

Judicialização da vida: o cenário das mulheres e breves anotações sobre supremacia judicial e supremacia constitucional

Andrey da Silva Brugger¹

Resumo

O presente trabalho busca discutir a questão da judicialização da vida (judicialização das relações sociais) pela ótica do cenário das mulheres. O enquadramento do debate é o constitucionalismo democrático brasileiro, que permite erigir, ainda que sucintamente, questões como judicialização e ativismo, caráter representativo do Judiciário, direitos fundamentais e sua aplicação também pelos demais Poderes e pela sociedade, o que fomentou questões sobre supremacia judicial e supremacia constitucional. Enfim, se demonstrou como a judicialização ajudou as mulheres, mas afirma-se que o Judiciário não é a única via

Palavras-chave

Judicialização; Direitos das mulheres; Política de reconhecimento; Emancipação; Representação.

Legalization of life: the scenario of women and brief notes on judicial supremacy and constitutional supremacy

Abstract

This paper discusses the issue of legalization of Life (judicialization of social relations) from the perspective of the scenario of women. The framing of the debate is the Brazilian democratic constitutionalism, allowing erect, albeit succinctly, issues such as legalization and activism, representative character of the judiciary, fundamental rights and their implementation by other branches and also by society, which fostered questions about judicial supremacy and constitutional supremacy. Anyway, it was demonstrated how the legalization helped women, but it is claimed that the judiciary is not the only route

Keywords

Judicialization; Rights of women; Politics of recognition, Empowerment, Representation

Introdução

São 25 anos de Constituição Federal que devolveu o caráter de República Democrática e Estado de Direito, de fato, ao Brasil. São 25 anos de maturidade institucional em que todas as graves crises políticas (como o *impeachment* de um presidente) pelas quais o país passou foram todas resolvidas no âmbito da legalidade dos procedimentos previstos constitucionalmente.

A Constituição Federal possui também o mérito de ter ajudado a desenvolver uma cultura de direitos na cidadania brasileira. As pessoas de direito brasileiras estão mais encorajadas a buscar o judiciário nessas quase três décadas mais recentes. Tal fato é devido à positivação generosa de um amplo conjunto de direitos no bojo de nossa carta constitucional e a previsão do acesso à justiça amplo como direito fundamental, por exemplo, o artigo 5º, inciso XXXV, é claro ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Toda essa conjuntura faz com que quase todo assunto controverso chegue até as mãos de magistrados.

Neste trabalho, procurarei localizar a questão da positivação dessa gama generosa de direitos, focalizando, sem embargo, a questão das mulheres como o grupo que possivelmente mais se beneficiou da mudança estrutural do direito brasileiro, bem como da mudança política e jurisdicional no mundo.

Buscarei comentar, ainda que sucintamente, sobre duas decisões do Supremo Tribunal Federal concernentes aos direitos das mulheres, bem como traçar uma breve discussão sobre como os demais poderes também podem ajudar na concretização de direitos. Isto é, aproveitar-se-á o objetivo de falar sobre judicialização da vida para discutir um pouco sobre supremacia judicial e supremacia constitucional.

Pretendo que não seja um artigo jurídico, mas que discuta de forma interdisciplinar a questão da judicialização das relações sociais suscitando questões. Apesar de breve o ensaio, buscar-se-á o cotejo de algumas ideias almejando mais o debate do que propriamente alcançar alguma conclusão.

Enquadrando a discussão: a conquista dos públicos e privados pelas mulheres

De todas as reviravoltas da história, nenhuma teve o impacto devastador da emancipação feminina. Foi preciso devastar, destruir, todos os pilares patriarcais que sustentavam a sociedade brasileira para reconstruí-la. Apesar de todos os avanços proporcionados pelas lutas passadas, essa obra encontra-se inacabada, oferecendo ondas revolucionárias que perpetuam pelos debates e grandes questões atuais.

Por muitos anos, o sentido da feminilidade esteve atrelado à procriação, à perpetuação da espécie. Ao longo de muitos séculos, a mulher teve seus seios vinculados ao prazer masculino e à alimentação do filho. A capacidade intelectual feminina, por sua vez, se via comprimida dentre as paredes de que limitavam o ambiente doméstico. “Ser mulher” significou, historicamente, ser mãe e esposa, nada mais.

Quando o mundo se viu aterrorizado pela iminência da Primeira Guerra Mundial, o primeiro tiro declarou o início do unimaginável, levando as mulheres a se libertarem da opressão silenciosa na qual viviam até então, com a inserção da mão de obra feminina no mercado. Na década de 1930, reivindicando participação ativa na política e nas decisões capazes de alterar caminhos sociais, as mulheres estenderam sua ocupação através do direito ao voto. Somados ao controle de fertilização, que possibilitou a revolução sexual, esses marcos culturais moldaram uma nova era de comportamento.

Principalmente através da pílula anticoncepcional, houve a possibilidade da desvinculação entre atividade sexual e reprodução. Com a contracepção, foi dada à mulher a possibilidade de decidir quantos filhos ter e escolher quando tê-los. Essa possibilidade se tornou, com o planejamento familiar, um direito: o direito de decisão da mulher e do homem sobre o controle de suas capacidades reprodutivas — embora, a ênfase da contracepção seja colocada majoritariamente sobre a mulher, sendo ela a principal, senão única responsável pela regulação da fecundidade.

Partindo-se da premissa de que a concepção é a resultante da interação sexual entre homem e mulher, espera-se que a contracepção seja também um fenômeno, por sua natureza, resultante da conjugação de esforços dos parceiros igualmente envolvidos nessa relação. Entretanto, as mulheres relatam com a maior ênfase a pouca participação dos homens na contracepção. (MARCOLINO; GALASTRO, 2001).

Nessa marcha, a evolução dos costumes também aconteceu e aliado ao aparecimento e disseminação dos métodos contraceptivos, a mulher passa a também ter direito ao prazer sexual, deixando de existir a ideia de que a “função sexual” da mulher seria meramente reprodutora. A própria mulher deixa de ter medo da gravidez, assumindo sua própria consciência sexual, consubstanciando o que Norberto Bobbio (*apud* DIAS, 2004, p.24) chamou de a maior revolução do século XX: a revolução feminina.

No Brasil a participação da mulher no parlamento, tem como referência a conquista do direito ao voto, que se deu em 24 de fevereiro de 1932, quando adquiriram essa vitória por intermédio do Decreto n.º 21.076, que instituiu o Código Eleitoral Brasileiro, sendo tal direito assegurado na Constituição de 1934. Resultado da luta contínua do movimento sufragista. Mas ainda hoje a participação da mulher em cargos públicos e na vida política é muito tímida. Cabe ressaltar que o Brasil está entre as nações que apresentam as mais baixas representatividades políticas femininas no Ocidente (BUNCHAFT, 2011).

A conquista do direito ao voto, assegurada em 1934, foi mantida e, em 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal. Nesta, a igualdade entre gêneros foi prevista explicitamente no artigo 5º, segundo o qual “Homens e Mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Dessa forma, diversos direitos e garantias individuais foram acopladas ao sistema jurídico nacional, garantindo o reconhecimento da mulher no contexto social e político. Atualmente, inclusive, a legislação para promover a participação feminina na política, através da Lei Federal 9.504/1997 e seu artigo 10, §3º, prevê que a participação feminina deve ser efetiva por meio de cotas em partidos políticos, evitando qualquer ameaça de retrocesso aos direitos políticos já conquistados.

Por tudo isso², as mulheres brasileiras podem se sentir incluídas na observação de David M. Beatty (2004, p.76) que considera que, no último século, nenhum outro grupo social obteve tanta evolução e conquista de espaços públicos e privados quanto às mulheres. David Beatty observa que principalmente aquelas mulheres que vivem em democracias maduras e estabelecidas obtiveram sucessos em seus objetivos de melhorar suas posições sociais bem como econômicas. O autor exemplifica com o fato de que em 1900 foi confirmado o direito ao voto para as mulheres americanas e que nos anos 2000 várias delas já atingiram altos e relevantes postos do governo. No Brasil, o mesmo fenômeno pode ser observado, basta ter olhos para ver a proeminência alcançada pelas mulheres quanto a postos estratégicos da máquina pública brasileira, tendo como exemplo mais contundente o fato de termos uma presidenta.

Constitucionalismo democrático como a idéia político-social jurídica que venceu: constitucionalização na hora certa

Neste tópico, buscarei discutir as noções de constitucionalismo — ou Estado Constitucional de Direito —, democracia, constitucionalização do direito e a definição sobre judicialização da vida. É um tópico analítico-conceitual, mas que almejo ser direto, breve e leve.

O Estado Constitucional de Direito

A partir do final da segunda grande guerra mundial, ocorre a mudança do paradigma do Estado legislativo para o constitucionalismo ou Estado Constitucional de Direito. Nesse terceiro cenário, que dá o tom da prática institucional e jurídica na maior parte do mundo hoje, a lei fica subordinada a outra lei superior: a Constituição.

Isto é, no cenário constitucional, a Constituição está hierarquicamente acima da legislação infraconstitucional. Ferrajoli (2006, p.425-427), traz ao menos três mudanças. Na verdade, são quatro mudanças, mas esta quarta será tratada mais à frente, quando passarei a discutir, ainda que brevemente, a noção de democracia. Dito isso, a primeira mudança é quanto à questão da validade da norma. No Estado Constitucional de Direito, “as leis são submetidas não só as normas formais sobre a produção, mas também as normas substanciais sobre o seu significado” (FERRAJOLI, 2006, p.425). Ou seja, não são admitidas leis que estejam em sentido contrário às normas constitucionais. Tal entendimento hermenêutico-metodológico impacta diretamente a teoria da vigência da norma. A existência ou vigor da norma, que no paradigma do Estado legislativo estava separada de condições substanciais de justiça, está agora também separada da questão da validade. Explico. É possível que uma norma promulgada através do processo majoritário, portanto, formalmente válida e vigente, seja substancialmente inválida quando contrariar no caso concreto a Constituição, por exemplo, se contrariar a leitura de igualdade ou contrariar os ditames dos direitos fundamentais. Nos dizeres de FERRAJOLI:

Precisamente, enquanto a norma de reconhecimento do “vigor” permanece o antigo princípio de legalidade, que diz respeito unicamente à “forma” da produção normativa e que por isso pode ser chamado de “princípio de legalidade formal” ou de “mera legalidade”, a norma de reconhecimento da “validade” é, ao contrário, muito mais complexa, sendo integrada por aquele que podemos chamar de “princípio de legalidade substancial” ou de “estrita legalidade”, pois vincula também a “substância”, isto é, os conteúdos ou significados das normas produzidas à coerência com os princípios e os direitos estabelecidos pela constituição (2006, p.425).

A segunda mudança impacta diretamente o papel da jurisdição. Com a inserção de princípios e direitos fundamentais e a possibilidade de uma norma formalmente válida ter afastada sua aplicação em concreto³, a jurisdição está liberta,

por assim dizer, da “mera legalidade”, passando a dever respeito ao estabelecido constitucionalmente. Entretanto, é preciso deixar claro que com o aumento de discricionariedade aumenta a responsabilidade de suas decisões, que precisam ser fundamentadas para que a decisão não seja decisionismo em seu sentido mais pejorativo. Seja como for, aqui já se visualiza o crescimento da jurisdição mediante a judicialização da vida.

A terceira modificação trazida pelo paradigma do constitucionalismo reflete em “como” é produzida a ciência do Direito. Esta deixa de ser meramente explicativa avaliativa, passando a ter um caráter “crítico e projectual” (FERRAJOLI, 2006, p.426). No paradigma do Estado Legislativo, a crítica ao Direito seria feita através do plano ético e/ou do plano político, este último responsável por sua alteração. O constitucionalismo traz a figura da jurisdição constitucional como protetora dos ditames constitucionais, podendo a jurisdição fazer juízos substanciais sobre a norma quando aplicada.

O constitucionalismo possui o traço característico de reforçar a proteção a direitos individuais, sem depender exclusivamente de uma constituição escrita. Nesse sentido, escreve Keith Whittington:

“constitucionalismo” deve ser distinguido da mera posse de uma constituição, tanto no sentido aristotélico quanto no sentido de uma constituição escrita. As constituições escritas podem prover alguns efeitos restritivos sobre o governo ou podem ser ignoradas e, ainda, governos podem ser efetivamente controlados sem uma constituição escrita, como no exemplo clássico da Grã-Bretanha. Constitucionalismo tem sido frequentemente associado especificamente com o liberalismo, com a proteção dos direitos individuais contra o Estado. A característica distintiva do Estado constitucional, nesta visão, não seria sua posse de um documento escrito chamado constituição, mas sua efetiva proteção dos direitos individuais (2008, p.281, tradução livre⁴)

Isto é, constitucionalismo está mais atrelado à substância do que a forma, assim como deve ser a democracia, como tentarei expor no próximo tópico.

A questão da democracia

A democracia, assim como o constitucionalismo, parece ter sido o modelo que venceu a batalha ideológica na história até aqui. Apesar dos 25 anos de maturidade institucional alcançados com a Constituição Federal de 1988, nosso

processo de amadurecimento democrático ainda não foi totalmente concluído; a bem da verdade, estamos um tanto quanto longe disso. O que talvez seja algo a se comemorar, vide os desafios pelos quais o país precisa passar, sedimentando na prática cotidiana a democracia.

A caminhada do ideal democrático não é uniforme, unidirecional e sem percalços. Tal afirmação vale tanto para o Brasil, quanto para o mundo. Nesse sentido, vale a pena a espirituosa e arguta passagem da professora Iris Marion Young:

É difícil amar a democracia. Talvez algumas pessoas se divirtam fazendo discursos, confrontando pessoas com as quais discordam ou se posicionando, com reivindicações e demandas, contra pessoas privilegiadas e poderosas. Ativistas como esses, entretanto, deixam muitas pessoas ansiosas. Possivelmente algumas pessoas gostem de se encontrar após um dia difícil de trabalhar e focalizar a conversa em torno da melhor estratégia política, gastando palavras em busca de uma solução.; ou gostem de recolher assinaturas para uma petição ou, ainda, gostem de discar para estranhos que constam em longas listas telefônicas para propagar seu ideal político. Mas boa parte das pessoas talvez preferiria assistir televisão, ler um poema ou fazer amor. (2010, p.16, tradução livre e levemente modificada⁵)

De fato, perseguir e militar pelo ideal democrático exige dedicação cotidiana, o que nem sempre é fácil. As pessoas possuem compromissos particulares, angústias pessoais, necessidades de vida boa particular; entretanto, é um fato que a necessidade de cultura democrática geral é um paradigma a ser buscado.

Para além disso, Iris Young também chega a aventar os “problemas” que a democracia tem em sua prática diária como os “riscos” de derrotas circunstanciais, cooptação ou resultados ambíguos (2010, p.16). Nada obstante, assim como Robert Dahl (2009, 2012), Iris Young afirma que ainda queremos a democracia, apesar desses riscos e eventuais frustrações, porque acreditamos que a democracia é a melhor forma política para impedir que governantes abusem do poder e das tentações a que estão sujeitos inevitavelmente (2010, p.16-17).

Young deixa claro também que “nossa”⁶ sociedade não é a idealizada pela prescrição da teoria política democrática (2010, p.17). Registra a professora que no mundo real algumas pessoas e alguns grupos possuem a grande habilidade de usar o processo democrático para seus próprios fins egoísticos, enquanto outras pessoas e grupos são excluídos e marginalizados. Esse é, me parece, o caso da população carcerária brasileira, que sem direito amplo de sufrágio é relegada à

invisibilidade. Parece claro que há outros fatores que concorrem para tal invisibilidade; fatores, esses, que serão tratados também nos tópicos seguintes.

É corrente a significação de democracia pela acepção “minimalista” definida por Anthony Giddens (2006), para quem a democracia é um sistema político que pressupõe disputa efetiva entre partidos em busca de ocupar os centros de poder, com eleições livres e honestas, em que todos os membros da comunidade podem tomar parte. Este seria um entendimento mínimo de democracia; segundo Iris Young, uma democracia nesse molde seria apenas uma “democracia plebiscitária”, isto é, os candidatos apresentam suas propostas vagas sobre algumas questões, os eleitores endossam uma ou outra, elegem os representantes e depois têm pouca relação com a democracia até a próxima eleição. (YOUNG, 2010, p.5). Sendo assim, o presente trabalho tem uma concepção mais substancial de democracia, no sentido de democracia como debate (SEN, 2011).

O caso do constitucionalismo no Brasil: breve comentário sobre a constitucionalização na hora certa

Há, por certo, quem acredite que o “insulamento” de uma ampla gama de direitos na carta constitucional engessa o processo político majoritário. Essa questão é principalmente agravada em um sistema jurídico como o brasileiro que possui as chamadas cláusulas pétreas, que, por expressa determinação constitucional, nem emenda constitucional pode ir de encontro a tais cláusulas.

De tudo, ocorre que nossa constitucionalização adveio com as características da chamada “terceira onda” de constitucionalização (BRANDÃO, 2011, p.3). Isto é, o Brasil obteve sua constitucionalização para consolidar a transição do regime ditatorial para a democracia. Assim, no afã da redemocratização, foi natural que a nossa Assembléia Constituinte fosse generosa mediante tantos pleitos legítimos.

A ideia de constitucionalização também aconteceu na hora certa, posto que encontrou na academia brasileira e na prática dos fóruns, pessoas dispostas a aplicar a Constituição, a Carta Cidadã, em sua melhor luz.

Sobre esse ponto, vale a pena o registro da afirmação contundente e sintética de Jürgen Habermas (2002, p.229) no sentido de que:

[a]s constituições modernas devem-se a uma idéia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, se ligam a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. A constituição faz valer exatamente os direitos que

os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo. Aí já estão pressupostos os conceitos do direito subjetivo e da pessoa do direito enquanto indivíduo portador de direitos. Embora o direito moderno fundamente relações de reconhecimento intersubjetivo sancionadas por via estatal, os direitos que daí decorrem asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em particular, potencialmente violável. Em última instância, trata-se da defesa dessas pessoas individuais do direito, mesmo quando a integridade do indivíduo – seja no direito, seja na moral – depende da estrutura intacta das relações de reconhecimento mútuo.

Tomando como correta essa afirmação de Habermas, os direitos constitucionalizados, mormente os direitos fundamentais, possuem o grande condão de ser exigíveis em sua maior amplitude possível de acordo com os contornos fáticos e jurídicos. Sendo marca do reconhecimento recíproco dos cidadãos em busca de nosso patriotismo constitucional, que teve o objetivo de nos unir em um projeto comum de comunidade, principalmente fundado no aspecto da solidariedade social.

Judicialização e ativismo: breve análise analítico-conceitual

Introduzida a questão, gostaria neste tópico de tratar rapidamente sobre o conceito de judicialização da vida e ativismo judicial. A profusão de trabalhos que tratam sobre o tema fazem o mesmo; entretanto, alguns com engano. Sendo assim, é bom deixar assentado o que é judicialização e o que seria ativismo por parte do judiciário.

Apoiando-me na doutrina dos professores Luis Roberto Barroso (2009) e Rodrigo Brandão (2011), tenho que a judicialização da vida consiste no processo pelo qual o judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal (STF), passam a dominar de forma progressiva a produção de políticas públicas e normas, bem como solução de querelas da vida privada, que antes vinham sendo decididas, ou deveriam ser decididas, por outras áreas e/ou poderes do Estado — principalmente pelo Legislativo e pelo Executivo — ou que poderiam ser resolvidas por formas alternativas como a mediação extrajudicial, resultando no desaguar de um sem número de ações sobre a vida cotidiana até a mais alta política no Judiciário.

O ativismo judicial é, como entendo neste trabalho, a escolha do modos operandi proativo do judiciário atuar na interpretação da Constituição (e das demais leis, quando for o caso), que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos fins constitucionais, com interferência mais ostensiva no espaço de atuação de outros poderes.

Vale a pena ter em conta que, hoje, no Brasil, críticos do controle de constitucionalidade costumam “rotular” de ativistas aquelas decisões que, em sua visão, são exageradas ou que conflitam com as próprias convicções de melhor decisão. Assim, é bom ter em conta que “decisão ativista” não é sinônima de “decisão progressista”. Pode haver, como há casos inúmeros na história⁷, ativismos judiciais conservadores.

As mulheres em juízo: uso da técnica e ciência do Direito rumo à emancipação – a jurisdição representativa

No tópico anterior, estabeleci entendimento conceitual sobre o conceito de judicialização da vida (ou das relações sociais). É preciso afirmar que há condições teóricas, sociais e institucionais que favorecem a judicialização.

No caso brasileiro, no aspecto teórico, doutrina e prática compreenderam a Constituição como um documento jurídico que possui aplicação total e imediata. Tal entendimento possui relação direta com as questões institucionais e sociais.

Do ponto de vista institucional, nossa constituição, como afirmei na introdução deste trabalho, possui a clara expressão de que nenhuma lei —portanto, nenhum ato — excluiria do Judiciário a capacidade de analisar lesão ou ameaça a direito, o que torna amplo o direito de acesso à justiça. Aliando isso ao fato de constar em nossa carta constitucional uma gama generosa de direitos, a judicialização é praticamente inevitável, devendo ser (re)pensadas formas alternativas de resolução de conflitos interpessoais.

Essa forma epistemológica de tratar a judicialização da vida pode ser usada de forma exagerada e com má fé. Porém, o risco de malversação não deve sobrepujar uma boa idéia. Isso é exemplificado pelo cenário em que as mulheres se encontram. Esse grupo social, que foi o que mais evoluiu em termos de galgar posições sócio-econômicas, soube usar a epistemologia da constitucionalização de direitos para consolidar esse avanço político rumo a sua emancipação, demonstrando que o judiciário pode atuar como instância representativa⁸ promovendo avanços em matéria de direitos fundamentais de minorias até então subjulgadas. Gostaria de apontar duas decisões que corroboram este meu ponto de vista.

A ação direta de inconstitucionalidade 1.946-5/DF

Sem dúvidas, a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, é paradigmática para se entender como se concebe a igualdade material ou igualdade substancial. Passa-se da mera igualdade perante a lei, para a igualdade na lei.

Vale a pena a leitura da ementa do acórdão⁹:

- DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, **a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988**, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, **a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.**

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, **ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de**

exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal.

6. Plenário. Decisão unânime. **(grifos nossos)**

A leitura é clara. O STF agiu de forma representativa quanto aos interesses da mulher, ainda mais na luta por reconhecimento das mulheres e sua inserção no mercado de trabalho.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54.

Um dos bons exemplos da abertura democrática trazida pela carta constitucional e seus instrumentos foi a possibilidade de com a conjugação do artigo 5º, XXXV, CF/88, que torna direito subjetivo o acesso à justiça, com a lei federal 9882/1999 que regulamenta o artigo 102, §1º quanto ao instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, as mulheres terem um de seus direitos mais indevassáveis garantidos: o direito ao próprio corpo.

Vale a pena a leitura do acórdão¹⁰

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu por oito votos a dois (vencido os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Pelluso e não votou, por impedimento, o Ministro Dias Toffóli), declarando a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente.

No caso em tela, discutiu-se que não há possibilidade de vida autônoma do feto. Sendo um caso de escolha puramente da mulher. Não se tratou — e não se trata — de imposição da antecipação de parto terapêutica, mas de dar a opção à mulher. A mulher que quiser levar até o fim a gestação tem todo o direito de fazê-lo e, certamente, o poder público apoiará com sua estrutura a decisão, o mesmo comportamento pelo poder público valerá para a mulher que decidir abortar para não levar o seu sofrimento físico e, principalmente, psicológico até o final. Repita-se: trata-se da autonomia da mulher; é uma questão pessoal da mulher, em que o Estado não tem o direito de interferir.

A decisão do Supremo Tribunal Federal referendou o direito da mulher ao próprio corpo, o direito da mulher de decidir sobre sua própria integridade corporal e, principalmente, psíquica ao dar o direito de interromper a gestação e a tortura emocional do calvário que deve ser a gestação de um filho que não sobreviverá. Entretanto, repita-se: foi confirmado o direito de escolha, o direito de fazer uma avaliação forte sobre como levar a própria vida.

Supremacia Judicial versus Supremacia Constitucional: não só de judicialização vive o Direito

Os exemplos citados no tópico anterior buscaram concretizar o argumento advogado neste trabalho: a judicialização da vida pode ser algo bom, tendo o judiciário um papel representativo na medida em que promove com suas decisões o fortalecimento de direitos fundamentais de minorias.

Entretanto, vale a pena dialogar um pouco sobre uma questão ainda pouco explorada e que parece ter sido naturalizada às paisagens teórica e prática institucionais da questão entre supremacia judicial e supremacia constitucional.

A judicialização da vida parece estar atrelada a uma condição social de, hoje, as pessoas depositarem mais confiança no Judiciário do que nas demais instâncias de decisão, mormente Legislativo e Executivo. De forma que no imaginário popular, “o que vale é a decisão do Juiz”.

Então, vale a pena conceituar brevemente “monopólio judicial”, “supremacia judicial” e “supremacia constitucional”.

Monopólio judicial significa afirmar que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário. A supremacia judicial, por sua vez, admite que os demais poderes interpretem a Constituição, conquanto faça a ressalva que a última palavra pertence ao Judiciário (BRANDÃO, 2011, p.15).

Já a supremacia constitucional requer que todos os possíveis produtores, destinatários e interessados no que tangem as normas constitucionais possuam como norte o dever de interpretar e concretizar a Constituição.

Assim, é certo que o Judiciário, principalmente pelas decisões recentes do STF, vem promovendo direitos das mulheres. Contudo, não somente o Supremo vem desempenhando esse papel representativo. Senão, vejamos.

A reprodução cultural (BOURDIER, 2009) fez com que no imaginário coletivo tenhamos a seguinte imagem ideal: o homem provendo a família e a mulher cuidando do lar. O homem no papel autoritário, cabe a ele decidir as ações mais elementares e administrar o patrimônio (DIAS, 2004, p.23). À mulher, cabia o papel de desenvolvimento da família, cuidar das tarefas domésticas, da socialização e boa saúde dos filhos.

Foi neste cenário que o código civil de 1916 foi concebido. A mulher, em situação oposta a atual, não podia optar se acrescentava ou não o sobrenome do marido ao seu nome. Isto é uma demonstração cultural sobre o que se pensava sobre o instituto do casamento. O casamento matrimonializado,

sacralizado, patrimonial era a fusão de um homem e uma mulher em um só. Tendo no homem o elemento de identificação do casal (DIAS, 2004, p.33). Tão indissolúvel era a união que, mesmo o “desquite” sendo possível, para forçar a manutenção da união, a legislação passou a prever a investigação de “culpa” pela separação. É despidendo afirmar que os tribunais, com seus preconceitos culturais, julgavam com parcialidade as condutas dos cônjuges. Ao homem, quase tudo era permitido; à mulher, a censura comportamental de forma ostensiva.

Registre-se que em 1932 a mulher brasileira “recebe” o direito ao voto. É reconhecida parte integrante de sua cidadania. Em 1962, a mulher casada ganha sua plena capacidade civil com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (antes, era relativamente capaz. Sendo assistida pelo marido). A marcha continuou com a revolução industrial que trouxe a necessidade da mulher adentrar ao mercado de trabalho. Começando a ter sua própria renda e tendo contato mais amplo e franco com “o mundo”, a mulher começa a questionar os preconceitos culturais, questiona os limites que sempre lhe foram impostos, começa a enfrentar os atos discriminatórios que lhe eram dirigidos. Com a própria renda, a mulher passa a ter condições reais e simbólicas de “cobrar” uma maior participação doméstica do homem, para que ele ajude com o trato para com os filhos e em atividades de cuidado com a casa.

A caminhada prossegue. Em 1977, advém a chamada Lei do Divórcio. A mulher galga mais alguns passos em sua dignidade e autonomia, principalmente sexual. A mulher pode, agora, separar-se e casar-se novamente. Surge o instituto da comunhão parcial de bens, em que os bens apenas se comunicam a partir do casamento. Passa a ser faculdade de a mulher acrescentar o sobrenome do marido. Essa evolução legislativa e dos costumes levou a jurisprudência a trazer à baila a figura da ‘companheira’ e do ‘companheiro’, sendo aqueles que não estão abarcados pela relação matrimonial. Enfim, a marcha segue até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando direitos subjetivos extremamente fortes e relevantes são trazidos para o mundo normativo brasileiro.

Isto tudo para dizer que Executivo e Legislativo também são poderes dignos e capazes para promover direitos fundamentais; como também as experiências extraestatais, como o caso das “promotoras legais populares” que auxiliam na afirmação e difusão da cidadania e da cultura de direitos¹¹.

Conclusão

O presente trabalho discutiu a questão da judicialização da vida com foco na conquista dos espaços públicos e privados pelas Mulheres.

Foi posto que a judicialização contou com a positivação de uma generosa gama de direitos em nossa Constituição, que possui aplicação ampla e imediata como comumente se entende na dogmática constitucional.

Longe de pretender um enfoque eminentemente jurídico, buscou-se demonstrar a interface entre o aumento de território político e sócio-econômico das mulheres, aliado ao ganho com a epistemologia constitucional pós-1988, culminando em um cenário de possibilidades amplas de emancipação do grupo social que mais galgou posições e melhoria de vida boa nos últimos cem anos.

De fato, há ainda muito que conquistar, entretanto o cenário das mulheres é capaz de demonstrar como a judicialização pode ser algo bom, principalmente tendo o Judiciário hoje buscado promover direitos fundamentais, se revestindo de um papel importante, isto é, se revestindo do papel representativo.

Discutiu-se, ainda que brevemente, a questão da supremacia judicial e supremacia constitucional, quando a tese advogada foi que todos os poderes e demais centros de interesses devem buscar aplicar os direitos fundamentais em sua melhor luz.

Enfim, acredito que o estudo da judicialização tem caráter multifacetado, sendo o objetivo deste trabalho apenas apresentar e levantar questões e não esgotar o estudo. Espero que esse objetivo tenha sido atingido.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial*: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista de Direito do Estado, n.16, 2009.

BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal) – 12ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRUGGER, Andrey da Silva; RODRIGUES, Júlia Martins. *A Marcha das Vadias*: breves notas e luzes sobre o caminhar, despertar e inserção das mulheres na sociedade brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v.8, 2012. Disponível em: < http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_08_4549_4574.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2014

BUNCHAFT, Alexandra Flávio. *Lugar de mulher é na política*: considerações sobre a inserção da mulher na política brasileira. Apresentação Oral em GT Núcleo de Estudos Interdisciplinar sobre a Mulher – NEIM Universidade Federal da Bahia – UFBA CAPES. Disponível em: <http://www.encontro2011.abrapso.org.br/trabalho/view?ID_TRABALHO=3707>. Acesso em: 12 jan. 2014.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

_____. *A democracia e seus críticos*. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

GIDDENS, Anthony. *Democracia*. In: GIDDENS, Anthony (autor). *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 6ª edição, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito*. In: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

LAIN, Corinna, *Upside-Down Judicial Review*, 2012. Disponível em:<http://ssrn.com/abstract=1984060> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1984060>. Acesso em: 20 de jan. 2014.

MARCOLINO, Clarice; GALASTRO, Elizabeth Perez. *As visões feminina e masculina acerca da participação de mulheres e homens no planejamento familiar*. Revista Latino-Americana de Enfermagem. v. 9, n.3 Ribeirão Preto, mai 2001. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692001000300012>>. Acesso em: 27 jan.2014.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VARELLA, Draúzio. Saúde da mulher. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/saude-da-mulher/pilulas-anticoncepcionais/>. Acesso em: 20 jan. 2014.

WHITTINGTON, Keith E. *Constitutionalism*. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008.

YOUNG, Iris Marion. *Democracy and Justice*. In: *Inclusion and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2010.

Notas

- 1 Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Email: andrey-brugger@hotmail.com
- 2 Desenvolvi melhor o histórico de conquistas em trabalho anterior, que pode ser conferido em BRUGGER e RODRIGUES (2012).
- 3 No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem precedentes diversos nesse sentido; por exemplo, no HC 83.996/RJ, cuja relatoria para o acórdão ficou a cargo do Ministro Gilmar Mendes, o STF encampou a tese de que em uma determinada situação a norma pode ser inconstitucional, sem que com isso seja alterada sua validade geral. Ainda nesse sentido de “constitucionalidade relativa em concreto”, o Agravo Regimentado no Recurso Extraordinário 341.717/SP, ficou estabelecido que uma norma que, hoje, é constitucional pode caminhar para a progressiva inconstitucionalidade.
- 4 No original: “‘constitutionalism’ should be distinguished from the mere possession of a constitution, whether in a Aristotelian or a written sense. Written constitutions may provide few effective constraints on government or may be ignored, and governments may be effectively constrained without a written constitution, with Great Britain being the classic example. Constitutionalism has often been associated specifically with liberalism, with the protection of individual rights against the state. The distinguishing feature of a constitutional state, in this view, would not be its possession of a written document called a constitution but its effective protection of individual rights (...)”.
- 5 No original: “Democracy is hard to love. Perhaps some people enjoy making speeches, or confronting those with whom they disagree, or standing up to privileged and powerful people with claims and demands. Activities like these, however, make many people anxious. Perhaps some people like to go to meetings after a hard day’s work and try to focus discussion on the issue, to haggle over the language of a resolution, or gather signatures for a petition, or call long lists of strangers on the telephone. But most people would rather watch television, read poetry, or make love.”

- 6 As aspas são usadas para frisarmos que apesar de Iris Young escrever em um contexto anglo-saxão, principalmente norte-americano, sua descrição dos “riscos” da democracia se amolda bem ao cenário brasileiro.
- 7 Como afirmado na Introdução deste trabalho, não procuro dar um viés estritamente jurídico. Assim, sobre o histórico e as nuances sobre ativismo judicial, gostaria de remeter o leitor aos textos de Barroso (2009) e Brandão (2011).
- 8 Nesse sentido, o texto de Corinna Lain, do qual se extrai o seguinte trecho: “This, then, is what I mean by upside-down judicial review. When widespread attitudes change but the law does not, pressure builds to effectuate that change—to give force of law to the transformation of attitudes, values, and policy preferences occurring in larger society. Sometimes the Supreme Court serves as the conduit of this change” (LAIN, 2012, p.55).
- 9 Também é interessante a leitura do inteiro teor e das razões de decidir colhidas em parecer do Ministério Público, que são encontrados em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>>. Acesso em: 05 de setembro de 2012.
- 10 O acórdão pode ser lido, na íntegra, no site do STF. Disponível em: < <http://www.jurisprudencia.com/wp-content/uploads/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-ADPF-54-Anenc%C3%A9falo.pdf>>. Acesso em 22 de janeiro de 2014.
- 11 Sobre o trabalho das Promotoras Legais Populares, ver: <http://uniaodemulheres.org.br/blog-promotoras/>. Acesso em 24 de janeiro de 2014.

Artigo recebido em dezembro de 2013 e aprovado para publicação em fevereiro de 2014.

