



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL - ESMA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

DIREITO À IGUALDADE
A Lei das Partes e o Direito à Igualdade na Alemanha

André Gomes Alves
Brasília/DF
2012



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL - ESMA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

ANDRÉ GOMES ALVES

DIREITO À IGUALDADE
A Lei das Parteias e o Direito à Igualdade na Alemanha

Artigo apresentado como pré-requisito para conclusão do Curso de Pós-graduação *latu senso* em Direito e Contemporaneidade, ministrado pela Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA, visando à obtenção do título de especialista.

Orientadora: Prof. Marília de Ávila e Silva Sampaio

Brasília/DF
2012



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL - ESMA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

ANDRÉ GOMES ALVES

DIREITO À IGUALDADE
A Lei das Parteiras e o Direito à Igualdade na Alemanha

Artigo APROVADO em ___/___/____ como requisito para a
obtenção do título de especialista em Direito e Contemporaneidade pela
Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF).

Professora Orientadora

Brasília/DF
2012

Resumo

O trabalho tem por escopo a análise de um julgado do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 9, 338) realizado em 16 de junho de 1959. O caso se refere a dispositivo da Lei de Parteiros, promulgada na Alemanha em 21 de dezembro de 1938 e submetido ao controle da Corte Constitucional por violação ao direito livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade profissional e a igualdade. O objeto do trabalho é analisar a relação desse caso com o princípio da igualdade.

Para tanto o trabalho se divide em três partes, a exposição do caso mediante algumas considerações em relação ao seu contexto, seguindo-se uma breve revisão bibliográfica do direito de igualdade sob o enfoque das teorias filosóficas e sob o enfoque das teorias dogmáticas contemporâneas. Após a exposição da questão, tecem-se algumas reflexões para o adequado encerramento do trabalho.

Palavras-chave: Igualdade, Lei das Parteiros, Alemanha, Corte Constitucional Alemã.

Abstract

The scope of the article is the analysis of a German Constitutional Court's (BVerfGE 9, 338) case judged on June 16, 1959. The main question concerns the Midwives Act, enacted on December 21, 1938 and subjected to the Constitutional Court's judicial review because the violating of the free development of personality, professional freedom and equality rights. The primary goal of the study is to analyze the relationship of this event to the principle of equality.

Thereunto the article is divided into three parts, the exposure of case by means of considerations about its context, followed by a brief review of philosophical theories and the dogmatic law's theories about the right to equality. After this exposure, some thoughts are made to the proper conclusion of the article.

Keywords: Equality, Midwives Act, Germany, German Constitutional Court.

- **Introdução:**

O verdadeiro desafio da pesquisa acerca da “Efetividade da Prestação Jurisdicional” diz respeito a possibilidade de munir o aplicador do direito de ferramentas aptas a conformar as abstratas e gerais afirmativas constitucionais de direitos individuais e sociais em decisões concretas, transformando a expectativa normativa dos cidadãos em condições sociais fáticas e efetivas.

A tensão entre a normatividade e a faticidade no direito brasileiro contemporâneo muito se deve ao espírito da Constituição Federal de 1988 cujo compromisso popular com a democracia foi traduzido na promulgação de um extenso rol de direitos fundamentais sociais e individuais. Tais direitos, contudo, não se mostram tão evidentes no cotidiano do cidadão brasileiro dado o grande número de contingências sociais, econômicas e institucionais de toda ordem. Essa realidade impõe ao poder judiciário o difícil dever de harmonizar as demandas sociais em prestações jurisdicionais efetivas, extraindo a materialidade texto constitucional.

Todavia, a despeito da natureza da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as questões referentes à aplicação jurídico-estatal de direitos gerais e abstratos não são novas, no sentido de que desafiam a reflexão dos juristas ocidentais já há muitos anos, como ilustra o presente caso, cuja decisão, datada de 1959, diz respeito a impugnação de uma lei do ano de 1938.

Diante desse desafio extremamente atual, apesar de antigo, de efetivação de direitos por meio da prestação jurisdicional estatal, o trabalho que se segue

analisará um julgado específico em que a Corte Constitucional Alemã viu-se convidada a desnudar a materialidade do direito a igualdade – em sua anunciação mais abstrata possível, o art. 3º, §1º, da Constituição Germânica¹ – em face do pleito de uma parteira que pretendia prosseguir no exercício de sua profissão apesar de ter atingido a idade máxima prevista em lei para tanto.

Nesse cenário o objetivo do artigo é convidar o leitor a questionar-se acerca da relevância de influências não especificamente jurídicas na formação do consenso da corte, e a forma como o discurso jurídico se manifesta como resultante de debates mais amplos que a legalidade e a dogmática estrita. Para tanto serão apresentados alguns dados sociais, econômicos e filosóficos relativos à questão, na esperança de que ao final do trabalho o leitor possa ter um entendimento mais claro acerca da cosmovisão subjacente à postura da corte, sedimentando a convicção de que todo julgador, conscientemente ou não, ao proferir uma decisão acerca de um direito geral e abstrato, não está adstrito a uma operação racional-legal.

A verdadeira expectativa do trabalho é somar ao conjunto de ferramentas dos operadores do direito a convicção acerca da relevância da reflexão social, filosófica e econômica para a “efetividade da prestação jurisdicional”.

¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 3: (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. *(Todos são iguais perante a lei)*

- **Desenvolvimento**

- **O CASO DAS PARTEIRAS E A ALEMANHA NO SÉCULO XX**

Vale começar a exposição do tema ressaltando a grande diferença existente entre a sociedade alemã e a sociedade brasileira. Sabedores que somos de que a modernidade é um evento de proporções globais, não é difícil concluir que as diferenças atuais entre tais sociedades são muito mais tênues do que eram no início ou ainda na metade do século XX.

Nesse sentido, dá colorido à tese e introduz a peculiaridade do caso concreto o dado histórico de que em 1452 foi fundada na Alemanha a primeira “Ordem para Parteiras”, ou seja, antes mesmo da “descoberta” do Brasil, já existia uma instituição organizada em solo Alemão que restringia o exercício da profissão de parteira às mulheres que se submetiam a alguns anos de formação na referida ordem. Quando a corte constitucional alemã julgava o caso estudado, a profissão de parteira já era institucionalizada há mais de quinhentos anos. (KLEBA: 1996).

Vale destacar que a origem de tal instituição está diretamente ligada à restrição medieval do ingresso em faculdades de pessoas do gênero feminino. A princípio, as ações de assistência médica surgem exercidas por soldados romanos nos campos de batalha. Posteriormente as mulheres inseridas nas congregações religiosas passam a exercer tal função por meio do cuidado familiar. Paralelamente, havia a assistência não institucionalizada nas relações comunitárias; protagonizando essa assistência, encontravam-se as parteiras cujo conhecimento prático era constituído e repassado pela tradição. A Igreja Católica, hegemônica na “Alta Idade

Média”, promoveu um cerceamento de toda espécie de conhecimento profano, incentivando apenas o conhecimento de origem cristã, como indica o alvorecer da ciência, da filosofia moderna e das universidades do velho continente. Essa perseguição religiosa aos conhecimentos profanos alcança, então, toda espécie de curandeirismo e de prática assistencial de saúde não institucionalizados. A Ordem de Parteiras, já na segunda metade do século XV, aponta para uma forma de reingresso dessa espécie de ofício na sociedade alemã. (KLEBA: 1996).

Há, desde então, uma clara verticalização dos saberes, i.e., para a sociedade europeia do Século XV, o saber prático deveria submeter-se ao conhecimento institucionalizado (dificilmente se reportaria a tal época utilizando o adjetivo científico). Como salienta KLEBA (1996), o exercício do ofício de parteira se submetia a todas as ordens dos médicos.

Do mesmo modo o exercício da profissão de enfermeira. A autora destaca que em 1782 foi fundada na Alemanha a primeira Escola para cuidados de enfermagem; nos 25 anos seguintes foram fundadas outras 28 escolas, todas ligadas à estrutura hospitalar administrada por “irmãs” da Igreja Cristã.

A autora esclarece que a organização das escolas de enfermagem baseava-se no princípio de subordinação ao médico, exigindo as virtudes de abnegação e obediência, tidas pela sociedade da época como afetas ao sexo feminino. Razão pela qual a profissão é chamada de Krankenschwester (irmãs dos doentes), nome diretamente ligado à distinção por gênero. Pode-se referir como gênese da organização trabalhista da categoria a fundação, em 1903, da “Organização Alemã para a Profissão de Enfermagem”. Hoje em dia, o conceito de enfermagem obstétrica coincide com o conceito de parteira na Alemanha. (KLEBA: 1996)

Esse breve histórico salienta o fato de que a própria profissão de parteira, aos idos de 1956 (ano do julgado), carregava cerca de quinhentos anos de submissão ao saber médico-institucionalizado e aos preconceitos de gênero.

Vale ressaltar que o caso estudado está situado ainda em dois momentos históricos extremamente significativos, a saber, 1938, data de início do vigor da lei impugnada, e 1956, data do julgamento.

Os dezoito anos que separam as duas datas aparentemente não são tão relevantes por tratar-se de curto lapso temporal, todavia tais anos foram profundamente significativos na história da Alemanha. Nesse sentido é importante destacar que, em 1938, o país estava mergulhado no autoritarismo do Terceiro Reich. Historiadores indicam o ano de 1933 como o ano em que teve fim a República de Weimar. Em 28 de fevereiro de 1933, foi editado o decreto presidencial de proteção do povo e do Estado, com a finalidade de perseguir os opositores políticos. Em 24 de março de 1933, o Reichstag (parlamento) editou uma lei visando suprimir a miséria do povo e do Reich (reino). A lei previa em seu artigo primeiro que as leis do reino poderiam ser editadas pelo governo; o artigo segundo previa que as leis editadas pelo governo não se subordinavam à constituição; em dois artigos foram dissolvidos parlamento e constituição. (FLEINER-GERSTER: 2006, p. 350)

Cumprido destacar que o escopo da lei que desfez toda a estrutura de freios e contrapesos da República de Weimar e impôs o regime o Terceiro Reich era a supressão e erradicação da miséria. Tratava-se, portanto, de um projeto econômico. O projeto econômico nazista era norteado por dois vetores, a redução do desemprego (quando o partido entrou no poder eram 6 milhões os desempregados, cerca de um terço da população) e o rearmamento secreto da Alemanha. Tratava-se

de um plano econômico Keynesiano - o autor era muito apreciado pelo partido pela obra “As consequências econômicas da paz”, que se contrapunha ao Tratado de Versalhes, odiado pelo Terceiro Reich. As principais ações eram a ampliação do crédito produtivo, para geração de empregos, e ampliação do crédito para consumo, ampliando a demanda por consumo, especialmente na construção civil. O mercado financeiro era vigiado de perto pelo Estado que controlava especialmente a sua liquidez, e os salários foram congelados de 1934 até 1945. As centrais sindicais foram abolidas e as greves proibidas. As indústrias foram compulsoriamente inseridas em um esquema de cartéis, foram cerca de 1,6 mil acordos de preços até 1936. O sistema Keynesiano dos anos 1933 a 1936 cedeu a um sistema de economia centralmente planejada entre os anos de 1937 e 1940, anos em que o esforço armamentista passou a ser o protagonista. Nesse sentido, empresas grandes como Volkswagen e Siemens passaram a ter uma relação simbiótica com o Estado alemão em contraste com o cerceamento de liberdade das pequenas empresas, razão pela qual alguns economistas indicam que se tratava de um sistema de concorrência imperfeita, com favorecimento dos grandes grupos empresários, especialmente os ligados à indústria armamentista. Assim, a revitalização econômica realizada pelo terceiro Reich tem como principal característica a grande intervenção estatal, apesar de não se tratar de uma administração tão planejada e tão totalitarista como as comunistas. (FEIJÓ: 2009, p. 245-255)

A Lei das Parteidonas é, nesse sentido, um dos elementos de uma complexa reestruturação política autoritária voltada a um previamente planejado esforço de guerra e a um forte comando da economia nacional pelo Estado. Trata-se de uma lei

forjada num contexto de planificação da economia, provavelmente orientada pelo espírito de renovação da força de trabalho.

Já em 1956, a Alemanha experimentava um novo momento de sua economia. A eficiência da economia de guerra da Alemanha assegurou um notável bem-estar social aos alemães durante os tempos de guerra, sem grandes perdas da demanda privada e do consumo interno; todavia, o endividamento interno e externo foi fator determinante da bancarrota pós-guerra. Até o ano de 1944 a economia alemã segue em expansão até que em 1945-1946 desmorona. (FEIJÓ:2009, p.258 e 260)

A economia alemã, a bem dizer, com a forte intervenção, sentida principalmente no congelamento dos salários e na emissão de títulos públicos, escondia a alta inflacionária (conhecido risco do intervencionismo Keynesiano) por meio da menor circulação da moeda, apesar da incrível quantidade de moeda emitida (Dall`Acqua: 1990, p. 142). Isso se justificava pois, estrategicamente, os alemães previam uma guerra curta, o que pode ser visto na velocidade com que tomaram Paris. Os espólios de guerra honrariam a dívida; os aliados, por outro lado, não honraram (Dell`Acqua:1990, p. 143-144)

A derrota na guerra provocou uma reação hiperinflacionária tão profunda que os agentes econômicos não tinham mais interesse na utilização da moeda, pois percebiam que, recebendo-as, não seriam capazes de reutilizá-la em novas aplicações. Cigarros e café passaram a substituir a moeda nas relações comerciais. No final de 1947, quase metade do valor total de bens negociados no mercado circulavam na forma de “comércio de compensação”, i.e., troca de produtos (Dall`Acqua:1990, p.143).

Cabiam às forças de ocupação da Alemanha a reconstrução de todo o sistema financeiro e monetário. Logo a União Soviética deixou o Conselho de Controle Aliado por incompatibilidades ideológicas e técnico-econômicas. Assim, na área de ocupação ocidental, foi implementado um plano econômico diverso do adotado na área oriental. Os planos eram similares mas tinham finalidades diferentes; o plano ocidental era criar uma economia de mercado, o plano soviético era facilitar o planejamento e o controle econômico. O sucesso da reforma ocidental significava, nessa ordem de idéias, uma afirmação global da hegemonia da ideologia americana sobre a soviética. No lado ocidental foi criado um banco central autônomo. A retirada de moeda por fim, com a conversão do *Reichsmark* na nova moeda *Deutschmark*, foi o grande ponto de tensão. A conversão, a bem dizer, era a efetiva distribuição dos prejuízos da guerra, e o lado ocidental optou por colocar os aspectos técnico-financeiros à frente da equidade; a capacidade de compra da nova moeda era menor para pessoas físicas do que para empresas e para instituições financeiras. 112 bilhões de RM foram convertidos em 6 bilhões de DM, com o maior custo recaindo sobre as pessoas físicas. (Dall'Acqua:1990, p. 149-150). Tal medida seria, ao que tudo indica, não muito compatível com o igualitarismo soviético. O arrocho fiscal foi o último tripé do plano ocidental. O Keynesianismo deu lugar, desse modo, à ortodoxia liberal, com baixa de gastos públicos e impostos, buscando o aumento do investimento privado. Destaque-se que, logo após a promulgação da reforma, foram eliminados os controles de preços e de salários. Fixou-se contudo o câmbio, valendo US\$ 0,3 cada DM (Dall'Acqua:1990, p. 155). Em abril de 1948, a produção industrial alemã correspondia a 53% da produção de 1936; em dezembro do mesmo ano a porcentagem passou para 78%.

No mesmo século, a Alemanha viveu duas bancarrotas econômicas e, neste mesmo século, viveu dois milagres econômicos. Subjacente à verdade dos números estão as ideologias; o mesmo país experimentou a eficiência do modelo Keynesiano intervencionista de concorrência-imperfeita e a eficiência do modelo Liberal, não intervencionista de mercado.

A diferença ideológica dos dois momentos históricos é relevante e foi analisada com algum cuidado, pois salta aos olhos o fato de que a Lei das Parteilas entrou em vigor sob um regime e foi recepcionada por outro regime, apesar de as ideologias do Estado alemão serem profundamente diversas em um e em outro momento.

Conhecedores do contexto em que o caso proposto se insere, i.e., da realidade histórica alemã no século XX, passamos à análise filosófica do cerne da questão jurídica proposta, o princípio da igualdade.

- ANÁLISE FILOSÓFICA DA QUESTÃO DA IGUALDADE

Qualquer Estado só é possível na medida em que o homem é considerado um ser capaz de aprender, compreender e expressar-se. Assim a atividade Estatal só é possível enquanto os homens são capazes de compreendê-la, aceitá-la e comunicá-la. Essas assertivas são o consenso filosófico ocidental acerca da existência do Estado. (Fleiner-Gerster:2006, p. 55). A cognição e a comunicação são os elementos basilares da constituição estatal humana.

Assentado o consenso, é necessário destacar que sobre todos os demais elementos só existe dissenso. Para cada compreensão filosófica de homem corresponde uma proposição filosófica de Estado. Assim a explicação do poder de

dominação estatal varia conforme a compreensão filosófica do homem propriamente dito (Fleiner-Gerster:2006, p.55).

Destacaremos então algumas das principais compreensões filosóficas do homem, as correlatas explicações do Estado e as consequências filosóficas acerca do conceito de igualdade.

Para Rousseau, relevante liberal, o homem é naturalmente livre e igual, regido pelo amor de si e pela piedade (invertendo o pensamento hobbesiano); nesse estado, o homem possui apenas algumas necessidades muito limitadas e alguns poucos instrumentos aptos a satisfazê-las; porém, gozando de grande disponibilidade para o lazer, o homem aplica sua capacidade inventiva para produzir comodidades, que com o uso degeneram-se em verdadeiras necessidades. A perda de tais comodidades gera, portanto, grande insatisfação ao serem perdidas, apesar de não serem capazes de gerar qualquer felicidade ao serem adquiridas. O incremento das necessidades é o germe da desigualdade, cujo nascimento decorre do surgimento da idéia de propriedade, que nada mais é do que a delimitação levada a efeito pelo homem que busca resguardar suas comodidades e livrar-se de suas necessidades. Para Rousseau, concluindo, a igualdade é recuperada por meio de um pacto de limitação do poder individual mediante a constituição de um soberano cujo dever é resguardar, tanto quanto possível, os dois maiores princípios da sociedade, a liberdade e a igualdade. A vontade geral, portanto, que resguarda legítima igualdade moral é a defesa social da liberdade e da igualdade. Para o autor a igualdade decorre do pacto, da preferência que cada um tem por si mesmo na promoção da vontade geral, sem deturpá-la em preferências particulares. Assim, trata-se de expoente do liberalismo, pois apresenta ao mundo um Estado submisso ao Direito e aos seus fins principiológicos, restringindo o conceito de igualdade à

capacidade de todos os homens de aderirem a uma convenção (OMMATI:2004, p. 73-76).

Em Emmanuel Kant, a mesma teoria ganha contornos mais rigorosos. Para Kant, existe apenas um direito natural e inato, a liberdade. A igualdade natural, para o autor, nada mais é que a impossibilidade moral de ser obrigado pelos demais a mais coisas do que aquelas a que estão os demais obrigados com respeito a si, é a qualidade do homem de ser dono de si mesmo. Para o autor, a igualdade está contida no conceito de liberdade, esse sim, inerente ao homem. A desigualdade se expressa, nesse sentido, em obrigações não voluntárias de uns em relação a outros, ou seja, em supressões da liberdade. (KANT:1993, p. 55-56). Para o autor, o direito público é um sistema de leis para um povo constituído de tal modo que exerçam cada um dos indivíduos mútua influência. Para Kant, o homem no estado não jurídico não pode ser definido como um homem em um estado injusto (como propõe Hobbes), mas um homem em um estado de justiça negativa, no qual não há juiz competente para julgar controvérsias jurídicas. Para o autor, a reunião de homens sob um Estado de Direito se dá pela constituição de três poderes: legislativo, executivo e judiciário. O poder legislativo, diz o autor, somente pode pertencer à vontade coletiva do povo; pois, segundo o autor, se alguém ordena algo contra outro, é sempre possível que lhe faça injustiça; não é possível haver tal injustiça na hipótese de a ordem ser decretada para si mesmo. Assim o homem é, para Kant, naturalmente livre, e sua igualdade decorre da sua aptidão de obrigar-se e desobrigar-se; o poder estatal, nesse sentido só é possível na medida em que o indivíduo livre é emitente e destinatário simultâneo da lei estatal (Kant:1993, p. 150-151). Para o autor, são atributos inseparáveis do cidadão a Liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei além daquela a que tenha dado seu sufrágio; a

Igualdade civil, que tem por objeto não reconhecer entre o povo nenhum superior além daquele que tem a faculdade moral de obrigar juridicamente da mesma maneira que pode ser obrigado, e a independência civil que consiste em ser devedor de sua existência de modo a não sujeitar a personalidade civil aos arbítrios de outrem. (KANT: 1993, p. 153). Trata-se, portanto, de autor essencialmente individualista que não abre concessões a especulações acerca da natureza do homem, admitindo apenas a liberdade inata. O autor prima pela submissão civil fazendo referência à máxima “toda autoridade procede de Deus”, de modo que compete ao cidadão o direito de queixar-se ao soberano, mas não de resisti-lo (KANT: 1993, p. 160) pois, segundo o autor, no conflito entre povo e soberano (poder legislativo), não há terceiro que julgue. O liberalismo em Kant, muitas vezes chamado de liberalismo jurídico, contém mitigações ao liberalismo clássico em nome do igualitarismo (não com esse termo, pois não há a idéia nominada “igualdade material” na obra). O autor destaca que o soberano (legislativo) tem o direito de “obrigar os ricos a facilitar os meios de subsistência àqueles que carecem do indispensável para satisfazer as mais imperiosas necessidades da natureza” (KANT:1993, p. 168-169).

Georg W. F. Hegel parte de uma definição semelhante à de Kant acerca do indivíduo. Para o referido autor, a pessoa é para si mesma um fim particular, com carências, necessidade e vontade arbitrária. Porém, considera o autor que a pessoa particular, por essência, existe em relação com outra pessoa análoga, de tal modo que cada uma se afirma e se satisfaz por meio da outra. Considera o autor, nesse sentido, que o fim egoísta de cada um é a base de um sistema de dependências recíprocas no qual a subsistência, o bem-estar e a existência jurídica do indivíduo são ligados aos mesmos elementos em relação ao todo, e só são reais e

assegurados nessa dependência recíproca. (HEGEL:1997, p. 169). Para o autor, os cidadãos são pessoas (autônomas e infinitas em si mesmas) que têm como fim o seu próprio interesse, sendo meio para alcançar o interesse próprio a sua conformidade com o interesse universal (HEGEL:1997, p.171). Ele entende ser um erro considerar que o homem no estado de natureza era livre e só sentia as necessidades naturais simples, pois em tal estado, a submissão do homem à satisfação restrita às contingências da natureza aponta para um estado em que a espiritualidade é prisioneira da Natureza, pelo que se trata de estado de selvageria e de não-liberdade (HEGEL:1997, p. 175). A igualdade, em Hegel, convive *pari passu* com a desigualdade, é a busca da síntese entre os absolutos, universais e infinitos platônicos, com os particulares, diversos e relativos aristotélicos. Assim, para Hegel, no homem particular reside o homem universal, pelo qual todos são idênticos. O homem vale porque é homem, independentemente de ser judeu, católico, protestante, alemão ou italiano. (HEGEL:1997, p.182). Essa identidade entre os homens não se contrapõe à desigualdade social; antes é a necessária expressão particular da igualdade universal. Diz o autor que os meios infinitamente variados e a produção pela troca recíproca conduzem, por causa da universalidade imanente que possuem, a uma conjugação e a uma diferenciação em grupos gerais, adquirindo, então, a figura de um organismo formado por sistemas particulares de carências, cultura teórica e prática, sistemas entre os quais se repartem os indivíduos, estabelecendo-se as diferenças de classes (HEGEL:1997, p. 178). Esse conceito de classes e sua relação com o organismo social é a fonte das correntes da “esquerda hegeliana” que levam ao marxismo, à escola de Frankfurt e deságuam em Habermas, e das correntes da “direita Hegeliana” de Durkheim e do positivismo francês, que deságua em Luhmann. Opor um direito de igualdade a tal diferenciação

é um intelectualismo vazio para o autor (HEGEL:1997, p. 178). Ele, contudo, faz diferenciação entre a divisão de classes operada pelo livre-arbítrio pela consciência subjetiva, de modo que a repartição dos indivíduos em classes deve ser realizada por mérito como expressão da dignidade do indivíduo (HEGEL:1997, p. 180). Assim, quando a particularidade subjetiva se funda na ordem objetiva, ela se torna o princípio que dá alma à sociedade civil, que permite o desenvolvimento da atividade inteligente, do mérito e da honra (HEGEL:1997, p. 180-181). Desse modo, o entendimento do autor no sentido de que, se se impuser à classe rica o encargo de diretamente manter no nível vulgar de vida a classe reduzida à miséria, ou se, por uma qualquer forma de propriedade pública, diretamente se fornecerem os meios, a subsistência ficará assegurada aos miseráveis sem que tenham de recorrer ao trabalho, o que é contrário ao princípio da sociedade civil e ao sentimento individual de independência e honra (HEGEL:1997, p. 199). Essa expressão da dignidade da pessoa humana inverte a lógica brasileira contemporânea de “bem-estar social”, do mínimo existencial e do assistencialismo, pondo o trabalho no centro da dignidade do indivíduo.

Finalmente, para Friedrich Nietzsche, a igualdade é um veneno. É o que se entende da análise dos conceitos de “vontade de poder” e de “espírito de rebanho”. Trata-se de filósofo cuja obra, em respeito a sua memória não se explica, apenas se transcreve:

“O veneno da doutrina dos “direitos iguais para todos” - esse veneno semeou-o o cristianismo por sistema; o cristianismo fez uma guerra de morte a partir dos mais ocultos recantos dos maus instintos contra todo o sentimento de respeito e de distância entre um homem e outro homem, contra o pressuposto de toda a evolução, de todo o crescimento da cultura - do ressentimento das multidões forjou a sua arma principal contra nós, contra tudo o que há de nobre, de alegre, de magnânimo sobre a Terra, contra a nossa felicidade sobre a Terra”. (NIETZSCHE: 2005, p. 79)

Para o autor, numa concepção obtusa da evolução, em diálogo (na medida do possível) com Darwin, a doutrina do direitos iguais para todos, fundada na teologia cristã, é um desfavor aos nobres e aos mais fortes cuja dignidade reside em ter a distância em relação aos inferiores respeitada. Em termos do próprio Nietzsche, trata-se de uma degenerescência da humanidade o respeito ao direito de igualdade.

Oposta à filosofia de Nietzsche está a compreensão Marxista acerca da igualdade. Para Marx, a acumulação original de riqueza é análoga à idéia de pecado original do cristianismo, i.e., a acumulação de riqueza tirou o homem de seu estado paradisíaco e o castigou com a punição de ter que comer com o suor de seu rosto. A grande massa, a despeito de seu trabalho, continua não tendo nada para vender a não ser a si mesma, crescendo a riqueza de poucos que já há muito tempo não têm mais que trabalhar. O pecado, por assim dizer, foi a alienação dos meios de produção do trabalhador. A abordagem Marxista, desse modo, considera o homem como o “homem alienado”. Há, todavia, uma marcha histórica cujo sentido é a devolução dos recursos produtivos às classes alienadas; graças à sua associação em prol da igualdade, tal devolução importa no fim da diferenciação de classes e a igualdade material impõe, então, um estado sem sobreposição de soberania. Vale ressaltar que para Marx o Estado é apenas superestrutura, ou seja, reflexo das relações econômicas de produção. O norte da revolução proletariada é o retorno ao homem paradisíaco que desconhece as formas de desigualdade. Nesse sentido, a filosofia marxista é a mais diretamente ligada ao igualitarismo como expressão da emancipação de todos os homens. (FLEINER-GERSTER:2006, p.58-62).

Encerrando a investigação filosófica, vale ressaltar que o mundo de 1945 a 1989 foi polarizado por uma guerra filosófica. Tratava-se de uma disputa de poder em que eram contrapostas a cosmovisão liberal, com alguns temperos, e a

cosmovisão marxista, com algumas corrupções da revolução Russa e do Estado Stalinista. Nesse contexto, a posição da Corte Alemã, tomada em 1959, está situada dentro de uma disputa filosófica entre os países ocidentais e orientais. Destaque-se que, em 1961, a cortina de ferro deu lugar ao Muro de Berlim, demonstrando a tensão e a divisão global da época.

- ANÁLISE DOGMÁTICA DA QUESTÃO DA IGUALDADE

Não existe uma metafísica da dogmática, tampouco uma epistemologia da dogmática. O conhecimento dogmático é essencialmente fragmentário e não se submete a uma preocupação evolutiva ou de responsabilidade histórica para a sua construção. O saber dogmático é um saber técnico propriamente dito. Ele apenas disponibiliza meios para a tomada de decisão. Neste capítulo, portanto, nos restringiremos a revisitar os conceitos dogmáticos da igualdade para, sabedores das ferramentas de que dispomos, buscarmos compreender os meios utilizados pelo Tribunal Constitucional Alemão na decisão estudada. Compreendida a opção instrumental da Corte, buscaremos inferir a opção filosófica, epistemológica e metafísica subjacente a sua decisão.

Todo acadêmico de Direito brasileiro deveria ter o dever moral de iniciar as suas reflexões pela visita à obra de Pontes de Miranda, talvez o mais ilustre jurista nacional. Em 1944, Pontes de Miranda já afirmava que o Cristianismo e os movimentos filosóficos dos últimos séculos não fazem juízo de valor quando afirmam que todos os homens são iguais; antes, trata-se de juízo de fato. Assim, parece-nos, o direito à igualdade é um fenômeno normativo declaratório e não constitutivo. Por essa razão, a igualdade orienta o ordenamento jurídico em um movimento natural de desbastar as desigualdades entre os homens (MIRANDA:1979, p.447-448). Trata-

se, por assim dizer, de uma antecipação histórica da doutrina da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Para Konrad Hesse, a igualdade jurídica estabelecida na Lei Fundamental Alemã, é garantida tanto no sentido formal como no sentido material. A igualdade formal para o autor é a igualdade diante da lei (artigo 3º, alínea I, da Lei Fundamental). Segundo essa dimensão da igualdade jurídica, a aplicação da lei não pode distinguir os destinatários, não podendo o Estado aplicar ou deixar de aplicar o direito em favor ou às custas de alguém (HESSE:2008, §430, p. 330). Na dimensão material (alínea 3 do mesmo artigo), o legislador é vinculado à igualdade jurídica também no conteúdo das normas. Veda-se o tratamento desigual de iguais. O autor destaca que a igualdade, para tanto, não se confunde com a identidade propriamente dita. Destarte, toda igualdade é uma abstração das desigualdades desconsiderando os elementos não-essenciais e considerando os elementos essenciais. Desse modo o núcleo essencial da igualdade material é considerar em relação a qual elemento os fenômenos serão considerados iguais ou desiguais (HESSE:2008, p. 330-331). Para o autor, a igualdade jurídica deve ser considerada ainda como um mandamento que orienta a sociedade quanto à realização da igualdade material no futuro. Logo, o Estado fomenta a igualdade e busca e esforça-se para a eliminação das desvantagens existentes (HESSE:2008, p. 333-334). O axioma subjacente à aplicação do princípio da igualdade pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso estudado, como vedação da diferenciação arbitrária (oposta à diferenciação fundada em critérios justos), diz respeito à referida igualdade material, pois se trata de vedação à diferenciação legislativa que contraria a razoabilidade e a proporcionalidade objetiva da situação efetiva (HESSE:2008, p. 335-338).

Para Daniel Sarmento, os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, extraída de um juízo de tripla abstração, ou seja, para o autor (fundado na doutrina de Alexy); abstraindo-se do caso concreto de aplicação do direito fundamental o sujeito do direito, o destinatário e a relação jurídica, ainda assim subsiste uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a saber, o bem jurídico em si mesmo; essa dimensão do direito, por sua vez, se irradia e influi em todo o ordenamento jurídico (SARMENTO:2004, p. 136).

Para Humberto Ávila, a igualdade possui três dimensões normativas: a) a de regra, segundo a qual é proibido o tratamento discriminatório; b) a de princípio, constituindo como fim a ser promovido o Estado igualitário; e, c) a de postulado, i.e., norma de segundo grau cujo escopo é estruturar a relação entre outros elementos normativos. O autor destaca que o princípio da igualdade é silencioso quanto aos meios e fins utilizados para igualar ou desigualar as pessoas. Assim o postulado da igualdade relaciona os elementos normativos do “critério de diferenciação” e a “finalidade da diferenciação”, buscando uma relação de congruência entre eles (ÁVILA:2009, p. 150-151).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da “Teoria Jurídica da Igualdade”, retoma a lição de Norberto Bobbio para quem, ao lado da legalidade, a igualdade é um dos dois significados clássicos de justiça. O autor ainda analisa a teoria jurídica da igualdade sob os aspectos da “igualdade perante a lei”, “as diferenciações” e as “discriminações positivas”. **A igualdade perante a lei** (isonomia), para o autor, diz respeito à preocupação liberal de estabelecer a igualdade jurídica, igualdade perante a lei, não sendo objeto da preocupação liberal a igualdade de condições de fato. A igualdade perante a lei se funda em um tripé: a igualdade do direito (existência de um único ordenamento para todos os indivíduos), a uniformidade do direito

(igualdade de tratamento, vedando a desvantajosidade no tratamento) e a proibição da discriminação (proibida a distinção por características pessoais). **As diferenciações** dizem respeito à necessidade de justiça retributiva, ou seja, a lei não pode ser completamente obtusa às diferenças fenomênicas. O autor informa que, no estado de bem-estar social, são raras as leis destinadas a todos os cidadãos. A seletividade de destinatários, a diferenciação, busca compensar desigualdades de riqueza, de educação e de amparo a vulneráveis. Para o autor, e essa definição é muito importante para o estudo do caso, é subjetivamente ilegítima a diferenciação arbitrária; é objetivamente legítima a diferenciação que se ajusta a uma diversidade fática, com juízos de adequação, razoabilidade e proporcionalidade. As **discriminações positivas**, por fim, dizem respeito à busca da igualdade de fato por meio da discriminação pessoal positiva como modo de compensação da discriminação histórica negativa. (FERREIRA, Filho:2009, p. 200-207).

Celso Antônio Bandeira de Melo, por sua vez, ao analisar o Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, conclui que há ofensa à igualdade quando: I - a norma discriminar individualmente o destinatário, desviando-se da abstração que lhe é inerente; II - quando o critério diferenciador não reside no objeto diferenciado; III - quando a disposição normativa deontológica não guarda lógica com o fator de discriminação; IV - quando a norma orienta a discriminação em sentido oposto aos interesses constitucionais; V - a interpretação da norma leva a discriminações não explicitadas na própria norma. (MELO:2011, p. 47-48). Tal entendimento, a despeito de sua inventividade analítica, não será explicado com a calma que merece; a uma, por ser de conhecimento comum e de leitura obrigatória do estudante de direito; a duas, por ser uma tentativa de limitação do conteúdo jurídico de uma norma, o que

guarda descompasso com as teorias hermenêuticas pluralistas, segundo as quais o conteúdo dos princípios deve sempre ser tido como aberto e indeterminado, só ganhando contextos determinados na peculiaridade do caso concreto (OMMATI: 2004, p. 84).

Para Bonavides, a igualdade é princípio ligado aos ditos direitos fundamentais de segunda geração. São os direitos sociais, culturais e econômicos que impõe ao Estado um dever positivo, ou seja, confere ao cidadão um direito subjetivo de exigir determinadas prestações estatais no sentido assegurar uma igual distribuição dos bens constitucionais. (BONAVIDES:2010, p. 564-565). No mesmo sentido a doutrina de J.J. Canotilho, transcrevo:

Só há verdadeira democracia quando todos têm igual possibilidade de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. (CANOTILHO: 2008, p. 252).

Essa é a melhor definição de igualdade material, o dever estatal de dar efetividade à constituição no sentido de promover a democracia por meio da justa distribuição dos bens sociais, reestruturando os processos de igual participação na polis.

- **BREVE REFLEXÃO ACERCA DO JULGADO:**

Para iniciar a análise crítica do julgado, proponho uma breve reflexão, à moda dos pensadores do início da era moderna.

Empiricamente, há notícia de pessoas que possuem uma aptidão acentuada no sentido de distinguir coisas semelhantes. No mesmo sentido, parece-nos que

existem pessoas que dispõem de uma grande facilidade de observar semelhanças em objetos que se apresentam profundamente distintos à alma.

Pensemos num alfaiate cuja aptidão profissional depende em certa medida da sua aptidão de promover reparos em ternos. Para tanto, a sua habilidade de reconhecer a qualidade e a cor dos tecidos dos ternos é imprescindível para o desenvolvimento de seu mister. Assim, um terno que para mim é apenas um terno azul de lã, para o referido alfaiate é um terno feito de um tecido de cor única e lã única. Assim, a capacidade de discernir a dessemelhança entre vários tecidos semelhantes é habilidade mais acentuada naquele alfaiate do que em mim.

No mesmo sentido, cogita-se, sem grande alarde, da existência de um grande maestro, conhecedor de toda a obra de Bach e dos demais compositores de seu tempo, ao ouvir uma obra inédita de Bach; eu que conheço ordinariamente os elementos de composição e as ferramentas sonoras do grande músico da reforma provavelmente não vou saber indicar com precisão a autoria da composição musical. Ora, a obra inédita é essencialmente dessemelhante das demais obras conhecidas, se assim não fosse não seria considerada inédita. O maestro experiente, contudo, reconhece nas cadências harmônicas, nas polifonias, nas modulações e na distribuição de vozes do coro e dos instrumentos da orquestra aquilo que há de inconfundível na obra do genial músico alemão e sem demora é capaz de dizer que essa música, apesar de ser inédita (dessemelhante, portanto), pode ser considerada como pertinente ao conjunto das obras musicais compostas por Bach. Parece-me, nesse sentido, que o maestro possui maior capacidade de encontrar o que há de semelhante dentro de um conjunto de elementos diversos do que eu.

A pergunta que baliza a reflexão é a seguinte: como e em que medida as semelhanças e as dessemelhanças residem no espírito do hermeneuta ou no objeto a ser interpretado? Digo isso porque, apontar o acerto ou o desacerto da decisão do tribunal alemão passa necessariamente pela análise do argumento central de sua decisão: existe algum gênero comum de comparação entre a profissão de parteira e a profissão de médico?

A resposta foge do exercício da razão pura. Pois, a existência/inexistência de semelhanças/dessemelhanças é uma aventura hermenêutica que envolve as aptidões pessoais do intérprete e as peculiaridade dos elementos.

Só os elementos não respondem; só os hermeneutas também não respondem. Como entender, então a postura da Corte Alemã diante desse “*trade off*”:

Trata-se do julgamento da Reclamação Constitucional de uma parteira que, ao ter completado o seu 70º ano de vida, teve a autorização para o exercício da profissão de parteira e para o estabelecimento profissional revogada pela autoridade competente. Esta se baseou no § 5 da Lei de Parteiras, promulgada a 21 de dezembro de 1938, que tinha o seguinte teor:

“O Ministro do Interior do Reich pode, depois de ouvida a Câmara [associação profissional] das parteiras do Reich, fixa um limite de idade para parteiras, como aparece no dispositivo citado da lei:

Atingida a idade limite, revoga-se o reconhecimento como parteira e a autorização de estabelecimento”.

O § 1º do quarto decreto que regulamentou essa lei prescrevia:

“Atinge-se o limite de idade para parteiras quando se completa o 70º ano de vida”.

A reclamante alegou violação de seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em conexão com a liberdade profissional (Art. 2 I c.c. Art. 12 I GG), e também do Art. 3 I GG, vez em que os profissionais médicos não teriam o mesmo tratamento, podendo realizar partos até a idade em que se considerassem capazes para tanto.

O TCF admitiu a Reclamação Constitucional, mas a julgou improcedente. Segundo o TCF, a área de proteção do Art. 2 I GG não foi tangenciada. A intervenção no Art. 12 I GG foi justificada e não houve tratamento desigual, não havendo que se falar em violação do Art. 3 I GG. Faltaria segundo o TCF, também aqui, um gênero comum de comparação (*tertium comparationis*), pois a profissão da parteira teria uma estrutura composta de elementos (*Berufsbild*) muito diversa da do médico.

Decisão (*Beschluss*) do Primeiro Senado de 16 de junho de 1959

1 BvR 71/57

No processo da Reclamação Constitucional promovida pela parteira contra a decisão do Tribunal Federal Administrativo de 22 de novembro de 1956 – IC 198, 54.

Dispositivo

A Reclamação Constitucional é improcedente.

RAZÕES:

A.

A reclamante foi, depois de ter completado 70 anos de idade em 12 de fevereiro de 1951, proibida de continuar no exercício da profissão de parteira, sendo avisada da punibilidade em caso de violação da proibição (...)

(...). Concretamente, alega a reclamante:

(...).

O Art. 3 I GG teria sido violado, uma vez que a mesma situação fática – o exercício profissional do auxílio ao parto – fora regulado em relação a médicos de maneira diversa. Sem que seja identificada uma razão objetiva e convincente para tal diferenciação, não fora estabelecido limite de idade para os médicos. Em se querendo admitir que, ao atingir 70 anos de idade, as capacidades físicas e mentais diminuam significativamente, então mais ainda deveria valer o mesmo limite de idade para os médicos, pois, embora nos trabalhos normais de parto as atuações de médicos e parteiras fossem iguais, o médico teria que agir justamente na ocorrência de complicações, tendo, no caso, uma responsabilidade muito maior. Em todo caso, ambas as situações – auxílio ao parto por parteira e por médico – não se tornariam diferentes – ao contrário – do ponto de vista do Tribunal Federal Administrativo, pelo

fato de o médico ter tido uma outra formação, pois esta não teria qualquer relação com sua capacidade física e mental.

(...).

B.

A Reclamação Constitucional é admitida.

(...).

C.

A Reclamação Constitucional é improcedente.

I. – II.² (...)

III.

Também o Art. 3 I GG não foi violado.

1. (...) Principalmente junto a uma regulamentação que – como no caso do limite de idade – se refere a toda uma categoria profissional e, já por isso, afeta toda a estrutura da profissão, pode ser observado também todo o quadro de cada profissão individualmente considerada. Isso vale quanto mais profundamente e com mais conseqüências uma regra aplicável para uma profissão tiver efeitos sobre a estrutura de outra, uma vez que ambas as estruturas são social e juridicamente muito diferentes. Somente quando, em se procedendo a uma observação tão abrangente quanto “generosa”, a obrigatoriedade do tratamento igual se tornar notória, feriria o legislador o princípio da igualdade, se regulasse uma questão em face de uma profissão de maneira diversa ao que fizera em face de outra. No entanto, normalmente tanto se presume a constitucionalidade do tratamento diferenciado, que justamente pode restar equivocado partir-se primeiramente de um “mesmo” e único acontecimento, para só então examinar se haveria, contudo, neste caso, apesar dessa “igualdade” de detalhes, desigualdade suficiente das matérias [reguladas = das duas profissões] que justificasse a omissão de tratamento igual por parte do legislador.

2. Assim ocorre no presente caso. Para o exame [de constitucionalidade] do limite de idade, outras profissões ligadas à saúde, que não a do médico, não servem a uma comparação significativa com a profissão de parteira. Embora sejam as profissões de parteira e de médicos “profissões liberais”, suas estruturas são completamente diversas. A profissão de médico desenvolveu-se como “profissão liberal” por muito tempo; os elementos de sua imagem profissional (Berufsbild) são, ainda hoje, definidos fundamentalmente por esse desenvolvimento. Eles são

² Nestes dois tópicos, foram apreciadas as outras alegações da reclamante, atemo-nos ao tópico referente à igualdade.

caracterizados por uma grande medida de responsabilidade própria e risco pessoais em matéria econômica, responsabilidade individual, sobretudo no exercício da própria profissão mesma. Queiram alguns fundamentos dessa estrutura – como por exemplo a reputação social da instrução acadêmica – não ter mais o significado de outrora, mesmo assim os elementos caracterizadores da carreira profissional em sua totalidade não se modificaram. Uma limitação de idade sem a introdução de uma aposentadoria dificilmente seria possível, pois ela alteraria a profissão em sua estrutural geral.

Os elementos caracterizadores da carreira profissional da parteira divergem consideravelmente disto: Esta profissão somente há pouco tempo, através da lei das parteiras, saiu da incidência do direito comercial, sendo instituída como profissão “liberal”, e desde o início com o propósito declarado de se introduzir um limite de idade. O risco econômico é legalmente reduzido para o tempo de atividade profissional, como para o caso da aposentadoria em razão da perda da capacidade profissional. O exercício da atividade profissional é submetido à regulamentação abrangente e profunda, que prescreve com precisão à parteira sua atuação: Um Código Disciplinar define os princípios e obriga a parteira a observar junto ao seu comportamento, até o último detalhe, um manual oficial das parteiras. Exames reiterados e o dever de freqüentar regularmente cursos de aperfeiçoamento têm o escopo de fiscalizar e fomentar os conhecimentos técnicos. Os membros dessa profissão estão completamente sujeitos à permanente fiscalização e controle, que se estende além do exercício imediato de seu ofício.

Tudo isto não é diverso apenas secundariamente da profissão de médico. Se o alcance do limite de idade retira da parteira a possibilidade de julgar quando sua capacidade em todo caso não é mais suficiente, então esta prescrição válida homogeneamente para a estrutura global da profissão de parteira seria estranha à estrutura da profissão do médico. No mínimo, corresponde melhor à sua carreira profissional deixar a cargo de cada médico o julgamento sobre a diminuição de sua capacidade e as conseqüências que daí resultarão, pois a introdução de um limite de idade não poderia ficar limitada ao serviço de parto. (...) ³

Primeiramente, vale desatacar que a Corte Constitucional Alemã pacificou em seus julgados o entendimento de que o direito geral de igualdade, de que cuida nossa investigação, vincula não apenas a aplicação do direito, mas também a criação do direito, i.e., não somente o jurista mas também o legislador (ALEXY:2011, p. 394/396).

De fato, o dilema que se põe diante da corte diz respeito ao fato de as distinções fáticas, naturais e normativas serem indispensáveis à vida em sociedade,

³ Texto extraído da Coletânea: Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão – organizada pelo professor Leonardo Martins

ao mesmo tempo em que o conteúdo material do direito geral de igualdade (todos são iguais perante a lei – art. 3º, §1º da Constituição Alemã) diz respeito à idéia vinculante de que nem toda “distinção” é legítima perante o ordenamento jurídico germânico. A pergunta que se impõe é “quais características, quais indivíduos, devem ser tratados de que forma e em que medida”. (ALEXY:2011, p. 396/398)

A jurisprudência reiterada da Corte Constitucional Alemã assentou o entendimento: “O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária” (BVerfGE 1, 14 (52) – jurisprudência reiterada. Cf. BverfGE 60, 101, 108).

A busca por um critério objetivo de “diferenciação/tratamento igual” conduz o aplicador da lei a um paradoxo. Uma vez que são infinitas as possibilidades de comparação sempre existira uma relativa igualdade fática. A distinção entre as igualdades fáticas relevantes e irrelevantes, contudo, não é um dado objetivo, como conclui Alexy: “O conceito de igualdade relevante é sedutor [...] Seu inconveniente é a impossibilidade de cumprir essa promessa de forma racional.” (ALEXY:2011, p. 405).

Assim, mediante a inexistência de um critério exclusivamente racional do conteúdo da igualdade fática, Alexy aponta para a existência de uma opção política da Corte Constitucional Alemã, no sentido de garantir, tanto quanto possível, a liberdade de conformação do legislador, admitindo portanto um conteúdo minimalista para o conceito de “distinção arbitrária”, i.e., distinção contrária ao enunciado do direito de igualdade. (ALEXY: 2011, p. 406/407).

Essa opção política da Corte traduz seu compromisso com a “enunção fraca do direito a igualdade”, que permite inferir um compromisso do judiciário com a liberdade do legislador. Nesse ponto, a Corte enfraquece materialmente a idéia de que o postulado jurídico da igualdade vincula o legislador, ponderando sua atividade nos seguintes termos: ao legislador é garantida a liberdade de distinguir, desde que a distinção não seja absolutamente arbitrária.

Nesse ponto transparece o fato de que a abordagem acerca da aplicabilidade do direito a igualdade se trata de uma decisão preponderantemente política dos guardiões da constituição, podendo ampliar ou reduzir a capacidade legislativa de distinguir. Há de se ponderar que a existência de uma divisão sadia de poderes, basilar ao princípio democrático, não prescinde de um respeito a liberdade de conformação do legislador.

Tal equilíbrio, no cenário contemporâneo brasileiro merece cuidadosa reflexão, uma vez que tanto a crise crônica de representatividade do parlamento nacional como a postura proativa da Corte Suprema apontam para um provável desequilíbrio dessa formula, com uma possível fragilização do princípio democrático.

Assim, nessas tergiversações críticas a respeito do julgado da corte Alemã, pode-se concluir apenas que se utilizaram da dogmática dominante à época para reafirmar o seu compromisso político com uma enunção mínima do conteúdo do direito a igualdade. Reafirmando o entendimento da Corte de que: Não é “tarefa do Tribunal Constitucional Federal examinar se o legislador se decidiu pela regulamentação mais justa ou mais conveniente, mas apenas se os limites extremos [traçados pelo conceito de arbitrariedade] foram respeitados” (BverfGE 17, 319,

330). (A pergunta que não é respondida pelo enunciado da famosa Corte é se existe arbitrariedade em si mesma, ou se a menção a “limites extremos” se trata apenas de uma reserva de poder a Corte no sentido de ter a aptidão de invalidar alguma norma quando o cenário político assim o exigir).

Esse entendimento político-normativo levou a Corte a afirmar que a profissão de parteira se distingue profundamente da profissão de médico.

A decisão jurídica, portanto, se mostra como uma manifestação de um compromisso político; mas que isso, a análise da igualdade/desigualdade fática também se mostra uma simples manifestação de um compromisso político. Nesse sentido, voltemos às primeiras reflexões.

Como dito, a Lei das Parteiras foi uma lei que entrou em vigor durante o Terceiro Reich, momento em que havia um consenso nacional no sentido do totalitarismo e do intervencionismo econômico. É fácil recuperar um dado histórico que justifique a diferenciação entre as profissões; pois, como visto, a profissão de parteira não gozava do mesmo prestígio científico que a profissão de médico, destacando-se, nesse sentido, o monismo do estado nazista e seu compromisso inalienável com os mitos do cientificismo.

Por assim pensar, era de se considerar que os magistrados da corte constitucional alemã fossem agir no sentido diverso, i.e., tenderiam a valer-se de sua aptidão de enxergar semelhanças para promover a igualdade dos direitos das duas profissões intimamente ligadas pela finalidade e pelo valor social, como forma de refutar o pensamento do antigo regime totalitarista. Todavia, desenganadamente, a corte constitucional alemã preservou o entendimento fixado pelo Terceiro Reich acerca da relevância da distinção entre as profissões, pergunto-me o porquê.

A resposta, parece-me (sugerindo ainda argumentos históricos de continuidade), pode estar ligada ao fato de, em 1959, a Alemanha ser o grande foco da disputa ideológica entre o comunismo e o capitalismo. A doutrina do igualitarismo era a grande bandeira do estado soviético, ao passo que a bandeira da liberdade da vontade era arvorada pelo ocidente.

É possível inferir (com os riscos inerentes às inferências) que as obtusas lentes de semelhanças da Corte foram embaçadas pela ideologia de o igualitarismo ser a doutrina de seu adversário político-filosófico. Assim, pode-se entender que o dogma da igualdade, manifestado na falta de diligência em encontrar um gênero comum entre as profissões, decorre de uma aproximação da filosofia de estado liberal-capitalista levada a efeito pela intervenção econômico-monetária dos países ocidentais aliados no ano de 1948. Havia um crença no sistema recém-implantado de que a dignidade se expressava na liberdade de optar por ser da classe dos médicos ou das parteiras, sujeitando-se as diferenças normativas decorrentes das diferenças particulares, tal como propõe a visão hegeliana da igualdade anteriormente exposta.

Caso a corte Alemã se sujeitasse a um regime econômico-político-igualitarista, como o proposto por Marx, à luz de sua visão paradisíaca do homem, a opção política seria oposta, ou seja, seria no sentido da hipertrofia das lentes da semelhança; o gênero comum de comparação saltaria tão claramente aos olhos (profissões de mesmo valor social e afeitas às mesmas finalidades) que a inconstitucionalidade da lei seria declarada de imediato.

Essa a breve reflexão proposta, passo às conclusões.

- **Conclusão:**

Da exposição realizada, salta aos olhos que a gênese da profissão de parteira e de enfermeira/obstétrica está de alguma forma ligada à diferenciação entre os saberes práticos e os institucionalizados. Nesse passo, relevante também a influência da igreja no sentido de perseguir os saberes profanos, aliada à impossibilidade de ingresso de mulheres nas faculdades, trazendo à lume a profissão das enfermeiras Krankenschwester (irmãs dos doentes). Desse modo, relevante para o entendimento da questão cultural o fato de, na Alemanha, a profissão de parteira estar intimamente ligada à submissão ao saber médico.

A Alemanha, por sua vez, no século XX, viveu momentos de assombrosas crises econômicas aliadas a movimentos de milagres econômicos. Tais milagres envolveram a hegemonia de determinadas filosofias estatais comprometidas politicamente com diferentes concepções acerca da natureza do homem.

O primeiro milagre econômico foi levado a efeito por um governo autoritário que guiava a rédeas curtas a economia e intervinha com eficiência e presteza em todas as questões do reino. Compreendiam-se os homens como ontologicamente diferentes, por raça, gênero e etnia, e instrumentalizava-se toda a ação estatal em prol de um rigoroso esforço armamentista. Parece-me que, de alguma forma, a filosofia hegemônica aproximava-se da propugnada por Nietzsche (trata-se de juízo de comparação e não de juízo histórico). Foi esse o Estado que incorporou ao ordenamento alemão a Lei das Parteiras, diferenciando-as da profissão de médico, na medida em que o Estado não tinha compromisso com a igualdade.

O segundo milagre econômico propunha uma política aparentemente liberal, com a concepção de homem como fim em si mesmo, que tem como meio de

alcançar a sua vontade subjetiva a conformação com a vontade universal. As igualdades e desigualdades eram entendidas como expressão do livre-arbítrio. A intervenção estatal para promoção da igualdade é considerada como usurpação da dignidade do indivíduo de expressar sua personalidade (vontade subjetiva) por meio de seu esforço laboral. Assim, a “igualdade material” tal como proposta pelo estado de “bem-estar” não é aceita como moralmente correta, pelo que, aparentemente, a decisão do tribunal alemão não se sustentaria no atual Estado brasileiro cuja cultura jurídica aponta para uma hipertrofia do papel do Estado como sujeito de afirmação e provisão de direitos fundamentais. Nessa linha de idéias, apesar de partirem de axiomas diferentes, o Terceiro Reich e a República Federal da Alemanha sustentaram a validade da mesma norma perante ordens constitucionais diversas.

Salta aos olhos, nesse sentido, que nenhuma das ferramentas dogmáticas é isenta das inflexões filosóficas previamente analisadas e nenhuma delas é capaz de transpor eventual compromisso político do hermeneuta. Antes, qualquer das ferramentas pode levar a qualquer das soluções. É fato que algumas ferramentas são mais eficientes para determinados fins, mas nenhuma delas é capaz de determinar qual o fim. A aplicação de construtos dogmáticos, seja qual for, será sempre mediada pela tendência subjetiva do hermeneuta de enxergar similitudes ou dessimilitudes decorrente de sua cosmovisão filosófica e dos compromissos políticos predominantes no contexto em que se encontra situado.

No entanto, queremos crer que a tendência do espírito do hermeneuta, pode ser orientada pela sua reflexão pessoal, que, por sua vez, quando consciente das influencias filosóficas e políticas dominantes/hegemônicas, pode de alguma forma buscar transcender o resultado predominante. O que assim idealizamos é a crença não racional de que o pensar é livre, e que a efetiva democracia de um projeto

político-normativo reside no quanto o Estado garante a liberdade de pensamento e de expressão.

Essa conclusão aponta, portanto, para a idéia inicial de que a prestação jurisdicional e sua efetividade, primordialmente, deve ser consciente do quanto ela conforma ou confronta a cosmovisão política e filosófica dominante, sob pena de vivermos numa sociedade em que a definição do homem envolve a sua incapacidade de se auto-determinar, o que solaparia qualquer dimensão do conceito de democracia.

Assim, a efetividade da prestação jurisdicional depende muito mais da aptidão do hermeneuta nas ferramentas filosóficas e pragmáticas do que na dogmática jurídica propriamente dita, haja vista que a retórica jurídica não transparece os seus fundamentos metajurídicos. No mesmo sentido o estudo da dogmática deve estar sempre aliado a investigação das implicações jurídico filosóficas de seus institutos.

- **Bibliografia:**

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. 1. ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

DALL`ACQUA, Fernando Maida. A reforma monetária de 1948 na Alemanha. In. Pesquisa e Planejamento Econômico, v. 20, n. I, pp. 141-160. Rio de Janeiro, abril de 1990.

FEIJO, Ricardo Luis Chaves. Uma interpretação do primeiro milagre econômico Alemão (1933-1944). In. Revista de Economia Política, vol. 29, nº 2 (114), pp. 245-266, abril-junho/2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do direito constitucional. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FLEINER-GERSTER, Thomas. Teoria Geral do Estado. Com a colaboração de Peter Hanni. Tradução de Marlene Holzhausen, revisão técnica Flávia Portella Puschel. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução de Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República da Federal da Alemanha. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

KANT, Emmanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KLEBA, Maria Elisabeth. A enfermagem na Alemanha: algumas reflexões sobre sua constituição histórica e o processo atual de profissionalização. Rev. latino-americana de enfermagem, Ribeirão Preto, v. 4, n. 3, p. 117-133, dezembro de 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRANDA, Pontes de. Democracia, liberdade, igualdade os tres caminhos. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NIETZSCHE, Friedrich. O anticristo. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.