

A Igualdade Entre os Sexos na Constituição de 1988

por Eliane Cruxên Barros de Almeida Maciel

INTRODUÇÃO

Discute-se, à luz dos ensinamentos do curso de Hermenêutica Constitucional, a aparente contradição entre os preceitos constitucionais que determinam tratamento diferenciado às mulheres e o enunciado do art. 5º, *caput* e inciso I, que determinam:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Tais dispositivos, assim como o contido no § 5º do art. 226 (“*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”), não deixam dúvidas quanto à importância que a Constituição confere ao princípio da igualdade, tão ampla quanto possível, entre homens e mulheres.

Essa situação, que nem sempre foi assim, caracteriza as relações entre homens e mulheres nas sociedades ocidentais deste final de milênio, após muitos séculos de desigualdades, com visíveis privilégios para os homens. Embora não seja objeto deste ensaio o estudo da legislação infraconstitucional, não se pode ignorar que, no Brasil, ela ainda mantém desigualdades, como o domicílio privilegiado da mulher, em ações de separação judicial e divórcio, por exemplo, contrariando o espírito da Carta Magna, em que a regra é a igualdade entre homens e mulheres.

Como se não bastasse a regra geral de que todos são iguais perante a lei, consagrada no *caput* do art. 5º, a Constituição se preocupou tanto em condenar as distinções entre homens e mulheres que acrescentou, no inciso I do mesmo artigo, a particular igualdade entre o homem e a mulher, já explicitada no inciso IV do art. 3º, quando determina como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos, entre outros, de sexo. Para reafirmar a regra geral, a Constituição ainda a confirma no caso particular, quando prescreve a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres diante do casamento e dos filhos, no art. 226, § 5º.

Todavia, esse cuidado em estabelecer a equiparação entre os sexos não impediu o constituinte de adotar tratamento diferenciado, em alguns casos particulares, mais especificamente três: 1. licença-gestação para a mulher, com duração superior à da licença-paternidade (art. 7º, incisos XVIII e XIX); 2. incentivo ao trabalho da mulher, mediante normas protetoras (art. 7º, inciso XX); 3. prazo mais curto para a aposentadoria por tempo de serviço da mulher (art. 40, inciso III, letras a, b, c e d; art. 202, I, II, III e § 1º).

Sendo a Constituição uma carta de princípios, que objetiva, principalmente, fundar uma ordem jurídica e criar uma ordem política, estariam os dispositivos citados entrando em contradição? Responder a essa indagação, a partir da hermenêutica constitucional, constitui o objeto deste ensaio. Discutem-se, a seguir, conceitos básicos da interpretação constitucional, para depois aplicá-los ao caso concreto.

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NA VISÃO DE INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO

Em seu livro *A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL*, o Professor Inocêncio Mártires Coelho discute a existência de especificidade da interpretação constitucional, à luz da discussão da especificidade do próprio texto da Constituição, enquanto norma jurídica.

Nesse contexto, é fundamental a afirmação de Canotilho, citada pelo autor, de que a constituição moderna se assenta em duas idéias básicas: a primeira, de ordenar, fundar e limitar o poder político; a segunda de reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo, do que resultam os

temas centrais do constitucionalismo moderno: a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades. Como se verá mais adiante, essa nova visão do constitucionalismo é de fundamental importância para o caso em discussão neste trabalho.

A necessidade de interpretação do texto constitucional decorre, em geral, da falta de uma resposta concludente e da inadequação do texto ao caso concreto. Por outro lado, como a norma constitucional não opera isoladamente, ela exige um processo de concretização, de realização, como se discute a seguir.

A discussão sobre a especificidade da interpretação constitucional, independentemente do seu reconhecimento por juristas de relevo, deve partir, segundo Inocêncio Coelho, do fato de que as normas constitucionais são espécies do gênero norma jurídica, abstração feita do caráter *iniciante, autônomo e incondicionado* das leis fundamentais. (op. cit. p.25)

Assim, mesmo que se reconheçam diferenças entre os preceitos constitucionais e as demais normas que integram o ordenamento jurídico, o reconhecimento dos pontos de distinção não pode jamais excluí-las desse ordenamento, cujo fundamento de validade é exatamente o texto constitucional. A primeira constatação importante é que as normas constitucionais são normas jurídicas, com todas as conseqüências teóricas e práticas que resultam dessa qualificação.

De outro modo, mesmo os que não admitem aquela autonomia, não podem negar que a Constituição, embora sendo uma lei, do ponto de vista dogmático, possui estrutura normativo-material que a distingue das normas infraconstitucionais. Nesse ponto específico Lei e Constituição apresentam diferenças significativas, de que resultam distinções, também importantes, em sua interpretação e aplicação.

De fato, enquanto a Lei possui um nível relativamente alto de determinação material e de sentido, sendo, por isso, diretamente aplicável, a Constituição, em razão de sua natureza, estrutura e finalidade, configura-se como um sistema aberto de regras e princípios, que demandam a mediação dos legisladores e juízes para se realizarem. Assim, a essência da controvérsia parece consistir em se determinar, como afirma o autor, *até que ponto e em que medida - sem distorção de perspectivas, é claro - a natureza jurídica essencialmente idêntica e a estrutura normativo-material absolutamente*

diferenciada, da Lei e da Constituição, permitiriam interpretar-se essas duas espécies normativas com os mesmos métodos e critérios da hermenêutica jurídica geral, enquanto ciência ou arte do ‘... intendere per agere o, comunque, per decidere...’” (op. cit., p.27)

Como já se disse, a constitucionalização dos direitos fundamentais, fenômeno histórico relativamente recente, reabre a discussão sobre a especificidade das normas constitucionais, em decorrência do que a especificidade da interpretação constitucional acaba decorrendo, também, do fato de que a parte dogmática das constituições tem endereço certo, ou alcance próprio. Parece assim que a especificidade da interpretação constitucional é, acima de tudo, uma decorrência, mesmo que ainda não conscientizada pelos constitucionalistas, da natureza aberta dos próprios princípios, mais do que do fato, também significativo, de que os direitos fundamentais, para se concretizarem, devem ser estruturados na forma de princípios, nisto diferindo das demais regras de direito.

“Segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição – da qual resultaria, por via de consequência, também a diferença entre as respectivas interpretações – residiria na peculiar estrutura normativo-material das Cartas Políticas, mais precisamente de sua parte dogmática, onde se compendiam os direitos fundamentais.” (op. cit., p.75)

Assim, a própria Constituição determinaria a escolha do método adequado ao seu conhecimento e esse, por sua vez, sob a direção do intérprete, iria criando os objetos hermenêuticos, num processo aberto e infinito, controlado pela submissão de seu resultado a um critério de verdade, fundado na justiça da decisão produzida em cada caso concreto.

Como as decisões do intérprete não podem ser tomadas arbitrariamente, é preciso que se controle a legitimidade do critério de verdade, tanto do ponto de vista formal como material. Isso é possível, do ponto de vista formal, porque o critério de verdade e a sua utilização podem ser controlados por meio dos mecanismos processuais e das chamadas garantias judiciais, ou seja, da exigência do devido processo legal em sentido amplo, o que pressupõe, principalmente, juiz natural; contraditório e ampla defesa; publicidade dos julgamentos; motivação das decisões; duplo grau de jurisdição.

O controle material é possível *”porque aquele procedimento legitimador pode ser julgado à luz da consciência jurídica geral, no sentido e com a função atribuídos por Karl Larenz, ou seja, uma consciência que se constitui com base em critérios objetivos (e.g. os princípios contidos nas próprias leis e acolhidos e desenvolvidos pela jurisprudência; os valores éticos reconhecidos na comunidade jurídica; a natureza das coisas etc); uma consciência axiológica da comunidade jurídica, da qual participam não apenas os juízes – com a sua a consciência jurídica individual, que se forma segundo os mesmos critérios, colaborando para a constituição dessa consciência geral e a representando nos atos de concretização normativa – , mas todos quantos têm algo a ver com o direito.”* (op. cit., pp. 76/77)

A particularidade da estrutura normativo-material da parte dogmática das constituições, que se afirma ser essencialmente distinta da estrutura normativo-material das normas simplesmente legais, consiste no seguinte: enquanto as leis definem, com certeza e precisão, o fundamento e a disposição, também denominados de elementos da previsão, as normas constitucionais não têm uma previsão por elementos. Limitam-se a declarar princípios ou critérios gerais de valoração, que só podem se efetivar depois de esclarecidos e concretizados pelo intérprete, que é também o aplicador.

Os defensores da existência de uma interpretação especificamente constitucional baseiam-se, assim, na estrutura normativo-material das duas espécies normativas constitucionais – regras e princípios – para concluir que os dispositivos *“da parte dogmática das constituições dos Estado de Direito são fórmulas lapidares e preceitos de princípio que – diversamente do que ocorre com as normas legais – , exigem uma interpretação não só explicativa, como também densificadora, interpretação que, não raro, se apresenta como decifração ou concretização.”* (p.86)

Em decorrência de sua estrutura normativo-material diferente das leis, as normas constitucionais consistem em mandamentos de otimização, que determinam uma aplicação diferenciada, a exigir a realização do ótimo dentro do possível. Daí decorre que, na aplicação dos princípios, o intérprete não escolhe um ou outro, mas antes atribui mais peso a um do que a outro, em razão das circunstâncias de cada caso.

Importa ressaltar ainda que nem todas as normas constitucionais apresentam essa estrutura normativo-material diferenciada. A rigor, ela é característica das normas contidas na parte dogmática das constituições, que abriga os direitos fundamentais. As outras normas, mesmo integrantes do

texto constitucional, não são princípios, mas regras de direito, que se interpretam e aplicam por meio dos mesmos métodos e critérios com que se interpretam os preceitos infraconstitucionais.

Destaque-se também, por oportuno, que a constitucionalização dos direitos fundamentais em perspectiva histórica é um fenômeno relativamente recente e por isso a interpretação constitucional só surge como problema quando as constituições deixam de ser apenas índices de competências ou leis fundamentais do Estado para se transformarem, também, em estatutos de cidadania.

A especificidade da matéria constitucional deve ser encarada, assim, como restrita à parte dogmática das constituições, decorrendo daí que a interpretação especificamente constitucional consiste simplesmente numa *hermenêutica de princípios, de pautas axiológicas para cuja efetividade deve-se substituir a idéia retrospectiva de interpretação pela idéia prospectiva de concretização.*” (p.98)

Em conclusão, sempre que for necessária a interpretação constitucional, devem-se acautelar os intérpretes para não sucumbir às tentações do voluntarismo, mediante cuidados para que os resultados da atividade hermenêutica individual possam ser identificadas como formas de expressão da consciência jurídica geral, o que os tornará legítimos e socialmente vinculantes.

Tais cuidados incluem a adoção de um parâmetro de *“racionalização/despersonalização da atividade hermenêutica: a exigência de que as decisões dos intérpretes-aplicadores do direito observem o devido processo legal e guardem conformidade com a consciência jurídica geral, porque a utilização desses controles permite refrear os voluntarismos sem inibir a criatividade, que é indispensável a todas as formas de concretização de modelos jurídicos.*”(p. 99)

A IGUALDADE ENTRE OS SEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O princípio da igualdade é consagrado nas Constituições brasileiras desde o Império, como princípio da igualdade perante a lei. Significa dizer que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta distinções. A prescrição contida no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988 mantém a tradição constitucional quanto ao princípio da igualdade, ao afirmar que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).”*

Além de inaugurar o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, a Constituição reafirma esse princípio por meio de muitas normas, algumas diretamente determinadoras da igualdade, outras buscando a equidade entre os desiguais mediante a concessão de direitos sociais fundamentais. *Assim é que, já no mesmo art. 5º, I, declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Depois, no art. 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”* (José Afonso da Silva - Curso de Direito Constitucional Positivo, 10a. edição revista, p.207)

Tal entendimento assemelha-se à posição defendida por Pontes de Miranda, ainda na vigência da Constituição de 1946. De fato, para este ilustre jurista, *“o princípio ‘todos são iguais perante a lei’, dito princípio de isonomia (legislação igual), é princípio de igualdade formal: apenas diz que o concedido pela lei a A, se A satisfaz os pressupostos a, deve ser concedido a B, se B também os satisfaz, para que se não trate desigualmente a B. Tão saturada desse princípio está a nossa civilização que causaria escândalo a lei que dissesse, e. g., ‘só os brasileiros nascidos no Estado-membro A podem obter licença para venda de bebidas no Estado-membro A. Só existem exceções ao princípio da igualdade perante a lei, que é direito fundamental, (...) quando a Constituição mesma as estabelece.”*

A igualdade material é outra coisa. As concepções em torno dela enchem o nosso século, no plano político, desde as que postulam a igualdade de todos os homens e levariam à política do salário igual, norma que só seria justa se todos fossem iguais em tudo, até as que exageram as desigualdades psíquicas e sociais, descendo às concepções primitivas das estirpes 'divinas', ou 'semidivinas', ou 'nobres', das classes de servos e de escravos (...)" "No intervalo lógico está a concepção, cronologicamente posterior e sintética, de que os homens são 'iguais' e 'desiguais'. A regra do salário mínimo é exemplo, como a da escola única, de política de igualdade material, posto que fique à lei fixar esse salário."

(Pontes de Miranda, Questões Forenses, tomo I, Parecer nº 25, de 1948, p. 229,230)

As regras da justa distribuição são encontradas principalmente na legislação trabalhista, quando se distinguem, por exemplo, trabalho diurno e noturno e podem ser fundadas tanto na igualdade material como na desigualdade material. Um exemplo de desigualdade material como fundamento da justa distribuição citado por Pontes de Miranda é o da escolha por concurso, que consiste na organização da justiça seletiva fundada na justa atenção e atendimento das desigualdades humanas.

A existência de mecanismos permanentes para receber e transmitir, com fidelidade, a vontade dos cidadãos, em igualdade de condições, destaca-se como uma das principais condições da democracia representativa e confere legitimidade ao processo político. A superação dos procedimentos pelos quais os homens atribuem historicamente situações de inferioridade pretensamente naturais às mulheres constitui ainda um dos mais difíceis desafios da democracia brasileira.

De fato, embora o princípio da igualdade seja historicamente consagrado nas Constituições brasileiras, nem sempre os aplicadores da lei entenderam assim. A primeira Constituição Republicana, de 1891, declarava eleitores todos os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem, na forma da lei, mas os aplicadores da norma entenderam que ela expressava a intenção de excluir as mulheres. A luta da mulher brasileira pela cidadania plena só começou a produzir resultados a partir da criação, em 1922, por Bertha Lutz, da primeira organização de mulheres - a Federação Brasileira para o Progresso Feminino -, cuja principal palavra de ordem era a conquista do direito do voto em igualdade de condições com o homem.

A primeira vitória da organização ocorreu mais de dez anos após sua criação, quando, nas eleições para a Constituinte de 1934, as mulheres conquistaram o reconhecimento do direito de voto e a permissão de comparecerem às urnas como eleitoras e como candidatas.

Durante cinco décadas de árdua luta, numa sociedade tradicionalmente dominada pelos homens, as mulheres foram conquistando condições de igualdade, contra discriminações das mais variadas ordens. Assim, mesmo depois dos inegáveis avanços da Constituição de 1988, as mulheres ainda se defrontam com o preconceito, seu maior adversário, arraigado principalmente nos costumes.

A atual Constituição promoveu mudanças extremamente importantes na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao afirmar, no art. 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Ao equiparar direitos e obrigações de homens e mulheres, em todos os níveis, a Constituição ensina que a igualdade de homens e mulheres está contida na norma geral da igualdade perante a lei, bem como em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (arts. 3º, IV, e 7º, XXX). Registre-se, todavia, que o próprio texto constitucional promove discriminações, a favor das mulheres, nos arts. 7º, incisos XVIII e XIX, 40, III, e 202, I a III e § 1º.

Assim, a própria Constituição promove discriminações em favor da mulher, em três casos: 1. licença-gestação para a mulher, com duração superior à da licença-paternidade (art. 7º, incisos XVIII e XIX); 2. incentivo ao trabalho da mulher, mediante normas protetoras (art. 7º, inciso XX); 3. prazo mais curto para a aposentadoria por tempo de serviço da mulher (art. 40, inciso III, letras a, b, c e d; art. 202, I, II, III e § 1º).

Essas três exceções têm fundamentação própria. A primeira é de origem biológica. De fato, o homem não precisa participar diretamente do parto, atividade que provoca na mulher a necessidade de repouso. Além disso, também não participa diretamente da amamentação, que decorre da necessidade biológica de o filho ser alimentado diretamente pela mãe.

A segunda discriminação evidencia o reconhecimento de que ainda existem, de fato, situações de desigualdade que privilegiam os homens, quanto a condições de trabalho e principalmente de salário. Essa

discriminação não decorre diretamente de razões de ordem biológica, porque à mulher se reconhecem amplamente condições físicas, intelectuais e psicológicas de competir no mercado de trabalho com o homem. Os motivos da diferença derivam do desejo do legislador constituinte de proteger a mulher contra um mercado de trabalho marcadamente machista e também porque as normas de proteção à maternidade, ao criarem direitos excepcionais de inatividade e de assistência ao recém-nascido tornam menos interessante a contratação de mulheres.

O terceiro ponto de discriminação concerne ao tempo de serviço da mulher para a aposentadoria voluntária, seja com vencimentos integrais, seja com vencimentos proporcionais, conferindo à mulher um privilégio de cinco anos de trabalho a menos que os homens.

Essa distinção foi adotada pela primeira vez no texto constitucional de 1967 e se restringia à aposentadoria estatutária. Há pouco material na doutrina para justificar o discrimine. Razões de natureza social parecem mais adequadas ao esclarecimento do assunto. Atento às excepcionais tarefas domésticas da mulher, mesmo a trabalhadora, o constituinte entendeu que deveria inativá-la em prazo mais curto. As razões são encontradas na própria estrutura das sociedades conjugais brasileiras, em que as tarefas domésticas são executadas exclusivamente pela mulher, porque entendidas como sua atribuição exclusiva. Assim, a mulher casada que trabalha fora teria uma dupla jornada de trabalho, pois ao retornar à casa encontraria, a lhe esperar, outras e mais cansativas tarefas.

Destaque-se, finalmente, que os casos acima mencionados são excepcionais e não contradizem o princípio geral da Constituição, que é o da igualdade entre os sexos. Ademais, por serem excepcionais, não podem ser utilizados como motivo de criação de novas exceções, por via analógica, pois se aplica o preceito básico da hermenêutica de que as exceções devem ser interpretadas de modo estrito, aplicando-se a regra geral, sempre que ocorram dúvidas quanto a novos casos excepcionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 10a. edição revista, Malheiro Editores, São Paulo, 1995

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Questões Forenses, tomo I, Parecer n° 25, de 1948

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Malheiro Editores, São Paulo, 1995, 3a. edição atualizada, 3a. tiragem

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Isonomia entre os sexos no Sistema Jurídico Nacional . Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993

Brasília, maio/1997