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO: PELA EMANCIPAÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE

Em muitas áreas alteraram-se, significativamente, os discursos diante da transição da modernidade para a pós-modernidade. Uma nova realidade se apresenta e o esforço do ser humano em preservar suas autonomias e individualidades frente às forças políticas, econômicas, sociais e jurídicas esmagadoras tem alterado as formas de interação

social em razão de não se estar preparado para lidar com o novo e incerto.

O discurso da sociedade moderna e, similarmente, os fenômenos ocorridos na esfera individual e social, hodiernamente, demonstram o contraste do ontem, do hoje e do amanhã. Alterações no conteúdo, na organização e no conhecimento que se tinha sobre determinadas questões deslocam conceitos prévios, dada a insuficiência de suas respostas aos problemas da modernidade, rumo a um caminho de ruptura com a totalidade do pensamento racional.

Assim sendo, faz-se mister identificar os pontos em que diferem os discursos da modernidade e da pós-modernidade, especialmente no tange às questões de gênero, trabalho, Direito e fraternidade. Na perspectiva da sociedade moderna, tais questões seguiam um conhecimento que na atualidade sofre um deslocamento espaço-temporal, isto é, o determinismo dá lugar a uma reconstrução de conceitos em se situa a emergência da aplicação do princípio da fraternidade. Historicizar o discurso da modernidade visa enfatizar dimensões das citadas questões sobre as quais a mensagem da pós-modernidade se mantém calada.

Foi na Idade Moderna que a Revolução Francesa trouxe consigo os ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade. A emancipação, ansiada por muitos, chocou-se com a realidade de que a tríade se cumpriria somente para alguns, de forma que mulheres e escravos não foram contemplados. Pode-se afirmar que o pacto pela libertação, a que o povo aspirava e para a qual ampliou sua capacidade de ação, não foi cumprido na íntegra para todos.

A distinção feita dos seres-humanos, pelos próprios seres-humanos, de quem seriam os merecedores de viver os princípios enunciados na Revolução abriu uma verdadeira “caixa de Pandora” acerca da dignidade humana de importância política, econômica, social e jurídica considerável. Assim como na mitologia grega em que Pandora, a primeira mulher criada por Zeus, deixa escapar do jarro todos os males, o desequilíbrio auferido na fruição de tais direitos resultou na práxis da segregação em que o homem era concebido como ser humano, mas não a mulher e o escravo. Ela era a fêmea e o escravo o não humano, ambos cativos e submissos.

Diferentemente do previsto no contrato social, a soberania não foi para a mão do povo que por meio de um consenso identificaria a vontade geral. Os excluídos foram recusados, o que afetou sensivelmente o início de um ordenamento jurídico em que o Estado se pautou exclusivamente na obrigatoriedade do positivado, ditando o

Direito e a Justiça. Os limites do poder e das leis significavam os limites do mundo. Não havia espaço para questões sociais.

Portanto, a serva que se deslocou para a condição de súdita, que com a referida Revolução, transformou-se em indivíduo, busca até hoje transmutar-se para o status de sujeito de direitos. Tudo isto foi acompanhado por mudanças epistemológicas, funcionais e de integração das pessoas, do Estado e demais instituições, sobre as quais a sociedade moderna foi desafiada a empreender tal transição.

Historicamente, os seres humanos tornam-se conscientes de seus corpos e aspirações ajustados aos padrões de gênero e de trabalho determinados pela família, pela Igreja e pelo Estado. Dessa forma, eram separados e discriminados quando não se ajustavam. Até algumas décadas atrás o gênero feminino parecia não ter nenhuma dimensão social e viver plenamente a identidade era privilégio dos homens.

Destaca-se que ainda hoje não se atingiu as máximas da coexistência da liberdade, da igualdade e da fraternidade no que tange a fruição de direitos pelas mulheres, o que gerou, e gera, exclusão e danos. A modernidade abarcou tanto o viés emancipatório, como o fez na Revolução Francesa, quanto o científico e o tecnológico, como ocorreu na Revolução Industrial, contudo, tais visões não contemplaram as mulheres.

A lógica do progresso humano foi marcada por um forte determinismo, abalando a livre escolha dos seres humanos acerca de muitos critérios que regeriam suas vidas e aflorando o sentimento de impotência diante de uma realidade fixa. Não se sugere aqui que a modernidade foi uma era estática ao progresso, este ocorreu, todavia dentro de certos limites.

A modernidade se delineou conjuntamente com a configuração do sistema econômico capitalista que era quem determinava o caráter social e cultural do povo. Sob tal ponto de vista se percebe que as atuais condições de dificuldade de fruição do direito social ao trabalho pelo gênero feminino advém determinadas por um contexto histórico social de potencialização do capitalismo e enrijecimento das estruturas de classe. Quando se analisa a maneira pela qual se formaram as relações de gênero e trabalhistas na modernidade, constatam-se suas origens na organização social, econômica e política, bem como no grau de desenvolvimento das ciências e da tecnologia.

A retrospectiva da modernidade teve a função de esclarecer a problemática na qual se insere hoje as questões de igualdade gênero e do direito social ao trabalho. Isto porque não é possível apreender a real

situação - limites e possibilidades - se não se conhece seu histórico e os valores até então comungados.

O discurso da pós-modernidade é mais homogêneo, com descrições menos racionais, menos deterministas e menos universalistas. Certamente que há inúmeras nuances a serem consideradas, contudo, há de se concordar acerca de determinadas proposições. É como afirma LYOTARD

[...] a condição pós-moderna é, todavia, tão estranha ao desencanto como à positividade cega da deslegitimação. Após os metarrelatos, onde se poderá encontrar a legitimidade? O critério de operatividade é tecnológico; ele não é pertinente para se julgar o verdadeiro e o justo. Seria pelo consenso, obtido por discussão, como pensa Habermas? Isto violentaria a heterogeneidade dos jogos de linguagem. E a invenção se faz sempre no dissentimento. O saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável. Ele mesmo não encontra sua razão de ser na homologia dos experts, mas na paralogia dos inventores.⁷⁵³

Referido filósofo aduz que se verifica a decomposição das grandes certezas e dos metarrelatos, o que ocasiona verdadeira crise de legitimidade nas ciências. Inaugura-se, assim, um novo ceticismo, onde o saber científico foi afetado, no que tange aos modos de pesquisa e transmissão de conhecimento, por ter permanecido distante, ou seja, numa linguagem inacessível à massa e às máquinas.

Para LYOTARD a Segunda Guerra Mundial e a tecnologia alteraram para sempre a forma como as pessoas se relacionam e como o conhecimento é repassado. Tanto que este agora pode ser armazenado em banco de dados, comprado e vendido num grande sistema de mercantilização: “[...] o saber é e será produzido para ser vendido, e ele é e será consumido para ser valorizado numa nova produção: nos dois casos, para ser trocado. Ele deixa de ser para si mesmo seu próprio fim; perde o seu valor de uso”.⁷⁵⁴

⁷⁵³ LYOTARD, J. F., 2009, p. xvii.

⁷⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 5.

No entanto, ressalta o autor que por conta de tal mercantilização, o problema está no distanciamento do conhecimento em relação à verdade e à crítica, sendo, simplesmente, repassado como um produto. Além disso, novamente, corre-se o risco de somente algumas pessoas terem acesso, ou seja, os que podem pagar, em especial as corporações privadas. Também, destaca o autor, o desprestígio do pedagógico por conta da transmissão do conhecimento ocorrer por máquinas. Há o desprestígio da ciência em prol do enaltecimento da tecnologia.

Há de se considerar que na pós-modernidade, segundo o filósofo, o indivíduo que sabe é remanejado para a função de alimentador e responsável pelas traduções da linguagem das máquinas armazenadoras do conhecimento, transformando-se em *expert*, por vezes.

Dessa forma, a legitimação do saber científico liga-se a quem traduz as normas, ou seja, à hermenêutica. Conforme as interpretações causais e deterministas do comportamento de eventos e fatos do cotidiano são abandonadas, o ser humano recupera seu livre-arbítrio para a construção daquelas e também para retornar a valorização de saberes não científicos.

Daí o surgimento das incertezas da pós-modernidade por conta do choque com o padrão predito pela modernidade. A modernidade pautou a legitimidade do saber científico na sua positivação e no determinismo, chegando LYOTARD até a afirmar que “[...] a ciência positiva não é um saber”.⁷⁵⁵ Para o filósofo, o pior nível que uma ciência pode atingir é o de amparar-se em ideologias positivadas pois passam a existir não em torno do saber, mas em torno do escrito e concreto, tornando-se refém do não-científico.⁷⁵⁶

A descrença pós-moderna no saber científico fomentou a análise de novas formas de cognição e de tecnologia, como se verifica na crise de legitimidade pelo que passa o Direito. Em razão de ter se demonstrado ineficaz na solução de muitos problemas, tais como as questões de desigualdade de gênero nas relações trabalhistas, vê-se emergir pensamentos anti-modernos em seu âmago. Neste sentido, aclara BAUMAN que

[...] quanto ao sonho comunitário de reacomodar os desacomodados, nada pode mudar o fato de que o que está disponível para a reacomodação são somente camas de motel, sacos de dormir e

⁷⁵⁵ LYOTARD, J. F., 2009, p. 62.

⁷⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 70.

divãs de analistas, e que de agora em diante as comunidades [...] podem ser apenas artefatos efêmeros da peça da individualidade em curso, e não mais as forças determinantes e definidoras das identidades.⁷⁵⁷

Portanto, o tratamento discriminatório dispensado ao gênero feminino no mercado de trabalho capitalista da modernidade, gerou muitos excluídos que ainda aguardam por “acomodações”. Com efeito, na sociedade moderna capitalista não foram só as noções da produção como um todo que foram perdidas por conta das especializações funcionais, mas os laços comunitários e a liberdade também.⁷⁵⁸

No que tange à liberdade, o indivíduo não era livre para pensar e agir, até porque os objetivos individuais não poderiam estar em desacordo com a ótica capitalista e totalitária. A modernidade tinha uma visão inflexível quanto ao propósito de vida de cada um, de forma que esse não podia passar para além da própria consciência.

Contudo, na sociedade pós-moderna, complexa e fluída, a herança de padrões mentais e de comportamentos pautados pela ausência de liberdade e de relacionamentos concretos está bloqueando o caminho para a retomada do ser humano, enquanto sujeito de direitos que quer viver seus propósitos de vida. A moderna população homogênea e dominada pelas forças do capital desencadeou em uma pós-moderna população insegura. Explica BAUMAN que

[...] os sólidos que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluída, são os elos que entrelaçavam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas [...] o que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento” da modernidade. Primeiro, eles

⁷⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 30.

⁷⁵⁸ Quanto aos laços comunitários, as pessoas quase nunca se conheciam ou se integravam devido à cobrança pela produtividade em instituições burocráticas que imprimia um ritmo acelerado no qual os indivíduos acabavam por se isolarem tanto dos estímulos internos quanto dos externos. Assim, se tornaram cada vez mais distantes um do outro. Nesta seara, valores de inclusão não eram mais compartilhados como nas comunidades - como ocorre na consciência coletiva da solidariedade mecânica apresentada por Durkheim na era pré-moderna.

afetaram as instituições existentes, as molduras que circunscreviam o domínio das ações-escolhas possíveis [...] configurações, constelações, padrões de dependência e interação, tudo isto foi posto a derreter no cadinho, para ser novamente moldado e refeito. [...] as pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas apenas para ser admoestadas e censuradas caso não conseguissem se realocar, através de seus próprios esforços dedicados, contínuos e verdadeiramente infundáveis, nos nichos pré-fabricados da nova ordem. A tarefa dos indivíduos livres é usar sua nova liberdade para encontrar o nicho apropriado e ali se acomodar e adaptar: seguindo fielmente as regras e os modos de conduta identificados como corretos e apropriados para aquele lugar.⁷⁵⁹

Os padrões e códigos de conduta que orientaram as pessoas na modernidade estão sendo substituídos, o que não significa partir do zero para fins de organizar a própria vida e a sociedade. “Seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da modernidade-fluida produziu na condição humana”.⁷⁶⁰ Está-se diante e uma mudança de paradigma. Padrões mentais e comportamentais estão sendo modificados pelo peso da atomização e do insucesso que muitos indivíduos experimentaram na sociedade moderna capitalista. Para BAUMAN

[...] o que leva tantos a falar do “fim da história”, da pós-modernidade, da “segunda modernidade” e da “sobremodernidade”, ou a articular a intuição de uma mudança radical no arranjo do convívio humano e nas condições sociais sob as quais a política-vida hoje é levada, é o fato de que o longo esforço para acelerar a velocidade do movimento chegou a seu “limite natural”.⁷⁶¹

Ao longo do estágio sólido da modernidade, a falta de perspectiva do gênero feminino de uma maior efetividade na fruição de seu direito fundamental social ao trabalho estava aliada à exclusão, fruto do antigo

⁷⁵⁹ BAUMAN, Z., 2001, p. 12-13.

⁷⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 15.

⁷⁶¹ *Idem, ibidem*, p. 18-19.

senso comum do lugar que as pessoas deveriam ocupar na sociedade. A corporificação de tal distinção em relação ao gênero feminino levava as pessoas a viverem e reproduzirem conforme seus pares.

Já no estágio fluido da modernidade, ainda que faltem os necessários questionamentos e críticas que impulsionam o desenvolvimento pessoal, social e das próprias ciências, há um futuro anunciado pela necessidade de coexistência de liberdade, igualdade e fraternidade para os gêneros, onde a desigualdade e a discriminação são taxadas de obsoletas.

Ainda que para muitas mulheres persista o sentimento de ausência de “saída” no que tange à dificuldade de adentrar no mercado de trabalho, bem como de ascender em suas carreiras em igualdade de oportunidade com os homens, a pós-modernidade carece da interação das pessoas para além dos grupos com que se relacionam e compartilham.

Há a necessidade de criar uma real mudança, há de se questionar o paradigma eleito, sem que o ideário de liberdade e igualdade sejam relacionados com deixar simplesmente que os gêneros, por seus próprios recursos, “vençam na vida” em real contradição com o proposto pelo princípio da fraternidade diante da pós-modernidade.

O mercado de trabalho é um dos espaços públicos mais difíceis de reconhecimento do gênero feminino por negar e ignorar a identidade laboral daquele, disseminar ideias que transferem culpa e vergonha à mulher e por oferecer ínfimas oportunidades de crescimento às que adotam identidades cujo padrão é o masculino. O mercado de trabalho, assim como outras esferas, também passa na pós-modernidade por um processo de transição em que se destaca a questão da inclusão do gênero feminino.

Corroborava BAUMAN ao explicar que tal situação de dificuldade de desvinculação entre o dominante - poder econômico e político - e dominada - mulheres - ocorrem pelo fato da submissão ter abandonado “[...] as pessoas aos seus próprios recursos, lamentavelmente inadequados quando se trata de controlar sua condição atual, um controle forte o bastante para encorajar pensamentos para mudar o futuro”.⁷⁶² Assim, se o descomprometimento às causas individuais e sociais do outro era a regra na modernidade, na pós-modernidade o comprometimento é mais atrativo em razão dos desconfortos e medos que a todos são comuns. Na dor e no sofrimento, os gêneros são iguais.

⁷⁶² BAUMAN, Zygmunt. A Sociedade Individualizada. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20.

Assim, observa-se, de forma mais frequente, movimentos em prol da percepção da existência das mulheres e o desejo de viverem suas identidades socialmente. Também em relação ao combate à violência masculina, familiar, laboral e midiática, que atua dentro de uma lógica de acordos entre o controlador e a controlada, têm-se boas razões para acreditar que mudanças estruturais serão protagonizadas pelo gênero feminino. O destino da mulher não terá mais o determinismo e a racionalidade de estar atrelado ao caminho que os homens são livres para seguir. Até porque a pós-modernidade recusa tais referentes, assim como se fecha para a padronização, para a restrição do pensamento, para as divisões de trabalho, para o culto às ciências. Ela clama pelo entrelaçamento social dos gêneros e suas multiplicidades dentro de uma lógica de fluidez.

Diante das inúmeras discussões acerca da questão do gênero vê-se, cada vez mais, que a identidade da pessoa se constrói admitindo-se a variação do corpo que tem ou que pode vir a assumir. O enfraquecimento das duras regras da modernidade são sentidas pelos gêneros ao passo que se desvencilham de categorizações até então reproduzidos. Assim, o homem agora pode chorar e a mulher pode sair da cozinha, por exemplo, em franca oposição às preconceituosas expressões: “homem que é homem não chora” e “lugar de mulher é na cozinha”.

Constata-se que a visão dicotômica dos gêneros como “masculino ou feminino” direciona-se para não ocorrerem mais, futuramente, ainda que não se perceba hoje, de forma tão instantânea, cujos sentidos foram treinados para apreender. Dessa forma, a mulher deixaria de ser considerada como sendo o “segundo sexo” e o homossexual como o “desvio-padrão”⁷⁶³ da sociedade. Todas formas muito sutis de dominação hoje ainda reinantes no imaginário social.

A pós-modernidade, como afirma BAUMAN

[...] contrariamente a uma moda difundida, essa mudança não pode ser explicada meramente por referência à mudança na disposição do público, à diminuição do apetite pela reforma social, do interesse pelo bem comum e pelas imagens da boa sociedade, à decadência da popularidade do engajamento político, ou à alta dos sentimentos hedonísticos e do “eu primeiro” - ainda que tais

⁷⁶³ Na estatística, o desvio padrão mede a dispersão dos valores individuais em torno da média, ou seja, em torno do que é tipo como padrão.

fenômenos sem dúvida se destaquem entre as marcas do nosso tempo. As causas da mudança vão mais fundo; estão enraizadas na profunda transformação do espaço público e, de modo geral, no modo como a sociedade opera e se perpetua. O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece “pesada” (contra a “leve” modernidade contemporânea); melhor ainda, “sólida” (e não “fluida”, “líquida” ou “liquefeita”); condensada (contra difusa ou “capilar”) e, finalmente, “sistêmica” (por oposição a “em forma de rede”).⁷⁶⁴

Se na modernidade “sólida”, referida pelo autor como aquela impregnada das teorias tendentes ao totalitarismo e homogeneidade compulsória, para as mulheres havia somente um destino, e ele era masculino, na pós-modernidade as mulheres podem começar a tirar suas máscaras masculinas nos espaços públicos.

Muitas das mulheres que se destacavam desejavam ser homens, isto porque as aspirações de muitos povos foram formadas pela cultura dominante onde o paradigma era o masculino. Muitos queriam ser como o homem branco urbano. O feminino era identificado como incapacidade, inclusive jurídica, que resultou por moldar a própria concepção das mulheres que eram sujeitas a tal dominação masculina, de modo que chegaram a considerarem-se inferiores. Explica BAUMAN que a modernidade sólida

[...] era inimiga jurada da contingência, da variedade, da ambiguidade, da instabilidade, da idiosincrasia, tendo declarado uma guerra santa a todas essas “anomalias”; e esperava-se que a liberdade e a autonomia individuais fossem as primeiras vítimas da cruzada. Entre os principais ícones dessa modernidade estavam a fábrica fordista que reduzia as atividades humanas a movimentos simples, rotineiros e predeterminados, destinados a serem obediente e mecanicamente seguidos, sem envolver as

⁷⁶⁴ BAUMAN, Z., 2001, p. 33.

faculdades mentais e excluindo toda espontaneidade e iniciativa individual; a burocracia, afim, pelo menos em suas tendências inatas, ao modelo ideal de Max Weber, em que as identidades e laços sociais eram pendurados no cabide da porta da entrada junto com os chapéus, guarda-chuvas e capotes, de tal forma que somente o comando e estatutos poderiam dirigir, incontestados, as ações dos de dentro enquanto estivessem dentro [...].⁷⁶⁵

A única saída para tal cenário parecia ser o desejo de alcançar uma “existência masculina” pois o fato de ser mulher implicava em significar o fracasso na tentativa de participação nos espaços públicos, em especial na esfera trabalhista.

Constata-se que o capitalismo e o surgimento da tecnologia impactaram significativamente a forma de se produzir, e tanto o trabalho quanto os trabalhadores tiveram de ser ordenar. As tarefas isoladas se transformaram em integradas funções, a máquina e a ciência estavam diretamente relacionadas ao progresso, esse confinado aos limites estabelecidos pela burocracia. Neste sentido é que WEBER faz a analogia à “jaula de ferro”, que era como muitas pessoas se sentiam em razão das amarras da burocracia.⁷⁶⁶

Em tal sistema de organização de trabalho desenvolveram-se hierarquias impessoais, também de matrizes patriarcais, onde os processos e procedimentos seguiram a padronização que se sobrepôs ao ser humano. Assim, a tão sonhada liberdade, que chegou com a Revolução Francesa foi aprisionada pela máquina, pela racionalidade e pela burocracia. No ambiente de trabalho a hierarquia e o determinismo eram onipresentes na lógica da produção do modelo fordista, por exemplo.⁷⁶⁷

Certamente que tais atributos em nada se relacionavam com a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Se hoje se tem positivada, na CRFB/1988, a dignidade da pessoa humana como seu epicentro, em muitas sociedades ocidentais, como por exemplo, nos Estados Unidos da

⁷⁶⁵ BAUMAN, Z., 2001, p. 34.

⁷⁶⁶ Cf. RAMOS, Felipe. Karl Marx vis-à-vis Max Weber: perspectiva comparada das visões acerca do Estado. Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, vol. 17, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 11/6/2015.

⁷⁶⁷ *Idem, ibidem.*

América, na modernidade, tal condição não era verificada. O que se viu foi a dominação do anseio pelo lucro e pelo estabelecimento de procedimentos e métodos burocratizados de trabalho. Referido lucro visado pela burocracia racional era voltado à eficiência⁷⁶⁸ e ao cumprimento de metas.

Dessa forma, no ambiente laboral as funções eram especializadas e integradas, o ser humano é que passou a ser o auxiliador da máquina, e não o contrário, assim, o seu valor era determinado pelo sistema como se a dignidade humana pudesse variar de acordo com a pessoa. A atomização era tal que não se desejava um trabalho melhor, mas um salário melhor no sistema de empregos gerado pelo capitalismo, até porque o desejo de autodesenvolvimento e a criatividade foram aniquiladas pela produtividade.⁷⁶⁹

Na modernidade a mudança nas relações laborais foi tão intensa que afetou não só as demais relações sociais mas, também a constituição psicológica e cultural do ser humano. Certamente que o citado período trouxe inúmeros benefícios, contudo, a crítica que se faz é devido a sua ênfase estrita na economia e no lucro, marginalizando o ser humano e as relações que dele decorre. Foi o preço que a modernidade cobrou em troca do progresso, em especial do progresso econômico.

Marx previu que a exploração e a alienação da modernidade levariam o proletariado a uma revolução de classes e nesse viés vê-se que a pós-modernidade não deixa de ser uma revolução silenciosa onde o empregado quer retomar o sentido do trabalho, e não mais um emprego regular em tempo integral, a fim de escapar da massificação burocrática e conquistar uma posição distinta.⁷⁷⁰ Neste sentido, BAUMAN esclarece que

[...] ao trabalho foram atribuídas muitas virtudes e efeitos benéficos, como, por exemplo, o aumento

⁷⁶⁸ A categoria eficiência na modernidade, em organizações burocratizadas, refere-se unicamente ao viés econômico, desconsiderando qualquer aspecto humanizador.

⁷⁶⁹ Cf. MATOS, Fátima Regina Ney; LIMA, Afonso Carneiro. Organizações modernas e a burocracia: um a “afinidade eletiva”? Revista de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, vol. 6, n. 2, jul/dez/2007. Disponível em: <http://rae.fgv.br>. Acesso: 13/6/2015.

⁷⁷⁰ Cf. RAMOS, Felipe. Karl Marx vis-à-vis Max Weber: perspectiva comparada das visões acerca do Estado. Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, vol. 17, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>. Acesso em: 11/6/2015.

da riqueza e a eliminação da miséria; mas subjacente a todos os méritos atribuídos estava sua suposta contribuição para o estabelecimento da ordem, para o ato histórico de colocar a espécie humana no comando de seu próprio destino. O “trabalho” assim compreendido era a atividade em que se supunha que a humanidade como um todo estava envolvida por seu destino e natureza, e não por escolha, ao fazer história. E o “trabalho” assim definido era um esforço coletivo de que cada membro da espécie humana tinha de participar. O resto não passava de consequência: colocar o trabalho como “condição natural” dos seres humanos, e estar sem trabalho como anormalidade; denunciar o afastamento dessa condição natural como causa da pobreza e da miséria, da provação e da depravação; ordenar homens e mulheres de acordo com o suposto valor da contribuição de seu trabalho ao empreendimento da espécie como um todo; e atribuir ao trabalho o primeiro lugar entre as atividades humanas, por levar ao aperfeiçoamento moral e à elevação geral dos padrões éticos da sociedade.⁷⁷¹

Constata-se que referida concepção de trabalho na modernidade estava atrelada a um falso conceito de progresso humano. Sem margem de liberdade, dada a universalidade homogeneizadora da visão no ambiente laboral, o alinhamento e a obediência constituíram o âmago da burocracia.

Entretanto, na pós-modernidade o trabalho já não oferece mais um pilar seguro se concebido com o olhar da modernidade. Como aduz BAUMAN “[...] poucas pessoas [...] podem reivindicar o privilégio, o prestígio ou a honra pela importância e benefício comuns gerados pelo trabalho que realizam”.⁷⁷² Ocasionalmente tem-se a expectativa de que o trabalho enobreça “[...] fazendo “seres humanos melhores”, e raramente alguém é admirado e elogiado por isso”.⁷⁷³

Os enunciados que promovem uma diferente concepção das relações trabalhistas nesse período de transição da modernidade para a

⁷⁷¹ BAUMAN, Z., 2001, p. 157-158.

⁷⁷² *Idem, ibidem*, p. 161.

⁷⁷³ *Idem, ibidem*, p. 161.

pós-modernidade convocam à reflexão e à ponderação de que também essa nova ordem não é imutável. Contra as amarras da desigualdade, da discriminação, do desprestígio do humano e da desvalorização do trabalhador, o Direito é convidado a arquitetar um sistema aberto de normas, o Estado a ser o facilitador da construção de sociedade livre, justa e solidária e as pessoas a se comprometerem com responsabilidades coletivas. Isto porque, como elucida OLIVEIRA, os trabalhadores assalariados

[...] não enfrentam apenas os problemas ocasionados pelo processo da Revolução Industrial, mas também aqueles que surgiram a partir dos conflitos de classe, onde os trabalhadores lutavam a reivindicavam a proteção de direitos e melhores condições de trabalho [...] Além disso, as mudanças tecnológicas oriundas da Revolução Tecnológica e, especificamente, aquelas relacionadas com as novas Tecnologias da Informação e da Comunicações (TIC), trouxeram para os trabalhadores sérias dificuldades a serem enfrentadas, desde a exigência de uma maior qualificação, bem como daquelas resultantes da recessão econômica, do desemprego, da reorganização das empresas e do mercado de trabalho e das várias formas de flexibilização que atingiram a regulamentação dos direitos trabalhistas. Acrescente-se a esta situação os efeitos da globalização econômica e financeira [...].⁷⁷⁴

Assim, o trabalho, as relações de trabalho e o trabalhador assalariado estão inseridos em um nebuloso cenário cujos atributos não dialogam com os direitos fundamentais. Estes parecem estar muito distantes da noção de Direito e de humano. O império do capitalismo, da globalização econômica e do efêmero, sem desmerecer suas qualidades, se desenvolve às custas da precarização dos contratos de trabalho, donde surge uma “[...] nova divisão internacional do trabalho que favorece uma flexibilização das normas de proteção social”.⁷⁷⁵

A categoria trabalho, na pós-modernidade, ainda não logrou êxito em propiciar relações e ambiente que respeitem o humano. Visualizam-

⁷⁷⁴ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 347.

⁷⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 347.

se tempos cétricos. A emancipação do trabalho também passa pela fluidez descrita por BAUMAN, de forma que é substituído por uma nova ordem que difere da certeza que se tinha na modernidade de que “[...] quem como jovem aprendiz, tivesse seu primeiro emprego na Ford, poderia ter a certeza de terminar sua vida profissional no mesmo lugar”.⁷⁷⁶

Hodiernamente, os aspectos temporal e espacial do trabalho impedem a perspectiva deste ser para a vida toda ou de ser prestado no mesmo local. A mentalidade de contratos de trabalho por curto prazo e a tecnologia proporcionam uma concepção bem diferente de trabalho, onde a “[...] flexibilidade é o slogan do dia e inaugura o fim do emprego como conhecemos”.⁷⁷⁷ Ilustra BAUMAN que diante de tais mudanças

[...] o restante de nós ganhará a vida ao ‘estilo brasileiro’: por meio de um trabalho ocasional de curto prazo, informal, sem garantias contratuais e sem pensão ou direitos compensatórios, mas com a possibilidade de ser interrompido de uma hora para outra segundo a vontade do empregador”.⁷⁷⁸

Se a vida laboral é incerta, a compreensão dessa nova visão do trabalho somente pode ser visualizada a partir da convivência saudável dos critérios econômico, social e jurídico, até porque o capitalismo também é afetado por uma nova força de trabalho “líquida”. Já que os critérios que deveriam garantir o progresso e o desenvolvimento a todos se tornou um discurso vazio, onde prevalece a incerteza, torna-se necessário repensar as questões do gênero e do trabalho, bem como do papel do Direito, em especial dos direitos fundamentais.

A ilusão de progresso humano e da sociedade, corroborada pela ausência do Estado, fragiliza ainda mais a ligação entre a fruição dos direitos fundamentais e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A reflexão sobre o papel do Direito se dá em decorrência de sua inefetividade em muitas questões contemporâneas, cuja lei não foi capaz de solucionar, enfatizando a necessidade de uma alteração paradigmática.

Não que esta seja a única solução, pois a eleição de um novo paradigma surge da repetição de anomalias e da falta de resposta do

⁷⁷⁶ BAUMAN, Z., 2001, p. 168.

⁷⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 169.

⁷⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 100.

anteriormente eleito. Nessa transição de eras vislumbra-se tal necessidade até que novamente instala-se um novo período conturbado de crise em que o paradigma que guia os saberes igualmente não atende mais. A realidade do direito social das mulheres ao trabalho, sob a perspectiva da pós-modernidade, apresenta-se multifacetada de forma que o discurso jurídico resulta prejudicado e carecedor de um novo paradigma. Está-se diante de uma sobreposição de momentos históricos e não de uma necessária superação que durará para sempre.⁷⁷⁹

Observa-se que o Direito, inserido em tal contexto, em franco desvencilhamento da visão racional, deve procurar se constituir como um sistema aberto, ou seja, estando suscetível às influências de valores e princípios. Isto porque leis rígidas, definidoras de tudo são insuficientes e acabam por resultarem em injustiças. Já num sistema aberto há espaço para que a doutrina, a jurisprudência e a hermenêutica definam o alcance das normas, cabendo aos atores jurídicos a definição da regra ao caso concreto.

Não se trata de se trabalhar com conceitos vagos, mas de resgatar valores tais como o da socialidade, da eticidade, da operabilidade. O Direito na transição para a pós-modernidade necessita refletir acerca da prevalência harmônica dos valores individuais e coletivos, fundar-se na dignidade da pessoa humana, priorizar a equidade, a boa-fé, a justa causa e ser desenvolvido para ser efetivado.⁷⁸⁰

Além disso, sua concepção, agora pressupõe conjugar tecnologia, saberes não científicos, dinamismo e pluralidade, em tempos de críticas a uma justiça morosa, de visão homogênea dos cidadãos, patriarcal, burocrática e carente de práticas de gestão pública e jurídica. A subordinação do Direito por teorias modernas fez com que se rejeitasse *a priori* qualquer contradição dos saberes não científicos, o que não implica que na pós-modernidade haja um retorno ao Direito jusnatural, fruto de um sentimento saudosista, ou no imperativo da superação como já citado.

Ocorre, por exemplo, que o debate sobre a questão do gênero e do trabalho, na modernidade, era compreendido à luz estrita do saber científico, ou seja, com a necessária exclusão de interferências afetivas e subjetivas pela delimitação que os procedimentos metodológicos e as formas reconhecidas da produção de conhecimento requerem. E hoje,

⁷⁷⁹ Cf. KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 13.

⁷⁸⁰ Cf. REALE, Miguel. O projeto do novo Código Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 5-6.

vê-se que a solução não está nem no passado nem num futuro incerto, mas numa análise presente desprovida de racionalidade em sua totalidade, cuja orientação repousa no resgate do princípio da fraternidade em uma nova relacionalidade.

Neste segmento, LYOTARD aduz que “[...] simplificando ao extremo, considera-se pós-moderna a incredulidade em relação aos metarrelatos”⁷⁸¹, dessa forma, pensar especificadamente sobre o Direito na pós-modernidade significa evidenciar os aspectos de sua deslegitimidade. Assim, um dos desafios versa sobre o redirecionamento da legitimidade do Direito já que também o seu saber é depositado em “ferramentas artificiais de memória” e repassado velozmente. A pós-modernidade é a era da velocidade e do instantâneo.

Ocorre que na reprodução em massa de saberes científicos e do cotidiano há uma imensa simplificação em prol da rapidez e do instantâneo, que se apresentam como reais. Conforme a tecnologia avança, se questiona a necessidade do real, uma vez que o conhecimento e as imagens são replicadas e disseminadas criando elas próprias a nova realidade.⁷⁸²

Há uma considerável perda de conteúdo, de realidade e da individualidade do ser humano. Às pessoas e coisas são atribuídos muitos significados, que estão em constante mudança atualmente, assim, o anterior conhecimento sobre aqueles, que era progressivo e linear, já não é tão facilmente apreendido.⁷⁸³

Por outro lado, o caminho da legitimação das ciências se dará, segundo LYOTARD, em função de seu desempenho. Diante do aumento da complexidade dos vínculos sociais e da compreensão do ser humano, torna-se mister o redirecionamento e decodificação do Direito para fins de uma maior interação com o cotidiano e de maior compreensão.

Os *experts*, parafraseando LYOTARD, que alimentarão e decodificarão a ciência do Direito no que tange ao direito social ao trabalho e à igualdade de gênero, trabalharão a hermenêutica a fim de atrelar as normas à práxis para garantir uma performance cada vez melhor na sociedade, em especial na fruição daqueles direitos por todos. Corroborando o referido filósofo quando afirma que: “[...] o saber não é a ciência, sobretudo na sua forma contemporânea; e esta, bem longe de poder ocultar o problema de sua legitimidade, não pode deixar de o pôr

⁷⁸¹ LYOTARD, J. F., 2009, p. xvi.

⁷⁸² *Idem, ibidem*, p. 34-36.

⁷⁸³ *Idem, ibidem*, p. 37.

em toda a sua amplitude, que não é menos sociopolítica do que epistemológica”.⁷⁸⁴

Quando se considera o novo contexto em que o Direito está colocado vê-se a necessidade de superação da matriz epistemológica do positivismo. Tal necessidade tem como um dos seus principais desafios o equacionamento entre as dimensões ordenamento jurídico, pós-modernidade e ser humano. Isto se daria com a substituição de paradigmas, com o comprometimento para com o ideal emancipatório do ser humano, com o desvencilhamento de discursos unificantes, bem como com o rompimento da visão homogênea de sociedade e abstrata das normas.

Sabe-se que a pós-modernidade é um fenômeno que transcende a dimensão jurídica, encontrando seus fundamentos nas mais variadas áreas e ciências, e que requer um comprometimento interdisciplinar para fins de viver o novo. A própria concepção de Estado Democrático de Direito, o descrédito no projeto constitucional de dignidade humana, de igualdade de gênero e de fruição de direitos sociais, a falência do discurso da tríade enaltecida pela Revolução Francesa, a ausência sistemática de críticas ao conhecimento posto como certo e acabado revelam-se questões trazidas à modernidade por uma sociedade agora fragmentada e fluida.

O Direito foi por muito tempo tido como um instrumento tático não só para operacionalizar a justiça, mas para viabilizar a realização do político. O Poder Judiciário passou a ter um papel para além do de julgador, foi convocado a atuar a partir de novas técnicas de hermenêutica para fins de fornecer respostas às concretas questões sociais, sem alterar os limites impostos pela racionalidade moderna. Isto porque, dentre outros fatores, a competência legislativa passou a sofrer interferências concretas de grupos econômicos e intuições financeiras, nacionais e multinacionais, que condicionam o Direito às regras da economia da política. Daí a produção de normas direcionadas não ao enaltecimento da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade, mas ao interesse daqueles que detém o poder.⁷⁸⁵

⁷⁸⁴ LYOTARD, J. F., 2009, p. 46.

⁷⁸⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, mai/ago/2003. Acesso em: 10/11/2015.

Contudo, em que pese os fundamentos do Direito também serem questionados e abalados, como ocorreu nas demais ciências, por conta do poderio atribuído à tecnologia, da remodelagem do capitalismo, da globalização política e econômica, do enfraquecimento das soberanias que influenciaram, e influenciam, da interferência econômica privada na competência legislativa e na operacionalização das normas, há de se ter prudência com a indicação de um sistema aberto de normas. Qual é o limite dos princípios, da hermenêutica e do magistrado na ponderação acerca da igualdade de gênero e do direito social ao trabalho? Como será uma recorrente prática da aplicação de normas contrapostas à Constituição na seara do direito social das mulheres ao trabalho?⁷⁸⁶

Certamente que há de se respeitar algumas balizas, pois não se pode se desconectar as decisões judiciais da Constituição, de valores como a dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a fraternidade, tampouco da realidade. A opção por um sistema aberto de normas não cria imunidade a extrapolação de limites. Daí a importância dos paradigmas. O Direito deve se movimentar, ou seja, deve ter certa autonomia, uma vez que construído artificialmente para regular os conflitos em uma sociedade complexa e do qual se espera decisões legítimas. O que se quer é a aplicação do afastamento do Direito dos limites racionais e imutáveis da positividade e da perversa influência da ótica mercantilista.⁷⁸⁷

Faz-se mister pensar em legisladores e atores jurídicos voltados à criação e não à reprodução. Até porque antigas questões modernas, como a do direito social das mulheres ao trabalho, requerem o resgate de valores, dos direitos fundamentais e uma reaproximação com o princípio da fraternidade, que coloca o Direito diante da dissolução de implacáveis marcos regulatórios legalistas.

O Direito, ao operar na moderna subjugação do capital e do masculino sobre o trabalho e a mulher, reduziu o sujeito de direito. Desta maneira, o projeto de consolidação de referida ciência na pós-modernidade deve incorporar a compreensão das categorias humano, gênero e trabalho em consonância com o princípio da fraternidade, estabelecendo vínculos espaciais e temporais.

⁷⁸⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, mai/ago/2003. Acesso em: 10/11/2015.

⁷⁸⁷ *Idem, ibidem*.

Dado exposto, importante verificar que citado princípio, na pós-modernidade, é real e legítimo. Abre caminhos para um Direito comprometido com a operacionalização da justiça dentro de uma sociedade acelerada que vem remanejando a percepção de tempo e de espaço. Tal princípio cria estratégias singulares de identificação, reconhecimento e inserção do outro, isto é, da consciência que cada um tem de si em razão da consciência que se tem dos demais. Assim, o sujeito de direito é uma unidade múltipla, que dispõe de singularidade na relação com o outro e em relação ao outro.

Os preceitos pós-modernos de realidade virtual e ilegitimidade das ciências são substituídos por uma nova configuração de convicções e de aceitação através do princípio da fraternidade. Pode-se vislumbrar um aumento de consciência do ser humano de seu papel no mundo e do Direito. Daí uma maior demanda pelo usufruto real do status de cidadã. Pelo viés do princípio da fraternidade, a interpretação do Direito se exterioriza, tornando-o mais facilmente operacionalizado e humanizado, também proporcionando novas visões e descobertas num sistema retroalimentado, como afirma LYOTARD.⁷⁸⁸

Na modernidade, constatou-se o fracasso de modelos deterministas, é por isso que na pós-modernidade o Direito deve se abrir para um raciocínio tridimensional, abandonando conceitos dicotômicos e maniqueístas. Neste cenário, o princípio da fraternidade oferece novas possibilidades de soluções para antigas questões como a dificuldade do direito social das mulheres ao trabalho.

Quando a interpretação dos direitos fundamentais se guia pelo princípio da fraternidade, numa condição de interdependência com os princípios da igualdade e da liberdade, para se evitar excessos e restrições, possibilita-se ao ser humano o exercício do pensamento e da imaginação para fins de emancipação na pós-modernidade. Ainda, no campo compartilhado de significações, o gênero, o trabalho e o Direito resgatam a possibilidade de novos sentidos. Portanto, a mulher que estabelece uma relação laboral por tais novos sentidos traz a fraternidade para o pensar, o falar, o sentir, o criar, o desejar, o agir, onde a compreensão de seu processo de inclusão direciona-a a construção de sua identidade laboral.

⁷⁸⁸ Cf. LYOTARD, J. F., 2009, p. 75.

4.2 A RELEITURA DO GÊNERO EM BUSCA DA CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE FEMININA LABORAL PÓS-MODERNA

A releitura da concepção que se tem de gênero para fins de construção de uma identidade feminina laboral pós-moderna se deve à crise e ao esgotamento de uma visão dicotômica daquele, de matriz patriarcal e dominante por muito tempo. O ideal patriarcal do masculino poderoso como o representante do conjunto de caracteres necessários ao mercado de trabalho, apresentado com certo glamour, contribui para o demérito do feminino.

Se por convenção o sexo anatômico, feminino ou masculino, foi por muito tempo considerado a base da caracterização do gênero, conforme regras culturais e sociais, hoje se questiona o ideário de uma identidade de gênero constante ao longo da vida. BUTLER questiona a premissa de que o sexo é natural e o gênero construído sexualmente pois, “[...] neste caso, não a biologia, mas a cultura se torna o destino”.⁷⁸⁹ Assim, para fins de contestação de características tomadas como naturalmente femininas, a autora traz que embora haja certa unidade na categoria gênero feminino, paradoxalmente há identidades muito próprias e distintas entre as mulheres. Retirando da noção de gênero feminino o ideário de que decorre do sexo, se observará que também esse não é natural, mas cultural como o gênero. Para a autora “[...] um eu verdadeiro é simultâneo ou sucessivamente revelado no sexo, no gênero e no desejo”.⁷⁹⁰

Vê-se a necessidade de uma releitura do significado do termo gênero para fins de desnaturalização e rompimento com um histórico de desigualdades e discriminações injustas e assim, estabelecer, pelo viés do princípio da fraternidade, uma compreensão de distinção reconhecida a cada ser humano. Ressalta-se que a questão da desigualdade e da discriminação de gênero também é interna. Muitas mulheres se enxergam, simultaneamente, de duas formas no trabalho: através do reflexo dos homens, que as concebe com desprezo e através de seu próprio senso de identidade.

Em que pese a evolução já verificada do termo gênero e nas discussões acerca da participação da mulher no mercado de trabalho, certo é que ainda hoje o gênero feminino é afastado da possibilidade de contribuir e de se realizar no mercado de trabalho. Dessa forma, tal

⁷⁸⁹ BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. 8. Ed. São Paulo: Ed. Civilização brasileira, 2015, p. 26.

⁷⁹⁰ *Idem, ibidem*, p. 45.

redirecionamento teórico parte da visualização de sua emergência, enquanto práxis, no cenário em que se projetam as situações de acesso e ascensão no trabalho, ou seja, no encontro entre o positivado na CRFB/1988 e a construção de uma identidade feminina laboral livre, igualitária e fraterna.

A postura tendenciosamente androcêntrica é verificada, por exemplo, como afirma SCHOTT, desde muito na religião e na academia, onde as mulheres foram excluídas de instruções escolares e profissionais tal qual o eram de muitos papéis na igreja,

[...] na Alemanha, por exemplo, erudição e pesquisa ocorreram inteiramente no seio do sistema universitário, que se achava profundamente enraizado na vida eclesiástica. Como as universidades surgiram literalmente da Igreja, as mulheres foram também excluídas dessas novas instituições, assim como haviam sido excluídas da pregação evangélica. A concepção leiga de razão pura e conhecimento desinteressado que surgiu neste contexto reflete o compromisso ascético cristão em purificar a alma da poluição do corpo e excluir as mulheres do caminho da razão pura.⁷⁹¹

Tal conexão entre religião, conhecimento e trabalho demonstra que pertencer ao gênero feminino representou, por muito tempo, verdadeiro problema para muitas mulheres pela dificuldade vivenciada por aquelas quando do acesso aos espaços públicos, à educação e ao trabalho. Ainda hoje, exige-se verdadeiro heroísmo por parte das mulheres quando decidem adentrar no mercado de trabalho, ao contrário do que ocorre com o gênero masculino, por exemplo, onde o cotidiano é pleno de oportunidades. As diferenças de tratamento são gritantes num cenário em que o gênero masculino é o padrão, cujo intelecto e a operacionalidade são tidos como superiores em relação aos demais gêneros.

A releitura do gênero em busca da construção de uma identidade feminina laboral implica em uma desconstrução da formulação ideológica da desigualdade e da discriminação, por traduzir juízos intencionalmente mantidos para especificar as mulheres. Como aduz

⁷⁹¹ SCHOTT, Robin. Eros e os processos cognitivos: uma crítica da objetividade em filosofia. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996, p. 109.

BUTLER, se quer: “[...] Substituir as noções unitárias de mulher e identidade genérica feminina por conceitos de identidade social (laboral) que são plurais e de constituição complexa, e nos quais o gênero seria somente um traço relevante entre outros”.⁷⁹² A questão é que pela visão sexo/gênero se determina e se restringe as mulheres trabalhadoras. A releitura do gênero propõe escapar de um a política representacional restritiva onde as identidades não são fixas. A mulher trabalhadora deve ser concebida como um “devir permanente, como um processo ou uma promessa”.⁷⁹³

Todo o ato destinado a inferiorizar o ser humano por razão de gênero, busca legitimar estereótipos, que indicam uma imagem mental, ou seja, a escolha de um modelo rígido para se interpretar o comportamento feminino, além da manutenção de preconceitos que tornam absolutos valores de negação da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

Nessa perspectiva, observa-se que o interesse analítico crescente e ampliado sobre o reconhecimento e a inclusão do gênero feminino no mercado de trabalho possui um substrato histórico. Com efeito, o tipo de organização política, econômica, social e jurídica que apresenta como uma de suas características de sustentação, a exclusão da participação e o fechamento de canais de comunicação ao feminino, acabaram por resultar, paradoxalmente, na proliferação de campanhas e debates em prol do aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho e nas decisões políticas, econômicas e jurídicas.

As sociedades em desenvolvimento, como a brasileira, apresentam demandas que vêm questionando a práxis do tratamento dispensado até então ao gênero feminino como um interrogante na construção de um Estado Democrático que afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Certamente que a CRFB/1988 é pródiga em planos de igualdade e na correção de injustiças, mas o positivismo ainda reserva privilégios para o homem.

O constituinte originário apresentou de forma inequívoca a sua intenção de outorgar aos homens e às mulheres direitos fundamentais, dentre os quais, o direito social ao trabalho, previsto expressamente no *caput* do artigo 6º da CRFB/1988. Assim, nessa condição de direito positivado é que vai ser analisada a releitura da categoria gênero, para fins de construção da identidade feminina laboral na pós-modernidade,

⁷⁹² BUTLER, J., 2015, p. 213.

⁷⁹³ *Idem, ibidem*, p. 213.

sem, com isso, desconsiderar ou minimizar a relevância de outras ciências.

Com efeito, os movimentos de mulheres e feministas, a partir do século XX, marcaram inflexões dos sentidos comuns de muitas ciências, das quais se destaca a jurídica, por questionarem a quantidade e a qualidade da participação feminina. A dedicação de tais movimentos tinha como base, inicialmente, a propositura de uma desconstrução das relações e reproduções de cunho biológico e patriarcal, que sob o prisma jurídico, buscava o direito ao sufrágio universal.⁷⁹⁴ Neste sentido afirma LOURO que

[...] a emergência da categoria [gênero] representou, pelo menos para aquelas e aqueles que investiram na radicalidade que ela sugeria, uma virada epistemológica. Ao utilizar gênero, deixava-se de fazer uma história, uma psicologia, ou uma literatura das mulheres, sobre as mulheres e passava-se a analisar a construção social e cultural do feminino e do masculino, atentando para as formas pelas quais os sujeitos se constituíam e eram constituídos, em meio a relações de poder. O impacto dessa nova categoria analítica foi tão intenso que, mais uma vez, motivou veementes discussões e mesmo algumas fraturas internas. Também as relações de gênero passaram a ser compreendidas e interpretadas de muitas e distintas formas, ajustando-se (a) ou interpelando referenciais marxistas, psicanalíticos, lacanianos, foucaultianos, pós-estruturalistas.⁷⁹⁵

Hodiernamente, a percepção que se tem sobre gênero ganhou proporção interdisciplinar e incorporou demandas pós-modernas fazendo-se repensar seu discurso e sua prática diante do reconhecimento, respeito e inclusão para além da igualdade formal, ou seja, pelo viés do princípio fraternidade. A releitura da categoria gênero implica em querer se afirmar o direito ao reconhecimento, respeito e proteção e, até mesmo, promoção e desenvolvimento no que tange às mulheres.

⁷⁹⁴ SAFFIOTI, H., 2004, p. 73.

⁷⁹⁵ LOURO, Guacira Lopes. Epistemologia feminista e teorização social: desafios, subversões e alianças. In: ADELMAN, Miriam; SILVESTREIN, Celsi Brönstrup (Org.). Coletânea gênero plural. Curitiba: Editora UFPR, 2002. p. 15.

É diante desse quadro que afirma PINTO que os estudos sobre o gênero tanto são defendidos por homens, quanto por mulheres, não se identificando apenas com as causas feministas, por não supor uma doutrina, mas sim um discurso que transita nas mais diferentes “arenas e aparece tanto quanto silencia o contador de anedota sexista como quando o programa de um candidato à Presidência da República se preocupa com políticas públicas de proteção aos direitos das mulheres”.⁷⁹⁶ Verifica-se que o silêncio, muitas vezes, costuma ser mais significativo que o dito.

No momento em que se trabalha o termo gênero como se fosse uma categoria absoluta e acabada, comete-se o erro da reprodução dicotômica e polarizada entre homens e mulheres, resquício de uma sociedade patriarcal, de forma que os referenciais identitários ficam estanques. A possibilidade discursiva emancipatória do gênero para fins de construção de uma identidade feminina laboral extrapola hierarquizações e atribuições de papéis específicos, em especial na pós-modernidade.

Na realidade, determinados atributos pré-concebidos somente ao gênero masculino, eleito como paradigma, reforçam que as questões de gênero estejam ligadas, necessariamente, às mulheres que não se enquadraram naquele referencial abstrato, que por sua vez, suportou toda uma positivação de direitos. Para LAURETIS

[...] a primeira limitação do conceito de ‘diferença(s) sexual(ais)’, portanto, é que ele confina o pensamento crítico feminista ao arcabouço conceitual de uma oposição universal do sexo (a mulher como a diferença do homem, com ambos universalizados; ou a mulher como diferença pura e simples e, portanto, igualmente universalizada), o que torna muito difícil, se não impossível, articular as diferenças entre mulheres e Mulher, isto é, as diferenças entre as mulheres ou, talvez, mais exatamente, as diferenças nas mulheres.⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 93.

⁷⁹⁷ LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.). Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994, p. 217.

A releitura do termo gênero induz que é preciso repensar sobre as premissas do sentimento e da visão de pertencimento do ser mulher. Se a modernidade negou subjetividade ao gênero feminino, fruto de discursos biologistas e afetos à razão, e aproveitou-se da sua subjugação social para explorar sua mão de obra, mais do que o fez com a masculina, há a necessidade urgente de se rever problemáticas, representações e realidades políticas, econômicas e sociais - que não podem ser ignoradas pelo Direito.

Reler uma categoria é totalmente diferente de apenas reproduzi-la, pois é necessário interpretar com cuidado o que se lê a respeito daquela e o que se vive, bem como exercitar a visão pois, não é necessário empregar a mesma técnica utilizada pelo senso comum. O mais importante é criar algo novo que desconsidere tudo o que já foi construído e serviu de inspiração apenas para os homens.

A concepção que se deve ter de gênero feminino, hodiernamente, implica no rearranjo de regras que o possibilitem. Há alguns anos, aquele parecia não ter nenhuma dimensão, de forma que viver plenamente a construção social e cultural de comportamento e de identidade era privilégio do masculino. Entretanto, a realização profissional, seja pelo conhecimento compartilhado e relacionamentos estabelecidos, seja pelo sucesso e remuneração obtidos, deve estar ao alcance de todos, equitativamente.

Observam-se transformações na sociedade pós-moderna, a qual passa a produzir variantes na posição dos sujeitos de direitos, além de mudanças e incorporações de valores tais como a fraternidade, a inclusão e a tolerância.⁷⁹⁸

Reler o gênero feminino é descartar qualquer conceito totalitário ou atomizante, para que se possa passar a concebê-lo como uma construção social, política, econômica e jurídica em que as identidades são merecedoras de respeito, consideração e gozam de todos os direitos e garantias, efetivamente. Dessa forma, as identidades femininas laborais viverão, participarão e serão responsáveis pelas suas existências e corresponsáveis pelos outros.

Sob tal ponto de vista, o ser humano, em que pese nascer com determinadas características biológicas que, por convenção social o determina masculino ou feminino, também é portador de uma identidade única, que se desenvolve através de experiências. Neste sentido afirma BEAUVOIR

⁷⁹⁸ LAURETIS, T., 1994, p. 217, p. 218.

[...] ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino.⁷⁹⁹

Para a referida filósofa, os gêneros constroem e negociam sua identidade dentro das possibilidades de um ambiente em que não se pode negar a dominação masculina. Assim, concebe que a desnaturalização dos corpos permite pensa-los longe da função anatômica, e ainda que: “[...] o corpo não é suficiente para defini-la [como mulher]; não há verdadeira realidade a menos que manifestada pelo indivíduo consciente através de atividades no seio da sociedade”.⁸⁰⁰

Os fatores biológicos e sociais servem de parâmetros para o conhecimento, a identificação, a interpretação e a integração do ser humano no ambiente laboral. De modo especial, o gênero serve como referencial e, embora a definição do que é ser “homem” ou “mulher” provenha de uma visão sexista, a experiência humana demonstra que há outras identidades que conjecturam distintas representações de gênero, como os transexuais e transgêneros, por exemplo, e que não se encaixam nas categorias padrões.

A imposição de padrões ao gênero feminino expressa valores históricos, culturais e socialmente elaborados e partilhados que concorrem para a construção de uma realidade comum às mulheres. Tais padrões orientam ações e relações, das quais se destacam as trabalhistas, criando um sistema de codificação da realidade que determina ideias e comportamentos e, por sua vez, transformam-se em senso comum. Assim, os padrões impostos às mulheres têm papel fundamental no desenvolvimento da identidade laboral, alimentando e mantendo a imagem de como a mulher deve se comportar numa organização.

Faz-se mister romper com orientações preconceituosas acerca de como deve ser o perfil laboral das mulheres, ou seja, como devem pensar e agir para serem admitidas ou ascenderem na carreira: falar de modo mais incisivo, mais alto, com frases curtas, de forma mais agressiva, entre outras. Isso porque, ainda que se vislumbre estruturas mais flexíveis de organizações e métodos empresariais na pós-

⁷⁹⁹ BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 9.

⁸⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 466.

modernidade, o resquício da divisão sexual do trabalho ainda se faz presente no que tange às estruturas de poder e de controle.

Assim, pelo menos no que diz respeito ao gênero feminino, persistem expectativas de um desempenho profissional ligado a valores de obediência hierárquica e de concentração de poder. Registra-se que a ideia comum de superior hierárquico e poder está atrelada ao gênero masculino. Neste sentido, BORDIEU afirma que a dominação masculina está tão impregnada no nosso cotidiano que nem mais a percebemos, constituindo um núcleo central de uma representação a qual eleva o masculino e mantém uma cultura androcêntrica que vem se reproduzindo historicamente.⁸⁰¹

Questões históricas de pertencimento, conflitos, tomada de consciência, práticas, privilégios, compreensão e tratamentos diferenciados para os diferentes gêneros refletem no desenvolvimento da identidade laboral feminina. Neste contexto, a categoria identidade pode ser conceituada como

[...] um ponto de sutura, entre, por um lado, os discursos e as práticas que tentam nos interpelar, nos falar ou nos convocar para que assumamos nossos lugares como os sujeitos sociais de discursos particulares e, por outro lado, os processos que produzem subjetividades, que nos constroem como sujeitos aos quais se pode falar. As identidades são, pois, pontos de apego temporário às posições de sujeito que as práticas discursivas constroem para nós.⁸⁰²

As posições que os sujeitos assumem, ainda que por representações, fazem parte de sua identidade. A forma como os gêneros se reconhecem a si próprios como feminino ou masculino e a cobrança para que bem desempenhem seus papéis, para além da questão histórica e biológica, demonstra as estruturas de desigualdade e subordinação que o gênero feminino busca mudar. Ressalta-se que resumir e trabalhar a conexão do gênero e da identidade com questões biológicas ou históricas não são o suficiente por “deixarem de questionar as relações

⁸⁰¹ Cf. BOURDIEU, P., 2002, p. 18-20.

⁸⁰² HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? In: SILVA, Tomaz Tadeu da. Identidade e Diferença – a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 111-112.

de poder e os processos de diferenciação que, antes de tudo, produziram identidade e diferença”⁸⁰³.

Explica SILVA que “[...] a identidade é algo contido, ao passo que a diferença é a auto-referência”⁸⁰⁴, onde uma depende da outra. O gênero e a identidade são desenvolvidos socialmente o que os torna maleáveis e marcados por certa instabilidade e em estreita conexão com as relações de poder. Poder esse que define a identidade e marca o gênero.

É também por meio da ocupação dos espaços públicos que o gênero e a identidade se ligam ao poder, de forma que quem tem o poder de ocupar, tem o poder de definir e determinar a identidade. É por isso que a ocupação dos espaços públicos é tão significativa no estudo da identidade e dos direitos sociais ligados à questão do gênero.⁸⁰⁵

Para HALL, as identidades são construídas dentro dos discursos, longe de um “[...] eu estável que passa, do início ao fim, sem qualquer mudança por todas as vicissitudes da história”⁸⁰⁶, fazendo-se necessário compreender os momentos e locais específicos que ocorrem,

[...] além disso, elas emergem no interior do jogo de modalidades específicas de poder e são, assim, o produto da marcação da diferença e da exclusão. Isso implica o reconhecimento radicalmente e perturbador de que é apenas por meio da relação com o outro, da relação com aquilo que não é, com precisamente aquilo que falta, com aquilo que tem sido chamado de seu exterior constitutivo, que o significado “positivo” de qualquer termo - e, assim, sua “identidade” - pode ser construído.⁸⁰⁷

Do exposto, vê-se que as identidades se relacionam com recursos da história, da linguagem, da cultura e do social para a produção do que se torna o ser humano. Assim, a releitura do gênero para fins de construção de uma identidade laboral feminina é fundamental por possibilitar a concepção das mulheres como sujeitos de direitos no

⁸⁰³ SILVA, Tomaz Tadeu da. Identidade e Diferença – a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 8.

⁸⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 74.

⁸⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 73.

⁸⁰⁶ HALL, S., 2000, p. 108.

⁸⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 109-110.

mundo laboral. Sua releitura requer a construção da participação feminina ativa, democrática e fraterna no mercado de trabalho. As mulheres têm de se comportar como são, têm de ser contratadas e ascenderem na carreira devido às suas características. A visão e os padrões eleitos como paradigmas é que devem ser mudados.

A mulher não precisa adotar um modelo masculino de comportamento nas organizações para ser reconhecida e valorizada. Também não há mais que se conceber uma vivência laboral determinada pelos atributos que são ditos e tidos como os compatíveis ao gênero correspondente ao sexo ao qual foi atribuída ao nascer. O objetivo é fazer com que os gêneros acessem e cresçam no mercado de trabalho livres de imposições e sem barreiras para fazerem suas escolhas.

Desta forma os sujeitos de direito não se constituem pela diferença sexual, mas por variadas representações, das quais se destaca a laboral. Não há mais que se aceitar que o ser representado como “homem” ou “mulher” denote, automaticamente, uma “totalidade de atributos sociais associados a homens e mulheres”.⁸⁰⁸

Explica-se. Geralmente o senso comum atribui às mulheres as características da meticulosidade, delicadeza, maior tolerância às rotinas, facilidade para realizar mais de uma tarefa ao mesmo tempo, maior concentração e comprometimento, debilidade emotiva, dificuldade de trabalhar em equipe com outras mulheres e falta de ambição. Já quanto aos homens, destacam-se sua força física, menos responsabilidade, intolerância para rotinas, agressividade, impulsividade, certeza em tomada de decisão e maior capacidade de improvisação.

Ocorre que no Estado Democrático de Direito as relações de gênero e trabalho devem caminhar amparados pela liberdade, pela igualdade e principalmente, em tempos de pós-modernidade, pelo viés do princípio da fraternidade para fins de reconhecimento e de inclusão. Assim, a articulação entre o gênero e o direito social ao trabalho é condição necessária para a construção de uma identidade laboral feminina.⁸⁰⁹ Afirma-se que as gerações de direitos fundamentais foram acompanhadas por evoluções das concepções sobre gênero, o que trouxe uma leitura sexuada de eventos e fenômenos, onde a história do direito

⁸⁰⁸ LAURETIS, T., 1994, p. 212.

⁸⁰⁹ Cf. FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 274.

social das mulheres conduziu “à história dos gêneros e onde, ironicamente, a história dos gêneros substituiu a das mulheres”.⁸¹⁰

Ao ingressarem no mercado de trabalho, as mulheres com identidades diversas se unem para atuar dentro de culturas organizacionais que certamente exigirão alguns valores, hábitos e objetivos os quais serão comuns a todos os gêneros. Agirão dentro de tais contextos organizacionais que orientarão suas ações. Por exemplo, independente do gênero, ao ser contratado para atuar no *call center*, o empregado terá de desenvolver rotinas de trabalho repetitivas e transmitir aos clientes sentimento de disposição, sensibilidade e confiança. Ou ainda, se a pessoa for contratada para desenvolver seu trabalho em uma companhia aérea, terá de evocar nos clientes os sentimentos de segurança e conforto.

Sabe-se que o cotidiano laboral contém sistemas e métodos pré-ordenados, além de um universo simbólico, ambos preexistente à entrada dos trabalhadores e/ou empregados, ou seja, existe um senso comum quanto a alguns padrões de comportamento, seja homem ou mulher, que é compartilhado.

Entretanto, referido senso comum, que contribui para a criação da identidade laboral do gênero, não pode extrapolar tal esfera. Isso porque a identidade laboral é um dos componentes da identidade pessoal, e tanto pode fortalecer a saúde mental e trazer a realização pessoal para a mulher, quanto levá-la a distúrbios psicossociais e/ou individuais em razão de tratamentos desiguais e discriminatórios injustos.

A partir do momento em que o gênero feminino consegue desenvolver uma identidade própria rompe-se com a noção da mulher como força de trabalho secundária, o que contribui para sua desvalorização e para a reprodução de modelos hierárquicos e de centros de poder que sustentam as desigualdades e discriminações injustas de gênero. É como exemplifica CARLOTO

As habilidades manuais das mulheres reduziram-se a atividades desvalorizadas e geralmente relacionadas a certos saberes femininos considerados naturais, como, por exemplo, a destreza manual, a atenção a detalhes, a paciência para realizar tarefas monótonas e repetitivas. Essa visão é aproveitada pelos patrões que colocam as

⁸¹⁰ LOUIS, Marie-Victoire. Diga-me: o que significa gênero? Revista do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, vol. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <http://periodicos.unb.br>. Acesso em: 11/6/2015.

mulheres em funções como, por exemplo montagem de peças miúdas e embalagens na indústria eletroeletrônica, costura nos ramos têxteis, digitação nos bancos.⁸¹¹

Analisar tal associação permite a apreensão da importância da releitura do conceito que se tinha da categoria gênero até então, confinando as mulheres no mercado de trabalho a posições secundárias, a salários mais baixos do que os dos homens, bem como influenciando na disposição de investimento por parte das organizações em seus recursos humanos de forma desigual a depender do gênero.⁸¹²

Neste sentido, a imagem do gênero feminino que obtém desenvolver sua identidade laboral a partir de suas características, desvinculada do modelo masculino, gera uma visão positiva de si mesmo e do próprio mercado/organizações no que tange ao seu valor e potencial.

A projeção da mulher trabalhadora a desvincula de uma visão atrelada, fundamentalmente, à vida doméstica que limita sua inserção em outras esferas da vida. Assim, as políticas de recursos humanos - recrutamento, seleção, treinamento, capacitação, promoção - passam a guardar uma relação diferente de outrora - mito de altas taxas de absenteísmo, impontualidade e rotatividade -, aplicando as mesmas práticas e oportunidades a homens e mulheres. Ainda, as mulheres param de ser avaliadas por comparação aos homens, por exemplo: mais ou menos produtivas, mais ou menos eficientes.

O exercício do direito social ao trabalho permite a estruturação da formação da identidade laboral feminina, proporcionando sentido de vida, aprendizagem, contatos sociais, realização, felicidade, possibilidade de ascensão na carreira, renda e a realização do desejo de suplantando a realidade até então vivenciada.

Também no vínculo com o outro, possuir uma identidade laboral representa segurança para as mulheres, revelando uma boa imagem de si mesma e refletindo, por consequência, no seu modo de ser nos demais

⁸¹¹ CARLOTO, Cássia Maria. Gênero, Reestruturação Produtiva e Trabalho Feminino. Revista “Serviços Social em Revista” da Universidade Estadual de Londrina, vol. 18. n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.uel.br>. Acesso em: 12/12/2015.

⁸¹² Ressalta-se que tais práticas são observadas, em sua maioria, no setor privado. No setor público há os planos de carreira, em que, por exemplo, não ocorrem tais situações entre magistrado e magistrada ou entre professora e professora.

papeis que representa em diferentes momentos da sua experiência social. Referida identidade tanto irá diferenciá-la, quanto igualá-la, conforme a organização que trabalhe ou o ofício que desempenhe, tornando-a um ser único, contraditório, múltiplo e mutável.

Da mesma forma, a edificação de uma identidade laboral pode possibilitar a concretização das intenções econômicas, políticas e jurídicas, bem como do preconizado pelo constituinte originário no que tange à realização dos direitos fundamentais sociais. O fato das mulheres acessarem e integrarem um contexto laboral, bem como de ascenderem nos planos de cargos e salários, sendo-lhes concedidas as mesmas oportunidades dadas ao gênero masculino e respeitando suas diferenças, representa o empoderamento necessário para o pleno desempenho de suas potencialidades.

Contudo, o desenvolvimento das identidades laborais femininas condicionadas ao desempenho de determinadas funções, limita e impedem as mulheres de gozarem dos mesmos padrões de acesso, qualificação e de ética profissionais concedidos aos homens. Isso estabelece um ciclo excludente na aquisição de competências, posições e remuneração, bem como de formação de uma identidade relacionada com o trabalho.

A construção de identidade feminina laboral requer tanto a contemplação da igualdade social, quanto o respeito às diferenças. Ela pressupõe uma orientação jurídica que agregue a melhor política de reconhecimento e de inclusão do gênero feminino quanto ao direito social ao trabalho. Assim, se romperia com a visão de trabalhadora subordinada e deficiente, incapaz de ocupar os mesmos lugares que o gênero masculino. Corrobora VIEIRA ao afirmar que

[...] a identidade feminina é produto social e reflexo do olhar do outro. Importa, antes de tudo, como e de que modo o outro a vê e não apenas a imagem que ela tem de si mesma. Em qualquer sociedade, a identidade é construída socialmente pelas práticas discursivas, cujo discurso é produto da cultura que a construiu. Assim, a identidade feminina é definida pelo discurso de seu interlocutor. Resulta do efeito espelho, identifica-se pelo reflexo do olhar do outro.

[...]

[...] O trabalho é outra forma de o gênero feminino resistir aos ataques masculinos a sua identidade, pois o prestígio, sem dúvida, está com

quem detém a hegemonia econômica. Assim, à mulher que não trabalha está destinado o papel de mantida e, por tal razão, a subjugação ao poder do marido.⁸¹³

O gênero feminino se encontra, hodiernamente, em situação de certo avanço em relação ao seu passado, mas muito ainda se encontra por fazer. Os atores jurídicos permanecem inseridos espacialmente em áreas específicas, mantendo a posse de determinados capitais, tais como o conhecimento, o político, o econômico, o decisório e o formador de opinião, além de seus “tradicionalis habitus”⁸¹⁴, o que ainda condiciona suas produções e reproduções, de forma que para o feminino ocupar tal espaço e partilhar tais posses é necessário estar disposto a jogar com as “regras masculinas do jogo”. Denuncia-se aqui um modo de pensar pautado em dicotomias como masculino/feminino, rico/pobre, claro/escuro, entre outros.

Referidos condicionamentos de produção e reprodução do jurídico, ainda que por vezes, invisíveis, chegam à sociedade e a leva a formar conceitos e modos de agir impensados, exercendo uma falsa liberdade e igualdade, marcada no fundo por esquemas discriminatórios em relação às mulheres. Neste sentido expõe VIEIRA que as lutas femininas em prol de sua liberdade e igualdade, no que toca ao trabalho, estão masculinizando-as. Ainda que as mulheres trabalhem em igual número de horas que os homens e com as mesmas funções isso não implica em sua libertação, pois se trata de “uma dupla escravidão, pois, ao mesmo tempo, trabalha em sua profissão e no lar, duplicando sensivelmente a sua jornada de trabalho”⁸¹⁵.

A identidade feminina laboral baseia-se, além do atributo do reconhecimento das diferenças, na conservação da qualidade de vida pessoal. Se o direito social ao trabalho é uma realidade que se almeja, o direito fundamental social ao lazer, por exemplo, também se faz necessário, inclusive como ratificador da dignidade humana. Contudo, na prática o que se vê é a internalização das normas laborais de forma

⁸¹³ VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. Revista de Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada. São Paulo, vol. 21, 2005 Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 26/11/2015.

⁸¹⁴ BORDIEU conceitua “habitus” como um sistema permanente de posições duráveis e de estruturas predispostas a funcionar de forma a manter os domínios necessários, tudo isso coletivamente orquestrado. BOURDIEU, P., 2002, p. 156.

⁸¹⁵ VIEIRA, J. A., 2005 Disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 26/11/2015.

que no seu tempo livre, o trabalhador reproduza o comportamento impresso no trabalho. Dessa forma sua vida é fielmente dividida entre estar no trabalho e se guardar para o trabalho, conforme explica

Como, segundo a moral do trabalho vigente, o tempo em que se está livre do trabalho tem por função restaurar a força de trabalho, o tempo livre do trabalho - precisamente porque é um mero apêndice do trabalho - vem a ser separado deste com zelo puritano. Aqui nos deparamos com um esquema de conduta do caráter burguês. Por um lado, deve-se estar concentrado no trabalho, não se distrair, não cometer disparates; sobre essa base, repousou outrora o trabalho assalariado, e suas normas foram interiorizadas. Por outro lado, deve o tempo livre, provavelmente para que depois se possa trabalhar melhor, não lembrar em nada o trabalho. Esta é a razão da imbecilidade de muitas ocupações do tempo livre. Por baixo do pano, porém, são introduzidas, de contrabando, formas de comportamento próprias do trabalho, o qual não dá folga às pessoas. Nos boletins escolares, havia outrora notas para a atenção. Isso correspondia ao cuidado, talvez subjetivamente bem intencionado, dos pais de que as crianças não se esforçassem demais no tempo livre: não ler demais, não deixar a luz acesa por muito tempo à noite. Secretamente, os pais farejavam por trás disso uma rebeldia do espírito ou, também, uma insistência no prazer, a qual é incompatível com a divisão racional da existência, Toda mescla, aliás, toda falta de distinção nítida, inequívoca, torna-se suspeita ao espírito dominante. Essa rígida divisão da vida em duas metades enaltece a coisificação que entrementes subjugou quase completamente o tempo livre.⁸¹⁶

Entretanto, contrário a ideia de uma liberdade organizada e determinada no tempo que se tem livre, o constituinte originário incluiu o lazer como um dos direitos fundamentais sociais, de segunda dimensão, reforçando o ideário de conteúdo humano fundamental, “[...]”

⁸¹⁶ ADORNO, Theodor. Tempo Livre. In: Indústria cultural e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002, p. 64.

permitindo-se uma visão mais ampla desse bem do que apenas a de ser o contraposto do trabalho”.⁸¹⁷ Momentos de descanso, descontração, encontros com familiares e amigos, atividades esportivas e culturais são essenciais para uma vida saudável.

A releitura do gênero em busca da construção de uma identidade feminina laboral, na medida em que se pretende propor o reconhecimento da mulher no mercado de trabalho a partir de atributos natos e que foram desenvolvidos por meio de experiências, ainda busca uma sintonia com a pós-modernidade. Considerando que a pós-modernidade traz em seu âmago o desejo de aproximar a ciência do senso comum, conforme expõe BAUMAN, o que se quer é transmutar para o saber comum os conhecimentos científicos da ciência do Direito, dentre os quais se destacam o direito fundamental social ao trabalho, a igualdade de gênero e o princípio da fraternidade.⁸¹⁸

Ocorre que a pós-modernidade traz consigo um rearranjo político, social e jurídico, isso porque a instantaneidade, a velocidade de informações, a falta de profundidade e a liquidez são algumas de suas características que, conseqüentemente, manifestam-se no ser humano e acabam por refletir na formação de suas identidades⁸¹⁹. Contrapondo-se à modernidade BAUMAN explica que

O projeto moderno prometia libertar o indivíduo da identidade herdada. [...] Contudo, só transformou a identidade, que era questão de atribuição, em realização - fazendo dela, assim, uma tarefa individual e da responsabilidade do indivíduo. [...] aquela devia ser erigida de degrau em degrau e de tijolo em tijolo, seguindo um esquema concluído antes de iniciado trabalho. [...] Havia assim um vínculo firme e irrevogável entre a ordem social como projeto e a vida individual como projeto, sendo a última impensável sem a primeira. Se não fossem os esforços coletivos com o fim de assegurar um cenário de confiança, duradouro, estável e previsível para os atos e escolhas individuais, construir uma sociedade

⁸¹⁷ CALVET, Otavio Amaral. Direito ao lazer nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTR, 2006, p. 59.

⁸¹⁸ Cf. BAUMAN, Z., 2001.

⁸¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 28.

clara e duradoura, bem como viver a vida voltada para essa identidade, seria quase impossível.⁸²⁰

Observa-se que o cenário trazido acima pelo autor é de confiança, duradouro, estável e previsível para o gênero masculino, de modo que os projetos individuais femininos dificilmente sobreviveram à esfera individual, que dirá à social, ou seja, já na modernidade não encontravam “nenhum terreno estável”.⁸²¹

Na pós-modernidade, referido autor sustenta que o sentimento dominante é a incerteza a respeito da configuração do mundo, da maneira correta de viver nele e os critérios para se julgar o que vem a ser correto. “[...] O mundo pós-moderno está se preparando para a vida sob uma condição de incerteza que é permanente e irredutível”.⁸²²

A cegueira às questões do gênero feminino e à liberdade concedida ao capital em detrimento de outras liberdades, como a de adentrar no mercado de trabalho em condições iguais às garantidas aos homens deram um novo impulso ao implacável processo de polarização. Processo esse que outrora foi detido “[...] pelas estruturas legais do estado do bem-estar, dos direitos de negociação dos sindicatos, da legislação do trabalho e [...] pelos primeiros efeitos dos órgãos internacionais encarregados da redistribuição do capital”.⁸²³

Constata-se que a desigualdade entre homens e mulheres, contra a tese de autorregulamentação dos mercados, ganha proporções maiores, fazendo um desvio no projeto de direito social ao trabalho decente por parte do gênero feminino. Assim, a dignidade da mulher no acesso ao mercado de trabalho, bem como de sua ascensão naquele, é marcada pelo desrespeito, inclusive jurídico, ao passo que ao Direito, que é produzido pelo ser humano para o ser humano, cabe impor limites à esfera de ação individual e estatal para fins de promoção do respeito recíproco.

Os efeitos psicológicos da exclusão para as mulheres vão muito além dos debates jurídicos e sociológicos. Se para BAUMAN na pós-modernidade “[...] nenhum emprego é garantido e, nenhuma posição é inteiramente segura e [...] os direitos humanos não trazem consigo a

⁸²⁰ BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 30-31.

⁸²¹ *Idem, ibidem*, p. 32.

⁸²² *Idem, ibidem*, p. 33.

⁸²³ *Idem, ibidem*, p. 33.

aquisição do direito a um emprego”⁸²⁴, para o gênero feminino tal afirmação traz sérias consequências. Redes de segurança tecidas pelos movimentos de mulheres e feministas passam a ser margeadas pela possibilidade de desvanecerem rapidamente. Inclusive a identidade laboral, que se constrói gradualmente, por meio de experiências, passa a se dar de forma espontânea e também facilmente demolida. “[...] Essa identidade se ajusta ao mundo em que a arte de esquecer é um bem não menos, se não mais importante do que a arte de memorizar, em que esquecer, mais do que aprender, é condição de contínua adaptação”⁸²⁵.

Portanto, viver sob tais condições é uma experiência distinta para a construção da identidade feminina laboral até então preocupada em se desvencilhar da uniformidade, da igualização e da homogeneização, o que sem dúvida, facilita o exercício do poder sobre elas em vez de impedi-lo.

Constata-se que o contínuo avanço sobre a concepção que se tem de gênero sinaliza a riqueza de debates que proporciona, da qual se evidencia o Direito para fins de expansão do potencial analítico daquela categoria, tornando-se possível a incorporação de uma nova visão do direito social ao trabalho do gênero feminino na pós-modernidade.

Não se pode negar que a adoção do gênero feminino como instrumento analítico do direito social ao trabalho implica na importância de sua repercussão na ordem democrática de Direito. Contudo, muito mais do que uma área definida e consolidada para uma releitura epistemológica do feminino e do direito social ao trabalho, as reflexões a respeito do tema suscitam verdadeira movimentação interdisciplinar na pós-modernidade.

Isto porque conforme a sociedade se afasta da modernidade, muitas identidades são corroídas pelo consumismo e pela incerteza econômica de forma enfraquecer a segurança no trabalho. Ignorar as implicações mais amplas do gênero, simplesmente reforça os estereótipos do masculino e do feminino, quando se constata que referida categoria também não é tão fixa ou polarizada, mas fluida, abarcando assim, uma ampla variedade de identidades.

Pelo viés da fraternidade, na pós-modernidade, a releitura do gênero não implica numa concepção de vitória na luta concorrencial pela busca da posse, da palavra e da autoridade absoluta, mas sim do reconhecimento da plena capacidade de articular, de se fazer escutar e agir legitimamente longe da violência simbólica. Isso porque o senso

⁸²⁴ BAUMAN, Z., 1998, p. 35.

⁸²⁵ *Idem, ibidem*, p. 36.

comum que se tem acerca de debates e estudos do gênero feminino, destacando-se a seara do direito social ao trabalho, implica, por exemplo, em sua descaracterização e associação a categorias do tipo “reclamações das mal amadas” ou “queixas das infelizes”. Vê-se a concepção da luta pela igualdade parecer a origem da indignidade.

O campo dos direitos sociais é um instrumental importante de análise do comportamento do feminino porque tem a peculiaridade de fazer interagir para além da dimensão pessoal, o coletivo. Quer se evidenciar um novo campo para o estudo jurídico do gênero feminino na medida em que se questiona o paradigma da identidade masculina como ideal e a unicidade da identidade feminina laboral para fins de expandir seu potencial analítico.

Assim, questiona-se, dentro de uma concepção de justiça no capitalismo, a meritocracia, ou seja, a habilidade do ser humano de se destacar e de ter sucesso no mercado de trabalho. Se há a falha em tal empreitada, o insucesso se deve a falhas pessoais e dessa forma a desigualdade de gênero dissemina o “fracasso pessoal” das mulheres.

A diferença de gênero no trabalho cria o mito do problema da falta de competência ou escolhas - a mulher que optou por ter filhos não consegue ocupar altos cargos em uma organização, por exemplo - quando na verdade trata-se, essencialmente, de uma questão de discriminação. Muitas mulheres tendem a encarar suas dificuldades em se posicionarem ou em se adaptarem em rotinas de trabalho, baseadas no paradigma do gênero masculino, como um fracasso pessoal e não como uma condição imposta, a muito tempo, de desigualdade de gênero.

A implacável mudança e o fluxo de incertezas da pós-modernidade mina o ideal iluminista - moderno - de que a ciência do Direito é capaz de resolver os problemas sociais. Por conta das crises econômicas e, conseqüentemente, sociais, o trabalho perdeu sua estabilidade e a força de trabalho fica cada vez mais fragilizada e móvel. Paralelo a tal cenário, recua o Estado social, especialmente no que tange às políticas de emprego.

Como visto, tal contexto cria condições para a possibilidade da releitura do gênero e da construção da identidade feminina laboral, cuja meta é acabar com a exclusão e fazer com que os gêneros interajam oferecendo ao mercado de trabalho todo o seu potencial para fins do estabelecimento de uma ordem mundial mais humana. O reconhecimento da importância da convivência e das trocas entre os gêneros, a partir da fraternidade, terá um impacto duradouro na constituição e solidificação das identidades laborais, abandonando-se a necessidade das mulheres apresentarem e/ou simularem uma versão

identitária socialmente esperada e legitimada, por exemplo, o comportamento, com traços de fragilidade e sensibilidade aguçada, associado a elas.

Neste sentido, o exercício do direito social ao trabalho para as mulheres começa a ganhar efetividade, fazendo-se com que deixem de ser sujeito anônimo para serem sujeito de direito. Através de uma nova visão do gênero, constata-se que a força laboral feminina não provém de atributos individuais pré-determinados que as distinguem as inferiorizando. Daí o princípio da fraternidade, como base de articulação para novos discursos e ações, onde a igualdade de gênero e a construção de uma identidade laboral, livre de parâmetros masculinos, não é apenas possível e desejável, mas indispensável e real.

4.3. DIREITO SOCIAL AO TRABALHO E IGUALDADE DE GÊNERO: O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO NOVO PARADIGMA PARA FINS DE INCLUSÃO DA “OUTRA”

O direito social das mulheres ao trabalho tem como fim o acesso, a permanência e o crescimento no mercado de trabalho, bem como a igualdade da coexistência livre, igualitária e harmoniosa de ambos os gêneros. Entretanto, no cenário pós-moderno as mulheres trabalhadoras são excluídas e enfrentam e graves dificuldades que afetam sua dignidade humana no que tange ao usufruto do referido direito fundamental social. Isso porque se verifica que o interesse do senso comum no paradigma do masculino está condensado de forma hegemônica.

Retomando a constatação de que o paradigma do masculino constitui-se em discurso e prática que tem suas bases no sistema patriarcal, e por motivos históricos, se fortaleceu no bojo do Estado capitalista, examina-se que a interpretação dos direitos fundamentais, em especial no reconhecimento da igualdade material, mantém a “teia de privilégios” que se cristaliza nas relações laborais.

Para solucionar tal questão não bastam apenas alterações de ordem legislativa, mas também a modificação de padrões até então seguidos. O entendimento do lugar que as mulheres devem ocupar, tanto na esfera privada quanto na pública, é palco onde estão confinadas, não sendo reconhecidas, de fato, como sujeitos de direito, mas como estranhas. Neste sentido é fundamental constatar o masculino como o padrão que o discurso do direito social ao trabalho comporta, pois é a partir da crença na superioridade das características daquele gênero - de

sua valorização e defesa - que se articula o discurso da igualdade de gênero.

Para tanto, traz-se o princípio da fraternidade na qualidade de novo paradigma para fins de concretude daquele direito e de esperança de se articular o que é bom - tal paradigma aspira, certamente, a realizar muito mais. Explica HABERMAS que o Direito não proíbe que os cidadãos “[...] do Estado Democrático de Direito validem uma concepção do que seja bom, advenha ela da própria origem cultural ou de um consenso alcançado em discursos de natureza política; entretanto proíbe sim, que se privilegie uma forma de vida em detrimento da outra”.⁸²⁶

Para tanto, no caminho para a coexistência equitativa não basta que os cientistas somente analisem as relações de gênero na seara trabalhista, há a necessidade de um envolvimento na tentativa de se buscar remodelagens valiosas na concepção dos direitos e dos deveres. Precisam partilhar de uma convicção que fecunde o banimento de práticas discriminatórias.

Constata-se que as ciências, segundo a visão de KUHN, alternam entre períodos de normalidade e de crise⁸²⁷. Assim, no período de normalidade, trabalha-se diante de determinados paradigmas, sobre os quais se acumulam resultados pesquisados, até que abruptamente, e não de forma gradual, anomalias repetitivas despontam para um período de crise. Constata-se a importância dos paradigmas na definição de padrões que influenciem e indiquem a forma de se conceber o ser humano, suas relações e o mundo.

Para o autor, o termo “paradigma” pode ser conceituado como sendo “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.⁸²⁸ Tal modelo ou valor partilhado proporcionará a evolução da ciência por romper com tradições e fornecer um novo conjunto de elementos tais como conceitos, leis, teorias e processos para a estruturação e o consenso acerca dos novos caminhos da atividade científica subsequente.

⁸²⁶ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 248.

⁸²⁷ Ressalta-se que para o gênero feminino sempre prevaleceu a crise em vez da normalidade.

⁸²⁸ A expressão “as realizações científicas universalmente reconhecidas” trazida pelo autor, acredita-se que se refira às ocidentais. KUHN, T., 2000, p. 13.

Observa-se que na história da ciência do Direito também ocorreram períodos de normalidade e de crise, por exemplo, quando se evoluiu de costumes para a codificação, em razão do conhecimento ser falível. Também as mudanças de paradigmas de interpretações possibilitam o progresso da referida ciência. KUHN esclarece que o avanço das ciências ocorre através das revoluções científicas pelas quais passam, por romperem com o modelo que até então vigia e não de forma cumulativa.⁸²⁹

Para o autor “[...] a ciência é a atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo o seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo”.⁸³⁰ Ao passo que, seja por fatores externos e/ou internos, quando a ciência passa a desorientar-se, subvertendo a tradição existente, então se iniciam investigações extraordinárias, como foi o caso, no Direito, da mudança do jusnaturalismo para o positivismo. Desse modo, procura-se desenvolver uma racionalidade jurídica emancipatória para as mulheres, decorrente da fenomenologia desigual e discriminatória observada no trabalho, está-se a referir ao paradigma do princípio da fraternidade.

Para KUHN, revoluções científicas são “[...] aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”.⁸³¹ Em tais episódios os cientistas desistem de um caminho consolidado e passam a ver o mundo de forma diferente e incompatível com a visão de outrora.

Traçando um paralelo com a ciência do Direito, vê-se que as “revoluções jurídicas” são iniciadas a partir do crescimento de sentimentos comuns acerca de determinado tema, como é o caso da inefetividade do direito social das mulheres ao trabalho, para o qual o Direito deixou de responder adequadamente.

Ressalta-se que KUHN dispõe sobre o paralelismo das revoluções científicas com as revoluções políticas, que pode ser lida observada também no Direito, do qual aponta as seguintes similaridades: a) sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que

⁸²⁹ A expressão “as realizações científicas universalmente reconhecidas” trazida pelo autor, acredita-se que se refira às ocidentais. KUHN, T., 2000, p. 20-23.

⁸³⁰ *Idem, ibidem*, p. 24.

⁸³¹ KUHN, T., 2000., p. 125.

ajudaram em parte a criar; b) ambas visam realizar mudanças em instituições, mudanças essas proibidas por essas mesmas instituições que se quer mudar. Consequentemente, seu êxito requer o abandono parcial de um conjunto de instituições/paradigmas em favor de outro; c) por discordarem quanto à matriz institucional a partir da qual a mudança deverá ser atingida e avaliada, por não reconhecerem nenhuma estrutura competente para julgar as diferenças revolucionárias, os envolvidos em um conflito revolucionário recorrerem às técnicas de persuasão de massa; d) a escolha entre paradigmas em competição demonstra ser uma escolha entre modos incompatíveis de vida comunitária; e e) Na escolha de um paradigma, - como nas revoluções políticas - não existe critério superior ao consentimento da comunidade relevante. Para descobrir como as revoluções científicas são produzidas, teremos, portanto, que examinar não apenas o impacto da natureza e da Lógica, mas igualmente as técnicas de argumentação persuasiva que são eficazes no interior dos grupos muito especiais que constituem a comunidade dos cientistas.⁸³²

Eleger um novo paradigma é tarefa complexa. Para prevalecer sobre as teorias adotadas até então requer: observação e experiência; o ambiente deve estar propício para a mudança e o recebimento de novas ideias; e deve ser praticável no mundo real.⁸³³ Isto porque o paradigma ainda não apresenta novas verdades concretas. Para KUHN a eleição de um novo paradigma

[...] repercute, inevitavelmente, sobre muitos trabalhos científicos já concluídos e de sucesso. [...] nunca é um mero incremento ao que já é conhecido. Sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores.⁸³⁴

Trazer o princípio da fraternidade como novo paradigma do direito social das mulheres ao trabalho é um marco importante na construção de uma nova imagem do Direito no intuito de superar a postura patriarcal e positivista. Diante da imputação de anomalias insuperáveis aos principais aspectos da matriz patriarcal, instala-se a crise paradigmática, a qual reclama a construção de um novo modelo, que conduza a ciência do Direito ao menos até eventual nova ruptura

⁸³² KUHN, T., 2000., p. 125-127.

⁸³³ *Idem, ibidem*, p. 23.

⁸³⁴ *Idem, ibidem*, p. 26.

científica. Certamente que, tanto no âmbito da precisão quanto de sua primeira aparição, o paradigma pode apresentar limitações.

Corroborando KUHNN neste sentido ao afirmar que os paradigmas adquirem tais *status* porque são melhores sucedidos que

[...] seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconheceu como graves. Contudo, não significa ser totalmente bem sucedido em um único problema, nem notavelmente bem sucedido com um grande número. [...] De início tem-se apenas uma promessa.⁸³⁵

Assim, a promessa de sucesso do paradigma do princípio da fraternidade dependerá da atualização e ampliação do conhecimento que se tem desse correlacionando-se a situações fáticas e críticas como a da questão em análise. O direito da mulher, da cidadã, de sua dignidade humana e de seus direitos fundamentais sociais, afastam-se, com a mudança pelo paradigma proposto, do ideal masculino de forma emancipatória e principiológica.

Não se trata de uma tentativa de forçar “o ser fraterno”, ou seja, de encaixar a realidade dentro de limites preestabelecidos por referido paradigma, mas de articular seus efeitos de proteção como princípio jurídico às demais normas fundamentais sociais. Até porque “[...] a transferência de adesão de um paradigma a outro é uma experiência de conversão que não pode ser forçada”.⁸³⁶ Enquanto o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, busca construir um sociedade livre, justa e solidária e garante que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, o princípio da fraternidade se ocupa do dilema da necessária convivência do respeito ao indivíduo e da necessidade da consideração do coletivo, otimizando-se, assim, o interesse das partes envolvidas nas relações laborais.

Todos os seres humanos possuem um próprio senso de justiça e a capacidade de conceberem o que é fraterno, assim como interesses sobre tais predisposições na vida em sociedade. O ideal do ser fraterno radica no imaginário da maioria das pessoas em relação a ser bom. E o que é bom mobiliza a visão que se tem do outro. O princípio da fraternidade

⁸³⁵ KUHNN, T., 2000., p. 44.

⁸³⁶ *Idem, ibidem*, p. 191.

muda a visão que se tem sobre o mundo, as relações e as pessoas. Ele intervém na consciência do ser humano. Pressupõe uma interrupção no individualismo. GORIA esclarece acerca de um consenso abrangente acerca da fraternidade

[...] muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea, enquanto seria típica do Direito, a co-atividade. Nesse caso, acaba-se afirmando que o Direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E vice-versa, que uma sociedade impregnada da fraternidade poderia tranquilamente dispensar o Direito. A orientação a responder de um modo, ou de outro depende, evidentemente, de como o Direito é concebido. Por exemplo, os seguidores das teorias institucionais (Maurice Hariou e Santi Romano), que pensam o Direito inerente a qualquer grupo social organizado, não teriam dificuldade em admitir a sua existência também numa sociedade completamente fraterna. Segundo essa concepção, a fraternidade poderia apresentar-se como experiência vivida com relacionamentos positivos e enriquecedores, traduzidos em Direito justamente para assumir caráter estável e institucional.⁸³⁷

Assim, cuida-se de um paradigma a ser compreendido além do viés exclusivamente individual e que exige o comprometimento dos atores jurídicos. De fato, deve ser concebido também no âmbito coletivo, frente aos relacionamentos laborais estabelecidos, ao qual o Direito é inerente. Isto porque, na prática, as mulheres no mercado de trabalho sofrem atitudes hostis que têm por base uma cultura desigual e discriminatória de gênero.

Pelo fato das relações configuradas abstratamente pelas normas assumirem, constantemente, contornos opostos ao idealizado pelo constituinte originário na práxis, é que se está diante de uma “anomalia”, ou seja, em razão da subversão do usufruto dos direitos sociais e da igualdade de gênero propostos pelo Direito é que ocorrem investigações extraordinárias. A busca por soluções nos períodos de crise das ciências é explicada por KUHN quando aduz que

⁸³⁷ GORIA, F., 2008, p. 26.

[...] As crises podem terminar de três maneiras. Algumas vezes a ciência normal acaba revelando-se capaz de tratar do problema que provoca a crise, apesar do desespero daqueles que viam como o fim do paradigma existente. Em outras ocasiões o problema resiste até mesmo a novas abordagens aparentemente radicais. Nesse caso, os cientistas podem concluir que nenhuma solução para o problema poderá surgir no estado atual da área de estudo. O problema recebe então um rótulo e é posto de lado para ser resolvido por uma futura geração que disponha de instrumentos mais elaborados. Ou, finalmente, uma crise pode terminar com a emergência de um novo candidato a paradigma e com uma subsequente batalha por sua aceitação. [...] A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares.⁸³⁸

Assim, a proposta é ampliar a precisão e o alcance do direito social ao trabalho às mulheres através da substituição do paradigma do masculino pelo fraterno, o que implica em modificar as matrizes ideológicas das noções de trabalho e gênero. Contrariamente ao paradigma do masculino que reconhece a igualdade e a liberdade humanas indispensáveis ao sistema de produção capitalista, que supõe a atomização da mulher, o paradigma do princípio da fraternidade aparece como o pressuposto fundante de relações interpessoais marcadas por recíprocas atitudes de consideração e respeito.

Certamente que a atuação e os resultados da aplicação do citado paradigma não poderão ser previsto de maneira fixista, ainda mais em uma sociedade democrática caracterizada pelo pluralismo e pela diversidade de valores, que, em geral, são masculinos. Movimentos emancipatórios femininos em sociedades democráticas e pluralistas não constituem um fenômeno unitário por apresentarem diferentes desafios.

Quanto mais profunda forem as diferenças de gênero ou as questões histórico-culturais tanto maior será doloroso ora porque as

⁸³⁸ KUHN, T., 2000, p. 115-116.

pessoas envolvidas na luta “[...] se desencaminha para regressões por causa de experiências anteriores de impotência, ora porque se precisa primeiro despertar a consciência em prol da articulação de uma nova identidade [...] gerada por uma construção através da mobilização em massa”.⁸³⁹ Contudo, sem o compromisso com

[...] um paradigma não poderia haver ciência normal. Além disso, esse compromisso deve estender-se a áreas e graus de precisão para os quais não existe nenhum precedente satisfatório. Não fosse assim, o paradigma não poderia fornecer problemas que já não tivessem sido resolvidos.⁸⁴⁰

A adoção do paradigma do princípio da fraternidade no que tange ao direito social ao trabalho e à igualdade de gênero requer um constante aprimoramento. Há que se reconhecer que os conteúdos da noção de fraternidade, de trabalho e de gênero encontram-se abertos na pós-modernidade, ou seja, ainda em construção e a “[...] transição da mecânica newtoniana para a einsteiniana ilustra com particular clareza a revolução científica como sendo um deslocamento da rede conceitual através da qual os cientistas veem o mundo”.⁸⁴¹

A materialização e delimitação do paradigma do princípio da fraternidade estão ligadas à sua prática, tarefa atribuída ao próprio ser humano, às famílias, à sociedade e ao Poder Público, em razão da qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável da dignidade humana, que independe do gênero, e da proibição de retrocesso dos direitos fundamentais sociais. A importância da prática e da experiência da fraternidade nas relações laborais entre os gêneros repousam na afirmação de KUHN “[...] o que um homem vê depende tanto daquilo que ele olha como daquilo que sua experiência visual-conceitual prévia o ensinou a ver”.⁸⁴²

Sabe-se que a Constituição Cidadã instituiu um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais sociais, onde a dignidade humana foi eleita como um dos

⁸³⁹ HABERMAS, J., 2002, p. 239.

⁸⁴⁰ KUHN, T., 2000, p. 135.

⁸⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 137.

⁸⁴² Ressalta-se a discordância com o uso do termo “homem” como representante do homem e da mulher em vez do uso de “ser humano”, por exemplo. *Idem, ibidem*, p. 148.

fundamentos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos. Entretanto, constata-se que os limites e restrições ao gozo do direito social ao trabalho pelo gênero feminino impõem duras perdas à democracia.

OLIVEIRA explana, que diferentemente do positivado na CRFB/1988,

[...] o constitucionalismo moderno instaurado a partir das primeiras Declarações de Direitos, bem como da proclamação das primeiras Cartas Constitucionais ocidentais do século XVIII, ao reconhecerem formalmente a igualdade de direitos para todos os indivíduos, o fizeram de maneira restritiva e discriminatória (principalmente em relação às mulheres), ampliando as desigualdades jurídicas, políticas, econômicas, sociais e culturais que deveriam fazer parte de uma plena cidadania.⁸⁴³

Para a autora, a positivação jurídica de direitos e deveres individuais, coletivos, econômicos, sociais e culturais segue acompanhada de uma noção abstrata que não possibilita a efetivação da igualdade real todos os seres humanos e o fato do princípio da fraternidade ter sido excluído das Declarações de Direitos e Constituições privilegiou “[...] os valores de liberdade e de igualdade que serviram, e ainda servem, de fundamento para justificar sua dimensão formal, que por sua vez não consegue alcançar uma dimensão material”.⁸⁴⁴

Diante de reivindicações históricas não resolvidas onde se evidencia o exercício de uma cidadania distante de processos econômicos e políticos, restando às mulheres meras expectativas, muitas vezes não concretizadas, observa-se a experiência coletiva de desrespeito à dignidade da pessoa humana. Com o paradigma do princípio da fraternidade, se agregam à liberdade, à igualdade e à cidadania aspirações por uma sociedade mais justa e menos preconceituosa.

O direito social ao trabalho vai sendo possibilitado como uma construção social a fim de minimizar frustrações de ordem pessoal e econômica. Nesse âmbito, ao concentrar a atenção no direito social das

⁸⁴³ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 341.

⁸⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 341-342.

mulheres ao trabalho, o paradigma direciona os atores jurídicos e pesquisadores a investigarem e analisarem

[...] com profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seria unimaginável. E a ciência normal possui um mecanismo interno que assegura o relaxamento das restrições que limitam a pesquisa, toda vez que o paradigma do qual derivam deixa de funcionar efetivamente. Nessa altura os cientistas começam a comportar-se de maneira diferente e a natureza dos problemas de pesquisa muda. No intervalo, entretanto, durante o qual o paradigma foi bem sucedido, os membros da profissão terão resolvido problemas que mal poderiam ter imaginado e cuja solução nunca teriam empreendido sem o comprometimento com o paradigma. E pelo menos parte dessas realizações sempre demonstra ser permanente.⁸⁴⁵

Dessa forma, responder ao problema da tese “Até que ponto o direito social das mulheres ao trabalho, ainda caracterizado por desigualdade e discriminação em razão do gênero, pode ser concretizado à luz do princípio da fraternidade?”, tendo o princípio da fraternidade como paradigma, não significa ter uma solução assegurada, certa e acabada.

O fascínio está na utilidade do Direito para tal tarefa, na exploração de uma nova perspectiva e na esperança de mudança. O Direito, que busca permitir que a justiça seja apreendida através de uma idealidade, quando absorve o princípio da fraternidade vai além do positivismo que o aprisiona. Conforme afirma KUHN “[...] embora o mundo não mude com uma mudança de paradigma, depois dela o cientista trabalha em um mundo diferente”.⁸⁴⁶

Vale lembrar que tal questão não interessa apenas ao Direito, daí a interdisciplinariedade de abordagens realizada sobre o tema, pois, uma rede de compromisso entre as ciências em termos de conceitos, teorias e metodologias é uma das principais fontes de aplicação amadurecidas de normas que revelam importantes descobertas.

⁸⁴⁵ KUHN, T., 2000, p. 45.

⁸⁴⁶ *Idem, ibidem*, p. 157.

Contudo, mister não olvidar que o Direito desempenha crucial papel pela possibilidade de promoção da proteção e promoção do direito social das mulheres ao trabalho. Como explica LUHMANN, o Direito não pretende uma vigência eterna de suas positivações, pelo contrário, “[...] torna-se cada vez mais um instrumento de mudanças planejadas da realidade em inúmeros detalhes e [...] tem que vigor, concomitantemente, enquanto Direito para um número maior de pessoas muito diferentes entre si, isto é a ampliação de suas possibilidades”.⁸⁴⁷

À luz do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e da CRFB/1988, no que tange ao trabalho e ao gênero, bem como considerando os conceitos e exemplos colacionados, verifica-se que o elemento nuclear do direito social das mulheres ao trabalho é a dignidade humana que se centra, conforme esclarece CANOTILHO, “[...] no princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis*, ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projeto espiritual”.⁸⁴⁸

Observa-se que a liberdade e a igualdade, quando disposta nas Declarações e Constituições a partir do século XX, ainda se dão de forma abstrata, como se fosse apenas a possibilidade ou o potencial que cada mulher tem de exercer seu direito social ao trabalho em igualdade de direitos e oportunidades com os homens. Isto por conta de resquícios das primeiras positivações de direitos que não englobavam todos os seres humanos, como é o caso da Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, que influenciou documentos de direitos humanos em todo o mundo, e que como afirma OLIVEIRA

[...] se observou que o processo de luta pela independência política das treze colônias americanas que se concretizou com a Declaração de Independência não foi suficiente para garantir o princípio de igualdade e de plena cidadania para todos os colonos americanos, pois as mulheres, os escravos negros, os indígenas, os jovens e os analfabetos foram excluídos e discriminados em relação à maioria dos direitos individuais fundamentais, destacando-se o reconhecimento dos direitos políticos apenas para homens brancos e proprietários. A própria Constituição americana

⁸⁴⁷ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro Ltda, 1995, p. 10-11.

⁸⁴⁸ CANOTILHO, J. G., 1999, p. 219.

na prática limitou o princípio de liberdade e garantiu privilégios para uma maioria de cidadãos, identificando-se neste contexto a não incorporação do princípio da fraternidade no constitucionalismo americano.⁸⁴⁹

A intrínseca ligação entre a liberdade, a igualdade e a fraternidade constituem dimensões da dignidade humana do gênero feminino. Nesta seara, os direitos sociais femininos, que foram conquistados pela ação concreta de muitas mulheres, ao terem o princípio da fraternidade como paradigma, não de possuir maiores condições para suas realizações.

Deste modo, pela releitura apresentada dos termos gênero e trabalho na pós-modernidade, centrada na dignidade da pessoa humana, sustenta-se que o paradigma do princípio da fraternidade gera para as mulheres trabalhadoras, individualmente consideradas, a possibilidade de decidirem, de forma autônoma, sobre seus projetos íntimos.

O aspecto da individualidade é destacado porque se sabe que há vários indivíduos diferentes que compõe o gênero feminino, que por sua vez, ocupam distintas classes sociais e, conforme adverte WARAT,

[...] e todos se tornam juridicamente iguais, eles vêm a ser igualmente dominado por uma instância que lhes é superior. A uniformidade, a igualização e a homogeneização dos indivíduos facilita o exercício do poder absoluto em vez de impedi-lo.⁸⁵⁰

Também no que tange às formas de desigualdade e discriminação dentro do gênero feminino, há de se observar a importância do respeito à individualidade para fins de maior compreensão do desrespeito às suas dignidades. Por exemplo, mulheres brancas e ricas sofrem preconceitos, em muitos aspectos diferenciados, das negras e pobres. As mulheres negras são discriminadas duplamente no mercado de trabalho: por serem negras e mulheres, de forma que são as últimas a serem contratadas e as primeiras a serem demitidas.⁸⁵¹

⁸⁴⁹ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 344.

⁸⁵⁰ WARAT, L.A., 1992, p. 3.

⁸⁵¹ HOOKS, Bell. Intelectuais negras. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 3, n. 2, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>. Acesso em: 19/12/2015.

Há ainda a questão da discriminação em razão do grau acadêmico, pois, em que pese a ascensão de determinadas mulheres no mercado de trabalho, seus pares, que não obtiveram igual sucesso, as desprezam. As mulheres que se destacaram tendem a encarar sua incapacidade em se adaptarem e em serem verdadeiramente respeitadas como um fracasso pessoal e não como consequência das desigualdades existentes na sociedade e do sentimento de frustrações que gera. Também há mulheres que não respeitam a si mesmas por pensarem que se conseguissem “um emprego de verdade” seriam respeitadas pela sociedade.

Corroborando TOURAINE ao afirmar que

[...] Nosso comportamento individual e coletivo se organiza, pois, em torno de três princípios: a racionalidade instrumental, a afirmação identitária e comunitária e a subjetivação que é o desejo de individuação. Somos todos iguais na medida em que todos procuramos construir nossa individuação. Em contrapartida, se nos definirmos por nossas ações instrumentais, somos desiguais, dado que um é forte, qualificado ou educado, e o outro é fraco, não qualificado ou analfabeto. Inversamente, se nos definirmos por nosso pertencimento a uma comunidade, somos ainda mais desiguais, dado que aquele que se pensa civilizado ou crente julga o outro bárbaro ou ímpio e entre eles só pode se estabelecer uma guerra cultural ou uma completa segregação. O princípio da igualdade não se situa mais acima de nossas existências individuais; [...] É no oposto de todo princípio universalista que é preciso procurar um princípio de igualdade, na vontade e no esforço de cada um para ser diferente de todos os outros e para criar sua própria vida particular.⁸⁵²

Há muito que o abstrativismo das normas acerca da igualdade de gênero se mostram insuficientes quando aplicado às situações concretas como é o caso do direito social ao trabalho. O positivismo traz consigo a certeza da imagem de uma sociedade composta por relações e gêneros homogêneos. Entretanto, diante da perspectiva de unidade e diferenças

⁸⁵² TOURAINE, Alain. Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático. São Paulo: EDUSC, 1998, p. 70-71.

constata-se, como afirma TOURAINE que “[...] somos iguais entre nós somente por que somos diferentes uns dos outros. [...] se definirmos a igualdade por nossas crenças comuns encontramos facilmente minorias ou até mesmo maiorias que não as compartilham e que, por isso consideramos como inferiores”.⁸⁵³

O reconhecimento e a inclusão do outro - a mulher - não supõe o desmerecimento do homem mas, antes de tudo, supõe a valorização do ser humano: seja feminino ou masculino. Se a mulher é portadora do feminino, não o é unicamente e exclusivamente. O masculino e o feminino, em diferentes proporções, encontram-se no ser humano. O quantum está em cada um, daí se verificar que a luta pela emancipação do gênero feminino não é só das mulheres.

A redefinição dos papéis exercidos por ambos os gêneros passa pela fraternidade e são reescritos pelo viés da valorização dos gêneros enquanto sujeitos de direito, seja pobre, negro ou índio. Liberta-se da igualdade massificadora inclusive.

É possível pela transformação paradigmática do Direito clarificar o ideário de que os seres humanos que compõem o gênero feminino são diferentes. Tanto que a tão requisitada igualdade de tratamento que deseja que seja dispensada da mesma forma aos homens e às mulheres traz consigo também a luta pelo reconhecimento de suas diferenças identitárias. O citado paradigma atrela as concepções jurídicas às práticas sociais.

Sob tal perspectiva, o paradigma do princípio da fraternidade permite apreciar a sociedade como um espaço rico e aberto de debates ilimitados acerca das relações de gênero e de trabalho, bem como de garantia de respeito às individualidades. Assim, a supremacia do masculino pode ser desmistificada, o sistema patriarcal abolido e a ordem capitalista humanizada.

A hierarquia inerente àqueles, alimentada pelo individualismo moderno, dá espaço a apreensão da igualdade de dignidade humana que todos possuem, compreendida sob o viés relacional trabalhista. O princípio da fraternidade pode, então, ser definido com uma espécie de “ponte” que liga os seres humanos, os direitos e deveres entre si.

Pelo fato do direito social ao trabalho encontrar-se vinculado à condição humana de cada mulher, não se pode negar que, em que pese a desumanização produzida, dentre outros fatores, pela racionalização da modernidade, o problema pessoal da dificuldade de usufruto de referido

⁸⁵³ TOURAINE, Alain. Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático. São Paulo: EDUSC, 1998, p. 72.

direito social, deve ser entendido como uma questão pública na pós modernidade, ou seja, como um problema também jurídico-social que extrapola a esfera individual. Nem tudo os que as mulheres tentam operacionalizar está limitado pelas órbitas privadas em que estão inseridas.

Suas visões e conceitos sofrem influência e são limitados pela família, pela sociedade, pelo Poder Público, de forma que, muitas vezes, se deslocam como estranhas e assistem a acontecimentos, dos quais deveriam ser as protagonistas, como se espectadoras fossem. E, quanto mais consciência adquirem em tal cenário, mais frustradas podem se sentir. A história do trabalho das mulheres não pode ser compreendida distante da história política, econômica e jurídica da sociedade.

Vinculando a importância das dimensões que o trabalho possui para cada mulher ao espaço público, surge o princípio da fraternidade como mediador entre as reivindicações daquelas, o Poder Público e a sociedade. Isto porque a emergência do uso do espaço público para questões de direitos fundamentais sociais, que envolvam todos os gêneros, desenvolve a consciência da complexa ligação entre suas vidas, a evolução histórica e a projeção futurística.

Verifica-se que muitas mulheres não percebem o quanto o patriarcalismo e os valores da modernidade afetaram, e afetam, os acontecimentos, as políticas, as normas e a forma como o poder é distribuído. Cada direito daquelas ao trabalho não efetivado, que gera desemprego, endividamentos, deterioração do bem-estar físico e psíquico, segregação social, dentre outras consequências, nem sempre deve ser entendido como algo pessoal.

Conforme já afirmado, os seres humanos tendem a encarar a incapacidade de inserção e de crescimento no mercado de trabalho pelas mulheres como um fracasso pessoal e não como consequência da divisão sexual do trabalho. Corrobora MILLS ao afirmar que

[...] Nessas condições, consideremos o desemprego. Quando, numa cidade de cem mil habitantes, somente um homem está desempregado, isso é seu problema pessoal, e para sua solução examinamos adequadamente o caráter do homem, suas habilidades e suas oportunidades imediatas. Mas quando numa nação de 50 milhões de empregados, 15 milhões de homens não encontram trabalho, isso é uma questão pública, e não podemos esperar sua solução dentro da escala de oportunidades abertas às pessoas

individualmente. A estrutura mesma das oportunidades entrou em colapso. Tanto a formulação exata do problema como a gama de soluções possíveis exigem que consideremos as instituições econômicas e políticas da sociedade e não apenas a situação pessoal e o caráter de um punhado de indivíduos.⁸⁵⁴

A própria evolução do mercado de trabalho na pós-modernidade ultrapassa a capacidade de muitos homens e mulheres compreenderem valores e habilidades moldados por novas demandas. Novas formas de ordem social sobrecarregarão o indivíduo que concebe o diferente como um estranho e que, em defesa do “eu”, permanece insensível às causas do outro. É como explica TOURAINÉ, tendo como paradigma o princípio da fraternidade, acredita-se na

[...] passagem do sujeito isolado para a relação entre indivíduos reconhecidos, ou mais exatamente, se reconhecendo mutuamente como sujeitos. O indivíduo só pode se constituir como Sujeito autônomo por meio do reconhecimento do outro. Reconhecer o outro não significa nem em descobrir nele, como em mim mesmo, um sujeito universal, nem aceitar sua diferença, mas reconhecer que nós fazemos, com materiais e em situações diferentes, o mesmo tipo de esforço para combinar instrumentalidade e identidade.⁸⁵⁵

Tal reconhecimento do outro faz como que as mulheres se constituam como sujeitos de direito. Trata-se do compartilhamento de condições jurídicas de liberdade e igualdade reais, de onde partem os sentimentos de pertencimento, as políticas de trabalho e emprego destinadas às mulheres e de integração do gênero feminino. Confirma MILLS ao afirmar que: “[...] os homens são livres para fazer a história, mas alguns homens são muito mais livres do que outros. Essa liberdade exige o acesso aos meios de decisão e de poder pelos quais a história pode ser feita”.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ MILLS, Charles Wright. A Imaginação Sociológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969, p. 15.

⁸⁵⁵ TOURAINÉ, A., 1998, p. 81.

⁸⁵⁶ MILLS, C. W., 1969, p. 196.

Observa-se que as mulheres por muito tempo não puderam fazer suas histórias de acordo com seus projetos, mas sim foram tratadas como meros objetos da história por conta dos que tomaram para si o protagonismo. Importante é que o pensamento patriarcal do passado não guie o hoje e o amanhã. Neste sentido assevera TOURAINE

[...] Para que possamos viver em conjunto, reconhecendo e protegendo a diversidade de interesses, é preciso que haja convicções e crenças que cada identidade pessoal ou coletiva particular seja portadora de uma orientação de alcance universal, o que está em conformidade com a inspiração geral do pensamento democrático [...].⁸⁵⁷

O reconhecimento do outro, somente, não é o suficiente para garantir o estabelecimento de um acordo de inclusão. O essencial é adotar o princípio da fraternidade como um novo paradigma capaz de tornar possível o reconhecimento, a inclusão e o diálogo entre os gêneros. Trata-se, conforme TOURAINE, de “[...] reconhecer em cada indivíduo o direito de combinar, de articular em sua experiência de vida pessoal ou coletiva, a participação no mundo dos mercados e das técnicas como uma identidade cultural particular”.⁸⁵⁸

O encontro de individualidades em relações de liberdade e igualdade, pelo viés do princípio da fraternidade estabelecem uma nova relação entre os gêneros na pós-modernidade que negam a ratificação do outro pela repressão oriunda do sistema patriarcal e capitalista. Não obstante pode-se questionar: o que garante que a “outra” não seja novamente objetalizada? E se os condicionamentos históricos e culturais falarem mais alto?

Acredita-se então, que a superação ontológica será um dos primeiros passos da sensibilização para a questão do gênero e do trabalho, que não raro, levarão a inovações de ordem interpretativa, comportamental e jurídica. É como aduz GORIA “[...] parece-me que a fraternidade possa entrar no Direito também como forte impulso à sua eficácia, de acordo com seu papel social. E que, a partir desse ponto de vista, possa colocar-se no plano de efetividade das normas”.⁸⁵⁹

⁸⁵⁷ TOURAINE, A., 1998, p. 62.

⁸⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 65.

⁸⁵⁹ GORIA, F., 2008, p. 30.

A organização de informações acerca do princípio da fraternidade, principalmente no que diz respeito a sua representação para os direitos fundamentais sociais, deve ter sua estrutura baseada em relacionamentos semânticos entre elas. A ideia é o compartilhamento do princípio para que faça parte do entendimento comum e seja facilmente utilizado.

O paradigma do princípio da fraternidade decorre da emergência do resgate e aplicação daquele no discurso jurídico do direito social ao trabalho e da igualdade de gênero na pós-modernidade, no âmbito de uma sociedade patriarcal e capitalismo cujo Estado é positivado como Democrático de Direito. Esclarece DUSSEL que quando a mulher vende sua força de trabalho, ela deixa de ser o outro para se tornar capital

[...] Pero cuando el trabajador vende su capacidad de trabajo, cuando firma el contrato, cuando realiza el intercambio, deja de ser “el otro” para convertirse en la capital, en contradicción absoluta, la “exterioridad” total, para sumergirse en el capital, para ser incorporado, para fundarse en el ser del capital como una de sus mediaciones.⁸⁶⁰

Assim, o problema a ser resolvido não engloba somente a dominação patriarcal histórica, mas as condições efetivas de rompimento com a prática do sistema capitalista, onde o homem também é oprimido em virtude de sua condição de assalariado e subalterno ao mercado, dentre outras características como: ser negro, ser deficiente, ser idoso e ser índio. Ainda que o trabalho da mulher seja minimizado em vários aspectos, não se pode esquecer que o capitalismo explora o ser humano, independentemente do gênero.

A eleição do citado paradigma radica na base de todos os direitos fundamentais constitucionais, atuando como elemento norteador condizente com o status da fraternidade como um princípio fundamental, ressaltando-se sua função hermenêutica. A proposta impõe a utilização de um filtro do princípio da fraternidade nos pensamentos,

⁸⁶⁰ Tradução livre: “Quando o trabalhador vende sua força de trabalho, quando firma o contrato, quando realiza a troca, deixa de ser “o outro” para se tornar o capital em contradição absoluta, a exterioridade total, para se submergir com o capital, para ser incorporado, para se fundir com o capital como uma das suas mediações”. DUSSEL, Enrique. La producción teórica de Marx: un comentario a los GRUNDRISSEL. Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 1985, p. 351.

atitudes e tomada de decisões, passando a produzir efeito irradiante do objetivo fundamental “[...] de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”⁸⁶¹ para fins de superação do positivismo legalista.

Pelo viés da fraternidade busca-se despertar o ser humano para um novo olhar em que o ideário tradicional de direito social ao trabalho passa a englobar um amplo espectro de identidades de gênero, alterando concepções políticas, econômicas e jurídicas moldadas cultural e socialmente. Também impede que a mulher, ainda que submergida à realidade fática, perca o desejo de transcender tal realidade rumo à emancipação, rumo ao “ser” mesmo encontrando-se no “não-sendo”. É possível ir além do estabelecido instituindo-se fundamentos e práticas num plano fraterno para com os marginalizados dos sistemas econômicos, políticos e jurídicos.

Assim, para romper com um histórico patriarcal de desigualdade e discriminação, o princípio da fraternidade desponta como “novo caminho” para uma transformação da sociedade, implicando em uma alteração simultânea de códigos e símbolos. Se a crença nos potenciais da democracia e do Direito são o que permite situar suas importâncias como pilares da construção de uma sociedade “sociedade livre, justa e solidária”, é necessário não perder de vista o paradigma da fraternidade.

No momento de superação de referidos códigos e símbolos, e da inserção do princípio da fraternidade no sistema de proteção do direito social das mulheres ao trabalho, surgem novas possibilidades para que cada ser humano, famílias, sociedade e Estado possam exercer um papel mais ativo na definição de atitudes, conteúdos, eficácias, necessidades e possibilidades.

A proteção constitucional ao direito fundamental social ao trabalho e à igualdade de gênero situa-se no indicado pelo princípio da fraternidade em razão de proporcionar a expansão da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais para além do positivado e ampliar a perspectiva de direito individual e social para transindividual.

Ressalta-se que a terceira dimensão de direitos traz à tona valores transindividuais e coletivos cujo alicerce são a fraternidade e a solidariedade. Estes trazem em seu âmago o fato de alterarem o foco do indivíduo como seu único titular, destinando-se à proteção de grupos, e

⁸⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 1/1/2016.

caracterizando-se, assim, como direitos cuja titularidade é coletiva ou difusa.

O direito social das mulheres ao trabalho é, em sua essência, também um direito e um dever de fraternidade por pressupor um aumento do gozo da liberdade e da igualdade daquelas. Contudo, seu ambiente de concretização é o espaço democrático, pluralista e participativo, onde o gênero feminino constrói o seu progresso existencial.

Os laços de fraternidade se fortalecem num cenário de inclusão, livre de desigualdades e discriminações e para além das conexões já referidas, abre espaço para o reconhecimento e proteção da identidade laboral, concretizando-a - entre outras dimensões - no respeito à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem - todos ligados à dignidade humana. Sem dúvida que a identidade feminina laboral é desenvolvida e/ou resgatada quando enfrenta o poder opressor, opostamente à postura que dela se espera. A recusa à submissão, possibilitada pelo princípio da fraternidade, não se reduz à eliminação das forças opressoras somente, mas pelo norteamento do novo paradigma permite a construção de um espaço livre, igualitário e fraterno onde os gêneros coexistem em autenticidade.

Não há dúvidas de que o princípio da fraternidade engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade - física e emocional - laboral feminina, do que decorre, por exemplo a proibição do desrespeito do gozo do direito à maternidade, às revistas íntimas, da diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por questão de gênero, e de assédio sexual. Neste sentido afirmam AQUINI e BRITTO que

[...] A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de direitos fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional.⁸⁶²
[...]

⁸⁶² AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vol I. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008, p.138/139.

[...] A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do direito e da política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.⁸⁶³

Referida categoria é colocada em evidência num período, como aclara RESTA “[...] de desgaste da forma estatal das pertenças fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui uns cidadãos, excluindo todos os outros”.⁸⁶⁴ Surge o espaço para se colocar em discussão “[...] a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com as suas histórias e suas diferenças”⁸⁶⁵, contra os “[...] poderes e as rendas de posições que escondem o egoísmo através da abstração (dos procedimentos neutros, do poder de definição, da escolha da relevância dos temas da decisão, da cidadania)”.⁸⁶⁶

Em que pese a CRFB/1988 ter recorrido sobre uma ampla declaração de direitos fundamentais, a opção pelo caminho do princípio da fraternidade para demarcar mudanças substantivas na sociedade brasileira é o embrião de uma verdadeira mutação de vivência na essência do significado de Estado Democrático brasileiro.

O processo de conquista e ampliação dos direitos fundamentais sociais e da igualdade de gênero que contribuem para a definição do Estado Democrático de Direito é acompanhado, mal ou bem, pelo reconhecimento da influência do princípio da fraternidade e pela dialética permanente do instituinte ao instituído.

⁸⁶³ BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 98.

⁸⁶⁴ RESTA, Eligio. Direito fraterno. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p.12-13.

⁸⁶⁵ *Idem, ibidem*, p.16.

⁸⁶⁶ *Idem, ibidem*, p.16.

4.4 O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NO REGIME DEMOCRÁTICO

As últimas décadas têm sido marcadas, nacional e internacionalmente, por uma série de mudanças rápidas e significativas, mormente em razão dos avanços tecnológicos e da globalização em diversas áreas, transformando diuturnamente a vida das pessoas no atual momento em que se convencionou chamar de pós-modernidade, já vista anteriormente.

Assim é que por um lado, a sociedade tem experimentado evoluções constantes tendentes a gerar maior qualidade de vida que vão desde o acesso a informações, a tecnologias e a novos produtos do cotidiano, até a abertura para a participação em sistemas políticos, antes impensada.

Sob esse último aspecto, fixando-se apenas no exemplo brasileiro, constatou-se a saída de uma ditadura militar, que impossibilitou o exercício de direitos e liberdades individuais e sociais e que respondeu com violência qualquer tentativa de mudança, para uma fase de abertura democrática, culminando na promulgação de uma nova Constituição marcada pela garantia de cidadania e da participação da sociedade na construção do novel projeto.

A outra face dessas constantes modificações dos fenômenos sociais, entretanto, passa pela flexibilização de determinados conceitos construídos ao longo de séculos, ora entendida sob o aspecto positivo, ora pelas suas desvantagens. Ou seja, as mudanças ocorridas na vida em comunidade, que se dão de forma exponencial e irreversível, assim como geram novas oportunidades para as mulheres, diferentemente de décadas anteriores, também nem sempre lhes dão a garantia de competição em igualdade de condições.

Nesse novo contexto pós-moderno e globalizado é necessário repensar as práticas imprescindíveis para a garantia dos direitos das pessoas em condições de igualdade e tendo suas liberdades individuais preservadas. Entende-se, assim, que o princípio da fraternidade passa a ser condição para tanto, como uma base a partir da qual as relações sociais, inclusive as decorrentes do trabalho, possam continuar avançando sem exclusão das mulheres.

O desafio que se propõe, desse modo, é identificar possibilidades de cenários onde o princípio da fraternidade seja retirado do papel e ganhe contornos pragmáticos, sem os quais não passaria de discurso

retórico, incapaz de gerar emancipação que importe em mudanças concretas na vida das mulheres.

Sem a pretensão de esgotar os inúmeros encaminhamentos viáveis acerca do tema, passa-se a propor quatro vertentes como colaboração para a efetivação dos direitos das mulheres ao trabalho permeadas pelo princípio da fraternidade, quais sejam, a educação, as políticas públicas, a política jurídica orientando o processo legislativo e o ativismo judicial.

4.4.1 Educação

Não é possível pensar em uma mudança de cenário que importe em efetivação do princípio da fraternidade, como forma de valorizar o espaço das mulheres, sem que se passe por processos educacionais desde a mais tenra idade. Isto porque a par dos valores passados pelas famílias às crianças, as outras formas de educação desempenham papel de extrema relevância na formação do caráter do ser humano.

Quando se trata da categoria educação diversos podem ser os seus conceitos. No campo jurídico, a Lei n. 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB), a educação abrange “os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.⁸⁶⁷

Por sua vez, o art. 2º do mesmo diploma normativo prevê que a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Algumas conclusões podem ser retiradas dos dois citados artigos da Lei. A primeira é que longe da constante discussão se a educação é responsabilidade dos pais ou dos estabelecimentos de ensino, compreende-se que ela se dá de forma muito mais ampla e compartilhada, na qual cada ente social contribui com a sua parcela de atribuição, ora sendo protagonista, em determinados aspectos, ora complementando o repasse de valores.

Num segundo momento, tem-se que o ordenamento normativo mais importante em relação à educação no país, dispõe que ela é

⁸⁶⁷BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro, de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 3/1/2016.

inspirada nos ideais de solidariedade humana. Com a devida ressalva já feita acerca das aproximações entre solidariedade e fraternidade, é nítido que o processo pedagógico deve ser permeado pelo sentimento de respeito e valorização do outro, sem o qual a atividade se torna eminentemente individualista. Neste sentido aclara DUSSEL que

[...] quando a igualdade destrói a diversidade, deve-se defender a diferença cultural. Quando o uso da diferença cultural é uma maneira de dominar os outros, deve-se defender a igualdade da dignidade humana. As populações, nações, etnia [...] foram definidas como membros de uma totalidade política unicultural. Na verdade, nenhum Estado moderno tem como base uma nação, uma etnia ou língua, mas sim várias culturas, com línguas, histórias e até religiões diversas. É uma ficção a unidade cultural no Estado moderno. São, na realidade, Estados multiculturais. Trata-se, então, de reconhecer a multiculturalidade da comunidade política e começar uma educação num diálogo intercultural com respeito às diferenças.⁸⁶⁸

A reflexão sobre a educação, a partir desse diálogo intercultural, perquire critérios de identificação e inclusão do outro. A educação só tem sentido no âmbito de um processo econômico, político e social mais amplo, e não restrita ao campo técnico e abstrato que dista de tais questões. A ação pedagógica deve se relacionar com os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, fazendo com que o reconhecimento, e a posterior evolução para a compreensão do diferente como sujeito de direitos, traga referências fundamentais para a constituição do educando.

Por um terceiro aspecto, verifica-se que uma das finalidades da educação é a qualificação para o trabalho. Conforme já estudado, uma das condições para que as mulheres possam exercer na plenitude suas potencialidades em igualdade de condições com os homens é a sua capacitação que possibilite ter as mesmas oportunidades e acessar os mesmos postos de trabalho dos homens. Sem educação isso não é possível, ainda mais considerando-se o cenário laboral pós-moderno.

⁸⁶⁸ DUSSEL, Enrique Domingo. 20 Teses de Política. São Paulo: Expressão Popular, 2007, p. 145.

Toda a prática pedagógica deve ser libertadora, que reconhece, como explica FREIRE, o ser humano no mundo e não tolera a indiferença e a relação de superioridade do homem em relação à mulher

[...] como experiência especificamente humana, a educação é uma forma de intervenção no mundo. Intervenção que além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos implica tanto o esforço de reprodução da ideologia dominante como o seu desmascaramento.⁸⁶⁹

Assim, nessa relação entre o conhecimento, a emancipação feminina e o desmascaramento de práticas discriminatórias é que se fomenta o despertar de uma consciência para com o outro através da educação. Para que exista, de fato, um comprometimento para com a dignidade humana das mulheres trabalhadoras é que se propõe o resgate do princípio da fraternidade, onde a relação que se estabelece no mundo se dá entre iguais e não entre dominado e dominante, remetendo-se ao despertar de uma consciência para além de “estar com o outro”, conforme aduz FREIRE: “[...] A consciência do mundo, que viabiliza a consciência de mim, inviabiliza a imutabilidade do mundo. A consciência do mundo e a consciência de mim me fazem um ser não apenar no mundo mas com o mundo e com os outros”.⁸⁷⁰

A construção histórica da subjugação do feminino é fruto, também, da relação estabelecida na esfera familiar. Nesta o processo formativo tem como um dos desafios a quebra do modelo patriarcal, que explícita ou tacitamente transmite valores de superioridade do trabalho masculino e relega ao feminino as atividades domésticas, familiares e funções laborais nos espaços públicos predeterminadas. Elucida VIEIRA sobre tal processo formativo onde

[...] a sociedade constrói, então, não só uma identidade social, mas também uma sexual, que pode ser reforçada em qualquer domínio da vida compartilhada, como nas relações afetivas, familiares, educacionais e profissionais. Assim, no perfil de cada grupo de profissões em cada país,

⁸⁶⁹ FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 110-111.

⁸⁷⁰ FREIRE, Paulo. Pedagogia da indignação. São Paulo: Unesp, 2000, p. 40.

há limites e definições culturais e também sexuais. [...] Nessa divisão de papéis, cabe às mulheres a responsabilidade da educação infantil, sendo rara a presença de representantes do gênero masculino nessa função educativa. O ensino na escola primária e os afazeres do lar sempre foram aceitos pela sociedade brasileira como uma ocupação tipicamente feminina. [...] de qualquer modo, o papel do pai e da mãe ou de outros membros da família na construção social da identidade do sujeito pode provocar impactos profundos não só na programação mental, como também na desconstrução de conceitos e de práticas sociais de comportamento. Quer o sujeito seja mulher, quer seja homem, os pais são os primeiros responsáveis pela definição de modelos identitários, assim como pela reprodução cultural de valores e de princípios morais e éticos e também sexuais de cada sujeito.⁸⁷¹

A criança deve ser educada, desde cedo, a respeitar a igualdade entre mulheres e homens, os quais, apesar de suas características próprias, são coparticipes nos rumos dados à família. Nesta primeira instituição é que os gêneros recebem as primeiras reproduções culturais e ideológicas, sobre as quais construirão suas relações sociais. A divisão sexual na esfera familiar de que cabe à mulher gerir a casa e ao homem obter os recursos financeiros dimensiona o ser humano para significados dicotômicos, solitários e violentos.

Uma criança que cresce e é educada em um lar marcado pelo cuidado, pela consideração e pela atenção entre os integrantes da família, independentemente do sexo, tende a incutir valores que levará pela vida, sendo não só rompedor de ciclos de discriminação, como multiplicador dos fundamentos éticos que norteiam o comportamento humano.

Voltando-se ao sistema educacional formal, lugar no qual o ser humano passa todos os anos de sua infância, de sua adolescência e os primeiros anos da sua fase adulta, verifica-se que as instituições de ensino possuem papel fundamental para o desenvolvimento dos sentimentos de fraternidade que importe em respeito às mulheres. Nesse

⁸⁷¹ VIEIRA, J. A., 2005, disponível em: <http://www.scielo.br>. Acesso em: 26/11/2015.

viés, FREIRE ensina que “A educação tem a responsabilidade de criar consciências críticas, e esta responsabilidade se manifesta quando o educador estimula ao mesmo tempo a curiosidade do estudante e a sua criatividade”⁸⁷².

Partindo-se da premissa que as crianças, os adolescentes e os jovens dos dias atuais pertencem a uma geração que recebe cada vez mais informações e estímulos de toda ordem, dado o avanço da tecnologia, as instituições de educação precisam além de atualizar seus métodos pedagógicos, muitos dos quais não estimulam o estudante, para se adaptar ao novo perfil de público sem abandonar a transmissão de conteúdos éticos.

OLIVEIRA, ao criticar o mundo atual em que se dissemina a mensagem de globalização, pela qual há somente uma maneira de viver, de fazer as coisas e de ser um ser humano, leciona que “A educação, como instituição social, se funda na luta, se mantém viva através da luta, e esta luta deve incluir amor, conciliação, liberdade e esperança”⁸⁷³.

Os estudantes, impelidos pela lógica do mercado, são orientados desde muito cedo a se definir por uma profissão e voltar seus estudos ao longo dos anos como preparação para o ingresso, cada vez mais concorrido, em uma universidade. É imprescindível, desse modo, que ao lado de uma formação voltada à profissionalização, ela venha acompanhada *pari passu* da formação humana que lapide o comportamento das pessoas voltadas à fraternidade.

Neste mesmo sentido, os estabelecimentos de educação precisam trabalhar, de forma transversal em todas as disciplinas, a temática da igualdade de gênero como pressuposto de uma convivência harmônica e igualitária, permitindo uma reflexão crítica dos sujeitos destinatários do processo pedagógico.

Para ANDRADE, nessa linha, os percursos pedagógicos da educação devem ser permeados pelo princípio da fraternidade voltado à construção de pessoas novas e promotoras da paz.

[...] Neste sentido, o aspecto conteudístico das disciplinas ministradas deve ser tão relevante quanto sua formação humana pautada em valores

⁸⁷² FREIRE, Paulo, FREIRE, Ana Maria Araújo e OLIVEIRA, Walter Ferreira. Pedagogia da Solidariedade. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 74

⁸⁷³ OLIVEIRA, Walter Ferreira de. In: FREIRE, Paulo, FREIRE, Ana Maria Araújo e OLIVEIRA, Walter Ferreira. Pedagogia da Solidariedade. São Paulo: Paz e Terra, 2014. p. 23.

universais com o intuito precípua de oportunizar aos estudantes a interiorização das mensagens e transmutá-las em estilo de vida, donde todos são protagonistas nas ações de solidariedade e partilha e construtores ativos de um mundo permeado pela fraternidade e busca pela paz.⁸⁷⁴

A escola, *lato sensu*, é um espaço público por excelência onde mulheres e homens, orientados por educadores preparados, têm a oportunidade de construir novos conceitos e práticas, calcados na fraternidade, capazes de modificar o senso comum de discriminação entre os gêneros e de exclusão das mulheres. É na escola que se iluminam os caminhos por onde trilharão as futuras gerações e onde podem ser rompidos os ciclos de desigualdade.

Tratando das qualidades necessárias à educação da pessoa, FREIRE defende que a solidariedade caminha de mãos dadas com a consciência crítica. Nas palavras do autor, “Eu não consigo imaginar o mundo melhorando se nós não adotarmos, realmente, o sentimento da solidariedade e não nos tornarmos imediatamente um grande bloco de solidariedade, se nós não lutarmos pela solidariedade”.⁸⁷⁵

Conforme ANDRADE, formar o estudante em uma cultura de paz, considerada como uma questão cultural, é um antídoto ao individualismo, no qual o ambiente escolar (educacional) possui um papel fundamental, pois “A educação é um vetor de transformação da realidade social e quando há o direcionamento das ações para uma prática pedagógica voltada ao compromisso de educar para a paz torna-se um ambiente de repúdio a toda forma de exclusão e intolerância”.⁸⁷⁶

Nesta esteira, também OLIVEIRA aponta que a inserção da humanização e da solidariedade⁸⁷⁷ na educação é um dos grandes desafios para a educação no século XXI e que “sem estes elementos presentes e vigorosamente atuantes fica mais difícil um projeto social

⁸⁷⁴ ANDRADE, Ana Paula Cavalcante Luna de. Educação para a Fraternidade como Meio Construtor da Paz. Disponível em: <http://www.catedrachiaralubich.org>. Acesso em: 3/ jan/2016.

⁸⁷⁵ FREIRE, P., 2014, p. 80-81.

⁸⁷⁶ ANDRADE, Ana Paula Cavalcante Luna de. Educação para a Fraternidade como Meio Construtor da Paz. Disponível em: <http://www.catedrachiaralubich.org>. Acesso em: 3/ jan/2016.

⁸⁷⁷ Esta tida pelo autor como elo entre as pessoas, uma preocupação sincera com o outro, que permita o desenvolvimento concreto de um espírito de grupo, de um corpo social, de uma vida comunitária.

que garanta a sustentabilidade humana”⁸⁷⁸. Ela deve afrontar o fatalismo histórico da ideologia de mercado, que prega a competitividade e o individualismo.

A eliminação da prática de discriminação das mulheres no mercado de trabalho é tão menos árdua quanto mais cedo ela seja discutida nos ambientes sociais. Determinados valores culturais demoram, às vezes, algumas gerações para serem modificados. Neste sentido, as instituições de educação possuem, também, a responsabilidade de eliminar preconceitos e práticas desiguais, formando cidadãos capazes de viverem em harmonia e respeito.

Por fim, a educação baseada no princípio da fraternidade e na não discriminação das mulheres também se dá em outros meios sociais que não apenas na família e na escola. Em qualquer ambiente onde haja a formação de pessoas, por meio da transmissão de conhecimento, os conteúdos devem ser voltados para a igualdade de gêneros.

As pessoas convivem e interagem com diversos grupos sociais, tais como organizações não governamentais, sindicatos, partidos políticos, conselhos comunitários, clubes de serviços, ambientes de trabalho, entre outros. Em cada um deles é possível que o direcionamento a ser dado nos processos de educação seja pela consideração e respeito pela participação das mulheres.

Para além de uma ideia utópica, a luta é diária e passa pelo não silenciar diante de qualquer violação aos princípios básicos da convivência humana digna. No dizer de FREIRE, “A solidariedade tem que ser construída em nossos corpos, em nossos comportamentos, em nossas convicções”⁸⁷⁹.

4.4.2 Políticas Públicas

A efetivação dos direitos fundamentais previstos na CRFB/1988 sempre foi um desafio seja para quem deles necessita, seja para os atores responsáveis por essa garantia. A crise de implementação daquilo que constitucionalmente se prevê como essencial à vida digna do ser humano se tornou de tal emergência que todos os poderes e demais instituições estatais foram chamadas à discussão sobre como superá-la.

Diante desse contexto de cobrança para que o Estado cumpra as promessas que o justificam, as políticas públicas apresentam dificuldade em ser situadas entre a Política e o Direito, ou seja, ora se aproximam

⁸⁷⁸ OLIVEIRA, O. M. B. A. de, 2014, p. 126-127.

⁸⁷⁹ FREIRE, P., 2014, p. 81.

das atividades típicas de execução, oriundas das decisões discricionárias do administrador, ora pela previsão em normas e as consequentes decisões judiciais pelo seu descumprimento.

Para SMANIO, as políticas públicas têm incidência em várias áreas do conhecimento e da atuação humana, não podendo ser esgotadas por uma única via ou sistema e tanto a Ciência Política quanto a Ciência Jurídica devem compartilhar o instituto das Políticas Públicas, a fim de que o fenômeno seja bem compreendido, analisado e mais bem resolvido. Entretanto, para o autor, “a dificuldade reside exatamente neste ponto, uma vez que compreensão do Direito e da Política como sistemas autônomos, auto-organizados e autorreferenciais impede para muitos doutrinadores a percepção de um fenômeno que realiza uma interação entre ambos os sistemas”⁸⁸⁰.

De toda forma, sejam elas tomadas por um ou outro ponto de análise, como definição para o presente estudo, pode se entender a categoria políticas públicas como um conjunto de ações e normas executadas e controladas pelo Estado, com a participação da sociedade, para efetivar direitos fundamentais, tais como a educação, saúde, cultura, esporte, lazer, convivência familiar e comunitária, habitação, segurança, profissionalização e a proteção ao trabalho.

Em linhas gerais, segundo DUARTE, o processo de implantação das políticas públicas apresenta um ciclo composto de quatro fases: a) formulação, b) execução, c) avaliação e d) fiscalização e controle. Elas não ocorrem de forma linear. Ao contrário, uma etapa desempenha influências recíprocas sobre a outra, interferindo no desempenho da própria política.⁸⁸¹

Considerando todo o cenário já exposto de como a sociedade brasileira, adotando o modelo patriarcal, transmite valores e práticas legitimadores de um modelo androcêntrico, que perpetua as desigualdades de gêneros, inclusive em relação ao direito social ao trabalho, entende-se que as políticas públicas podem ser consideradas instrumentos eficazes de câmbio dessa realidade.

⁸⁸⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

⁸⁸¹ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 25-26.

Para tanto, é importante que os problemas relacionados às mulheres estejam na agenda de compromissos dos administradores quando da formulação e execução das políticas públicas, assim como as mulheres, de forma organizada, sejam protagonistas desse processo a fim de atender às suas reais necessidades, bem como legitimar as ações.

É o que SANSON chama de Grupos de Pressão. Cujos interesses e ações no âmbito político, “refletem a relevância da sociedade civil organizada, por meio de microcosmos de atuação, na realização das aspirações dos governados, tratando-se [...] de instrumentos de manifestação e consecução dos interesses, auxiliando na formação de decisões provinda dos poderes públicos” e que representam a quebra do monopólio partidário na formulação de demandas perante os órgãos públicos.⁸⁸²

Para o mesmo autor, a intervenção de atores externos nas etapas de elaboração das decisões demonstra que o Estado não é autossuficiente para a formulação e efetivação de políticas públicas, motivo pelo qual o processo deverá proporcionar um agir mútuo entre o governo e as forças sociais, possibilitando o acesso dos excluídos ao núcleo do poder na promoção ou defesa de seus interesses.⁸⁸³

No Brasil, é interessante destacar o importante avanço nessa seara ocorrido em 2003, quando foi criada a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e, já no ano seguinte, foi realizada a I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres. O evento reuniu 1787 delegadas, e mais de 700 observadoras e convidadas, envolvendo mais de 120 mil mulheres que discutiram, em reuniões municipais, regionais e conferências estaduais, a situação das mulheres brasileiras. A Conferência teve como finalidade propor as diretrizes para fundamentação do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM).⁸⁸⁴

O PNPM de 2004 parte do pressuposto que “a atuação do Estado, especialmente por meio da formulação e implementação de políticas, interfere na vida das mulheres, ao determinar, reproduzir ou

⁸⁸² SANSON, Alexandre. Os Grupos de Pressão e a Consecução de Políticas Públicas. In: SMANIO. Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 126-127.

⁸⁸³ *Idem, ibidem*, p. 132-136.

⁸⁸⁴ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004, p. 13.

alterar as relações de gênero, raça e etnia e o exercício da sexualidade.”, de forma que a Política Nacional para as Mulheres “tem como compromisso e desafio interferir nas ações do Estado, de forma a promover a equidade de gênero, com respeito às diversidades”.⁸⁸⁵

Assim é que todas as políticas, por terem incidência sobre a vida das mulheres e sobre a dinâmica das relações de gênero, e devem ser planejadas considerando esses pressupostos visando a eliminar os padrões de discriminação, devendo as mulheres ser consideradas como sujeitos de direitos e sujeitos políticos.

A Política Nacional para as Mulheres orienta-se pelos princípios da igualdade e respeito à diversidade, princípio da equidade, da autonomia das mulheres, da laicidade do Estado, da universalidade das políticas, da justiça social, da transparência dos atos públicos e da participação e controle social, pelo qual

- Igualdade e respeito à diversidade: mulheres e homens são iguais em seus direitos e sobre este princípio se apoiam as políticas de Estado que se propõem a superar as desigualdades de gênero. A promoção da igualdade requer o respeito e atenção à diversidade cultural, étnica, racial, inserção social, de situação econômica e regional, assim como aos diferentes momentos da vida. Demanda o combate às desigualdades de toda sorte, por meio de políticas de ação afirmativa e consideração das experiências das mulheres na formulação, implementação, monitoramento e avaliação das políticas públicas;
- Equidade: o acesso de todas as pessoas aos direitos universais deve ser garantido com ações de caráter universal, mas também por ações específicas e afirmativas voltadas aos grupos historicamente discriminados. Tratar desigualmente os desiguais, buscando-se a justiça social, requer pleno reconhecimento das necessidades próprias dos diferentes grupos de mulheres;
- Autonomia das mulheres: deve ser assegurado às mulheres o poder de decisão sobre

⁸⁸⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004, p. 31-32.

suas vidas e corpos, assim como as condições de influenciar os acontecimentos em sua comunidade e país, e de romper com o legado histórico, com os ciclos e espaços de dependência, exploração e subordinação que constroem suas vidas no plano pessoal, econômico, político e social;

- Laicidade do Estado: as políticas públicas de Estado devem ser formuladas e implementadas de maneira independente de princípios religiosos, de forma a assegurar efetivamente os direitos consagrados na Constituição Federal e nos diversos instrumentos internacionais assinados e ratificados pelo Estado brasileiro, como medida de proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas;

- Universalidade das políticas: as políticas devem ser cumpridas na sua integralidade e garantir o acesso aos direitos sociais, políticos, econômicos, culturais e ambientais para todas as mulheres. O princípio da universalidade deve ser traduzido em políticas permanentes nas três esferas governamentais, caracterizadas pela indivisibilidade, integralidade e intersetorialidade dos direitos, e combinadas às políticas públicas de ações afirmativas, percebidas como transição necessária em busca da efetiva igualdade e equidade de gênero, raça e etnia;

- Justiça social: implica no reconhecimento da necessidade de redistribuição dos recursos e riquezas produzidas pela sociedade e na busca de superação da desigualdade social, que atinge de maneira significativa as mulheres;

- Transparência dos atos públicos: deve-se garantir o respeito aos princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com transparência nos atos públicos e controle social;

- Participação e controle social: devem ser garantidos o debate e a participação das mulheres na formulação, implementação, avaliação e controle social das políticas públicas.

O Plano ainda é dividido em quatro eixos, dos quais se destaca para a presente tese, o da “Autonomia, igualdade no mundo do trabalho

e cidadania”. Ocorre que apesar dos instrumentos criados e das ações executadas até então, estes não foram capazes de garantir tratamento diferenciado da mulher trabalhadora. O PNPM, desse modo, trouxe objetivos, metas, prioridades e plano de ação.⁸⁸⁶

Como objetivos foram propostos: I. Promover a autonomia econômica e financeira das mulheres. II. Promover a equidade de gênero, raça e etnia nas relações de trabalho. III. Promover políticas de ações afirmativas que reafirmem a condição das mulheres como sujeitos sociais e políticos. IV. Ampliar a inclusão das mulheres na reforma agrária e na agricultura familiar. V. Promover o direito à vida na cidade com qualidade, acesso a bens e serviços públicos.

Já as metas trataram de: a - Adotar medidas que promovam a elevação em 5,2% na taxa de atividade das mulheres na População Economicamente Ativa (PEA), entre 2003 e 2007; b - Manter a média nacional em, no mínimo, 50% de participação das mulheres no total de trabalhadores capacitados e qualificados atendidos pelo Plano Nacional de Qualificação (PNQ) e nos convênios do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) com entidades que desenvolvam formação profissional; c - Conceder crédito a 400 mil mulheres trabalhadoras rurais, no período de 2005 a 2006; d - Documentar 250 mil mulheres rurais, no período de 2004 a 2007; e - Conceder 400 mil títulos conjuntos de terra, no caso de lotes pertencentes a casais, a todas as famílias beneficiadas pela reforma agrária, entre 2004 e 2007; f - Atender 350 mil mulheres nos projetos de Assistência Técnica e Extensão Rural e de Assistência Técnica Sustentável, entre 2004 e 2007.

Por seu turno, foram eleitas como prioridades: 1. 1. Ampliar o acesso das mulheres ao mercado de trabalho; 1. 2. Promover a autonomia econômica e financeira das mulheres por meio do apoio ao empreendedorismo, associativismo, cooperativismo e comércio; 1. 3. Promover relações de trabalho não-discriminatórias, com equidade salarial e de acesso a cargos de direção; 1. 4. Garantir o cumprimento da legislação no âmbito do trabalho doméstico e estimular a divisão das tarefas domésticas; 1. 5. Ampliar o exercício da cidadania das mulheres e do acesso à terra e à moradia.

Em dezembro de 2011 foi realizada a 3ª Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres (CNPM), com 200 mil participantes em todo

⁸⁸⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2013, p. 44.

o país e 2.125 delegadas na fase nacional, tendo resultado no PNPM 2013-2015.

As políticas públicas que se pode destacar do novo Plano, objetivam orientar as ações do Estado a fim de combater problemas oriundos de práticas desiguais caracterizadoras de um processo secular que impossibilitam a participação igualitária de mulheres e homens nos meios sociais e políticos.

O objetivo geral escolhido pelo novo PNPM foi o de promover a igualdade no mundo do trabalho e a autonomia econômica das mulheres urbanas, do campo e da floresta, considerando as desigualdades entre mulheres e homens, as desigualdades de classe, raça e etnia, desenvolvendo ações específicas que contribuam para a eliminação da desigual divisão sexual do trabalho, com ênfase nas políticas de erradicação da pobreza e na valorização da participação das mulheres no desenvolvimento do país.⁸⁸⁷

Veja-se que nesse ponto, há o feliz reconhecimento que a mudança no quadro de desigualdade de gêneros, passa pela questão do trabalho como forma de autonomia e empoderamento das mulheres.

Como objetivos específicos, ficaram consignados: I. Ampliar a participação e a permanência das mulheres no mundo do trabalho, garantindo a qualidade nas condições e igualdade de rendimentos; II. Promover a organização produtiva e o acesso à renda para mulheres, especialmente das em situação de vulnerabilidade social. III. Promover a valorização e o reconhecimento da contribuição das mulheres do campo, da floresta, mulheres indígenas, das comunidades tradicionais e das mulheres com deficiência para o desenvolvimento econômico do país. IV. Promover políticas que visem o compartilhamento das responsabilidades domésticas e que contribuam para a superação da divisão sexual do trabalho. V. Ampliar a formalização do trabalho das mulheres e a garantia de direitos.⁸⁸⁸

Concretamente, com base nas metas e das linhas de ação eleitas pelo PNPM, são exemplos de políticas públicas palpáveis que se pode apontar como ações estatais ou da sociedade que objetivam equilibrar as relações de trabalho e reduzir a discriminação:

⁸⁸⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2013, p. 14.

⁸⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 14-15.

- a. ampliar a cobertura previdenciária das mulheres;
- b. oportunizar cursos de profissionalização;
- c. elevar a escolaridade;
- d. ampliar a taxa de formalização das mulheres no mercado de trabalho;
- e. estimular a formulação e difusão de dados e indicadores sobre o trabalho das mulheres;
- f. aprovação de legislação, e sua regulamentação, para maior igualdade no mundo do trabalho, incluindo ampliação dos direitos das trabalhadoras;
- g. ampliar a presença de mulheres em posição de chefia e direção no mercado de trabalho;
- h. ampliar a oferta de creches, pré-escolas e outros equipamentos públicos que interferem na divisão sexual do trabalho;
- i. garantir um número mínimo de mulheres beneficiárias do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec);
- j. promover a inserção e a permanência das mulheres em relações formais de trabalho não discriminatórias, com igualdade de rendimentos e fomento à ascensão e à permanência em cargos de direção;
- k. promover a autonomia econômica das mulheres por meio da assistência técnica e extensão rural, do acesso ao crédito e do apoio ao empreendedorismo, ao associativismo, ao cooperativismo e à comercialização, com fomento a práticas de economia solidária;
- l. ampliar a oferta de equipamentos públicos e de políticas que favoreçam o aumento do tempo disponível das mulheres;
- m. estimular a capacitação profissional de mulheres e a sua inserção em ocupações que não reforcem a divisão sexual do trabalho;
- n. promover a proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade, com vistas a erradicar a pobreza e melhorar suas condições de vida;
- o. promover a obtenção de documentação civil e jurídica para mulheres, nos espaços urbanos e rurais, ampliando seu acesso a direitos e serviços.

Verifica-se, dessa forma, que as políticas públicas, construídas por meio do diálogo entre os órgãos estatais e os espaços sociais femininos, tais como as conferências, os conselhos de direitos das mulheres, as organizações não governamentais, os sindicatos, a presença no orçamento participativo, entre outros, apresentam-se como relevantes e concretos instrumentos para a mudança de paradigma necessária à ampliação e ao fortalecimento do direito social das mulheres ao trabalho.

4.4.3 Política Jurídica e Ordenamento Normativo

Paralelamente ao esforço da educação e das ações estatais (políticas públicas) para a garantia do direito social das mulheres ao trabalho, entende-se não ser possível pensar que basta a boa vontade, por si só, para que isso se efetive. Ao contrário, vivendo em uma sociedade que precisa de normas visando a sua convivência harmônica, o arcabouço legislativo é, também, uma ferramenta que orienta o agir, de forma mais direcionada.

Em que pese se saber que o mundo do Direito não se resume às regras positivadas, é inegável, como ensina BOBBIO que a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Segundo ensina, “acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envolvidos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações”.⁸⁸⁹

Porém, tão importante quanto conhecer e saber interpretar o direito escrito é refletir sobre o momento e as razões pelas quais se dá a produção da norma que posteriormente regerá as relações da vida em sociedade. Entende-se que aí reside a importância de trazer ao presente estudo determinados conceitos de Política Jurídica.

MELO conceitua Política Jurídica como

1. Disciplina que tem como objeto o Direito *que deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à Dogmática Jurídica, que trata da interpretação e da aplicação do Direito que é, ou seja, do Direito vigente.
2. Diz-se do conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, sua

⁸⁸⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. 5 ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 25.

adequação aos valores *Justiça* (V.) e *Utilidade Social* (V.). 3. Complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de mudanças de rumo na Jurisprudência dos Tribunais, tendo como referente a realização de valores jurídicos. [...]⁸⁹⁰

Em outra obra, MELO ensina que a Política Jurídica tem função mediadora de intercomunicar Política e Direito, agindo em três dimensões: a epistemológica, a ideológica e a operacional. Na primeira, tem função crítica e desmistificadora, levantando dúvidas sobre a racionalidade do positivismo jurídico. Pela segunda, enquanto sistema aberto, trabalha a utopia como força transformadora de criatividade do melhor possível, guiando-se pela ética da responsabilidade. Por fim, a dimensão operacional objetiva a desconstrução de paradigmas que negam ou impedem a criatividade, propondo correções na legislação vigente ou a descoberta de regras de convivência dos novos direitos.⁸⁹¹

Na questão específica do direito social das mulheres ao trabalho, a Política Jurídica tem a capacidade de direcionar a produção e a aplicação do Direito positivado para um ordenamento que, partindo do princípio da fraternidade, assegure o fim de práticas discriminatórias. Isto começa na fase que antecede a produção da norma, por meio da reflexão acerca da realidade social, cultural, econômica do problema, passando pela construção dialogada das propostas de criação, alteração ou extinção de um diploma normativo, até o processo legislativo que culmina na sua aprovação.

Ao longo deste percurso a participação das mulheres é fundamental para que as discussões, calcadas em valores legítimos e fraternos, atinjam as consequências sociais da norma e não se fundamentem apenas na sua validade formal, impondo obrigações de viés negativo, *v.g.* de não violar os direitos das mulheres, e de prestações positivas, como ações de efetiva proteção.

Também MELO ao fazer um resgate crítico acerca da elaboração do Direito pela via legislativa, lembra que a justificação do direito escrito, prevalecendo sobre o costume, era acentuada ideologicamente a fim de atender às necessidades de segurança jurídica da sociedade

⁸⁹⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Política Jurídica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 77.

⁸⁹¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de Política do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 70-72.

burguesa, de forma que “à dogmática jurídica caberia a construção dos juízos normativos e a determinação de suas fontes e de seus fundamentos. Como análise sistemática, justificaria o sistema positivado como algo imanente, perfeito e acabado”.⁸⁹²

Entretanto, o mesmo autor leciona que

[...] as propostas progressistas de legislação podem ter suas raízes nas instituições do Estado ou seja partindo da crítica feita no interior da própria ordem jurídica e tendo como fontes a lei, a doutrina e a jurisprudência ou resultar da crítica e da análise, a partir da perspectiva da sociedade e então as suas fontes serão também informais e poderão estar nos movimentos reivindicatórios, nas práticas sociais e na atividade forense influenciada pela doutrina da livre interpretação.⁸⁹³

Assim, para fins de proteção do direito social das mulheres ao trabalho, destacam-se dois aspectos desse tema: a produção de normas que garantam a igualdade de gêneros no mercado de trabalho e a modificação do Direito já positivado que não atenda aos anseios de não discriminação, ambos guiados pelo princípio da fraternidade.

No que se refere ao primeiro aspecto, fazendo um recorte na legislação brasileira, é possível identificar uma série de normas de âmbito constitucional e infraconstitucional em vigor que, diante da notória diferença entre os gêneros, atendem à necessidade de tratamento também diferenciado às mulheres a fim de lhes garantir, em situações especiais, igualdade formal de oportunidades. A título de ilustração pode-se citar:

- Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (Constituição Federal, art. 7º, XVIII);
- Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (Constituição Federal, art. 7º, XX);
- Idade e tempo de contribuição

⁸⁹² MELO, Osvaldo Ferreira de. Temas atuais de Política do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 71-72.

⁸⁹³ MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004., p. 73.

diferenciados dos homens para fins de aposentadoria (Constituição Federal, art. 201, §7º, I e II);

- Vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, II, b);

- Salário igual a todo trabalho de igual valor, sem distinção de sexo (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 5º);

- Local apropriado às empregadas para guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação em estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 389, §1º);

- Não caracterização de justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de encontrar-se em estado de gravidez (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 391, *caput*);

- Vedação em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de gravidez (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 391, parágrafo único);

- Garantia à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho; e dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 392, § 4º, I e II);

- Garantia à empregada, durante a gravidez, ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à

função que anteriormente ocupava (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 393);

- Facultatividade da mulher grávida de romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 394);

- Repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento, em caso de aborto não criminoso (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 395);

- Dois descansos especiais, de meia hora cada um, durante a jornada de trabalho, para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 396);

- Vedação de publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo [...] salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, I);

- Vedação de recusa a emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo [...] ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, II);

- Vedação de considerar o sexo [...] como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, III);

- Vedação de exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, IV);

- Vedação de impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo [...] ou estado de

gravidez; (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, V);

- Vedação de proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, VI);
- Adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 373-A, parágrafo único);
- Vedação de redução de salário em caso de adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário. (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 377);
- Vedação da utilização da mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional (Consolidação das Leis do Trabalho, art. 390, parágrafo único).

Em que pese num primeiro momento o rol exemplificativo acima exposto parecer extenso, verifica-se que ele foi sendo moldado e ampliado ao longo de décadas de conquistas no âmbito da proteção das mulheres ao trabalho e reflete situações que parecem ser consideravelmente claras em relação à necessidade de garantias.

Além disso, não impede que tendo em conta a dinâmica dos fatos sociais, novas situações venham a ser incorporadas à legislação protetiva, especialmente se a realidade trazida na pós-modernidade exija o permanente filtro do princípio da fraternidade, que, sem dúvida, guiou as normas citadas.

Já em relação à modificação das normas vigentes, BOBBIO sustenta que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações: 1) se ela é justa ou injusta (se corresponde ou não aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico); 2) se é válida ou inválida (se ela existe como regra jurídica ou não); 3) se é

eficaz ou ineficaz (se é ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida).⁸⁹⁴

As possíveis combinações entre si das valorações acima expostas permitem refletir que a par da segurança jurídica trazida pelo positivismo, é necessária a constatare reavaliação das regras postas a fim de verificar se persistem os motivos que levaram à sua produção e se ela ainda atende aos fins a que se destinava quando de sua elaboração.

Assim, em relação ao direito social das mulheres ao trabalho, é natural que a reavaliação da legislação seja permanente, para verificar se as leis em vigor ainda atendem seu fim de proteção e, em caso negativo, sejam modificadas. Isto se dá por meio de um debate democrático no qual as mulheres sejam protagonistas, na esteira da democracia participativa, objetivada no compartilhamento das decisões do Poder Público e de seus administrados.

Esse momento corresponde ao terceiro conceito de Política Jurídica já trazido acima por MELO como conjunto de medidas objetivando a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de mudanças de rumo na Jurisprudência dos Tribunais, baseado na realização de valores jurídicos.

Tal encaminhamento reflete um compromisso de conduta que faz unir pessoas e instituições sob o princípio da fraternidade, o qual, em que pese por vezes não poder ser objetivamente mensurado, visto que expressa sentimentos interiores das pessoas, vem se aproximando cada vez mais de norteador jurídico.

Por fim, vale a lembrança que a construção da norma jurídica também se dá pela via judiciária ao interpretar e aplicar a lei, aproximando-a ao máximo dos fundamentos que sustentam um Estado Democrático de Direito, objeto do tópico seguinte.

4.4.4 Ativismo do Poder Judiciário

É cabível afirmar que o ordenamento legislativo pátrio, no caminho já trilhado pela normativa internacional, depois de décadas de avanço, prescreve uma série de regras impositivas ora de agir, ora de não agir, a fim de assegurar o direito social das mulheres ao trabalho, como ferramentas de um sistema de garantias.

Note-se, no entanto, que aliar o dever de educação, de implementação de políticas públicas e de respeito à legislação, ao seu efetivo cumprimento por parte do administradores públicos ou dos

⁸⁹⁴ BOBBIO, N., 2014, p. 47-49.

empregadores privados, na prática, não se torna uma tarefa singela como se poderia utopicamente esperar.

É nesse ponto que se parte para uma quarta malha de ação aqui proposta, que ora de forma subsidiária, ora de forma paralela às sugestões de encaminhamentos vistas anteriormente venha dotar as garantias ali previstas de força coativa, qual seja, a atuação do Poder Judiciário.

Essa via não escapa de determinados questionamentos, como por exemplo: que função o Poder Judiciário exerce nesta situação? Como ele se relaciona com os demais Poderes do Estado? Há possibilidade de intervenção sem afetar a harmonia e a independência dos Poderes? Quais os limites da atuação do Judiciário neste caso?

As reflexões oriundas desses questionamentos são por vezes complexas e têm despertado diversos debates no meio jurídico por não haver consenso acerca da forma pela qual o Poder Judiciário intervém nas ações de competência do Executivo e do Legislativo.

Em linhas gerais, a doutrina aponta uma divisão de entendimentos entre substancialistas e procedimentalistas. Conforme ROSA, os substancialistas defendem a concretização dos direitos fundamentais constituídos e compartilhados pelos cidadãos na via do Poder Judiciário, enquanto os procedimentalistas sustentam uma atuação deste na garantia da participação no processo de tomada de decisões.⁸⁹⁵

De igual forma, STRECK, explicando os ensinamentos de Habermas, o qual adota a postura procedimentalista, o modelo de democracia constitucional se fundamenta em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e critica a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Por seu turno, segundo o autor, os substancialistas defendem que mais do que harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral do direito positivo, sendo que a Constituição estabelece condições do agir político-estatal.⁸⁹⁶

No caso da proteção do direito social das mulheres ao trabalho, a postura do ator jurídico tem grande relevância, trazendo resultados pragmáticos no exame das demandas que lhe são postas a julgamento.

⁸⁹⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão penal: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 245.

⁸⁹⁶ STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 41-45.

Entende-se que a adoção de um entendimento procedimentalista, pugnando somente pela forma, concederá discricionariedade às ações do poder público em relação a efetivar ou não uma regra determinada pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional.

Em sentido contrário, compreende-se que o Poder Judiciário por vezes é a derradeira via na qual irão procurar aqueles que foram suprimidos de seus direitos, de forma que não seria legítimo subtrair esse recurso relegando ao desamparo as pessoas que ali buscam guarida. Apesar de a CRFB/1988 dispor em seu art. 2º que os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, o comando deve ser interpretado no que tange à administração dos poderes, sendo possível que no desempenho das funções haja intersecções visando a efetivar direitos fundamentais constantes na Constituição.

Também nesse tema, o princípio da fraternidade direciona os atores jurídicos em suas práticas profissionais, pois além de garantir dos direitos das pessoas ante o arbítrio do Estado (liberdade) e demandarem prestações positivas (igualdade), também exigem da sociedade em geral a ação ética de respeito às mulheres em razão de sua natureza. Tão importante quanto admitir o princípio da fraternidade no mundo jurídico e no fundamento das relações sociais, é aplicá-lo no cotidiano, pois segundo BAGGIO, antes de tudo, a fraternidade é algo para ser vivido, porque somente vivendo-a ela pode ser compreendida.⁸⁹⁷

Não se desconhece as críticas acerca da incursão do Poder Judiciário em decisões políticas tomadas por agentes públicos eleitos de forma democrática pela população. Contudo, também faz parte do sistema de equilíbrio de um regime democrático e republicano a existência de um poder que faz exigir dos demais o cumprimento das leis, especialmente quando estas objetivam a vida digna das pessoas e o seu sagrado direito social ao trabalho em igualdade de condições.

Neste sentido esclarece SILVA quanto ao que seja harmonia entre os poderes:

[...] cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do

⁸⁹⁷ BAGGIO, A.M., 2008, p. 54.

equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.⁸⁹⁸

O papel do Poder Judiciário é ainda mais importante caso venhamos a lembrar que as relações de trabalho, na atualidade, sofrem a influência de um modelo neoliberal globalizado, onde interesses supranacionais pressionam as instituições públicas e privadas a se adaptarem à lógica do maior lucro com o menor custo. O Judiciário, assim, precisa ser um pilar de resistência dos valores fundamentais eleitos pela Constituição brasileira, entre os quais, o princípio da fraternidade.

É também STRECK⁸⁹⁹ que leciona

Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário [...] passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional. [...] Dito de outro modo, na esteira das teses substancialistas, entendo que o Poder Judiciário (especialmente a justiça constitucional) deve assumir uma postura intervencionista, longe da postura absentéista, própria do modelo liberal-individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira.

Além da vigilância à atuação do poder público, em especial nas áreas da educação e de implementação de políticas públicas, não se descuida que a esfera judiciária é a responsável, também, pela aplicação da legislação trabalhista, um dos pontos em que o direito social das mulheres ao trabalho mais precisa de atenção. Os problemas dali decorrentes são palpáveis e implicam diretamente na qualidade de vida e saúde das trabalhadoras.

É necessário, entende-se, que ao analisar as demandas judiciais postas a julgamento, as decisões se aproximem o máximo possível da vida real e da dinâmica social visando a satisfazer as promessas

⁸⁹⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 2010, p. 97.

⁸⁹⁹ STRECK, L., 2004, p. 46 - 51.

constitucionais. VERONESE destaca que “Para o magistrado, portanto, torna-se imperiosa uma consciência crítica, de que não é mais possível isolar-se no seu gabinete, alheio ao mundo que o circunda”.⁹⁰⁰

A título de ilustração, vale ressaltar o interessante debate ocorrido no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 658.312, de Santa Catarina⁹⁰¹, a respeito da constitucionalidade ou não do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária e da ofensa ou não ao princípio da isonomia.

Da ementa constou:

[...]

3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças.

[...]

E do voto do relator retira-se:

⁹⁰⁰ VERONESE, J. R. P., 1998, p. 91.

⁹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão em Recurso Extraordinário n. 658.312-SC, Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, Acórdão Eletrônico DJe-027 DIVULG 09-02-2015. Publicado em 10-02-2015.

O fato é que tanto as disposições constitucionais convencionais como as infraconstitucionais não impedem que ocorram tratamentos diferenciados, desde que existentes elementos legítimos para o *discrímén* e que as garantias sejam proporcionais às diferenças existentes entre os gêneros, ou ainda, definidas por algumas conjunturas sociais.

[...]

Dúvida não há de que a Constituição Federal de 1988 representou um marco contra a discriminação da mulher, inclusive nos ambientes laboral e familiar. No entanto, não vislumbro motivos para que se utilize desse argumento para eliminar garantias que foram instituídas por escolha do legislador, dentro de sua margem de ação.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello também consignou importantes reflexões:

Mostra-se inquestionável, Senhora Presidente, que a norma inscrita no art. 384 da CLT representou, no momento e nas circunstâncias em que foi editada, uma expressiva tomada de posição por parte do Estado brasileiro, fortemente estimulado, no plano jurídico e social, por um valor primordial que se forjou no espírito e na consciência de todos: a necessidade de fazer observar o princípio básico que proclama a essencialidade da outorga de proteção ao trabalho da mulher, em clara reação do ordenamento positivo nacional a situações concretas de opressão, de exclusão, de degradação e de discriminação, que têm provocado, historicamente, a injusta marginalização da mulher.

[...]

O longo itinerário histórico percorrido pelo processo de reconhecimento, afirmação e consolidação dos direitos da mulher, seja em nosso País, seja no âmbito da comunidade internacional, revela trajetória impregnada de notáveis avanços, cuja significação teve o

elevado propósito de repudiar práticas sociais que injustamente subjugavam a mulher, suprimindo-lhe direitos e impedindo-lhe o pleno exercício dos múltiplos papéis que a moderna sociedade, hoje, lhe atribui, por legítimo direito de conquista.

[...]

Todos sabemos, Senhora Presidente, que se verificou, no processo de afirmação da condição feminina, notadamente a partir da década de 1960, um significativo avanço na discussão de temas intimamente ligados à situação da Mulher, registrando-se, no contexto desse processo histórico, uma sensível evolução na abordagem das questões de gênero, de que resultou a superação de velhos preconceitos culturais e sociais que impunham, arbitrariamente, à mulher, mediante incompreensível resistência de natureza ideológica, um inaceitável tratamento discriminatório e excludente, que lhe negava a possibilidade de protagonizar, como ator relevante, e fora do espaço doméstico, os papéis que até então lhe haviam sido recusados.

Compete, assim, ao Poder Judiciário analisar, caso a caso, as situações que lhes são trazidas, tornando efetivas as previsões constitucionais e determinando medidas palpáveis que importem em garantia de igualdade de gêneros. A efetivação dos direitos e garantias nesta área não pode ficar na esfera axiológica ou metafísica e na dependência de boa intenção.

Também em relação às políticas públicas, crê-se que a intervenção judicial é legítima e necessária quando da omissão dos demais importar em não satisfação de direitos, longe do confortável lugar de ver o processo apenas pelo aspecto formal. Na condição de direito fundamental, a proteção das mulheres importa em interpretação da legislação que as situe com o prioridade devida nos programas e orçamentos dos poderes públicos, que, caso não se dê de forma discricionária, tem força cogente para determinar as ações necessárias.

Essa responsabilidade que o constituinte e o legislador infraconstitucional delegaram ao Poder Judiciário deve-se à razão das funções jurisdicionais implicarem na garantia e realização dos direitos ameaçados ou violados das mulheres, o que se constitui, me última análise, de forma precisa e concreta, numa prática verdadeiramente

emancipatória, de resgate da cidadania e efetivação do princípio da fraternidade.

CONCLUSÃO

A conclusão da presente tese não constitui o término das problemáticas que envolvem a questão do direito social ao trabalho e da igualdade de gênero. Contudo, o estudo percorreu caminhos buscando ampliar os debates e as argumentações, inclusive de facetas muito sutis de desigualdade e de discriminação em relação às mulheres, visando fundamentar as razões das limitações de sua ocupação e participação na esfera pública.

Procurou-se situar a importância do direito fundamental ao trabalho, do princípio jurídico da fraternidade e das relações de gênero no contexto do direito social ao trabalho. Observou-se que um novo horizonte surge através de uma nova relacionalidade com o referido princípio no sentido do reconhecimento e da inclusão.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais é tema recorrente no Direito, em especial em países cujo desenvolvimento é tardio, como é o caso do Brasil, daí a relevância de se discutir aspectos conceituais e históricos para um melhor entendimento e enfrentamento da problemática que envolve a implementação e continuidade do direito social ao trabalho ao gênero feminino a caminho da pós-modernidade.

Ressalta-se que, em muitas situações constatam-se direitos individuais assegurados e direitos sociais sem garantia. O discurso racional da modernidade propugnou a abdicação da concepção social da dignidade da pessoa humana, de forma a restringi-la a uma visão individualista de mera proteção aos direitos de liberdade. Desta forma, o princípio da igualdade formal foi relegado sob a alegação de que a sociedade já alcançou um patamar de igualdade substancial aceitável.

Aliado a tal constatação, o paradigma do modelo capitalista de produção, dentro do qual está inserida uma sociedade em que vige o sistema patriarcal em muitas relações, embasam um Estado que se tornou mínimo, regulando apenas o que é essencial para o desenvolvimento do capital e do homem.

O Direito, assim, restringiu-se e passa por uma crise de legitimidade, permanecendo vinculado, muitas vezes, a ultrapassadas bases paradigmáticas que se distanciam da realidade. A manutenção da hegemonia de tais bases paradigmáticas impedem a apreensão dos fundamentos e a operacionalização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Sob tal perspectiva, a fundamentalidade do direito social ao trabalho implica em concebê-lo como parte da matriz constitucional. No contexto brasileiro, tão importante quanto qualificar os direitos

sociais como fundamentais, é neles reconhecer que a ordem constitucional brasileira de 1988 representa verdadeiro marco jurídico na institucionalização de direitos humanos no país, redefinindo os direitos fundamentais.

Certamente que o trabalho não deve ser compreendido apenas por uma perspectiva vinculada às necessidades, mas também pelo prisma da realização. Ainda, referido direito pode ser analisado tanto sob o aspecto do direito individual, ou seja, do acesso ao mercado de trabalho e à capacidade de satisfação e provimento de si mesmo e dos que dele dependem, quanto do direito coletivo, inerente a grupos determinados e carecedores de proteção especial em face de sua desigualdade fática, ou seja, os trabalhadores. Ambos possuem como substrato o princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí a necessidade de análise de tal direito fundamental social, ainda mais considerando que seu discurso na sociedade moderna e capitalista não é capaz de mantê-lo dentro dos limites outrora estabelecidos diante da liquidez da pós-modernidade.

No que tange às relações de gênero, observa-se que os espaços de interlocução da sociedade com o Estado - verdadeiros centros de poder -, têm sido, historicamente, dominados por homens, numa construção política sutil, que atribui às mulheres papéis compatíveis à maternidade e ao casamento, restringindo sua participação e o gozo de muitos direitos fundamentais sociais. Ainda que se verifique certa evolução nas discussões sobre liberdade, igualdade e fraternidade em relação ao gênero feminino, é na seara do direito social ao trabalho que aspectos como a discriminação e a desigualdade tem sido negligenciados

Com efeito, mesmo que voltado para enfrentar e solucionar os conflitos de gênero, o Direito, a dogmática jurídica (que o instrumentaliza) e a hermenêutica não conseguem oferecer respostas suficientemente satisfatórias às crescentes demandas geradas pela inefetividade do exercício do direito social ao trabalho pelas mulheres.

O Direito tem esgotado sua operacionalidade e possibilidades de resolução de citada problemática, tornando-se impotente para operar uma efetiva mudança social, capaz de contribuir para a identificação e coexistência com a “outra”. Nesse contexto de crise, a modernidade e seus atributos se inserem.

A modernidade delineou, conjuntamente com a configuração do sistema econômico capitalista, o caráter social e cultural do povo. Sob tal ponto de vista se percebe que as atuais condições de dificuldade de fruição do direito social ao trabalho pelo gênero feminino advêm determinadas por um contexto histórico social de potencialização do

capitalismo e enrijecimento das estruturas de classe. Quando se analisa a maneira pela qual se formaram as relações de gênero e trabalhistas na modernidade, constatam-se suas origens na organização social, econômica e política, bem como no grau de desenvolvimento das ciências e da tecnologia.

Já no estágio fluido da modernidade, há um futuro anunciado pela necessidade de coexistência de liberdade, de igualdade e de fraternidade para os gêneros, onde a desigualdade e a discriminação são taxadas de obsoletas. A pós-modernidade traz consigo a certeza de mudanças.

Dessa forma, a postulação de um novo paradigma sobre o direito social das mulheres ao trabalho, ou seja do princípio da fraternidade, somente pode ser enunciado de fora dos limites impostos pela racionalidade moderna. A questão do princípio da fraternidade apresenta-se assim, para além de uma questão jurídica, uma questão social de possibilidade de efetivação do direito social das mulheres ao trabalho.

Desse modo, no caminho para a coexistência equitativa não basta que se analisem somente as relações de gênero na seara trabalhista, há a necessidade de um envolvimento na tentativa de se buscar remodelagens valiosas na concepção dos direitos e dos deveres. Precisam partilhar de uma convicção que fecunde o banimento de práticas discriminatórias e desiguais concretas.

Parece então ser fundamental reivindicar simultaneamente um novo modelo para que o direito social das mulheres ao trabalho suplante a teoria e se articule na prática, bem como mobilize um diálogo entre as ciências e saberes não científicos, anteriormente desprezados pela modernidade, de forma a superar uma visão eminentemente legalista e dogmática.

Nesse sentido, sugere-se a inovação de processos educacionais, desde a mais tenra idade, onde se possa tematizar questões de gênero e trabalho a partir de situações concretas. Isto porque a par dos valores passados pelas famílias às crianças, há outras formas de educação que desempenham papel de extrema relevância na formação do caráter do ser humano. A reflexão sobre a educação, a partir desse diálogo com o princípio da fraternidade perquire critérios de identificação, inclusão e comunhão entre os gêneros.

Também, no que tange às políticas públicas, destaca-se que pelo viés da aplicação do princípio da fraternidade, é possível se estabelecer que na agenda de compromissos dos administradores públicos e privados, o direito social das mulheres ao trabalho seja assunto recorrente quando da formulação e execução de tais políticas.

Ainda, paralelamente ao esforço da educação e das ações estatais (políticas públicas) para a garantia do direito social das mulheres ao trabalho, entende-se não ser possível pensar que basta a boa vontade, por si só, para que isso se efetive. Ao contrário, vivendo em uma sociedade que precisa de normas visando a sua convivência harmônica, o arcabouço legislativo é, também, uma ferramenta que orienta o agir, de forma mais direcionada através da aplicação do princípio da fraternidade.

Por fim, constata-se que aliar o dever de educação, de implementação de políticas públicas e de respeito à legislação, ao seu efetivo cumprimento por parte do administradores públicos ou dos empregadores privados, na prática, não se torna uma tarefa singela como se poderia utopicamente esperar. É nesse ponto que se partiu para uma quarta malha de ação proposta, que ora de forma subsidiária, ora de forma paralela às sugestões de encaminhamentos vistas anteriormente venha dotar as garantias ali previstas de força coativa, qual seja, a atuação do Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo em que a participação nos espaços públicos por homens e mulheres é uma questão de identidade, o princípio da fraternidade oferece o reconhecimento de cada um a partir do fortalecimento do laço social e do sentimento de real pertencimento ao Estado Democrático de Direito.

Considerando que a pós-modernidade chega para se instalar ao mesmo tempo em que a modernidade ainda não deixou de se fazer presente, a proposta de resgate do princípio da fraternidade serve como possibilidade integradora, de adaptação e de compreensão. Isto porque quando há a sobreposição ao ser humano e aos direitos fundamentais de critérios discriminatórios, desiguais e indignos, o princípio da fraternidade denunciará tal situação a fim de se assegurar a coexistência da produção e aplicação de um Direito voltado à justiça.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor. Tempo Livre. *In: Indústria cultural e sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o Poder Soberano e a Vida Nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- AGRA, Walber de Moura; BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2011.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos*. 9. ed. São Paulo: Ícone, 2001.
- ANDRADE, Ana Paula Cavalcante Luna de. *Educação para a Fraternidade como Meio Construtor da Paz*. Disponível em: <http://www.catedrachiaralubich.org>.
- ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Bontempo Editorial, 1999.
- _____. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. 14. Ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- ARAÚJO, Rita de Cássia Barbosa de. O voto de saias: a Constituinte de 1934 e a participação da mulher na política. *Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 17, n. 49, Set/Dez 2003. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>.
- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: anti-semitismo, instrumento de poder*. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1975.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Brasília: UnB Editora, 1999.

AUGÉ, Marc. Não-lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade. Campinas: Papyrus, 1994.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

ARISTÓTELES. Política. Brasília: Editora da UNB, 1972.

ARNOLD, Thurman Wesley. El derecho como simbolismo. In: Sociologia del derecho. Caracas: Tiempo Nuevo, 1971.

AZEREDO, Beatriz; RAMOS, Carlos Alberto. Políticas Públicas de Emprego: Experiências e Desafios. Revista de planejamento e Políticas Públicas, São Paulo, n. 12, mai/1995. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito, Justiça Social e Neoliberalismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BADINTER, Elisabeth. Um amor conquistado: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BADINTER, Elisabeth. Rumo Equivocado. O feminismo e alguns destinos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. XY: sobre a identidade masculina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 2. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

_____. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

____. O Princípio Esquecido 2. São Paulo: Vargem Grande Paulista, 2009.

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analía Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 10, n. 1, jan/2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

BARBOSA, Lívía. Igualdade e Meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas. 4 ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas Editora, 2008.

BARRAL, Welber; MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Globalização e a prática do direito. In: GUERRA, Sidney (org.) Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Unijuí, 2006.

BARROS, Alice Monteiro. Proteção à intimidade do empregado. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATTAGLIA, Felice. Filosofia do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1958.

BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

____. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

____. Identidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

____. A sociedade individualizada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BEAUVOIR, Simone de. O Segundo Sexo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BELEZA, Teresa Pizarro. Direito social das mulheres e da igualdade social: a construção jurídica das relações de gênero. Coimbra: Almedina, 2010.

BESSELAAR, José Van den. As palavras têm a sua história. Braga: APPACDM Distrital de Braga, 1994.

BELTRÃO, Kaizô Iwakami, et al. Mulher e Previdência Social: O Brasil e o Mundo. Texto para discussão n. 886 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, março de 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br>.

BÍBLIA SAGRADA. Versão *on line*. Livro 2 Tessalonicenses, capítulo 3, versículo 10. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br>.

BITAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 29, n. 57, dez/2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

BOFF, Leonardo. Saber Cuidar: ética do humano - compaixão pela terra. Petrópolis: Vozes, 1999.

BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. Brasília: Paz e Terra, 1990.

_____. Os Direitos Humanos e a Democracia. *In*: SILVA, Reinaldo Pereira e (org). Direitos Humanos como Educação para a Justiça. São Paulo: LTr., 1998.

_____. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Teoria do Estado. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Teoria constitucional da democracia participativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Jurisdição constitucional e legitimidade - algumas observações sobre o Brasil. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 18, n. 51, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>.

____. Do estado liberal ao estado social. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

____. Curso de direito constitucional. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

____. A evolução constitucional no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 14, n. 40, dez/2000. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>.

____. A Quinta Geração de Direitos Fundamentais. Revista de Direitos Fundamentais e Justiça do Programa de Pós-graduação em Direito da PUCRS, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, Abril/Junho/2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br>.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

____. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. 3. ed. Brasília: UNB, 1995.

____. Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

____. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. Dicionário de Política. 5. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

BOSCO, Maria Goretti Dal. Assédio Sexual nas relações de trabalho. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, Porto Alegre, vol. 13, n. 149, p. 128-150, nov/2001.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRITO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

____. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança nº 41.515 BA 2013/0070106-0. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 02 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br>.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Plano Nacional de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Mulher, casa e família: cotidiano nas camadas médias paulistanas. Fundação Carlos Chagas: Vértice, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1990.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, vol. 34, n. 133, jan/mar/1997. Disponível: <http://ftp.unisc.br>.

____. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

____. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

____. Constituição Federal Anotada. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. 8. ed. São Paulo: Ed. Civilização Brasileira, 2015.

CADEMARTORI, Sergio. Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista. 2. Ed. Campinas/SP: Millenium Editora, 2007.

CABRAL, Roque. Fraternidade. In POLIS: Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado. Lisboa: Verbo, 1994.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr., 2007.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. Efetividade dos direitos sociais: prestação jurisdicional com base na ponderação de princípios. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

CALVET, Otavio Amaral. Direito ao lazer nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

____. Teoria da constituição. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2002.

____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

____. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011.

CARDONE, Marly Antonieta. Trabalho: Direito ou Dever. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, vol. 1, n. 60, 1965. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>.

CARLOTO, Cássia Maria. Gênero, Reestruturação Produtiva e Trabalho Feminino. Revista “Serviços Social em Revista” da Universidade Estadual de Londrina, vol. 18. n. 1, 2013. Disponível em: <http://www.uel.br>.

CARVALHO, Fernando Cardim de. Políticas econômicas para economias monetárias. *In*: LIMA, Gilberto Tadeu.; SICSÚ, João e PAULA, Luiz Fernando de. (orgs). Macroeconomia moderna: Keynes e a economia contemporânea. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CARVALHO NETO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI, Marcelo (Coord.). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CASTIGNONE, Silvana. La Teoria Generale del Diritto: Problemi e Tendenze Attuali. *In*: CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e Legitimidade. São Paulo: Millenium, 2007.

CHAUÍ, Marilena. Público, privado, despotismo. *In*: NOVAES, Adauto (org.). Ética. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Para uma dogmática constitucional emancipatória. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A Constituição Alemã de 1919. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>.

____. A Constituição Mexicana de 1917. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br>.

____. Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é Cidadania. São Paulo: Braziliense, 1993.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Direitos Humanos - Teorias e Práticas. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do estado. 21. ed. São Paulo: Nova Cultura, 2001.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr., 2004.

____. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DEL PRIORI, Mary. Magia e medicina na colônia: o corpo feminino. In: DEL PRIORI, Mary (org.); PINSKY, Carla Bassanezi (coord. de textos). História das mulheres no Brasil. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2012.

DEL PRIORI, Mary. As atitudes da Igreja em face da mulher no Brasil colônia. In: MARCILIA, Maria Luiza. (org.). Família, mulher, sexualidade e igreja na História do Brasil. São Paulo: Loyola, 1993.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Direito e pós-modernidade. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta; MELO, Osvaldo Ferreira (org.). Política jurídica e pós-modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Constância Lima. Feminismo e Literatura no Brasil. Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, vol. 17, n. 49, Set/Dez 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br>.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

DUGUIT, Leon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 2006.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DUSSEL, Enrique Domingo. Metafísica de la femineidad. La mujer: ser oprimido. *In*: América Latina: dependência y liberación. Buenos Aires: Editorial Fernando García Cambeiro, 1971.

_____. Filosofia da Libertação na América Latina. 2. ed. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.

_____. Para uma ética da Libertação Latino Americana, Erótica e Pedagógica - Parte II. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.

_____. 20 Teses de Política. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

ELDERS, Leo John. O Pensamento de Santo Tomás de Aquino sobre o Trabalho. Revista de Filosofia e Teologia Aquinate. São Paulo, vol. 1, n. 9, 2009. Disponível em: <http://www.aquinate.net>.

FEMENÍAS, Maria Luiza. Não há igualdade sem diferença, nem diferença sem igualdade. Revista de Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 23, n. 1, jan/abr 2015. Disponível em: <http://www.ieg.ufsc.br>.

FERRARI, Irany; NASCIMENTO, Amauri Mascaro; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLORINDO, Valdir. Ambiente de Trabalho + Prevenção = Assédio Moral. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Rio de Janeiro, vol. 79, n. 4n. 1, p. 245-259.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

____. Pedagogia da indignação. São Paulo: Unesp, 2000.

FREIRE, Paulo, FREIRE, Ana Maria Araújo e OLIVEIRA, Walter Ferreira. Pedagogia da Solidariedade. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

____. História da Sexualidade. Vol.1: A vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOX-GENOVESE, Elizabeth. Cultura e consciência na história intelectual das mulheres européias. The journal of women in culture and society by the University of Chicago, Chicago, vol. 12, n. 31, 1987.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Relatório da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República. Questão de gênero: acesso a creche e divisão sexual do trabalho. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br>.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Relatório da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República. Pesquisa sobre “Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado”. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br>.

FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de. A difícil harmonia entre multiculturalismo e direitos humanos. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, vol. 28, n. 105, p. 1117-1122, 2001.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala. 48. ed. São Paulo: Global Editora e Distribuidora LTDA, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. Igualdade e Diferença, Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: A contribuição da obra de Alexy. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 1, n. 2, p. 134-142, 2 sem. 1998.

GIDDENS, Anthonny. Sociologia. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

_____. A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1993.

GONÇALVES, Nádya Gomes. Constituição Histórica da educação no Brasil. São Paulo: Ibeplex Dialógica, 2011.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. *In*: CASO, Giovanni et al. (org) Direito e Fraternidade. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

GOUNET, Thomas. Fim do trabalho, fim do emprego. *In*: CARRION, Raul K. M.; VIZENTINI, Paulo Fagundes (Orgs.). A crise do capitalismo globalizado na virada do milênio. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 2000.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. Gênero: o que é isso? Revista de Psicologia: Ciência e Profissão, Brasília, vol. 1, n. 15, p. 4-11, 1995.

GUERRA, Sidney (org.) Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Ijuí, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública - investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

_____. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen; HÄBERLE, Peter. Sobre a legitimação pelos direitos humanos . *In*: MERLE, J.; MOREIRA, L.(org.). Direito e legitimidade. São Paulo: Landy, 2003.

HALL, Robert Ernest.; LIEBERMAN, Marc. Microeconomia: princípios e aplicações. São Paulo: THOMSON, 2003.

HALL, Stuart. Quem precisa de identidade? *In* SILVA, Tomaz Tadeu da. Identidade e Diferença - a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000.

HART, Herbert Lionel Adolphus. El concepto de Derecho. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (coords.). Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

HIRATA, Helena; KERGOAT, Danièle. Novas configurações da divisão sexual do trabalho. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 37, n. 132, Set/Dez, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br>.

HOBSBAWM, Eric. A era das revoluções : 1789 - 1848. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

_____. A Revolução Francesa. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. A era do capital: 1848 - 1875. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

HÖFFE, Otfried. O que é justiça? Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HOOKS, Bell. Intelectuais negras. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 3, n. 2, 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

IBARRECHE, Rafael Sastre. El derecho al trabajo. Madrid: Trota, 1996.

IGLÉSIAS, Francisco. Constituintes e Constituições Brasileiras. 3. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. 3. Ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LAURETIS, Teresa de. A tecnologia do gênero. *In*: HOLLANDA, Heloísa Buarque de (org.). Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LAZZARIN, Sonilde. O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal de 1988. Revista de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 41, n. 1, p. 92-99, Jan/Jun 2015.

- LEAL, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEDUR, José Felipe. A realização do direito social ao trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A garantia no emprego na perspectiva dos direitos fundamentais. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, vol. 7, n. 1, jan/jun/2010. Disponível em: <http://www.fdv.br>.
- LEVAGGI, Virgílio. O que é o trabalho decente? Revista da Associação Latino-americana de Juizes do Trabalho, Brasília, vol. 1, n. 1, jun/2007. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br>.
- LIMA, Marcus Eugênio Oliveira; VALA, Jorge. As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. Revista de Estudos de Psicologia do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, vol. 9, n. 3, set/dez/2004. Disponível em: <http://www.scielo.br>.
- LIMA, Gilberto Tadeu.; SICSÚ, João.; PAULA, Luiz Fernando de. (orgs). Macroeconomia moderna: Keynes e a economia contemporânea. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- LUBICH, Chiara. Ideal e Luz. Pensamento, Espiritualidade e Mundo Unido. São Paulo: Cidade Nova, 2003.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito II. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro Ltda, 1995.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- LOUIS, Marie-Victoire. Diga-me: o que significa gênero? Revista do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. Brasília, vol. 21, n. 3, 2006. Disponível em: <http://periodicos.unb.br>.
- LOURO, Guacira Lopes. Epistemologia feminista e teorização social: desafios, subversões e alianças. In: ADELMAN, Miriam; SILVESTREIN, Celsi Brønstrup (Org.). Coletânea gênero plural. Curitiba: Editora UFPR, 2002.

LYOTARD, Jean-François. A condição pós-moderna. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Ação Civil Pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). Ação civil pública: Lei 7.347 - 15 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa: Aspectos do Direito Material e Processual do Trabalho. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAQUIAVEL. Nicolau. O Príncipe. São Paulo: L&PM Pocket, 1998.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. Tratado de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARX, Karl. O Capital: Crítica da economia política. Livro Primeiro: o processo de produção do capital. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1998.

MATOS, Fátima Regina Ney; LIMA, Afonso Carneiro. Organizações modernas e a burocracia: um a “afinidade eletiva”? Revista de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, vol. 6, n. 2, jul/dez/2007. Disponível em: <http://rae.fgv.br>.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. Temas atuais de Política do Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

MELLO, Celso de Albuquerque. A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEZZAROBA, Orides. O Humanismo Latino, a Soberania Popular e a Democracia Representativa Brasileira Contemporânea. *In:* MEZZAROBA, Orides. (org.) Humanismo latino e estado no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

MILLER, Jacques-Alain. Percurso de Lacan: uma introdução. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

MILLS, Charles Wright. A Imaginação sociológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

MIRANDA, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. Construção Jurídica das Relações de Gênero: o Processo de Codificação Civil na Instauração da Ordem Liberal Conservadora no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O Espírito das Leis. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. O direito social ao trabalho. São Paulo: LTr., 1974.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre, vol. 1. n. 6, p. 207-238, 2008.

MORIN, Edgar. O Método 6 - Ética. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

NASCIMENTO, Sonia Aparecida Costa. O trabalho da mulher das proibições para o direito promocional. São Paulo: LTr., 1996.

NEVES, Marcelo. A Constituição Simbólica. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. O Crepúsculo dos Ídolos ou a Filosofia a Golpes de Martelo. Curitiba/PR: Hemus Editora, 2001.

NUNES, António José Avelãs. Neoliberalismo e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do direito do trabalho. *In*: Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Monografia jurídica - orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

_____. O direito social das mulheres ao trabalho e os caminhos da desigualdade e da discriminação: a não recepção do princípio da fraternidade. Tese (Pós-doutorado em Direito). 2014.

_____. O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea. *In*: OLIVEIRA, Olga M. B. Aguiar de; VERONESE, Josiane R. Petry (orgs.). Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis (SC): Fundação Boiteux, 2011.

OLIVEIRA, Walter Ferreira de. *In*: FREIRE, Paulo, FREIRE, Ana Maria Araújo e OLIVEIRA, Walter Ferreira. Pedagogia da Solidariedade. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

PANSIERI, Flavio. Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito a moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULA, Eduardo Loula Novais de. Direito Internacional dos Direitos Humanos: Em busca da superação da discussão entre relativismo e universalismo. Revista de Direito da Universidade de Salvador - UNIFACS. Salvador, n. 122, 2010. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br>.

PEDRO, Joana Maria. As guerras na transformação das relações de gênero: entrevista com Luc Capdevila. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, vol. 13, n. 1, jan/abr/2005. Disponível em: <http://www.scielo.br>.

PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade: o porquê de um eclipse. *In*: BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. *In*: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

PILATI, José Isaac. A dimensão filosófica da pós-modernidade jurídica: ponto de partida de uma reconstrução paradigmática. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 32, n. 63, dez/2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

PINAFI, Tânia, et al. Tecnologias de gênero e as lógicas de aprisionamento. Revista Bagoas, Rio Grande do Norte, vol. 5, n. 6, 2011. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br>.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais: A preponderância da Constituição República Alemã de 1919 na inauguração do social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa, Brasília, vol. 43; n. 169, jan/mar/2006. Disponível em : <http://www2.senado.leg.br>.

PINTO, Céli Regina Jardim. Uma história do feminismo no Brasil. São Paulo: Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISARELLO, Geraldo. Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. *In*: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. São Paulo: Vargem Grande Paulista, 2008.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAGO, Margareth. Epistemologia feminista, gênero e história. *In*: PEDRO, Joana Maria e GROSSI, Miriam Pillar. (orgs.) Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998.

____. Descobrir historicamente o gênero. Revista Cadernos Pagu, Campinas, n. 11, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br>.

____. Trabalho feminino e sexualidade. PRIORE, Mary Del (org.) & BASSANEZI, Carla (coordenadora de textos). *In*: História das Mulheres no Brasil. 3. ed. São Paulo: Contexto, 2000.

RAMOS, Felipe. Karl Marx vis-à-vis Max Weber: perspectiva comparada das visões acerca do Estado. Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, vol. 17, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br>.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

____. Justiça como equidade: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. O direito como experiência. São Paulo: Saraiva, 1992.

____. Teoria Tridimensional do Direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

____. Introdução. *In*: BAGOLINI, Luigi. Filosofia do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

____. O projeto do novo Código Civil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

____. Filosofia do Direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

____. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REINERT, José Nilson. Desemprego: causas, consequências e possíveis soluções. Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, vol. 3, n. 5, mar/2001. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

RESTA, Eligio. Direito Fraterno. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia. O Princípio Constitucional da Igualdade. Belo Horizonte: Jurídicos Lê, 1990.

____. Princípios Constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

____. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Revista do Conselho da Justiça Federal, Brasília, vol. 1, n. 3, p. 76-91, set/dez 1997.

ROPELATO, Daniela. Notas sobre Participação e Fraternidade. *In*: BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. *In* BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

ROSA, Alexandre Moraes da. Decisão penal: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

ROSENFELD, Denis Lerrer. O que é democracia. *In*: O que é democracia, ditaduras e eleições. São Paulo: Círculo do Livro S.A, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais Sociais. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. São Paulo: Editora Ridendo Castigat Moraes. Versão para *e-book*. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org>.

RUBIN, Gayle. El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo. Revista de Ciencias Sociales Nueva Antropología, Ciudad Universitaria México, n. 20, nov/1986. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 8. Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SALDANHA, Nelson. Formação da teoria constitucional. São Paulo: Renovar, 2000.

SALGADO, Joaquim Carlos. A ideia de justiça em Hegel. São Paulo: Loyola, 1996.

SANSON, Alexandre. Os Grupos de Pressão e a Consecução de Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. A escravidão por dívidas nas relações de trabalho do Brasil contemporâneo. Revista do Ministério Público do Trabalho, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 47-67, mar/1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SAUVY, Alfred. Mitologia de nosso tempo. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

____. Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

____. Direitos Sociais. In: DIMOULIS, Dimitri (coord.) Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

____. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

____. Proteção social dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (coords.) Direitos Sociais: Fundamento, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Carl. Teoria de La Constitucion. Madrid: Alianza, 2011.

SCHOTT, Robin. Eros e os processos cognitivos: uma crítica da objetividade em filosofia. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1996.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Revista Educação e Realidade, Porto Alegre, vol. 20, n. 2, p. 71-99, jul/dez 1995.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SENNETT, Richard. O declínio do homem público: as tiranias da intimidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Moacyr Motta da. A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____. Rumo ao Pensamento Jurídico da pós-modernidade. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____. A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constituicionais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Poder Constituinte e Poder Popular. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Tomaz Tadeu da. Identidade e Diferença - a perspectiva dos estudos culturais. Petrópolis: Vozes, 2000.

SINGER, Paul. Economia Solidária: um modelo de produção e distribuição. *In*: SINGER, Paul; SOUZA, André Ricardo de. A Economia Solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego. São Paulo: Contexto, 2000.

SINGER, Peter. Ética Prática. Lisboa: Grandiva, 2000.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a efetivação da cidadania. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de direito do trabalho: a relação de emprego. São Paulo: LTr, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, vol. 8, n. 2, p. 257-301, mai/ago/2003.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. Verdade e Consenso. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ciência Política e Teoria do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SWAIN, Tânia Navarro. Para além do binário: os *queers* e o heterogênero. Revista Gênero, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 1, p. 87-97, 2001.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Maria da Conceição; ASSIS, João Carlos. O grande salto para o caos - a economia política e a política econômica do regime autoritário. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

THOME, Candy Florencio. O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. São Paulo: LTr., 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a Revolução. 4. ed. Brasília: UNB, 1997.

TOSI, Giuseppe. A Fraternidade é uma categoria política? *In*: BAGGIO, Antonio Maria (org.). O Princípio Esquecido 2. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

TOURAINÉ, Alain. Igualdade e Diversidade: o sujeito democrático. São Paulo: EDUSC, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. Teoría de la constitución como ciência natural. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos operadores do Direito. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (orgs.). Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão. Florianópolis: Boiteux, 2011.

VIEIRA, Josênia Antunes. A identidade da mulher na modernidade. Revista de Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada. São Paulo, vol. 21, 2005 Disponível em: <http://www.scielo.br>.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho: Fundamentação e Exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

WARAT, Luis Alberto. A Fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. Revista Sequência, Florianópolis, vol. 32, n. 24, set/1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br>.

_____. Territórios Desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. II. São Paulo: UNB, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. Resignificação do conceito de democracia a partir de direitos plurais e comunitários latino-americanos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, vol. 16, n. 16, jul/dez/2014. Disponível em: <http://revistaeletronica.unibrasil.com.br>

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008.