

A DESIGUALDADE DE GÊNERO COMO NEGAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

GENDER INEQUALITY AS A DENIAL OF THE RULE OF LAW

Bernardo Brasil Campinho¹

RESUMO: Este trabalho se volta para a análise do conceito de Estado de Direito à luz das relações de gênero, buscando enfrentar as contradições do modelo do Estado de Direito como proposto na tradição jurídica ocidental, ao destacar sua promessa emancipatória, e evidenciar o descumprimento destas promessas pela desigualdade de gênero e pela discriminação sexual. No contexto da modernidade, a cisão público/privado é constitutiva do Direito moderno e da própria noção de Estado de Direito, ao opor visibilidade/invisibilidade como formas de acessar bens, direitos e prerrogativas no âmbito do sistema jurídico e em suas interações com outros subsistemas sociais. Deste modo, a desigualdade de gênero e a discriminação quanto à sexualidade são formas de gerar a demonização das mulheres, de criar a sua invisibilidade social e mesmo jurídica e de imunizar os privilegiados, constantes de um paradigma de dominação masculina, convivendo assim de forma contraditória com a mais ampla garantia do Estado de Direito em diversos ordenamentos jurídicos e mesmo da afirmação da igualdade de gênero em diversos países em suas respectivas Constituições.

Palavras-chave: desigualdade; gênero; negação; Estado de Direito.

ABSTRACT: This paper turns to the analysis of the concept of rule of law in the light of gender relations, seeking to confront the contradictions of the model of the rule of law as proposed in the Western legal tradition, highlighting its emancipatory promise, and highlighting the failure of these promises by gender inequality and sexual discrimination. In the context of modernity, the public / private split is constitutive of modern law and the notion of rule of law, and opposes visibility / invisibility as ways to access assets, rights and privileges within the legal system and its interactions with other social subsystems. Thus, gender inequality and discrimination regarding sexuality are ways to generate the demonization of women, creating their social and even legal invisibility and immunize privileged men, set a paradigm of male dominance, living so inconsistently with the widest guarantee the rule of law in many legal systems and even with the affirmation of gender equality in many countries in their respective Constitutions.

Key-words: inequality; gender; denial; rule of law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo identificar a questão do gênero e da sexualidade como bases contemporâneas de questionamento e afirmação de um dos conceitos mais emblemáticos e, ao mesmo tempo, mas problemáticos do pensamento jurídico moderno e que,

¹ Advogado. Mestre e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Assistente 20 horas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro e da Universidade Federal da Bahia. Professor Auxiliar da Universidade Estácio de Sá. Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ.

inegavelmente, continua sendo fonte de grande controvérsia e debate na teoria jurídica contemporânea: o Estado de Direito.

Além disso, o trabalho irá enfrentar as contradições do modelo do Estado de Direito como proposto na tradição jurídica ocidental, ao destacar sua promessa emancipatória, o aparente descumprimento destas promessas pela desigualdade de gênero e pela discriminação sexual e irá explorar os resultados destes processos de erosão ou negação da ideia de Estado de Direito nas relações de gênero.

A primeira parte do trabalho consiste em delimitar o surgimento e os sentidos possíveis à noção de Estado de Direito na tradição do Direito moderno e pensar a importância do conceito para o Direito Público.

A segunda parte irá estabelecer como a cisão público/privado é constitutiva do Direito moderno e da própria noção de Estado de Direito, ao opor visibilidade/invisibilidade como formas de acessar bens, direitos e prerrogativas no âmbito do sistema jurídico e em suas interações com outros subsistemas sociais.

Ao final, serão exploradas as tensões e contradições que a questão de gênero coloca para o conceito de Estado de Direito e se buscará estabelecer uma síntese em termos de evidenciar qual a importância efetiva deste princípio da ordem jurídica para as relações de gênero.

O trabalho consistirá em uma revisão de literatura sobre o tema, partindo em seguida para uma articulação com dados e informações atuais, buscando estabelecer interpretações sobre os limites e possibilidades da aplicação da ideia de Estado de Direito no contexto das relações e da identidade de gênero, procurando evidenciar o sentido que Estado de Direito a partir de suas concepções pode assumir para as relações da intimidade fundadas no gênero.

1) ESTADO DE DIREITO: PROPOSTA HISTÓRICA E IMPORTÂNCIA

“Estado de Direito” como conceito literalmente formulado nestes termos aparece na história do pensamento jurídico e na tradição política ocidentais no período posterior à

Revolução Francesa, mais especificamente na Alemanha, na medida em que se trata de tradução literal de *Rechtstaat*, ainda que a expressão pudesse ter sido utilizada anteriormente por outros autores (Novais, 1987, p. 39).

Trata-se, contudo, de um conceito marcadamente polissêmico, moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes (Novais, 1987, p. 12). A multiplicidade de usos e empregos que a noção de Estado de Direito adquire no âmbito do pensamento jurídico e das práticas políticas pode ser bem sintetizada pelos comentários de Oscar Vilhena:

A idéia de Estado de Direito tem sido quase unanimemente defendida em nossos dias. Ela tem servido como um ideal extremamente poderoso para aqueles que têm lutado contra o autoritarismo e o totalitarismo nas duas últimas décadas e é considerada por muitos como um dos principais pilares de um regime democrático. Para os defensores de direitos humanos, o Estado de Direito é visto como uma ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força. Ao mesmo tempo, a idéia de Estado de Direito, ao ser renovada pelos libertários como Hayek em meados do século XX, recebeu apoio fervoroso das agências financeiras internacionais e instituições de auxílio ao desenvolvimento jurídico, como um pré-requisito essencial para o estabelecimento de economias de mercado eficientes. Do outro lado do espectro político, até mesmo os marxistas, que viam antigamente o Estado de Direito como um mero instrumento superestrutural, voltado à manutenção do poder das elites, começaram a vê-lo como um bem humano incondicional. Seria difícil encontrar qualquer outro ideal político louvado por públicos tão diversos. Porém, a questão é: estamos todos defendendo a mesma idéia? Obviamente, estão sendo empregados tanto conceitos diferentes de Estado de Direito, quanto virtudes ou características distintas oriundas de uma concepção mais abstrata do tema².

Há mesmo concepções formalistas radicais como a de Kelsen, para quem a identificação de Direito e de Estado decorre da indiferença diante da “estéril” tentativa de delimitar as esferas próprias do indivíduo e do Estado e a inevitável consequência de que todo Estado é Estado de Direito (Novais, 1987, p. 14), na medida em que o Estado nada mais seria para Kelsen do que a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional, de modo que o Estado é a personificação desta comunidade ou a ordem jurídica que constitui esta comunidade (Kelsen, 2005, p. 262).

Neste sentido, Upendra Baxi aponta que Estado de Direito tem uma longa história normativa que o privilegia como uma contribuição inaugural da teoria política liberal euro-

² Vilhena, Oscar. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 6, número 4, 2007, p. 29.

americana, surgindo de formas variadas, seja como uma noção “estrita” que impõe restrições processuais a formas de poder soberano e conduta governamental, capazes de autorizar práticas políticas holocásticas, seja como uma concepção “abrangente” que envolve as teorias sobre o “bom”, o “certo” e o “justo” (Baxi, 2007, p. 7).

Retornando à gênese da expressão “Estado de Direito”, Gustavo Zagrebelsky qualifica o século XIX como o século do Estado de Direito, destacando que na tipologia das formas de Estado, o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), ou “Estado sob o regime de Direito”, se distingue do *Machtstaat*, ou o “Estado sob o regime de força”, quer dizer, o Estado absoluto característico do século XVII, e o *Polizeistaat*, o “Estado sob o regime de polícia”, quer dizer, o regime do despotismo ilustrado, orientado à felicidade dos súditos, característico do século XVIII³ (Zagrebelsky, 2003, p.21).

Deste modo, o Estado de Direito haveria surgido como oposição a formas ou práticas políticas que lhe são anteriores: o absolutismo e o despotismo. Por assim dizer, o Estado de Direito surge conceitualmente como a afirmação do que ele não era: um Estado de não Direito. Mas até que ponto isso é o suficiente para entender o que significa na experiência jurídica da modernidade política a noção? Como construir a partir disto o núcleo do que seja o Estado de Direito?

Carlos Ari Sundfeld, por sua vez, aponta para noção intuitiva que o conceito nos traz, a de que Estado de Direito é o que se subordina ao Direito, vale dizer, que se sujeita a normas jurídicas reguladoras de sua ação, enquanto que o Estado de polícia apenas submetia os indivíduos ao Direito, mas não se sujeitava a ele (Sundfeld, 2010, p. 37).

Que valor seria indicado pela ideia de Estado de Direito? Para Zagrebelsky, este valor seria a eliminação da arbitrariedade no âmbito da atividade estatal que afeta aos cidadãos⁴ (Zagrebelsky, 2003, p. 21b).

Como dito antes, o conceito surge na Alemanha, no século XIX, mas em verdade está conectado com as diversas transformações políticas e sociais vivenciadas pelo Ocidente no século anterior, a partir do iluminismo, do liberalismo e do constitucionalismo.

Como demonstra Renan Aguiar, o desenvolvimento da ideia de Estado de Direito pode confundir-se com a própria elaboração do constitucionalismo, mas é a partir das

³ No original: “el siglo XIX es el siglo del ‘Estado del derecho’, o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*, En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o ‘Estado bajo el régimen de fuerza’ es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII y del *Polizeistaat*, el ‘Estado bajo el régimen de policía’, es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII”.

⁴ No original: “el valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos”.

revoluções do século XVIII que o constitucionalismo empreende a tarefa fundadora do Estado de Direito (Aguar, 2009, p. 114).

Neste sentido, a supremacia da lei no Estado de Direito deve ser contextualizada à luz das circunstâncias históricas do paradigma liberal em que surge, na medida em que, no século XIX, a lei estava materialmente vinculada a um contexto político-social e ideal definido e homogêneo – o de uma sociedade monista ou monoclasa (sociedade liberal), na qual se constatava o movimento unívoco das forças que animavam a legislação, principalmente porque as forças antagonistas, no essencial, apareciam neutralizadas e não encontravam expressão na lei, caso do proletariado, afastado do Estado mediante a limitação ao direito de voto⁵ (Zagrebel'sky, 2003, pp. 31-32).

Neste panorama, o monopólio político-legislativo de uma classe social relativamente homogênea determinava por si mesmo as condições de unidade da legislação (Zagrebel'sky, 2003, p. 32).

Ou seja, o predomínio político da burguesia se traduzia no seu protagonismo parlamentar e na hegemonia de seus interesses, que se convertiam em direito positivo, criando as bases para uma compreensão de coerência do ordenamento jurídico como coerência dos interesses nele corporificados, os de uma classe social e política detentora de um poder sem rivalidade aparente no contexto do Estado liberal do século XIX.

Este contexto se modificou sensivelmente com a crise do Estado liberal, seja pela ampliação do sufrágio e a incorporação do proletariado e das mulheres como integrantes do espaço público, seja pelo gradativo e progressivo aumento da intervenção do Estado na economia, precedente à 1ª Guerra Mundial, mas que durante e depois do conflito se aprofunda significativamente. Indiscutivelmente isto levou a uma rediscussão do conceito de Estado de Direito, como informa Oscar Vilhena:

O conceito clássico de Estado de Direito foi submetido a uma severa reavaliação nas duas primeiras décadas do último século. Pensadores, como Max Weber em Economia y Sociedad, alertaram-nos acerca do processo de desformalização do Direito como consequência das transformações na esfera pública. Os anos que se seguiram após os trabalhos de Weber foram marcados por uma tensa luta política e intelectual sobre a capacidade do Rechtsstaat de se adequar aos novos desafios apresentados pela Constituição social-democrata de Weimar. Essa luta pode ser vista no

⁵ No original: “el monopólio político-legislativo de una clase social relativamente homogênea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación”.

Neste novo Estado, pontuado pelo paradigma do constitucionalismo social, a lei já não é expressão pacífica de uma sociedade inteiramente coerente, se não a manifestação de um instrumento de competição e enfrentamento social, tornando-se apenas a continuação de um conflito, deixando de ser um ato impessoal, geral e abstrato e convertendo-se em ato personalizado (no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis) que persegue interesses particulares⁷ (Zagrebelsky, 2003, p.38).

A causa disto pode ser encontrada na nossa sociedade, condicionada por uma ampla diversidade de grupos e estratos sociais que participam daquilo que ele chama de “o mercado das leis”, ou seja, tais grupos ensejam uma diferenciação acentuada de tratamento normativo, seja como aplicação empírica do princípio da igualdade no Estado social (para cada situação uma disciplina de acordo com suas particularidades), seja como consequência da pressão que os interesses corporativos exercem sobre o legislador⁸ (Zagrebelsky, 2003, p. 37).

Upendra Baxi relembra então que o Estado de Direito implica em um campo em que as pessoas lutam para tornar o poder responsável, a governança justa e o Estado ético e declara peremptoriamente que cada termo romântico/radical usado aqui (responsabilidade, justiça e ética) precisa ser decifrado (Baxi, 2007, pp. 12-14).

Assim, uma concepção formal de Estado de Direito não necessariamente produz justiça ou liberdade por si só, mas apenas cria as condições legítimas para que cada sociedade faça as suas escolhas e possa construir o seu caminho a partir dos indicativos do que sejam estes valores, à luz das dimensões históricas e normativas do Estado de Direito e de sua aplicação no contexto de cada tradição jurídica e social.

⁶ Vilhena, Oscar. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 6, número 4, 2007, p. 29.

⁷ No original: “*la ley (...) ya no es la expresión ‘pacífica’ de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto (...) es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares*”.

⁸ No original: “*las razones de la actual desaparición de las características ‘clásicas de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el mercado de las leyes (...) dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de la igualdad del llamado ‘Estado social’ (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador*”.

Oscar Vilhena coloca esta questão em termos operacionais: o Estado de Direito é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana⁹.

Diante do exposto, o Estado de Direito, do ponto de vista formal, é uma forma de garantir a reciprocidade entre governo e cidadãos, ou seja, prescreve que a autoridade política se guiará pelas leis e regras que estabeleceu para si com a participação dos cidadãos, que por sua vez confiam e respeitam estas leis e regras (ou ao menos se espera que em regra o façam sem necessidade de recurso à coação extrema pela via física) tanto porque foram parte no processo de sua elaboração quanto pelo fato de que podem ter certeza de que a autoridade pública igualmente se portará do mesmo modo.

Disto nestes termos, Estado de Direito se aproxima da democracia cada vez mais no contexto político do constitucionalismo contemporâneo, mas inevitavelmente guarda um distanciamento necessário: o Estado de Direito não se submete com a mesma intensidade que a democracia à majoritariedade, ainda que circunstancial.

Isto porque o Estado de Direito representa um guia para a ação que deve ser posto à salvo da maioria política, embora conte com sua participação na sua elaboração (produzindo uma espécie de autovinculação da maioria e do respeito a regras prospectivas que podem, se devidamente observadas, serem perfeitamente invocadas pelas minorias para a defesa de seus interesses e direitos, ainda que este não seja o sentido original da proposição destas regras).

2) ESTADO DE DIREITO, GÊNERO E SEXUALIDADE NA FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO.

A reconstrução histórico-jurídica da noção de Estado de Direito apresenta uma importância muito grande para compreender a dinâmica atual das reivindicações relacionadas à identidade de gênero e à sexualidade na medida em que, como destacado anteriormente por

⁹ Vilhena, Oscar. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**. In: Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos, Ano 6, número 4, 2007, p. 33.

Upandra Baxi, o cenário posto pelo Estado de Direito termina por traduzir-se em um espaço de luta de poder, sem necessariamente conduzir a uma determinada concepção de justiça.

Mais especificamente, é o Estado de Direito uma forma política vinculada ao Direito moderno e suas contradições, particularmente na contemporaneidade, àquelas decorrentes da estratificação sexual e de gênero, na medida em que a suposta neutralidade da linguagem jurídica esconde as desigualdade e assimetrias postas pelas diferenças decorrentes tanto da dicotomia masculino/feminino como das diferentes formas de expressão da orientação sexual e de organização familiar e conjugal que daí são decorrentes. Emblemática é a colocação de Susan Okin, para quem:

Como os estudos feministas têm revelado, desde os princípios do liberalismo no século XVII, tanto os direitos políticos quanto os direitos pertencentes à concepção moderna liberal de privacidade e do privado têm sido defendidos como direitos dos indivíduos; mas esses indivíduos foram supostos, e com frequência explicitamente definidos, como adultos, chefes de família masculinos. Assim, os direitos desses indivíduos a serem livres de intrusão por parte do Estado, ou da igreja, ou da vigilância curiosa de vizinhos, eram também os direitos desses indivíduos a não sofrerem interferência no controle que exerciam sobre os outros membros da sua esfera de vida privada – aqueles que, seja pela idade, sexo ou condição de servidão, eram vistos como legitimamente controlados por eles e tendo sua existência limitada à sua esfera de privacidade. Não há qualquer noção de que esses membros subordinados das famílias devessem ter seus próprios direitos à privacidade (Okin, 2008, p. 308).

A colocação da referida autora aponta para dois problemas distintos: a) o gênero e a sexualidade são constitutivos da cisão público/privado ou público/doméstico na trajetória histórica do Direito moderno; b) a suposta neutralidade do Estado de Direito e do ordenamento jurídico que dele decorre esconde uma diferenciação baseada justamente na desigualdade de tratamento em relação às mulheres e às formas de organização familiar e conjugal que sejam distintas ou fundadas em arranjos não institucionalizados em certa concepção de casamento e de família.

Susan Okin destaca que distinções entre público e privado têm tido um papel central, especialmente na teoria liberal – “o privado” sendo usado para referir-se a uma esfera ou esferas da vida social nas quais a intrusão ou interferência em relação à liberdade requer justificativa especial, e “o público” para referir-se a uma esfera ou esferas vistas como geralmente ou justificadamente mais acessíveis (Okin, 2008, p. 306).

A divisão entre público/privado ou entre público/doméstico como decorrente de uma estratificação social fundada no gênero mostra-se central na constituição do Direito moderno e na sua divisão em Direito Público e Direito Privado.

Ao primeiro, por meio da Constituição, caberia a tarefa de estruturar a organização política e, dentro de uma perspectiva liberal, estabelecer os limites ao poder do Estado, fornecendo os parâmetros para a autonomia individual e privada na sociedade burguesa, o que na esfera econômica importava em garantir a liberdade dos indivíduos para desenvolver suas relações econômicas, bem como garantia as liberdades públicas e os direitos individuais, ao passo que a liberdade e a propriedade estariam regulamentadas pela lei positiva nas grandes codificações oitocentistas (GIORGIANNI, 1998).

Um das atribuições do Direito Privado moderno foi a preservação da família como unidade de produção e instrumento para viabilizar a propriedade privada (acumulada pela mais valia obtida pelo homem/pai de família liberado do trabalho doméstico não remunerado da mulher) tornou tarefa do Estado Liberal, como forma de implantar seus valores e o seu ideal de sociedade, transferindo a tarefa de cuidar das pessoas às famílias para que o Estado pudesse deter-se na organização do político e na garantia da esfera do mercado.

Se uma das diferenças entre o Direito das sociedades modernas capitalistas e outras formas de Direito historicamente conhecidas é que o primeiro não impõe a divisão de classes nem a desigualdade social dela decorrente, exprimindo o caráter aberto das classes sociais no capitalismo, por outro lado não é possível dizer que este Direito da sociedade liberal era “neutro”, na medida em que consagrava normas excludentes que exprimiam a força política das classes dominantes, que conseguiam controlar o Parlamento (Sabadell, 2008, pp. 213-214).

É possível identificar estes traços excludentes na negação do direito de voto às mulheres ao longo de quase todo século XIX, assim como na criminalização das condutas sexuais desviantes, normalmente qualificadas como sodomia.

Daí surge a promessa não cumprida do Direito moderno: a suposta neutralidade e a prometida igualdade formal, do ponto de vista do gênero e da sexualidade, não passam de falácias, alternando-se interdições expressas à feminino e ao diferente quanto ao sexo e ao desejo (homossexual) com o uso da linguagem formal e abstrata do Direito moderno para ocultar as diferenças de tratamento, que restariam implícitas e invisíveis.

O Estado social de Direito modificou parcialmente este arranjo, pelo menos na questão de gênero, na medida em que foi antecedido de profundas transformações como a conquista do direito de voto pelas mulheres, o que lhes deu alguma visibilidade em

contraponto à exclusão do espaço público que lhes era imposta pela moralidade liberal-burguesa do século XIX, mas em certa medida, no que tange à cisão público/privado e à centralidade do gênero e da sexualidade na sua constituição, o Estado social nada mais é do que a continuação das desigualdades e das diferenças excludentes quanto à gênero e à identidade sexual, articuladas sobre outros aspectos.

Como lembra Gøsta Esping-Andersen, o Estado do bem estar social pode promover serviços e seguridade social, mas é também e tem sempre sido um sistema de estratificação social, sendo Estados que adotam este modelo instituições chave na estruturação das classes e da ordem social, pelo fato de que as características organizacionais do Estado do bem estar social ajudam a determinar a articulação de solidariedade social, divisão de classe e diferenciações de status¹⁰ (Andersen, 1990, p. 55).

Ao comentar a estratificação promovida pelo Estado do bem estar social sob a perspectiva de uma política social conservadora, Esping-Andersen vai destacar que as diferentes visões conservadoras sobre a política social terão como ponto em comum no caso dos direitos sociais a aversão à combinação entre o nivelamento social e o antagonismo de classes trazido pelo capitalismo, de modo que, seja em favor de uma hierarquia estrita, do corporativismo ou da prevalência da estrutura familiar tradicional, o tema que unifica os diversos conservadorismos é a ideia de que as relações de status tradicionais devem ser mantidas para o bem da integração social (Esping-Andersen, 1990, p. 58)¹¹.

3) A DESIGUALDADE DE GÊNERO E A DISCRIMINAÇÃO SEXUAL COMO OFENSAS AO PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO: IMUNIZAÇÃO DOS PRIVILEGIADOS, DEMONIZAÇÃO E INVISIBILIDADE DOS DIFERENTES.

¹⁰ No original em inglês: “*the welfare state may provide services and income security, but it is also, and Always has been, a system of social stratification. Welfare states are key institutions in the structuring of class and the social order. The organizational features of the welfare state help determine the articulation of social solidarity, division of class, and status differentiation*”.

¹¹ No original em inglês: “*traditional conservatism, as we have seen, embodies a number of divergent models of the ideal social order. What unites them, as in the case of social rights, is a loathing of the combined social leveling and class antagonisms brought about by capitalism. Be it in favor of strict hierarchy, corporativism, or of familism, the unifying theme is that traditional status relations must be retained for the sake of social integration*”.

As questões expostas até aqui estão intimamente relacionadas ao Estado de Direito, particularmente em sua concepção formal, pela distância entre as promessas entre o programa político e normativo do Estado de Direito (ao mesmo como enunciado pelo legado iluminista do século XVIII) e a sua aplicação ou incidência nas relações sociais e jurídicas, particularmente nas sociedades contemporâneas, cada vez mais caracterizadas pela diversidade e pelo confronto entre os projetos de vida pautados pela diferença e as estruturas sociais vigentes.

Neste sentido, gênero e identidade sexual se posicionam justamente no âmbito daquilo que se convencionou chamar de espaço privado ou da intimidade e, costumeiramente, foram identificados como questões de natureza doméstica.

Disso se extraíram duas consequências: a imunidade de intervenção do poder público, deferindo ao chefe de família uma hegemonia sobre os interesses do espaço familiar e bloqueando o acesso das mulheres ao espaço público, por conta de restrições ou interdições aos seus direitos políticos e ao acesso ao mercado de trabalho, por exemplo, cabendo ao Estado apenas um papel corretivo de eventuais “ameaças” ao status familiar ou de perturbações perigosas na sua ordem interna.

Em relação à identidade fundada na orientação sexual, a dicotomia público/privado revelou outro sentido – o da vigilância sobre os indivíduos e sobre as formas de constituição da vida familiar e conjugal, como forma de manter padrões de “normalidade” – neste ponto, as intervenções do Estado, por meio de sua “polícia moral” (principalmente os nascentes serviços de assistência social), buscava identificar desvios e ataca-los por meio do binômio repressão/correção, suprimindo quaisquer traços de diferença.

Por que isto estes tipos de desigualdades se reproduzem mesmo no interior de um modelo político e jurídico como aquele prometido pelo Estado de Direito? Isto em alguma medida diz respeito à natureza da injustiça, que pode ser econômica e/ou cultural e fundada em status.

Neste sentido, Nancy Fraser explica de forma detalhada porque o gênero seria uma coletividade bivalente recorrendo aos seguintes termos:

O gênero codifica padrões difundidos de valor cultural, que são centrais para a ordem do status como um todo. Como um resultado, não apenas as mulheres, mas todos os grupos de baixo status, correm o risco de ser feminilizados (feminized) e, conseqüentemente, diminuídos. Assim uma das principais características da injustiça de gênero é o androcentrismo: um padrão de valor cultural institucionalizado, que privilegia traços associados à masculinidade, enquanto deprecia tudo o que codifica como feminino. O resultado é interpretar as mulheres e as meninas como outras subordinadas

e deficientes que não podem participar como iguais na vida social. Difusamente institucionalizado, este padrão valorativo androcêntrico gera formas de subordinação de status específicas de gênero, incluindo violência sexual, violência doméstica, tutela por toda a vida, casamentos arranjados, mortes por dotes, estupro em massa como uma arma de guerra, mutilação genital e escravidão sexual. E ainda, negação da integridade corporal, da liberdade reprodutiva, e da autodeterminação sexual. Além disso, reduzido acesso à moradia, à alimentação, à terra, à saúde e à educação; prejuízo em seus direitos de imigração, naturalização e asilo; exclusão e marginalização da sociedade civil e da vida política, estereotipagem (stereotyping) e objetificação (objectification); e perseguição e depreciação na vida cotidiana. Esses danos são injustiças de reconhecimento (Fraser, 2008, pp. 174-175).

Upendra Baxi acusa o golpe na teoria do Estado de Direito, ao indicar que quando falamos em Estado de Direito como governo das leis e dos homens isto pode indicar que isto abrangeria todos os seres humanos e a adoção do secularismo, mas o autor reconhece a desconfiança feminista da fórmula inclusiva, na medida em que se estaria falando de um governo de, por e para os homens (seres humanos do gênero masculino), apontando questão a respeito da feminização do Estado e do direito em uma sociedade pós-patriarcal (Baxi, 2007, p. 10).

O Estado de Direito surge então como vilão, por conta das promessas não cumpridas de igual aplicação das leis e de não arbitrariedade contidas em sua concepção formal, de modo que, no argumento original de Oscar Vilhena, a desigualdade socioeconômica mostra-se como uma violação flagrante do Estado de Direito.

Ainda que não esteja contida expressamente no argumento do referido autor, a questão da desigualdade como negação de tudo o que o Estado de Direito representa tem um alcance mais amplo do que aquele que ele imaginar.

A rigor, não só a desigualdade social, mas qualquer forma de desigualdade e, no que toca ao aqui exposto, a desigualdade de gênero e a discriminação sexual injusta apresentam-se como violações ao Estado de Direito e às promessas de liberdade, autonomia e igualdade contidas na matriz iluminista da qual a juridicidade moderna e contemporânea busca suas origens.

O problema, como apontado por Vieira em relação à exclusão social, é praticamente idêntico: a desigualdade de gênero e a discriminação quanto à sexualidade são formas de gerar a demonização dos diferentes, de criar a sua invisibilidade social e mesmo jurídico e de imunizar os privilegiados, constantes de um paradigma machista e heterossexista.

Em que medida a desigualdade de gênero, por meio da negação dos direitos das mulheres e de sua inferiorização em relação aos homens no âmbito do espaço público e mesmo na vida privada em relação torna-se uma ofensa que viola o núcleo substancial da ideia de Estado de Direito?

O trecho a seguir destacado do Relatório 2011-2012 da ONU Mulheres, um fundo das Nações Unidas voltados para a promoção da igualdade de gênero, sintetiza bem as contradições entre a existência de um Estado de Direito afirmado solenemente nas Constituições e sua aplicação prática nas relações de gênero:

(...) O século passado viu uma transformação em direitos legais das mulheres, com os países em cada região ampliando o escopo dos direitos legais das mulheres. No entanto, para a maioria das mulheres do mundo as leis que existem no papel nem sempre se traduzem em igualdade e em justiça. Em muitos contextos, nos países ricos e pobres tanto, a infraestrutura da justiça - a polícia, os tribunais e o judiciário - está falhando com as mulheres, o que se manifesta em serviços de má qualidade e atitudes hostis das próprias pessoas cujo dever é cumprir os direitos das mulheres. Como resultado, embora a igualdade entre mulheres e homens seja um princípio garantido nas constituições de 139 países e territórios, leis inadequadas e lacunas legislativas, bem como estruturas de execução pobres e vastas lacunas de implementação fazem essas garantias promessas ocas, tendo pouco impacto sobre a vida e o dia-a-dia das mulheres¹².

As formas de discriminação e opressão das mulheres convivem assim de forma contraditória com a mais ampla garantia do Estado de Direito em diversos ordenamentos jurídicos e mesmo da afirmação da igualdade de gênero em diversos países em suas respectivas Constituições – e aqui inevitavelmente retoma-se o pensamento de Upendra Baxi, para destacar o Estado de Direito como um quadro no qual se desenvolvem as relações de poder e a própria produção de subjetividade.

Em um primeiro momento, as mulheres são demonizadas não propriamente e somente pelo exclusivo fato de serem mulheres, mas por exercerem sua subjetividade, suas

¹² Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): Relatório “Progress of the World’s Women” (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2012. No original em inglês: “the past century has seen a transformation in women’s legal rights, with countries in every region expanding the scope of women’s legal entitlements. Nevertheless, for most of the world’s women the laws that exist on paper do not always translate into equality and justice. In many contexts, in rich and poor countries alike, the infrastructure of justice – the police, the courts and the judiciary – is failing women, which manifests itself in poor services and hostile attitudes from the very people whose duty it is to fulfil women’s rights. As a result, although equality between women and men is guaranteed in the constitutions of 139 countries and territories, inadequate laws and loopholes in legislative frameworks, poor enforcement and vast implementation gaps make these guarantees hollow promises, having little impact on the day-to-day lives of women”.

escolhas de vida e a confrontação de seus direitos com as normas sociais e morais vigentes em determinadas sociedades.

Assim, não se criminalizam as mulheres em si, mas a condição feminina e sua oposição às tradições, ao patriarcalismo, ao sexismo (machismo) e aos preconceitos deles decorrentes que convivem com a proclamação formal e genérica de igualdade por meio da linguagem abstrata e supostamente neutra do Direito moderno, quando não dispensam a proclamação da igualdade e afirmam categoricamente a própria desigualdade.

A demonização da condição feminina começa com interdições dos mais diversos graus e matizes para a plena condição cidadã e igualitária das mulheres. Por vezes, isto será uma interdição de um direito que é exercido pelos homens, como no caso da Arábia Saudita, em que as mulheres são proibidas de conduzir veículos automotores, inclusive sob pena de castigos físicos (chibatadas)¹³.

Outras formas de violência contra mulher não se limitam a interdições de certos direitos e práticas que são reservados somente aos homens, mas resultam em violações e agressões à integridade física, ao corpo e à saúde das mulheres. Novamente recorrendo ao Relatório 2011-2012 da ONU Mulher:

Violência contra mulheres e meninas é tanto uma manifestação extrema de desigualdade de gênero e discriminação como uma ferramenta mortal usada para manter o status subordinado das mulheres. Nenhuma mulher ou menina é totalmente livre dos riscos ou do alcance desta pandemia global. Como o Secretário-Geral declarou: "A violência contra mulheres e meninas traz a sua marca horrenda em cada continente, país, e cultura". Historicamente, a ambivalência dos governos em regular as relações de gênero no domínio privado e relações íntimas foi exemplificada pela falta de legislação sobre violência doméstica, a relutância em reconhecer o estupro conjugal como uma infração penal e da isenção de 'crimes de honra' da acusação. Este cenário contribuiu para uma percepção generalizada de que o abuso das mulheres nesta esfera é aceitável¹⁴

¹³ A notícia foi retirada do seguinte site de notícias: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/09/mulher-e-condenada-chibatadas-por-dirigir-na-arabia-saudita-diz-anistia.html>. Acesso em 10 de julho de 2012. Note-se que a própria reportagem esclarece que não há a rigor uma lei formal que proíba as mulheres de dirigir, mas sim o fato de que dirigir um automóvel exige uma carteira de motorista que é emitida regionalmente, e tais carteiras não são emitidas para mulheres, o que na prática combina demonização e invisibilidade imposta às mulheres. Ironicamente, a notícia acaba informando que uma mulher foi condenada a chibatadas por dirigir por um tribunal saudita dois dias depois que o Rei saudita anunciou a extensão do direito de votar e de concorrer nas eleições municipais, as únicas realizadas na Arábia Saudita, uma monarquia absolutista islâmica.

¹⁴ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): Relatório "Progress of the World's Women" (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2012. No original em inglês: "violence against women and girls is both an extreme manifestation of gender inequality and discrimination, and a deadly tool used to maintain women's subordinate status. No woman or girl is entirely free of the risks or reach of this global pandemic. As the United Nations Secretary-General has stated: 'Violence against women and girls makes its hideous imprint on every continent, country

A violência recorre com frequência a estratégias de demonização das mulheres por ser comportamento, como se elas fossem vítimas de agressões e violações por sua exclusiva responsabilidade e o agressor fosse apenas “compelido”, quase que “involuntariamente”, a ser agressor diante da “provocação” da vítima.

Recentemente, o metrô de Shanghai (China) iniciou uma campanha nesta direção: diante do aumento do assédio de homens a mulheres em diversas estações de metrô naquela cidade a companhia de transporte local tem espalhado desde o dia 20 de junho a seguinte mensagem (acompanhada de uma foto de mulher vestindo algo como uma burca): “*Girls, please be self-dignified to avoid perverts*”. Em português seria algo como: “Garotas, por favor, se dêem ao respeito para evitar pervertidos”¹⁵.

Comentando a reportagem, a colunista Mariana Sanches resume bem o quão discriminatório é a campanha do metrô de Shanghai ao dizer que: “o mote da campanha da companhia chinesa é basicamente a velha ladainha machista de culpar a vítima pelo crime do agressor. Por essa lógica, o estupro seria justificável a partir de um dado tamanho de saia ou de profundidade do decote”¹⁶.

Mas este não é privilégio de um país oriental como a China ou de alguma teocracia do Oriente Médio – em 2011, após a ocorrência de diversos casos de abuso sexual de mulheres na Universidade de Toronto no Canadá, o policial Michael Sanguinetti sugeriu que as estudantes do sexo feminino deveriam evitar se vestir como “vagabundas” para não serem vítimas de abuso sexual ou estupro¹⁷.

Mesmo em um país ocidental e democrático como o Canadá, a atitude do policial revela uma complacência com a violência praticada com preconceito de gênero, como se a forma de uma pessoa se vestir legitimasse a violência por ela sofrida, e como se a função da autoridade policial não fosse investigar e identificar os culpados, levando-os para a

and culture.³⁵ Historically, governments' ambivalence towards regulating gender relations in the private domain and intimate relationships has been exemplified by the lack of domestic violence legislation, the reluctance to recognize marital rape as a criminal offence and the exemption of 'crimes of honour' from prosecution. This has contributed to a widespread perception that abuse of women in this sphere is acceptable”.

¹⁵ Reportagem de Mariana Sanches para a coluna “Mulheres do Mundo” da Revista Marie Claire. Disponível em: <http://colunas.revistamarieclaire.globo.com/mulheresdomundo/2012/07/05/nao-quer-ser-abusada-no-metro-na-china-entao-va-de-burca/>. Acesso em 12 de julho de 2012.

¹⁶ Reportagem de Mariana Sanches para a coluna “Mulheres do Mundo” da Revista Marie Claire. Disponível em: <http://colunas.revistamarieclaire.globo.com/mulheresdomundo/2012/07/05/nao-quer-ser-abusada-no-metro-na-china-entao-va-de-burca/>. Acesso em 12 de julho de 2012.

¹⁷ Informações retiradas dos seguintes sites: Jornal El Mundo (Espanha): <http://www.elmundo.es/yodona/2011/05/31/actualidad/1306831880.html> e Portal de Notícias G1: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/06/protesto-marcha-das-vagabundas-chega-ao-brasil-neste-sabado.html>. Ambos acessados em 10 de julho de 2012.

responsabilização judicial, mas sim realizar julgamentos morais sobre as formas de ser e estar em sociedade de segmentos da sociedade.

O episódio canadense originou o movimento denominado “Marcha das Vadias”, um protesto contra a afirmação de que a responsabilidade pelo abuso sexual é das mulheres que são vítimas desta prática e que ocorre em diversos eventos pelo mundo, inclusive em muitas cidades brasileiras.

Mas este acontecimento também ilustra as dificuldades das mulheres em obter a efetiva aplicação de dois dos elementos que integram uma concepção formal de Estado de Direito: o acesso à justiça e o respeito ao devido processo legal.

Aqui se adentra pela dimensão da invisibilidade – não necessariamente as normas jurídicas ou as instituições apresentarão obstáculos formais ou legalmente instituídos para o acesso das mulheres aos serviços de segurança e às instâncias judiciárias, mas uma série de fatores concorrem para afastar as mulheres do acesso e da efetiva implementação de serviços de segurança e de justiça, como bem lembra o Relatório 2011-2012 da ONU Mulher:

Acessar a cadeia formal de justiça pode envolver vários ramos do direito ou diferentes sistemas jurídicos, que têm diferentes estruturas e procedimentos. Por exemplo, os casos relacionados ao tráfico ou migração de mulheres podem envolver não somente acusações criminais, mas também procedimentos relativos à imigração, que são normalmente tratados em Direito Administrativo. Questões civis e criminais, muitas vezes sobrepõem-se, particularmente em casos de violência doméstica. A cadeia de justiça também interage com uma ampla gama de serviços públicos, tais como prestadores de cuidados de saúde, serviços sociais e abrigos para mulheres, bem como de instituições de governo local que são responsáveis pela aplicação das leis no nível local. Para as mulheres que enfrentam esta matriz assustadora de instituições e processos, há obstáculos importantes para se envolver com o sistema de justiça formal. (...). Falta de conhecimento dos seus direitos ou do sistema de justiça, dependência de parentes do sexo masculino para assistência e recursos, e a ameaça de sanção ou estigma são alguns das barreiras sociais que as mulheres enfrentam no acesso ao sistema de justiça formal. Em algumas comunidades, as mulheres são incapazes de se aproximar dos sistemas de justiça sem a assistência de um homem e normas sociais prejudicam sua capacidade de exercer autonomia fora de casa. Em Timor-Leste, um estudo descobriu que 58 por cento dos timorenses - mulheres e homens, desaprovam que as mulheres falem em defesa de seus interesses em disputas locais. Dados de pesquisas domiciliares em 30 países mostram que em 18 países, mais da metade de mulheres casadas que não têm voz em casa nas decisões do dia a dia¹⁸.

¹⁸ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): Relatório “Progress of the World’s Women” (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2012. No original em inglês: “Accessing the formal justice chain may involve engaging with various branches of the law or different legal systems that have different structures and procedures. For example, cases

A invisibilidade das mulheres não se resume às estruturas formais dos sistemas de justiça e das instituições de segurança ou na participação na vida social e familiar, mas se espalham por diversos setores do espaço público, restringindo ou diminuindo os direitos das mulheres e o acesso aos bens sociais gerados por um país.

O mercado de trabalho tem sido, por exemplo, um domínio de diminuição ou inferiorização do feminino frente ao masculino sob o manto de cobertura da (suposta) igualdade formal e da ideia de Estado de Direito. Uma das maneiras de tornar a desigualdade de gênero invisível são prescrições que atingem o trabalho doméstico, eminentemente feminino e, por isso mesmo, mal remunerado e submetido a condições precárias de trabalho.

No Brasil, a questão da invisibilidade do trabalho doméstico feminino não passou despercebida pelo Comitê responsável pela aplicação da Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW¹⁹), que no seu relatório de 2012 sobre a situação brasileira não deixou de mencionar que:

O Comitê observa com preocupação que o artigo 7 (parágrafo único) da Constituição discrimina os trabalhadores domésticos, pelo fato de conceder a essa categoria apenas 9 dos 34 direitos nela consagrados e concedidos a outras categorias de trabalhadores. Ele se inquieta com o impacto negativo dessa disposição no avanço para a eliminação de discriminação contra as mulheres, que representam a grande maioria de trabalhadores domésticos no país, em particular mulheres afro-descendentes e meninas que, muitas vezes, sofrem de múltiplas formas de discriminação²⁰.

O artigo mencionado é o art. 7º, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, que discrimina expressamente alguns direitos que se aplicam aos trabalhadores e às

related to trafficking or migrant women may involve not only criminal charges, but also immigration proceedings, which are typically dealt with under administrative law. Civil and criminal issues often overlap, particularly in cases of domestic violence. The justice chain also interacts with a broader range of public services, such as providers of health care, social services and shelters for women, as well as local government institutions that are responsible for implementing laws at the local level. For women facing this daunting array of institutions and processes, there are major disincentives to engaging with the formal justice system (...) Lack of knowledge of their rights or the justice system, dependence on male relatives for assistance and resources, and the threat of sanction or stigma are some of the social barriers that women face in accessing the formal justice system. In some communities, women are unable to approach justice systems without the assistance of a male relative and social norms hinder their ability to exercise autonomy outside the household. In Timor-Leste, a study found that 58 percent of Timorese – both women and men – disapproved of women speaking on their own behalf in local disputes.¹² Data from household surveys in 30 countries show that in 18 countries, more than half of married women have no say on everyday household decisions”.

¹⁹ A sigla se refere à abreviação do tratado em inglês: Convention for Elimination of Discrimination against Women.

²⁰ Organização das Nações Unidas. Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra as Mulheres Quinquagésima-primeira sessão. 13 fevereiro - 2 março 2012. Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres Brasil. Disponível no site da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República: <http://www.sepm.gov.br/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil>. Acesso em 29 de junho de 2012.

trabalhadoras domésticas, retirando-lhes os demais presentes no restante do artigo, que trata justamente dos direitos sociais, tidos como um meio eficaz de reduzir as desigualdades de uma sociedade por meio de sua progressiva universalização para todos os cidadãos e cidadãs.

Não passou incólume, no entanto, na análise do Comitê CEDAW que a pretensa universalidade dos direitos sociais no Brasil traz implícita, de forma contraditória ao anunciado propósito igualitário ou de melhoria das condições dos trabalhadores que tais direitos enunciam, trazendo aspectos de discriminação de gênero que conduzem à desigualdade de gênero, por meio de estereótipos e de restrições fundadas em gênero.

O que o Comitê CEDAW observou é a simples constatação de que desigualdade de tratamento dos trabalhadores domésticos em relação aos demais trabalhadores (seja do setor público, das forças de segurança ou da iniciativa privada) seria uma forma indireta e transversa de discriminação de gênero²¹, que afeta a situação de mulheres, particularmente as pobres e as afrodescendentes – e que a própria Constituição abriga tamanha discriminação.

Mesmo quando consideramos os demais direitos sociais ou a sua positivação e aplicação em relação a outros segmentos profissionais, ainda assim a desigualdade de gênero é flagrante: o próprio Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), na Pesquisa Mensal de Emprego (PME) de 2008, teceu as seguintes considerações acerca da participação da mulher no mercado de trabalho:

As mulheres são a maioria da população e predominam entre os desocupados, mas ainda são menos numerosas que os homens na população ocupada : 44,4%, ou 9,4 milhões de trabalhadores nas seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego. Já o rendimento das trabalhadoras com nível superior equivale a 60% do recebido pelos homens com a mesma escolaridade. Ainda assim, entre as mulheres trabalhadoras, 59,9% tinham 11 anos ou mais de estudo em janeiro de 2008, contra 51,9% dos homens. Por outro lado, enquanto o percentual de trabalhadoras com carteira assinada era de 37,8% , entre os homens ele já atingia 48,6% em 2008²² (...).

²¹ Obviamente, homens também trabalham como trabalhadores domésticos (motoristas, jardineiros, caseiros, etc.), mas a Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de março de 2012 mostra que no ano de 2011 os homens respondiam apenas por apenas 5,1% do número de trabalhadores domésticos, contra 94,9% de mulheres. Os dados estão disponíveis em: Pesquisa Mensal de Emprego (IBGE). Março de 2012. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em 14 de julho de 2012.

²² A informação foi retirada da própria página do IBGE: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1099&id_pagina=1. Acesso em 14 de julho de 2012. A própria notícia traz gráficos e outros dados que explicam mais pormenorizadamente os indicadores apontados, mas para uma consulta mais extensa a pesquisa está disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf. Acesso em 14 de julho de 2012.

A Pesquisa Mensal de Emprego de março de 2012 trouxe novos indicadores que, embora mostrem alguma melhora na situação feminina no mercado de trabalho no Brasil, confirmam a desigualdade de gênero como um traço significativo do cenário socioeconômico brasileiro:

Em 2011, as mulheres eram maioria na população de 10 anos ou mais de idade (PIA), cerca de (53,7%). Contudo, eram minoria (45,4%) na população ocupada (PO). Essa estrutura distributiva reflete-se no nível de ocupação, relação que mostra o contingente de ocupados em relação ao total da PIA. Para as mulheres, esse indicador foi de 40,5% em 2003 passando para 45,3% em 2011. Entre os homens, esse percentual era de 60,8%, passando para 63,4%. A partir dessa evolução, percebe-se o maior crescimento do nível de ocupação das mulheres, vis à vis ao dos homens, ainda que em patamar bem inferior ao dos homens. A presença feminina também era majoritária na população desocupada (PD) e na população não economicamente ativa (PNEA), como mostrado nos gráficos a seguir. Em média, elas totalizavam 11,0 milhões de pessoas na força de trabalho, sendo, 10,2 milhões ocupadas e 825 mil desocupadas. Na inatividade, o contingente feminino era de 11,5 milhões de pessoas. Na comparação com 2003, o crescimento da participação das mulheres na população economicamente ativa (PEA) foi de 1,8 ponto percentual (de 44,4% para 46,1%), No mesmo período, a proporção de mulheres na população desocupada e na população ocupada tiveram elevação de, respectivamente, 3,3 e 2,4 pontos percentuais²³ (...).

A PME 2012 revelou também que o rendimento das mulheres continuou inferior ao dos homens. Em 2011, elas recebiam, em média, 72,3% do salário masculino, proporção que se mantém inalterada desde 2009. Por outro lado, a jornada de trabalho das mulheres é inferior à dos homens. Em 2011, as mulheres trabalharam, em média, 39,2 horas semanais, contra 43,4 horas dos homens, uma diferença de 4,2 horas. Entretanto, 4,8% das que estavam ocupadas em 2011 gostariam de aumentar sua jornada semanal²⁴.

A desigualdade de gênero no mercado de trabalho é um legado do modelo corporativista e conservador de Estado social de Direito implantado no Brasil da Era Vargas, no qual o Estado em um primeiro momento assumia uma posição paternalista na proteção dos direitos sociais das mulheres, assegurando-os na medida em que os mesmos não ameaçassem a dupla função da mulher no espaço doméstico – de mãe e de esposa.

²³ Pesquisa Mensal de Emprego (IBGE). Março de 2012. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em 14 de julho de 2012.

²⁴ Informação disponível na sala de imprensa do site do IBGE, a partir da PME 2012, in: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2096&id_pagina=1&titulo=Salario-das-mulheres-permanece-28%-inferior-aos-dos-homens-nos-ultimos-tres-anos. Acesso em 14 de julho de 2012.

A Constituição brasileira vigente assegurou a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I) e também assegurou mecanismos de proteção dos direitos sociais trabalhistas sob o signo da igualdade formal, particularmente garantindo a proteção do mercado de trabalho mediante incentivos específicos (art. 7º, XX) e proibindo discriminação no âmbito trabalhista, seja por meio de diferenças salariais seja por critérios discriminatórios de admissão ao emprego (art. 7º, inciso XXX).

Neste cenário, a normativa constitucional dos direitos sociais das mulheres em tese evolui de um paradigma corporativista e paternalista como aquele presente na legislação social do Estado Novo para a positivação da mulher como pessoa, cidadã e trabalhadora, reconhecida nos seus direitos pelo mero fato de ser parte do gênero humano.

Apesar da igualdade constitucionalmente consagrada, as mulheres ainda são minoritárias, por exemplo, como empregadores (apenas 27,7% do total²⁵) e a Constituição e as leis trabalhistas não protegem suficientemente os trabalhadores da economia formal, espaço no qual a vulnerabilidade das mulheres é maior e a invisibilidade do seu trabalho se amplia, como nos diz o próprio Relatório 2012 da ONU Mulher:

Embora na maioria dos países os governos tenham tomado medidas para regular o emprego formal, com a legislação sobre aceitáveis condições de trabalho e de remuneração, esta proteção normalmente não cobre a economia informal. O Estado de Direito é visto como uma condição prévia essencial para a prosperidade econômica e desenvolvimento, mas na prática não se aplica ao maioria dos trabalhos que as mulheres fazem. Globalmente, 53 por cento das mulheres trabalhadoras são empregadas em empregos vulneráveis, como trabalhadoras por conta própria ou como trabalho não remunerado em empresas familiares ou fazendas. No Sul da Ásia e África Subsaariana, mais de 80 por cento das mulheres trabalhadores estão neste tipo de trabalho. 43 Milhões de mulheres trabalham na economia informal, trabalham em caso ou são trabalhadoras domésticas remuneradas²⁶.

²⁵ Pesquisa Mensal de Emprego (IBGE). Março de 2012. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em 14 de julho de 2012.

²⁶ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): Relatório “Progress of the World’s Women” (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2012. No original em inglês: “*Although in most countries governments have taken steps to regulate formal employment, with laws on acceptable working conditions and pay, this protection typically does not cover the informal economy. The rule of law is seen as a key precondition for economic prosperity and development, yet in practice it does not apply to the majority of work that women do. Globally, 53 percent of working women are employed in vulnerable jobs, as own-account workers or as unpaid workers in family businesses or farms. In South Asia and sub-Saharan Africa, more than 80 percent of women workers are in this kind of employment. 43 Millions work in the informal economy as home-based workers and paid domestic workers*”.

Voltando a falar do emprego ou do trabalho formalizado, o próprio Comitê CEDAW, quando da apresentação do seu relatório periódico sobre a situação brasileira mostrou inquietação com a baixa representação das mulheres nas mais altas instâncias do Judiciário e nas posições de alta gestão no setor privado, apesar do número crescente de mulheres seguindo carreira no judiciário, assim como participando do mercado de trabalho. Da mesma forma:

Observa com preocupação que, apesar da maior participação das mulheres na mercado de trabalho, a igualdade entre homens e mulheres no campo da emprego continua sendo um desafio no Estado-Parte. Preocupa o fato de que a diferença salarial entre homens e mulheres flutue entre 17% e 40%, dependendo da raça, etnia e educação das mulheres. É preocupante que os estereótipos relacionados a gênero e raça contribuam para a segregação das mulheres afro-descendentes e indígenas em empregos de pior qualidade. Adicionalmente, vê problemas com a falta de informações relativas às medidas de proteger as mulheres contra assédio sexual no local de trabalho, bem como sobre a persistência de exploração de mulheres e crianças trabalhadoras domésticas²⁷

Durante este tempo, as mulheres tem aumentado continuamente seus direitos políticos, visto que o Relatório 2012 da ONU Mulher constatou que 28 países atingiram ou ultrapassaram a 30 por cento marca massa crítica para as mulheres no parlamento e 19 mulheres estão servindo atualmente como chefes de Estado eleitos ou de Governo²⁸.

Ainda assim, a sub-representação feminina no espaço político institucionalizado permanece um problema que se traduz em um impasse democrático. Segundo a União Interparlamentar, organismo internacional multilateral composto pelos parlamentos de Estados soberanos, as mulheres ocupam 19% dos cargos em parlamentos nacionais no mundo²⁹.

²⁷ Organização das Nações Unidas. Comitê sobre a Eliminação de Discriminação contra as Mulheres Quinquagésima-primeira sessão. 13 fevereiro - 2 março 2012. Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres Brasil. Disponível no site da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República: <http://www.sepm.gov.br/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil>. Acesso em 29 de junho de 2012.

²⁸ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): Relatório “Progress of the World’s Women” (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2012. No original em inglês: “In 1911, women were allowed to vote in just two countries of the world. Today, a century later, that right is virtually universal. During this time, women have continuously expanded their political rights so that, at the time of writing, 28 countries have reached or exceeded the 30 percent critical mass mark for women in parliament and 19 women are currently serving as elected Heads of State or Government”.

²⁹ In: <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>. Acesso em 31 de dezembro de 2010.

Os fenômenos e eventos descritos ao longo das últimas páginas, relativos à violência contra mulheres, sua posição no mercado de trabalho e mesmo as condições para o exercício de seus direitos políticos levam, assim como no caso da população LGBT, a um terceiro elemento da desigualdade como negação do Estado de Direito: a imunidade dos privilegiados.

No caso, a prevalência injusta do masculino sobre o feminino se reflete no local de trabalho (a despeito do mérito ou de indicadores de educação), reservando às mulheres empregos e tarefas profissionais mais vulneráveis e sem uma boa remuneração, ou nas instituições políticas, nas quais as políticas para as mulheres são feitas majoritariamente por homens e sua participação e ascensão são bloqueadas por diversos preconceitos de gênero.

Mas é na violência doméstica e familiar que a imunidade do homem que perpetra agressões físicas e morais contra uma mulher (sua esposa, companheira, filha, parente ou empregada) assume proporções mais dramáticas, na medida em que:

As sanções sociais para as mulheres que recorrem ao sistema de justiça formal é especialmente aguda em casos de violência sexual e violência doméstica. A violência sexual é o único crime em que a vítima é, por vezes, mais estigmatizada do que o autor, com as mulheres que relatam tais crimes sendo evitadas por suas famílias e comunidades. No Canadá, a razão mais comum para mulheres sobreviventes de violência doméstica não quererem chamar a polícia é o "medo de retaliação" por parte do abusador, família ou comunidade³⁰.

Diante do exposto, torna-se evidente que a desigualdade de gênero e a discriminação sexual e quanto a orientação sexual são formas de erosão e negação da ideia de Estado de Estado, na medida em que consagram um modelo patriarcal, masculino e androcêntrico, que inferioriza a posição da mulher no contexto social e, relegando-a à invisibilidade e promovendo sua demonização.

Oscar Vilhena adverte inclusive que a distribuição desproporcional de recursos da sociedade (no que se podem incluir os direitos e prerrogativas de cidadania, conforme a visão deste trabalho) subverte as instituições, incluindo o trabalho das instâncias responsáveis pela aplicação da lei (Vilhena, 2007, p. 46).

³⁰ Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): Relatório “Progress of the World’s Women” (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2012. No original em inglês: “Social sanction for women who approach the formal justice system is especially acute in cases of sexual and domestic violence. Sexual violence is the only crime for which the victim is sometimes more stigmatized than the perpetrator, with women who report such crimes being shunned by their families and communities. In Canada, the most common reason for women survivors of domestic violence not wanting to call the police was ‘fear of retaliation’ by the abuser, family or community”.

Assim, a desigualdade de gênero e a discriminação sexual e de orientação sexual criam obstáculos à afirmação do Estado de Direito, minando a sua integridade, na medida em que, como lembra Oscar Vilhena ao tratar da desigualdade socioeconômica:

Por instigar disparidades maciças de poder dentro da sociedade, a desigualdade coloca os mais carentes em uma posição desvantajosa, na qual eles são socialmente marginalizados aos olhos daqueles em melhor condição, bem como aos olhos dos agentes públicos, que são atraídos pelos interesses daqueles que possuem mais poder dentro da sociedade. Isso cria uma sociedade hierarquizada³¹, onde os indivíduos de nível inferior não conseguem atingir um patamar real de completa cidadania e não são totalmente reconhecidos como detentores de direitos (mesmo que eles o sejam formalmente). A discriminação, nesse sentido, tende a arruinar os laços de reciprocidade dentro da comunidade, afrouxando o sentimento de dever moral dos mais poderosos para com os excluídos. Uma vez que eles não são mais vistos como sujeitos dignos de valor, não demora muito para que se retire deles o conjunto de direitos de cuja proteção os outros cidadãos desfrutam. Dessa maneira, torna-se difícil promover a reciprocidade em uma sociedade onde grandes hierarquias e desigualdades entre os indivíduos existem. Consequentemente, a lei dificilmente será efetiva como um instrumento de organização e pacificação social. (Vilhena, 2007, p. 46-47).

Em decorrência do exposto, a desigualdade (tanto socioeconômica quanto de gênero ou relativa à orientação sexual) impede a produção de reciprocidade e o reconhecimento dos direitos morais do outro, colocando de forma clara uma hierarquia em que certa classe de pessoas está em posição privilegiada e em superioridade em relação a outras e minando o Estado de Direito.

Isso ocorre na medida em que há um desincentivo para as pessoas cumprirem a lei ou confiarem que o Estado o faça, seja porque se consideram acima dela e fora de seu alcance (privilegiados), seja porque entendem que ela foi produzida por aqueles que detêm o poder para prejudica-los (desfavorecidos/discriminados), como explica Oscar Vilhena, sintetizando como a desigualdade promove a subversão do Estado de Direito:

³¹ A rigor, seria mais correto afirmar que a partir da estratificação social vigente em determinada sociedade surgem diferenciações e desigualdades criam uma estrutura social hierarquizada. Nas palavras de Ana Lúcia Sabadell: “(...) na maior parte das sociedades humanas, inclusive nas atuais, constata-se uma evidente desigualdade social. Os indivíduos são distribuídos em diferentes grupos (camadas ou estratos sociais), que apresentam uma relativa estabilidade e ocupam posição diferente na hierarquia social. Essa hierarquia influi sobre o modo de vida, as escolhas políticas, a mentalidade, o trabalho e a renda dos indivíduos (...). Cada sociedade legitima o tipo de desigualdade social próprio a ela” (Sabadell, 2008, pp. 210 e 212). Logo, a desigualdade não gera uma sociedade hierarquizada, ambas são co-originárias e decorrentes da estratificação social vigente a partir dos processos e movimentos de uma sociedade.

Essa situação elimina incentivos nos dois pólos para obedecer às leis e respeitar os direitos dentro de uma esfera de relações interpessoais. Privados de status econômico e social, os indivíduos invisíveis começam a se socializar de uma maneira que os conduz a ocupar uma posição de inferioridade em relação aos indivíduos imunes e a aceitar a arbitrariedade por parte das autoridades públicas. Eles não mais esperam que seus direitos sejam respeitados pelos outros ou pelas instituições com responsabilidade em aplicar as leis. Aqueles que reagem a essa posição degradante se tornam uma ameaça e são tratados como inimigos. Ao mesmo tempo, os indivíduos imunes não se consideram compelidos a respeitar aqueles que vêem como inferiores ou inimigos (...). Nesse caso, um grande número de pessoas está abaixo da lei enquanto um grupo de privilegiados está acima do controle estatal. Dessa maneira, o Estado, que supostamente seria o responsável pela utilização dos mecanismos formais de controle social, em conformidade com a lei e pelos seus meios coercitivos, começa a reproduzir parâmetros socialmente generalizados. O resultado é que o Estado se torna negligente com os invisíveis, violento e arbitrário com os moralmente excluídos e dócil e amigável com os privilegiados que estão posicionados acima da lei (Vilhena, 2007, p. 47).

CONCLUSÃO

O conceito de Estado de Direito tem origem no século XVIII e se relaciona, em termos contemporâneos, com os meios para regular e vincular a ação estatal, procurando reduzir o espaço para a arbitrariedade política (concepção formal), assim como pode constituir uma visão específica de justiça (concepção substantiva).

Na sua formulação original, consubstanciava-se em promessa de generalidade, impessoalidade, certeza e igualdade perante a lei, gerando uma promessa de reciprocidade entre governo e cidadãos, com aquele comprometendo-se a cumprir o Direito posto, e estes depositando sua confiança nesta promessa e se comprometendo a cumprir a lei estatal.

No entanto, na formação do sistema jurídico moderno, a divisão público/privado, como oposição entre público e doméstico, amparou-se na divisão social de gênero, relegando as mulheres ao mundo privado e familiar, e reservando aos homens o espaço público cidadão, o lugar dos direitos e da participação política.

Este processo constituiu uma negação do próprio ideário original do Estado de Direito e o inventário de suas promessas não cumpridas se prolonga até a atualidade, na medida em que a desigualdade de gênero se mostra como instrumento de negação não só do Estado de Direito, mas da condição cidadã.

A desigualdade entre homens e mulheres é uma forma de negar o próprio conceito de Estado de Direito, na medida em que o predomínio arbitrário do masculino sobre o feminino gera a invisibilidade do gênero feminino na sociedade, sua demonização por meio da criminalização de sua subjetividade e do seu modo específico de ser e estar no mundo, e a sua inferioridade frente aos homens, na política, na família e no mundo do trabalho.

A reconstituição plena da promessa emancipatória do Estado de Direito passa pela promoção da igualdade entre homens e mulheres como forma mesmo de reconstrução da certeza e da imparcialidade na aplicação da lei, no Brasil e no constitucionalismo contemporâneo em geral.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

BAXI, Upendra. **O Estado de Direito na Índia**. In: *Sur, Rev. int. direitos human.* vol.4 no.6 São Paulo 2007.

ESPING-ANDERSEN, Gøsta. **The three worlds of welfare capitalism**. Cambridge: Polity Press, 1990.

FRASER, Nancy. **Redistribuição, reconhecimento e participação**: por uma concepção integrada de justiça. In: *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Coordenadores: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A MULHER (United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women): **Relatório “Progress of the World’s Women”** (Progresso das Mulheres do Mundo) 2011-2012. Disponível em: <http://progress.unwomen.org/pdfs/EN-Report-Progress.pdf>. Acesso em 10 de março de 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Mensal de Emprego (IBGE)**. Março de 2012. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/Mulher_Mercado_Trabalho_Perg_Resp_2012.pdf. Acesso em 14 de julho de 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: A OKIN, Susan Moller. **Gênero, o público e o privado**. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 2, Aug. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em 21 de agosto de 2012.

Imedina, 1987.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO CONTRA AS MULHERES. Quinquagésima-primeira sessão. 13 fevereiro - 2 março 2012. **Observações Finais do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres Brasil.** Disponível no site da Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República: [http://www.sepm.gov.br/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-
cedaw-brasil](http://www.sepm.gov.br/conselho/atas-das-reunioes/recomendacoes-vii-relatorio-cedaw-brasil). Acesso em 10 de março de 2013.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica:** introdução a uma leitura externa do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A desigualdade e a subversão do Estado de Direito.** In: Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 6, número 4, 2007, p. 29.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.