

DIREITOS DAS MULHERES COMO INCLUSÃO SOCIAL DE MINORIAS A PARTIR DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

WOMEN'S RIGHTS AS SOCIAL INCLUSION OF MINORITIES FROM THE GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Emmanuella Magro Denora**

*Edinilson Donisete Machado***

RESUMO

O presente artigo, por meio de doutrina especializada, traz as balizas da teoria geral dos direitos fundamentais, a partir de sua conceituação, caracterização, interpretação moderna e consequente divisão didática, utilizando-se metodologicamente de bibliografia especializada para justificar e amparar a argumentação do tema, conduzindo à promoção das conclusões aqui apresentadas pontualmente. Busca-se situar, a partir da teoria geral, matérias específicas envolvendo a fundamentalidade da observância em direitos de minorias, a fim de realizar uma inclusão social pela perspectiva de gênero, especificamente quanto às mulheres. Conclui-se que a necessária inclusão das mulheres como minoria de gênero por meio de políticas públicas são essenciais caracterizadoras da dignidade humana, princípio fundamental dos Estados democráticos de Direito e fomentadores do necessário equilíbrio entre igualdade e liberdade materialmente.

* Mestranda no Programa de Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp) – 2016-2017. Advogada militante inscrita na OAB-PR n. 48.394. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2008). Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2009). Professora de Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Direito Penal. Pesquisadora sobre Direitos Humanos e questões de gênero. denora.adv@gmail.com.

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem) e da Universidade Estadual Norte do Paraná (Uenp), na graduação e na pós-graduação *Stricto Sensu*. No Univem é coordenador do curso de graduação em Direito e coordenador dos Programas *Lato Sensu* em Direito. edinilson_machado@uol.com.br.

Palavras-chave: Teoria geral dos direitos fundamentais; Direitos fundamentais da mulher; Direitos das mulheres.

ABSTRACT

This article, through specialized doctrine, brings the beacons of the general theory of fundamental rights, from its conceptualization, characterization, modern interpretation and consequent didactic division, using methodologically professional literature to justify and support the argument of the theme, leading to the promotion of the findings presented here on time. Seeks to place, from the general theory, specific matters involving the fundamentality of compliance on minority rights to social inclusion through gender perspective, specifically as women. We conclude that the necessary inclusion of women as gender minority through public policies are essential characterizing human dignity, fundamental principle of democratic states of law and instigators of the necessary balance between equality and freedom materially.

Keywords: General theory of fundamental rights; Fundamental rights of women; Women's rights.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, restou clara à comunidade internacional, diante das atrocidades e desqualificação do ser humano promovida pelo regime nazifascista, a necessidade de se determinar, por meio de acordos entre os povos, o reconhecimento e a reconstrução de valores humanitários como paradigma e referencial ético para orientá-los naquilo que veio a ser chamado de “direito internacional dos direitos humanos”. Acreditou-se que, em decorrência de tais atos, uma parcela das violações cometidas a partir da Alemanha do período bélico poderia ter sido prevenida se houvesse um efetivo sistema internacional protetivo de direitos considerados basilares para a condição da vida humana.¹ No Brasil, o assunto veio à tona com maior fôlego após a democratização – a partir de 1985 –, em um processo de transição lenta e gradual em um cenário de consolidação democrática, que culminou com a Constituição da República em 1988.²

Deste modo, aquilo que internacionalmente se intitulou como direitos humanos, internamente veio a ser conhecido como direitos fundamentais, naquilo que se reproduziu nos dispositivos constitucionais, bem como naquilo que se recebe domesticamente,³ e estes guardando uma posição de destaque

¹ PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 30.

² PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 379.

³ Os direitos humanos firmados em tratados internacionais, quando recepcionados pela lei doméstica, passam a integrar o corpo do que chamamos de direitos fundamentais. Há discussão doutrinária a fim de estabelecer a mesma hierarquia normativa quanto à forma de recepção:

dentro de nosso constitucionalismo, fazendo parte das cláusulas pétreas, limitadoras materialmente de modificação constitucional (artigo 60 § 4º e incisos da Constituição da República).

Assim, a teoria geral dos direitos fundamentais guarda uma relação intrínseca com a argumentação dos direitos humanos, bem como acolhe similaridades conceituais, guarda características em comum e, em sua construção histórica e em dimensões, dá-se em concomitância, posto equivalentes.

Neste artigo, explora-se a teoria geral dos direitos fundamentais, a partir da perspectiva tupiniquim, desde a mudança de paradigma ocorrida após 1988, que estabeleceu um viés humanitário e inclusivo de filtagem interpretativa a partir do reconhecimento fundamental da dignidade da pessoa humana. A partir da teoria geral, alocar-se-á a problemática da questão de gênero e de políticas públicas de inclusão de minorias; no caso específico, ações afirmativas de promoção de igualdade feminina como fator democratizante e fundada no respeito e no zelo pela dignidade da pessoa humana.

NOÇÃO CONCEITUAL

Primeiro, esclareçamos a divergência doutrinária que envolve a terminologia direitos humanos e direitos fundamentais: estes são a alocação no direito constitucional pátrio daquelas definições advindas sobretudo por meio de tratados internacionais após a Segunda Guerra Mundial, quando se pautou o necessário reconhecimento e a consequente declaração de direitos que seriam inatos da condição humana e, a partir de tais, garantidores também da existência humana. Portanto, há uma pequena diferença no plano de validade e positivação desses direitos, em que os direitos humanos possuem caráter supranacional.

Bonavides observa que a expressão “direitos fundamentais” tradicionalmente se dá a partir dos publicistas alemães, enquanto a terminologia “direitos humanos” e “direitos do homem” são encontradas entre doutrinadores anglo-americanos e latinos. Manifesta-se ainda no sentido de que o anseio dos direitos fundamentais é de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.⁴ Seriam, então, os direitos fundamentais todos os direitos ou garantias assim definidos constitucionalmente.

É pacífico que, tão logo, os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalmente reconhecidos e que abarcam os grupos de direitos e deveres

se em quórum de emenda (como entende o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 5º, § 3º da CF) ou se automaticamente e tão logo ratificados, por força do artigo 5º §§ 1º e 2º, já alcançando hierarquia de norma constitucional, de aplicabilidade imediata (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 2003, p. 44-48).

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 574.

individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e partidos políticos. São imprescindíveis para que se materialize a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental que permite a ideia de igualdade global.

Não obstante a construção dos direitos fundamentais se dê com a progressão civilizatória, o marco teórico que funda a determinação globalmente aceita, subdividindo-os em períodos de enfoque vem como proposto por Karel Vasak,⁵ a partir do reconhecimento de tais no pós-guerra, que tomou emprestado a lógica da divisão do lema da Revolução Francesa – *Liberté, Égalité, Fraternité* –, determinando-a como marco histórico dos direitos fundamentais de primeira geração, tratando-se de revolução iluminista, com argumentos essencialmente burgueses quanto à liberdade; evoluindo à segunda geração, a partir das conquistas sociais motivadas pelas teorias marxistas; e, posteriormente, à Segunda Guerra Mundial, a noção de que determinadas ações humanas seriam além das fronteiras do indivíduo ou de seu Estado, concluindo-se pela terceira geração. Importante observar que direitos e garantias fundamentais, ainda que estejam arrolados em conjunto em nossa Constituição, possuem em comum o direito que o determina, de modo a ser o direito fundamental em si declaratório, e a garantia fundamental o meio assecuratório deste direito.⁶ Os chamados “remédios constitucionais” são gêneros da espécie garantias, e não serão objetos deste artigo.

Quanto à aplicabilidade, é comum na literatura que os direitos fundamentais democráticos e individuais têm aplicabilidade imediata por força do artigo 5º, §1º da Constituição, enquanto os direitos sociais e alguns de terceira dimensão, mesmo por suas características e necessidade de norma integradora, possuem eficácia limitada e aplicabilidade indireta, ainda que a própria Constituição tenha disponibilizado meios para compensar eventuais descumprimentos do Legislativo e do Executivo nesse sentido – os “remédios constitucionais”, mais especificamente, neste caso, dois deles: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), regulamentada pela Lei n. 12.063/2009, e o Mandado de Injunção (MI), previsto no corpo do artigo 5º, LXXI.

De toda sorte, é a partir da noção de direitos fundamentais que se constrói o arcabouço a caber o exercício da cidadania, e a partir do reconhecimento fundado na dignidade da pessoa humana, que implica a própria fundamentalidade, em necessária integração de todos esses direitos que se retroalimentam, a fim de solidificar globalmente seu conceito, e que a globalização política, que ora se desenvolve, radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 577.

⁶ BARBOSA, Rui. *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 360.

equivale a universalizá-los no campo institucional, para humanizar e legitimar um conceito de libertação.⁷

Sequencialmente, ao tratar da globalização destes direitos e ao observar sua universalidade e indivisibilidade, cabe-nos focar naquilo que os caracteriza.

Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não são direitos meramente declaratórios. Provenientes de conquistas acrescidas historicamente, refletem também uma função a que se prestam a ser, sobretudo por sua condição de especialíssima proteção global.

Isto exposto, Canotilho⁸ estabelece quatro funções dos direitos fundamentais, a saber: (a) função de defesa ou de liberdade; (b) função de prestação social; (c) função de proteção perante terceiros; e (d) função de não discriminação.

Quanto à **função de defesa ou de liberdade**, coloca-os sob dupla perspectiva: por um lado, em um (a1) plano jurídico-objetivo, implicam em normas de competência negativa para os poderes públicos, a fim de não ter ingerência na esfera privada do indivíduo; por outro, em um (a2) plano jurídico-subjetivo, que trata da possibilidade de exercício positivo dos direitos fundamentais, em liberdade positiva, e de se exigir omissões do poder público a fim de evitar agressões por parte do Estado em liberdade negativa.

Da **função de prestação social**, cuida justamente da promoção pelo Estado de saúde, educação e segurança social, associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: (b1) dos direitos sociais originários, cujo direito advém diretamente da norma constitucional à prestação; (b2) dos direitos sociais derivados, que implicam no Brasil a serem as chamadas normas programáticas, que devolvem, à esfera jurídica, a exigência de atuação legislativa para que se concretize a norma prevista constitucionalmente; e (b3) das políticas sociais ativas, que questiona no que tange às normas de direitos fundamentais sociais sobre o quanto se vincula aos poderes públicos o fazimento de instituições, serviços e prestações. Conclui que, ainda que aos dois primeiros caiba discussão, ao terceiro é claro e límpido que, em sede constitucional portuguesa (que guarda aqui equivalência com a brasileira), é imposto políticas públicas socialmente ativas vinculadas ao Executivo.

No que se refere à **função de proteção perante terceiros**, é quando a Constituição se manifesta impondo ao Estado o dever de proteger direitos dos indivíduos

⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 585.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 383-386.

das agressões de outros indivíduos (estes também protegidos pela mesma esfera de direitos), o que se caracteriza em proteção do direito à vida, de inviolabilidade domiciliar, de proteção de dados e associativa. É um local que o Estado ocupa para proteger as relações *a priori* privadas, de modo a adotar medidas positivas para tanto. Abordaremos adiante no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ao cuidar da teoria da eficácia horizontal e da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

E, por fim, quanto à **função de não discriminação**, observa o autor que tal tem como base o princípio da igualdade e nos direitos de igualdade específicos previstos constitucionalmente. Abordada sobretudo no Direito norte-americano, cuida de estabelecer ao Estado que trata dos seus de modo fundamentalmente igual, alargando a cúpula protetiva e de alcance da igualdade. Aqui cabe o fomento por meio de ações afirmativas, que diferenciam a fim de compensar desigualdades históricas de oportunidades. Ou seja: é por meio da percepção da diferença que se estabelece parâmetros de igualdade.

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde que declarados como direitos humanos e reconhecido de tal forma a serem identificáveis nas constituições anteriores, até a apoteose de fundamentabilidade que se encontra na Constituição de 1988, o termo “geração” passou a não comportar o significado preciso do que ele vem a ser, e a autêntica mutação histórica que perfaz a caracterização e determina o ser pelos direitos fundamentais compreendida dentro da teoria constitucional de tradição ocidental, bastando o reconhecimento de três dimensões.

Tradicionalmente, cuidou de chamar a cada momento como “geração” de direitos fundamentais. Modernamente defende-se a utilização da terminologia “dimensão” em substituição a “geração”, uma vez que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo de complementaridade, e não de alternância. É questão eminentemente terminológica que em conteúdo se equivalem. Todavia, a partir da modificação do termo é possível uma precisão maior, posto que demonstra o permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento que de essência dos direitos fundamentais, e não equivocadamente uma interpretação sugerindo esgotamento.⁹ Pacificamente temos então as três dimensões apontadas sob o espectro do lema da Revolução Francesa, construídos e agrupados a partir de suas máximas, tendo então os direitos fundamentais se manifestando pelas dimensões sucessivamente, implicando em um processo cumulativo e qualitativo, que visa nova

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2015, p. 45.

universalidade, material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.¹⁰

Ao estabelecer uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição Alemã, Alexy¹¹ a concebe a partir do que chama de teoria integradora, visando “um sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, ordenados da forma mais clara possível” com o escopo de, por meio de uma compreensão tridimensional dos direitos fundamentais, eles encontrem sua segurança racional e científica. Portanto, comunica as três dimensões da dogmática jurídica, identificada como dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa¹² para que, combinadas, quedem-se como condição necessária de racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.¹³

No direito pátrio, já se fala em novas dimensões que abarcariam direitos agrupados nas anteriores, de modo a cuidá-los com maior zelo e profundidade argumentativa, a condicioná-los a partir do paradigma da fundamentalidade, que se atribui historicamente sobre tais e que serão analisados na sequência, apontando suas especificidades.

Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade. Também chamados de “direitos do ser: direitos civis e políticos”, que correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental, constatados historicamente a partir da transição do absolutismo monárquico ao Estado Liberal, em que a burguesia afasta o Estado. Ditos ainda por “direitos negativos”, em que o Estado não pode intervir na liberdade e na autonomia do indivíduo, que os opõe ao Estado, como direitos de resistência.

Sarlet¹⁴ diz que se tratam dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão,

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 577.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

¹² A dimensão analítica seria a dissecção sistemático-conceitual do direito vigente (conceitos elementares, construções jurídicas, estrutura do sistema jurídico e fundamentação); a dimensão empírica da dogmática jurídica cuida do conhecimento do direito positivo válido e quanto à aplicação das premissas na argumentação jurídica. Esta dimensão objetiva além do conceito do direito e da validade da norma positivada, onde cabe atuação interpretativa dos tribunais constitucionais; por fim, a terceira dimensão é normativa, que cumula em si o direito positivado e a carga axiológica deixada em aberto pelo material normativo pelo material normativo pré-determinado (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 33-36).

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 37.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. São essencialmente (mas não somente) os dispositivos arrolados nos incisos do artigo 5º, e artigos 14 a 16 da Constituição da República.

Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão se posicionam historicamente a partir das revoluções burguesas, de cunho liberal político e também de cunho liberal econômico. Ocorre que o liberalismo econômico demonstrou na prática que a mão invisível do mercado tende a seguir o dinheiro e acumular-se a partir daí, criando um abismo econômico possibilitante de um ambiente propício para insurgências políticas visando melhorias em “direitos do ter”. Deste modo, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, no que se refere ao lema “igualdade”. São presentes no século XX do mesmo modo como os de primeira dimensão se fizeram representar no século anterior, com a característica de serem considerados direitos prestacionais, posto que, “positivos”, em que o Estado, anteriormente minimizado, passa a ter deveres atuantes e garantidores.

Bonavides observa que esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da socialdemocracia (e de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.¹⁵ Por sua natureza prestacional positiva, atravessaram por um período de baixa normatividade e, posteriormente, como incluso na Constituição tupiniquim, o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais passa a ser também estendido a tais, onde antes se justificava seu não cumprimento por carência ou limitação essencial de meios e recursos (a chamada “reserva do possível”), que deixou de ser a escusa política a partir do entendimento que são direitos obrigatórios para o poder público e limitações orçamentárias não são justificadoras de seu não fazimento. Logo, a partir desta dimensão, a liberdade é garantida pelo Estado, que promove materialmente condições de igualdade. São facilmente identificáveis no artigo 6º da Constituição da República.

Presentes em sede Constitucional, já previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que exclui o antigo revezamento discursivo antes havido, refletidor da polarização da Guerra Fria, e que por ora salientavam o discurso liberal da cidadania (característicos da primeira dimensão), ora o

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 578

discurso social (característicos desta), implicando em estabelecer equivalência entre os valores da liberdade e da igualdade, prevendo que tais direitos se implicam, que não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem liberdade, atribuindo aos direitos humanos o caráter de unidade indivisível, inter-relacionada e interdependente, afirmando Hector Gros Espiell,¹⁶ que somente o reconhecimento integral de todos esses direitos, por meio de direitos econômicos, sociais e culturais, efetiva-se a liberdade em sua real significação: eles se retroalimentam e são interdependentes para serem plenos.

Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são vislumbrados a partir de um cenário em que a comunidade global passa a sofrer alterações enquanto sociedade de massa, pelo crescente desenvolvimento tecnológico e científico, e que também passa a desnudar questões inéditas no campo econômico-social. O ser humano passa a ser inserido em uma coletividade que possui direitos de solidariedade ou direitos de “fraternidade”. O sujeito é o direito, a partir da percepção dos direitos transindividuais, que possuem elevado grau de humanismo e universalidade, caracterizando-se também pelos direitos difusos e coletivos, a partir de noções coletivas ou indetermináveis, identificando os direitos do consumidor, o direito ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, direito ao desenvolvimento, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e do direito à paz¹⁷ – que posteriormente Bonavides posiciona como direito de quinta dimensão,¹⁸ a fim de dar a devida atenção ao tema.

Direitos que possuam traços que ultrapassem a esfera do sujeito e mesmo do Estado cabem na noção de terceira dimensão com o escopo de divisibilidade solidária.

Demais dimensões e seus fundamentos

A divisão clássica dos direitos fundamentais/humanos, como aceita internacionalmente, é cabível em sua totalidade protetiva – dos direitos civis e políticos, passando pelos direitos sociais alcançando os transindividuais de modo a se auto implicarem.

Porém, constatou-se que a globalização, e de certo modo o alcance normativo irrestrito advindo dos tratados, que submetem a uma relativização da soberania dos Estados pelo compromisso gerado com a comunidade

¹⁶ Apud PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*, 2003, p. 93.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48-50.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 583-585.

internacional, estabelecidos a partir da Constituição de 1988, sujeitariam a observar em nível de cuidado e importância histórica, alguns direitos (e consequentes garantias).

Conforme Bonavides, a globalização política como norma jurídica introduz a quarta dimensão, derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.¹⁹

Fernando de Brito Alves²⁰ a fim de sedimentar a proposição da democracia como um direito fundamental em definição e adequação conceitual à necessidade de países de modernidade tardia, situados periféricamente às doutrinas euro-americanas e que são tomadas por base para a construção fundamental das estruturas de representação política – defende que, do ponto de vista político, a democracia contemporânea é apta a subverter a lógica do sistema de classe e assegurar um conjunto de instituições com verdadeiro potencial emancipatório, sendo a democracia contemporânea que demarca, em amplo contexto, as garantias institucionais que tornam aptas a ocorrência de direitos fundamentais, sendo a própria democracia um direito fundamental. Alega também que é possível contrapor a filosofia da libertação de Dussel, à filosofia de Rawls e Dworkin, porque a filosofia da libertação constitui uma espécie de interpretação abrangente e complexa a partir das perspectivas dos oprimidos, com caráter pragmático contrário às práticas de opressão e exclusão.²¹ Considera, por fim, o Estado como um novíssimo movimento social pelo protagonismo no que tange à inclusão de minorias e grupos vulneráveis, ainda que o protagonismo venha a ser da sociedade civil e dos movimentos sociais.²²

Ainda quanto aos direitos fundamentais de quarta dimensão, Bobbio²³ observa que tal seria decorrente dos avanços no campo de engenharia genética, os chamando “direitos da nova geração”, e que todos nascem dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do progresso tecnológico.

Quanto à quinta dimensão trazida por Bonavides,²⁴ afirma que o **direito à paz**, outrora alocado nos direitos de terceira dimensão, caindo em um injusto esquecimento dentre tantos outros também importantes, deve ser concebido em destaque porque cuida em ser condição indispensável ao progresso humano, sendo axioma da democracia participativa em um supremo direito da humanidade.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 585-586

²⁰ ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.

²¹ ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*, p. 121.

²² ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*, p. 323.

²³ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209-212.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 594-609.

Em outro aspecto, Zulmar Fachin situa uma quinta dimensão que diz respeito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, que passa a compreender o indivíduo como integrante do cosmos.²⁵

Ao se referir sobre os direitos humanos em uma perspectiva atual, Bobbio²⁶ fundamenta que a **paz perpétua** só pode ser perseguida por uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos humanos acima de cada um dos Estados. Direitos humanos, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos humanos reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem esta não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados.

De toda sorte que os direitos fundamentais se constroem conforme a humanidade percebe as condições necessárias para subsistir, em que há o reconhecimento da necessidade da fundamentalidade para tanto, dessa forma desenvolve-se um complexo agregativo de direitos, a fim de respeito da dignidade e inclusão da pessoa humana, porquanto paulatinamente nos grupos de minorias históricas.

DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA PERSPECTIVA FEMINISTA

Problematizar a questão da necessidade de um direito das mulheres em um momento histórico em que a discriminação em função de gênero encontra-se de modo já homogeneizado socialmente, em que determinadas práticas de exclusão passam a ser tomadas como “naturais” diante da culturalização da exclusão, demonstra sua determinante que é necessária por meio do paradigma da inclusão, por ações afirmativas, posto que pela própria estrutura do Direito tradicionalmente reconhecido, a partir do conceito de igualdade formal e igualdade material, fomenta-se a distinção naturalizada: “Tal como a igualdade perante a lei introduzida pela Revolução Francesa veio proibir que pobres e ricos dormissem debaixo das pontes, também nos dias de hoje a igualdade perante a Lei não impede práticas discriminatórias”.²⁷ Ou seja: formalmente, a igualdade é estabelecida, mas a norma em sua matéria atinge sensivelmente ao grupo para quem ela se destina a excluir, mantendo-se a estrutura de dominação²⁸ que o Direito toma para si como sistemática.

²⁵ FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 206.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*, p. 203.

²⁷ DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1993, p. 4.

²⁸ Pierre Bourdier, que direciona seus estudos nas relações sociais de dominação, passa a perceber que a reprodução sistemática de inferioridade da mulher em ambiente doméstico passa a se reproduzir em esfera pública, sendo assim o androcentrismo por meio também de legislação, que ratifica e as prescrições e proscricções do patriarcado privado como se público fosse, com a finalidade de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica (BOURDIER, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 105).

Desde a filosofia grega, patamar da racionalidade jurídica atual, é legítimo tão somente o discurso masculino, de exclusão da diferença, sendo, inclusive, Aristóteles um de seus atores fundamentais, tenda a mulher como falha da natureza (uma mulher inteligente seria um fato contranatural), reservando aos homens as características quanto ao belo, à força e à inteligência, e quanto à mulher, como fraqueza da natureza, só restando a elas a reclusão em casa, convivendo com os escravos e animais no universo de infraestrutura (*Oikos* = de administração da vida, ambiente do lar), e da vida *Zoé* (vida viva, para procriação), associando o corpo da mulher ao corpo de escravos e animais.²⁹

A construção misógina caminha a partir da história da humanidade, corroborada pelas ciências, colocando as mulheres como indivíduos de subcategoria, cuja mudança paradigmática nesse sentido vem com Simone de Beauvoir,³⁰ que desestrutura a “natureza feminina” e observa a questão de secundarização da mulher, cujo giro epistemológico trazido resgata a conceituação de mulher ao longo da história, afirmando que elas são marcadas pelo sexo, uma vez que consideradas secundárias na cultura, na condição de não sujeito, porque objeto dentro da história, que constrói a mulher, daí sua célebre frase: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, que questiona o lugar do destino biológico como fundamento para a afirmação da existência de uma natureza feminina; e, ao afirmar essa frase, deixa clara a construção do gênero como não essencial, mas histórico.

Por óbvio, tais questionamentos e busca ampla por direitos e espaço desembocam em reflexo objetivamente no ordenamento jurídico, que, com sua sistematização, passa a ser o mediador adequado e importante na consecução de novos direitos de ótica constitucional, a ser entendido como inclusivo, heterogêneo, pluralista e aberto à criação, reprodução e desenvolvimento de meios a fim de redução de significativas discrepâncias sociais. Por meio de uma teoria de justiça pelos interesses igualitários do Direito, propõe repensá-lo como posto a partir das constatações sistemáticas de sê-lo toda uma ordem voltada a fim de regulamentar e educar os não dominantes. Repensar e rever o sistema de Direito com alteridade significa repensar e rever seu próprio sentido de ser, enquanto fomentador de um sistema hegemônico de reprodução de desigualdade para exercício de poder.

Democracia e direitos fundamentais caminham juntos e se comunicam, e àquela importa reconhecer a necessária inclusão de todos os sujeitos, não somente da maioria, portanto também às mulheres, qualitativamente uma minoria, é necessário o reconhecimento de sua igualdade formal e material a partir de sua

²⁹ Curso ministrado pela Prof.^a Dr.^a Marcia Tiburi em aulas online, no curso Filosofia Feminista. TIBURI, Marcia. *Curso de filosofia feminista*: aula 3. Acesso pago pelo site <<http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>>.

³⁰ BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 3. ed., v 1 e v 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

diferenciação inata e característica pela fundamentalidade específica de direitos que tal grupo necessita a ser disposto. É o Direito enquanto normativo que deve propor o respeito ao outro, àquele que não goza historicamente dos benefícios de classe dominante; e o Direito para ser justiça deve propor respeito e promover por meio de si³¹ meios para que o outro (minorias quanto a orientação sexual, identidade de gênero, raça, crenças etc.) emancipe-se democraticamente e encontre satisfação de igualdade e oportunidades.

No que se refere às mulheres, importa reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) são revitalizados de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.³² Nesse sentido, à guisa de exemplificação prática, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) posiciona declaradamente a violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos, logo, fundamentais (artigo 6º), e mais recentemente a inclusão de feminicídio no rol de crimes hediondos passou a voltar a atenção para essa específica necessidade de tutela pelo direito, que é a violência de gênero, que existe em razão da condição de gênero, de “inferioridade” cultural e social e exercício de dominação por parte da estrutura patriarcal.

Desta forma, uma perspectiva feminista do direito parte na noção teórica de se perceber que o direito é patriarcal, que se exerce pela hegemonia cultural masculina que se prescreve aquilo que as mulheres são ou deveriam ser, e reflete a realidade dos homens e a realidade das mulheres (cumulativamente e destas subsidiariamente), sempre na perspectiva do homem. O Direito constitui uma enorme parcela da hegemonia cultural dos homens;³³ e hegemonia cultural significa aceitar uma visão da realidade específica de um grupo dominante, considerado normal no enquadramento da ordem natural das coisas, mesmo por quem, na realidade, lhe está subordinado. Assim Direito contribui para o *status quo*.³⁴

Estabelecida a hierarquia, as mulheres e seus direitos surgem como algo “inferior” e em razão dos homens, para cumprir seus interesses, assim a estrutura sistemática jurídica posta e que também funciona para o cumprimento desses mesmos interesses. Ao perceber tal, não sem antes discutir sobre questões

³¹ Nesse sentido, Eduardo Cambi reconhece a possibilidade do Judiciário como apto a intervir de maneira restrita e responsável na execução de políticas públicas, adotando os postulados normativos da coerência, integridade e reflexão, que permitem um certo grau de discricionariedade vinculada a ações afirmativas (CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 271).

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 53.

³³ MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 109-122.

³⁴ DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*, p. 6.

fundamentais de igualdade, controle social do Estado aos interesses específicos das mulheres e equilíbrio entre efetivação de igualdade por ações afirmativas *versus* paternalismo de conveniência, bem como cuidar de compreender o movimento social que implica no feminismo e suas várias vertentes, é necessário tratar do direito das mulheres como ponto de vista jurídico e político, que compreender a situação das mulheres perante a lei é o objetivo epistemológico do estudo, e melhorar a situação das mulheres com a ajuda do Direito implica necessariamente o desenvolvimento do direito das mulheres com uma fundamentação mais ampla e diferente daquelas em que se baseia a legislação sobre discriminação sexual e seus possíveis reflexos em leis especiais.³⁵

Ao tratar de direito das mulheres, necessariamente deve-se cuidar dos direitos fundamentais por meio desta perspectiva inclusiva que se busca em um sistema jurídico de igualdade efetivamente como fundamento principiológico constitucional, e não somente um sistema em que haja igualdade formal declarada, e nesta abrigue-se condições discriminatórias de fato utilizando-se do Direito em uma situação de discricionariedade negativa, buscando igualar a partir da diferença inata e tratar de um direito centrado na pessoa e suas específicas necessidades e particularidades. Exatamente neste ponto que o Direito, mediador necessário e útil, pode servir como aparato inclusivo, anti-hegemônico, heterônimo e plural, mormente na incorporação de novos direitos, que parte da urgência de uma perspectiva pelo diverso, onde caibam todos, para compreender a organização dos movimentos de minorias como proposta para uma satisfação social libertária e construtiva de direitos que transformam a realidade posta.

Deste modo, as conceituações fundamentais a serem utilizadas partem do viés democratizante e politicamente inclusivo a partir da constatação e consequente negação do Direito, como sistema estrutural de afirmação do *status quo*, e a partir da leitura substitutiva apresentada do Direito, como meio para satisfação de dignidade individual, como meio inclusivo na seara social e satisfação de políticas públicas, pela perspectiva feminista do Direito.

É função também do sistema de Justiça (como integrante da sociedade) promover a satisfação da vida digna fundada neste mesmo princípio.³⁶ Evidentemente, tal Justiça é sempre pensada a partir da noção da confirmação do Estado de Direito

³⁵ DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*, p. 65.

³⁶ Declara Giacoia que: “É possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores, como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades característica do mundo moderno – que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna.” In: GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Argumenta*. Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>. Acesso em: 01/10/2015.

como democrático – aliás, todo e qualquer fundamento de inclusão apenas encontra escopo se em uma democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, portanto, conclui-se que é a partir do estabelecimento global de conceitos inclusivos de direitos humanos e da necessária afirmação de se declará-los, garanti-los e promovê-los paulatinamente, a fim de racionalização da necessidade de garantia da vida humana digna, e então de sua internalização pelas constituições modernas – como é o caso da brasileira –, que se reserva claramente, em sua petrificação, um espaço nobre para tais direitos, vindos internamente a ser chamados de direitos fundamentais, e por este filtro, sua promoção a partir da ciência de necessária democratização dos espaços como meio de consolidação da inclusão a fim de proteção de minorias históricas. Os direitos fundamentais são assim chamados por serem gerados como resultado racional de situações de injustiça que atacaram bens percebidos como elementares da condição humana.

Naquilo que tange às mulheres, por sua especial condição de gênero, alijadas por uma cultura patriarcal em exercício, podem e devem ser sujeitas a fim da promoção de políticas públicas com o intuito de, por meio de ações afirmativas, desmistificar temas que às mulheres e suas liberdades civis são muito caros, mesmo por uma ausência de igualdade material. Os espaços ocupados hoje por esta minoria específica já são relativamente vastos, a comparar pelo início do século XX, mas as condições de desigualdade negativa deixam a desejar a completa inserção dos direitos fundamentais (sobretudo os de primeira e segunda dimensão), de modo pleno e efetivo a elas. Portanto, no que se refere às mulheres, considerando o Estado como novíssimo movimento social e promotor de políticas públicas e ações afirmativas de inclusão, é também seu papel possibilitar que as estruturas do patriarcado como regra cessem de oprimi-las, considerando o grupo em especificidade e seus direitos blindados pela especial proteção como direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 3. ed., v. 1 e v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOUDIER, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1993.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008

GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Argumenta*. Jacarezinho, PR, n. 2, p. 11-31, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>. Acesso em: 01/10/2015.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

TIBURI, Marcia. *Curso de filosofia feminista: aula 3*. Acesso pago pelo site <<http://espa-corevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>>.

Data de recebimento: 29/10/2016

Data de aprovação: 03/03/2017