

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONSTITUI UMA FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

LA VIOLENCIA DE GÉNERO CONSTITUYE UNA FORMA DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Alice Bianchini¹

Resumo: Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha logo surgiram questionamentos acerca da interpretação a ser dada ao art. 6º, o qual prevê que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.” A principal insurgência com o conteúdo do artigo antes transcrito foi elaborada por meio dos seguintes questionamentos: a violência contra os homens não seria, também, uma forma de violação de direitos humanos? Por qual motivo não englobar todas as categorias sexuais? A busca a tais respostas é o tema do presente artigo.

Palavras-Chave: Violência contra a mulher. Direitos Humanos. Gênero. Lei Maria da Penha.

Resumen: Con la entrada en vigor de la Ley Maria da Penha pronto surgieron cuestionamientos acerca de la interpretación a ser dada al art. 6º: “La violencia doméstica y familiar contra la mujer constituye una de las formas de violación de los derechos humanos.” La principal insurgencia con el contenido del artículo antes transcrito fue elaborada por medio de los siguientes cuestionamientos: la violencia contra los hombres no ¿sería también una forma de violación de derechos humanos? ¿Por qué no englobar todas las categorías sexuales? La búsqueda de tales respuestas es el tema del presente artículo.

Palabras Clave: Violencia contra la mujer. Derechos humanos. Género. Ley Maria da Penha.

1 INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei Maria da Penha logo surgiram questionamentos acerca da interpretação a ser dada ao art. 6º, o qual prevê que “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.”

A principal insurgência com o conteúdo do artigo antes transcrito foi elaborada por meio dos seguintes questionamentos: a violência contra os homens não seria, também, uma forma de violação de direitos humanos? Por qual motivo não englobar todas as categorias sexuais? A busca a tais respostas é o tema do presente artigo.

¹ Doutora em Direito penal pela PUC/SP, mestre em Direito pela UFSC, especialista em Teoria e Análise Econômica pela Universidade do Sul de Santa Catarina Unisul-SC e em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Foi professora do Departamento de Direito Penal da USP e do Curso de Mestrado em Direito da Uniban-SP. Leciona em diversos cursos de especialização. Integrante da Comissão Nacional da Mulher Advogada - OAB Federal. Autora de vários livros e de artigos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros, dentre eles, Lei Maria da Penha. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Autora do Curso Virtual Estude Lei Maria da Penha: mais de 100 questões criminais controvertidas (estudeleimariadapenha.com.br)

2 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E OS DIREITOS HUMANOS

Se considerarmos que todo tipo de violência fere os direitos humanos não haveria porque inserir, na Lei Maria da Penha, o disposto em seu art. 6º antes transcrito. No entanto, o que motivou sua inclusão no texto da Lei foi o propósito afirmar a importância na luta pelo fim desse tipo de violência. Essa lei não é somente da mulher que foi vítima de qualquer tipo de violência, mas da família, do Estado e da sociedade, que devem buscar a igualdade entre as pessoas e a dignidade de todos.²

Foi na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, 1993, que pela primeira vez utilizou-se a expressão “os direitos das mulheres são direitos humanos”. Pouco tempo depois, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção Belém do Pará tratou a violência contra a mulher da mesma forma. Dentre os muitos avanços representados pela Lei Maria da Penha, talvez o mais significativo seja o estabelecimento definitivo da discriminação e violência de gênero como forma de insulto aos direitos humanos.

Ao longo dos séculos, ao menos no Ocidente, o condicionamento do corpo biológico a um modelo de comportamento produziu uma série de estereótipos, levando a crenças culturais de que pessoas pertencentes a cada um dos sexos deveriam ocupar lugares sociais pré-determinados: aos homens, o espaço público; à mulher, o espaço doméstico. Essa estereotipagem contribuiu para a discriminação e a intollerância, levando à violação de direitos praticada em razão do gênero, como se verifica em condutas misóginas ou de violência.

Como bem observa Ana Lucia Sabadell, citando Frances Olsen, na civilização ocidental, predomina um sistema dualista de pensamento: racional/irracional; ativo/passivo; abstrato/concreto, sendo os primeiros identificados ao masculino, e, os segundos, ao feminino, significando “que se atribuem às mulheres características ‘inferiores’ como a irracionalidade, o sentimentalismo, a passividade. Essa é uma forma de organizar o pensamento e, conseqüentemente, as relações sociais entre indivíduos de sexos diferentes, garantindo a supremacia masculina.”³ É nesse contexto que surge o debate sobre direitos especificamente femininos.

Os direitos fundamentais, na lição de Canotilho, têm por objetivo a defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

- a) plano jurídico: implicam normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo-os, prioritariamente, de adentrar a esfera jurídica individual;
- b) plano jurídico-subjetivo: constituem o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁴

A realocação dos direitos das mulheres, elevando-o à categoria de direitos humanos, redimensiona o tema.

O equacionamento da discriminação das mulheres em termos de problemática da violação dos seus direitos permite fazer exigências em termos que a comunidade internacional já aceitava nomeadamente para alguns grupos, como, por exemplo, os grupos étnicos. Este enquadramento permite ainda encontrar uma plataforma comum para as exigências diversificadas das mulheres nos vários pontos do globo, e definir estratégias de mudança.⁵

2 SÃO PAULO. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Revista do Nudem. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Revista_viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

3 SABADELL, Ana Lucia. Manual de Sociologia Jurídica. 5. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 270.

4 CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, n. 11.340/06. 3.ed. Salvador: Podivm, 2010, p. 86-87.

5 Idem, p.116-7.

A comunidade internacional, por meio de intelectuais, artistas, ONGs e governos, tem feito pressão no sentido de estabelecer patamares civilizatórios em diversas questões, incluindo as ofensas contra as mulheres. Compreender a discriminação de gênero como insulto aos direitos humanos implica a possibilidade de os Estados tornarem-se atores atuantes na contenção desses abusos, bem como de responsabilizá-los, sejam eles perpetrados na esfera pública ou na esfera privada. Ademais, permite que se tomem as contas dos governos acerca de medidas preventivas para elidir as violações.

A mulher, tanto no Brasil, como em todas as outras partes do mundo, ainda sofre muita violência baseada no gênero. Para se ter uma ideia da dimensão do problema, citam-se algumas situações específicas, relatadas pela advogada iraniana e ativista de Direitos Humanos Shirin Ebadi⁶:

- No Irã, até poucos anos atrás, a mulher não podia ter documento de identidade. Mesmo com a permissão para documentarem-se, as mulheres seguem privadas de diversos direitos políticos e sociais, como o de dirigir automóvel;
- No Irã, as mulheres têm direito ao voto e à participação no parlamento há mais de 50 anos, mas a revolução de 1979 gerou uma nova legislação que incentiva a discriminação sexista. Se um homem e uma mulher sofrem um acidente de automóvel, o valor da indenização pago ao homem é o dobro do valor pago à mulher. O testemunho de um homem em um tribunal só será invalidado se duas mulheres o desmentirem. O homem pode se casar com quatro esposas e pedir o divórcio sem justificativas, sendo que pedidos de divórcio vindos da mulher são quase sempre negados. Para viajar, a mulher precisa de autorização escrita do marido. As leis, porém, são anacrônicas à própria cultura. A Ministra da Saúde do Irã, por exemplo, é uma mulher e, por decorrência de seu sexo, necessita de autorização de seu marido para sair do país;
- No Afeganistão, leis preveem a inserção das mulheres na sociedade, mas a cultura paternalista é mais forte do que a legislação. Mulheres são impedidas de exporem suas ideias. O Talibã, dentre inúmeros outros exemplos de coerções, queimou escolas para crianças do sexo feminino e obrigou as mulheres a usarem burca;
- A liberdade da mulher nos países islâmicos tem piorado proporcionalmente com o aumento do poder dos fundamentalistas, o qual, por sua vez, tem se fortalecido por efeito das intervenções militares ocidentais recentes, de maneira que a situação das mulheres hoje no Iraque está pior do que na época de Saddam Hussein. A ativista não culpa, porém, o Islã, pela existência destas leis discriminatórias, e sim uma particular interpretação machista e equivocada do Islã, que se articula com uma cultura paternalista tradicional dos locais. Além disso, a cultura machista é disseminada também por mulheres, as quais devem ser informadas sobre a necessidade de superá-la e como fazê-lo;
- Adiscriminação contra o sexo feminino vai além da religião, sendo uma realidade mundial que independe de país ou cultura, ainda que varie em forma e intensidade. Nos Estados Unidos, Canadá e Europa, por exemplo, as leis reconhecem a igualdade dos gêneros, mas a cultura local prevê compromissos a serem assumidos pelas mulheres, em casa e na sociedade, os quais impedem que elas desfrutem materialmente da igualdade declarada, o que pode ser medido pelo número reduzido de mulheres em cargos de poder.

Podem-se acrescentar, ainda, os seguintes episódios:

- Em setembro de 2011, Shaima, na Arábia Saudita, foi condenada a dez chibatadas por dirigir automóvel⁷. A condenação ocorreu logo após o rei Abdullah anunciar que as mulheres poderiam votar, o que deve acontecer pela primeira vez na história do país, nas eleições de 2015. Também foi o rei responsável por suspender a pena, após inúmeras manifestações ocorridas em todo o país de apoio a Shaima;

⁶ Palestra proferida em 14 de junho de 2011, em São Paulo, promovida por Fronteiras do Pensamento.

⁷ MULHER...Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/981699-mulher-saudita-e-condenada-a-dez-chibatadas-por-dirigir.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

- Agora, a heroína mirim Malala Yousufzau, do Paquistão, que descumpriu as concepções religiosas do seu país e decidiu não só estudar, mas defender que mulheres estudassem. No dia 9 de outubro de 2012, aos quatorze anos de idade, Malala foi atingida na cabeça por um tiro à queima-roupa dentro do ônibus no qual voltava da escola. Sobreviveu, recebeu o prêmio Nobel da Paz de 2014 e permanece na sua luta.⁸

As histórias acima citadas e tantas outras, sejam as conhecidas, sejam as silenciadas, indicam a necessidade de se criar instrumentos de proteção especial da mulher. Foi o que fez o Brasil quando, em 07 de agosto de 2006, editou a Lei Maria da Penha. No âmbito da América Latina, o Brasil foi o 18º país a ter uma lei de proteção integral à mulher em situação de violência doméstica ou familiar.

3 A LMP É DE AÇÃO AFIRMATIVA?

A Lei Maria da Penha, além da severa crítica ao seu art. 6º, o qual enunciou que a violência contra a mulher constituiu uma violação aos direitos humanos (conforme analisamos no item anterior), também sofreu ataques de vários autores que se manifestaram no sentido de considerá-la uma norma inconstitucional por ferir o princípio da igualdade entre homens e mulheres, insculpido no art. 5º, I, da CF, o qual prevê que:

Constituição Federal

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

No mesmo sentido, juízes e desembargadores por todo o Brasil (ainda que tenham sido exceção) trataram de declarar a LMP inconstitucional, deixando de aplicá-la na sua integralidade.⁹

Em razão da celeuma que se instalou no país, o então presidente da República Luis Inácio Lula da Silva ingressou perante o STF com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 19), buscando assentar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). O julgamento da ação deu-se em fevereiro de 2012, em conjunto com a ADI 4.424.

O STF julgou constitucionais os dispositivos da LMP questionados, afirmando que a legislação ordinária protetiva estaria em sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (CEDAW) e com a Convenção de Belém do Pará. Sob o ângulo constitucional, ressaltou-se o dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (Informativo STF n. 654, 6 a 10 de fevereiro de 2012).

Dentre as inúmeras fundamentações trazidas no *decisum* (ADI 4.424/ADC 19), ficou constando no relatório o caráter de ação afirmativa da Lei Maria da Penha.

8 LAMB, Christina; YOUSAFZAI, Malala. *Eu sou Malala*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

9 Exemplo paradigmático aconteceu na cidade de Sete Lagoas, em que o magistrado cunhou a Lei Maria da Penha de "conjunto de regras diabólicas". Em 20/11/2007, o Conselho Nacional de Justiça instaurou processo disciplinar contra o juiz para analisar se as expressões usadas em suas decisões caracterizam excesso de linguagem e infração disciplinar. O juiz impetrou mandado de segurança para o STF (MS 30320). O acompanhamento do processo pode ser consultado em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4022577>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

3.1 UMA QUESTÃO TERMINOLÓGICA: AÇÃO AFIRMATIVA OU MEDIDA ESPECIAL DE CARÁTER TEMPORÁRIO?

A questão que se coloca é exatamente essa: seria a LMP uma lei de ação afirmativa, como a definiu o STF? Ou trata-se de uma medida especial de caráter temporário, como apregoa a CEDAW, mencionada, inclusive, na própria decisão da Corte Suprema?

Ao se analisar a doutrina e jurisprudência brasileiras, percebe-se que a utilização preponderante é pela expressão “ação afirmativa”. Vejamos:

3.1.1 POSICIONAMENTO 1: A LEI MARIA DA PENHA É DE AÇÃO AFIRMATIVA

No relatório da ADC 19, reiteradas vezes, o Min. Marco Aurélio faz referência ao caráter de ação afirmativa da Lei Maria da Penha. Confira-se:

Nessa ordem de ideias, impende ter em mente o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio. STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Em outros trechos:

A discriminação afirmativa que se projeta da Lei Maria da Penha se faz acompanhar de razão que, na exata medida em que se presta a compensar a discriminação de fato cuja existência reconhece, a justifica.” STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal. A adoção das ações afirmativas é o resultado de uma releitura do conceito de igualdade que se desenvolveu desde tempos remotos. Na clássica obra Aristotélica ‘A Política’, o filósofo já ponderava que “A primeira espécie de democracia é aquela que tem a igualdade por fundamento. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade significa que os ricos e os pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção.” STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Sou das que compartilham do entendimento de que a Lei Maria da Penha inaugurou uma nova fase no iter das ações afirmativas em favor da mulher brasileira, consistindo em verdadeiro microsistema de proteção à família e à mulher, a contemplar, inclusive, norma de direito do trabalho. A Lei 11.340/2006, batizada em homenagem a Maria da Penha, traduz a luta das mulheres por reconhecimento, constituindo marco histórico com peso efetivo, mas também com dimensão simbólica, e que não pode ser amesquinhada, ensombrecida, desfigurada, desconsiderada. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo. STF, ADC 19/DF, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 09/02/2012.

Na doutrina, tem-se, dentre outros, o posicionamento de Miranda:

Aplica-se a Lei Maria da Penha as políticas referentes às **ações afirmativas**, que tem como fito à promoção de oportunidades iguais para vítimas de discriminação, porém não abrangem indivíduos, e sim os grupos a que pertencem, ou seja, negros, mulheres, idosos, destinando-se a igualar em condições esses grupos em desvantagens, conforme os preceitos constitucionais. [...] À guisa de conclusão, na órbita do ordenamento jurídico pátrio, a lei em comento foi elaborada para proteger a mulher, isto posto, o tratamento concedido às mulheres não afronta o princípio

da igualdade, pois se trata de **ação afirmativa** que tem como objetivo reparar injustiças sofridas pelas mulheres e que violam os direitos humanos. Em suma, A Lei nº 11.340/06 protege a família, pois a prática de tal violência traz consequências não só para as mulheres, mas também para sua família e à sociedade em geral.¹⁰

3.1.2 POSICIONAMENTO 2: A LEI MARIA DA PENHA CARACTERIZA-SE POR CRIAR MEDIDAS ESPECIAIS DE CARÁTER TEMPORÁRIO

A Convenção para Eliminação de todas as formas de Discriminação sobre a Mulher (CEDAW), no seu art. 4º, citada no preâmbulo e no art. 1º da Lei Maria da Penha, determina que:

- Medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerarão discriminação;
- De nenhuma maneira a utilização de tais medidas especiais implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais;
- Essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados.

Na atualidade, nem toda discriminação é proibida ou desvalorosa para o ordenamento jurídico. Um exemplo de discriminação positiva é a Lei Maria da Penha. Ela constitui-se em um critério de equiparação desigual igualitário e representa uma das medidas apresentadas pelo Estado para permitir que ocorra o aceleração da igualdade de fato entre o homem e a mulher, circunscrita aos casos de violência doméstica e familiar, já que o alcance da Lei é limitado.

Há outras ações nesse sentido previstas na legislação brasileira, destacando-se a lei de cotas políticas. De acordo com a Lei 9.504/97, 30% dos candidatos registrados devem pertencer a um dos sexos.

A máxima *tratar os iguais de modo igual, e os desiguais de modo desigual* representa um reconhecimento de que os indivíduos que se estabeleceram no mundo em condições desiguais não podem, por mera declaração de vontade, obter condição de vida igual equivalente aos que gozam de vantagem, sejam elas quais forem. Daí a necessidade de discriminações positivas ou ações positivas, consubstanciadas em políticas públicas que objetivem concretizar materialmente o discurso relevante, porém vazio, de igualdade, com o objetivo de mitigar os efeitos das discriminações que heranças de costumes passados insistem em manter no presente, sem nenhum argumento ético que as justifiquem.

As medidas especiais de caráter temporário previstas na Lei Maria da Penha são destinadas ao empoderamento das mulheres, a partir da diminuição das desigualdades sociais, políticas e econômicas.

Por serem excepcionais e por preverem sérias restrições de direitos (como é o caso da maioria das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha), a aplicação dos instrumentos de discriminação positiva só se justifica em situações muito relevantes (princípio da proporcionalidade). É que, ao mesmo tempo em que de um lado se alargam garantias (em relação à vítima: garantia da vida, da integridade física e psicológica etc.), de outro se limitam direitos (concernentes ao réu: liberdade de ir e vir, presunção da inocência, direito ao contraditório etc.).

É assentado o entendimento de que

Direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. [...] Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.¹¹

10 BARCA, Marcelo. Disponível em: <<http://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/13658428zz8/a-legalidade-do-tratamento-diferenciado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-a-luz-do-ordenamento-juridico-patrio>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

11 MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

A Lei Maria da Penha é, ao mesmo tempo, protetiva de direitos de mulheres e restritiva de direitos de agressores. Decorrentemente, sua aplicação somente se justifica em razão das circunstâncias muito específicas que envolvem a violência de gênero: brutalidade, institucionalização da violência, frequência, reiteração, permanência, intimidação e índices elevadíssimos.

Aplica-se, aqui, o princípio da proporcionalidade, já que o comum, dramático e de consequências gravosas é a violência do homem contra a mulher. A mulher agredida não se encontra em igualdade de condições com o agressor. Há uma vulnerabilidade, mesmo que transitória, ou seja, enquanto durar o estado de agressão, ainda que iminente.

As peculiaridades da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como os números absurdamente elevados, clamam pela utilização de instrumentos eficazes e enérgicos, mesmo que, para tanto, tenham-se que se sacrificar, em condições específicas, direitos, garantias e liberdades.

Dentro desta perspectiva, somente as vítimas de violência doméstica e familiar baseada no gênero (art. 5º) ou aqueles (homens ou mulheres) que estejam nas situações elencadas no inciso III do art. 313 do CPP, com as alterações trazidas pela Lei 12.403/11 (criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência), ou nas condições mencionadas na Lei 9.807/99 (vítimas coagidas ou expostas à grave ameaça em razão de colaborar com a investigação ou processo criminal) possuem amparo específico, já que em relação a tais pessoas há motivações particulares que, por conta de sua especial vulnerabilidade (vulnerabilidade situacional), justificam um tratamento também diferenciado, ainda que com a consequência de restringir direitos, garantias e liberdades fundamentais do acusado.

No caso da violência contra a mulher, “ao confirmar a inexistência real da igualdade a nível internacional e em muitos países democráticos são estabelecidas medidas de ação positiva para corrigir as situações desequilibradas como consequência de práticas ou sistemas sociais discriminatórios”¹², da qual a Lei Maria da Penha é um ilustre exemplo.

Entendemos mais correto esse segundo posicionamento. Apesar da grande similitude dos dois institutos (ações afirmativas e medidas especiais de caráter temporário), a Lei Maria da Penha constitui uma representação do segundo deles. Isso pelo fato de que, como o seu próprio nome diz, as medidas especiais possuem caráter temporário, enquanto as ações afirmativas têm natureza permanente.

A distinção entre uma e outra noção foi aclarada pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW. De acordo com o Comitê, a expressão ação afirmativa não faz parte da linguagem utilizada nos tratados internacionais de direitos humanos, ficando reservado, o seu uso, para a doutrina e o direito interno de alguns países. Confira-se¹³:

130. O Comitê vê com preocupação que o Estado-Parte [referindo-se ao Brasil] utilize a expressão “medidas positivas” para descrever algumas de suas medidas orientadas a eliminar a discriminação e que não a utilize para descrever medidas especiais de caráter temporário orientadas a acelerar a igualdade.

131. O Comitê recomenda que o Estado-Parte [referindo-se ao Brasil], ao formular as políticas para conseguir a igualdade entre os gêneros, não apenas elimine a discriminação, mas que, de conformidade com o parágrafo 1º do artigo 4º da Convenção, adote medidas especiais de caráter temporário para acelerar o processo orientado a conseguir a igualdade.

12 ESCOBAR CIRUJANO, Ana; QUINTEROS, Andrés, SÁNCHEZ GAMONAL, Sara Belén; TANDÓN RECIO, Bárbara. In: PEREZ VIEJO, Jesús M., HERNÁNDEZ, Ana Montalvo (Coord.). Violencia de género, prevención, detección y atención. Madrid: Grupo 5, 2011, p. 31.

13 Nações Unidas - Informe do Comitê para a eliminação da Discriminação contra a Mulher - 28º período de sessões (13 a 31 de Jan. de 2003) 29º período de sessões (30 de Junho a 18 de Julho de 2003). Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/recomendacoes-cedaw-traduzido-e-revisado-26-12-03.doc>>. Acesso em: 26 dez. 2003.

É exatamente a temporalidade das medidas especiais que constituem o seu traço característico. Elas são destinadas a acelerar a igualdade de fato. Alcançados os objetivos que justificaram a sua criação, devem ser cessados os seus efeitos.

Para Vásquez,

Isto resulta muito compreensível quando se pensa na superação de discriminações históricas como a racial e a das mulheres, as quais é possível esperar – ao menos teoricamente – sua total erradicação no futuro. Porém se se consideram outras medidas, como as que se adotam com relação a pessoas cegas ou portadoras de deficiências físicas, dificilmente podem ser consideradas como *medidas especiais temporárias*, ao menos que se acredite ou se aspire que no futuro não venham a existir pessoas cegas ou com deficiência física.¹⁴

A autora cita como exemplo de ação afirmativa para as mulheres, a licença pós-parto, informando que tanto as ações afirmativas quanto as medidas especiais de caráter temporário podem ser consideradas como as únicas exceções que o direito internacional dos direitos humanos autoriza frente à primazia do princípio da igualdade, em seu sentido formal.¹⁵

Ainda de acordo com Vásquez,

A justificação mais consistente para as normas especiais ou diferenciadas se encontra na aplicação direta da obrigação geral de *garantia dos direitos sem discriminação*. Nela são encontrados os fundamentos das medidas que se adotam tendo em conta a realidade dos diversos grupos humanos que, portanto, não podem entender-se como 'vantagem' que se outorgam a grupos socialmente desvantajados.¹⁶

4 OS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS MENCIONADOS NO ART. 1º DA LEI MARIA DA PENHA

Já em seu preâmbulo e no seu artigo inicial, a Lei Maria da Penha cita importantes instrumentos internacionais de Direitos Fundamentais que lhes dão embasamento:

- a) Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW e;
- b) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Belém do Pará.

Tratam-se dos dois mais importantes instrumentos internacionais de direitos humanos que alcançam as mulheres brasileiras. Eles foram elaborados no âmbito da ONU e decorrem de um sistema de proteção dos direitos humanos com jurisdição global entre os estados-membros.

Ambos os documentos internacionais evidenciam que a violência contra a mulher, no âmbito público ou privado, constitui uma grave violação aos direitos humanos e limita total ou parcialmente o exercício dos demais direitos fundamentais. Mencionam, ainda, que a violência baseada no gênero reflete relações de poder historicamente desiguais e assimétricas entre os sexos.

14 TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. Femicídio/Feminicídio. Buenos Aires: Didot, 2014, p. 163.

15 Idem, p. 164.

16 idem, p. 165.

A violência contra as mulheres “apenas foi reconhecida formalmente como violação de direitos humanos na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, no ano de 1993, a partir disso os países-membros da ONU e as organizações da sociedade civil têm se dedicado a encontrar maneiras de erradicar esse tipo de violência”¹⁷, o que inclui a elaboração de documentos internacionais como é o caso dos citados no preâmbulo e no art. 1º da Lei Maria da Penha.

Tais documentos não possuem status constitucional no Brasil, por não terem sido recepcionados com o procedimento previsto no §3º, do art. 5º, da CF. Têm, no entanto, caráter supralegal.¹⁸

4.1 ALGUMAS INFORMAÇÕES SOBRE CADA UM DOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS ANTES MENCIONADOS

4.1.1 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – CEDAW, DE 1979

- Fruto da I Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em 1975, no México;
- Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia das Nações Unidas, em 18 de Dezembro de 1979;
- Assinada pelo Brasil, em Tóquio, no dia 31 de março de 1981;
- Aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo 93/1983, com ressalvas;
- Entrou em vigor no Brasil em 02.03.84.
- Promulgada pelo Presidente da República, por meio do Decreto 89.460/1984, com as mesmas ressalvas constantes do Decreto Legislativo.
- Suas ressalvas foram retiradas em 2002, pelo meio do Decreto 4.377.

Seu art. 2º exalta a todas as Nações do Mundo, membros da Organização das Nações Unidas, o que se segue¹⁹:

Artigo II. Os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, e com tal objetivo se comprometem a:

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proibam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;

17 SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Revista_viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

18 Idem.

19 BRASIL. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4377-13-setembro-2002-476386-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Quando aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, em 1984, continha inúmeras reservas, que diziam respeito ao direito de família, devido à incompatibilidade com a legislação interna pautada pela assimetria entre os direitos do homem e da mulher no nosso país.

Apesar de a Constituição de 1988 ter incluído, dentre os direitos fundamentais, a igualdade entre os sexos (art. 5º, I), tais reservas somente foram retiradas em 2002, por meio do Decreto 4.377/202, o qual determinou que a Convenção “será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.”

A CEDAW foi o primeiro tratado internacional que dispôs amplamente sobre os direitos humanos das mulheres, propondo duas frentes de trabalho: promover os direitos da mulher na busca da igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra as mulheres nos Estados-parte.

Como bem menciona Jubilut,

Tal Convenção se insere no advento da teoria de gênero e busca garantir proteção específica às mulheres, à qual devem se acrescer todos os direitos humanos assegurados de modo geral. Trata-se, assim, de se atentar para as particularidades das mulheres, e de sobretudo buscar gerar igualdade real, e não apenas formal entre elas e os homens.²⁰

De acordo com o relato de Silvia Pimentel²¹, adoção da CEDAW

Foi o fruto de décadas de esforços internacionais visando à proteção e à promoção dos direitos das mulheres em todo o mundo. Resultou de iniciativas tomadas dentro da Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW, sigla em inglês) da Organização das Nações Unidas (ONU), órgão criado dentro do sistema das Nações Unidas, em 1946, com o objetivo de analisar e elaborar recomendações para a formulação de políticas aos vários países signatários da Convenção, visando ao aprimoramento do status da mulher.

Baseada em provisões da Carta das Nações Unidas – que afirma expressamente os direitos iguais de homens e mulheres – e na Declaração Universal dos Direitos Humanos – que estabelece que todos os direitos e liberdades humanos devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem distinção de qualquer natureza – a Comissão preparou, entre os anos de 1949 e 1962, uma série de tratados que incluíram: a Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952); a Convenção sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas (1957); e a Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Esses tratados tinham por objetivo visavam a proteção e a promoção dos direitos da mulher nas áreas em que esses direitos fossem considerados particularmente vulneráveis pela Comissão.

Em 1965, a Comissão empenhou-se nos preparativos para o que viria a se tornar, em 1967, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher. Esta Declaração incluía em um único instrumento legal padrões internacionais que articulavam direitos iguais de homens e mulheres. A Declaração, entretanto, não se efetivou como um tratado. Apesar de sua força moral e política, ela não estabeleceu obrigações para os Estados.

Em 1972, a Comissão sobre a Situação da Mulher considerou a possibilidade de organizar um tratado que conferisse força de lei à Declaração. Essa proposta foi impulsionada pelo Plano Mundial de Ação, adotado pela Conferência Mundial do Ano Internacional da Mulher, das Nações Unidas em 1975. Esse Plano pedia uma Convenção para a Eliminação da Discriminação

20 JUBILUT, Lílilana. Combate...Disponível em: <<http://lilianajubilut.jusbrasil.com.br/artigos/121940395/o-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-da-onu>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

21 Texto baseado na apresentação da professora Silvia Pimentel, presidente do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (Comitê CEDAW da ONU), publicada no livro Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres, Heloisa Frossard (org.), SPM-PR, 2006. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/convencao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher-cedaw-1979/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

contra a Mulher, com procedimentos efetivos para sua implementação. Este trabalho também foi impulsionado pela Assembleia Geral, que declarou o período 1976-1985 a Década das Nações Unidas para a Mulher.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi adotada pela Assembleia Geral em 1979. Na resolução de adoção da Convenção, a Assembleia Geral demonstrou expectativas de que ela entrasse em ação em curto prazo.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Belém do Pará, de 1994.

- Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos no dia 6/06/1994;
- Entrou em vigor no plano internacional em 3/03/1995;
- Aprovada pelo Decreto legislativo 107, de 31/08/1995;
- Ratificada pelo Brasil no dia 27/11/1995;
- O Governo brasileiro depositou a Carta de Ratificação do instrumento multilateral em epígrafe em 27 de novembro de 1995, passando o mesmo a vigorar, para o Brasil, em 27 de dezembro de 1995;
- Promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto 1.973, de 1/08/1996.

4.1.2 A CONVENÇÃO BELÉM DO PARÁ ESTABELECEU COMO DEVERES DOS ESTADOS²²:

Capítulo III - Deveres dos Estados

Artigo 7º. Os Estados Membros condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

Parágrafo 1. Abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação.

Parágrafo 2. Atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher.

Parágrafo 3. Incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso.

A Convenção Belém do Pará integra o âmbito do sistema regional de direitos humanos, conduzido pela Organização dos Estados Americanos - OEA.

Apesar de o Estado brasileiro ter ratificado a Convenção de Belém do Pará logo após a sua adoção pela ONU, ou seja, em 1995, uma das obrigações a que se comprometeu (a de incluir em sua legislação normas específicas sobre o combate a violência contra a mulher), somente veio a acontecer onze anos depois, com a edição da Lei Maria da Penha (2006). Há, ainda, quem entenda que o compromisso só foi cumprido por conta da condenação que o Brasil sofreu na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso 54/01, em que foi demandante Maria da Penha Maia Fernandes. Os detalhes do caso serão trazidos a seguir.

²²BRASIL. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1973-1-agosto-1996-435655-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

4.1.3 RECOMENDAÇÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA NO CASO 54/01 – MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES

Maria da Penha Maia Fernandes ingressou, em 2001, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – sistema especial de proteção dos direitos humanos – em busca do reconhecimento da tolerância da República Federativa do Brasil em tomar as providências cabíveis no intuito de processar e punir o seu então esposo, por duas tentativas de homicídio perpetradas contra ela e que tinham ocorrido há mais de 15 anos. As agressões sofridas por ela ocasionaram, inclusive, paraplegia irreversível.

Em razão da tolerância do Brasil em promover o processo dos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que é um órgão internacional responsável pela análise de violação de acordos internacionais.

A Comissão da OEA condenou o Estado brasileiro pela excessiva tolerância em promover a perseguição do crime praticado com violência à mulher e recomendou reforma no sistema legislativo com o desígnio de simplificar os procedimentos existentes bem como inserir novas formas para a resolução de conflitos (Relatório 54/01, Caso 12.051, de 4/04/01 - Maria da Penha Maia Fernandes).

A Comissão recomendou ao Brasil, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no país”, particularmente, dentre outras: “simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo.”²³

A violência contra a mulher, infelizmente, ainda nos dias de hoje, está marcada intensamente por um traço de prevaletimento, o qual, por muito tempo, foi sustentado, e legitimado, por tratamento jurídico que dava ao homem direitos e benefícios não extensíveis às mulheres.

Um bom exemplo do que se afirma vem do Direito Constitucional brasileiro: a despeito de nossas constituições sempre agasalharem, em seu interior, a máxima “todos são iguais perante a lei”, sendo que quase a totalidade delas proibiu, expressamente, qualquer distinção em razão, dentre outros, de critérios baseados no sexo, foram convalidadas e criadas inúmeras leis elaboradoras de diferenças, contrariando, assim as disposições constitucionais. Somente com a Carta de 1988 é que mulheres e homens, no Brasil, galgaram a igualdade jurídica. A isonomia de fato, entretanto, ainda não foi alcançada. No Brasil, dois séculos ainda separam mulheres e homens da igualdade²⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de que avanços possam ser operados com mais agilidade foram criados instrumentos jurídicos (nacionais e internacionais), todos no sentido de estabelecer o direito das mulheres à não violência como categoria merecedora de uma proteção especial.

E o que tem de tão diferente na violência contra a mulher que não se encontra presente quando a vítima é do sexo masculino e que faz com que sejam necessários instrumentos especiais (nacionais e internacionais) de proteção? É que, ao contrário da violência contra os homens, a violência contra as mulheres encontra-se legitimada socialmente, mesmo que cada vez menos. Ainda persistem práticas discrimina-

23 OAS. Para ver o relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

24 Ver a pesquisa completa em: <<http://m.folha.uol.com.br/asmiais/2015/09/1675183-no-ritmo-atual-fim-da-desigualdade-entre-homens-e-mulheres-demorar-240-anos.shtml>>. Acesso em: 20 mar, 2018.

tórias que colocam a mulher em situação de inferioridade a respeito dos direitos e liberdades essenciais. Esse é um tema de especial importância, principalmente quando se verifica que as práticas discriminatórias levam às práticas violentas e vice-versa.

A violência, independentemente se dirigida contra o homem ou contra a mulher, não deve ser tolerada. Embora mais homens do que mulheres sejam vítimas, quando o tema refere-se ao âmbito doméstico, a situação se inverte, por conta das inúmeras especificidades que marcam a violência doméstica e familiar contra a mulher: convivência, afeto entre as partes, filhos em comum, interesses patrimoniais, vulnerabilidade, dependência econômica, machismo, etc. Estas particularidades exigem um tratamento especial, singularizado, bem como justifica a intervenção do Estado na intimidade da família.

O Estado brasileiro, ao ratificar documentos internacionais de proteção à mulher, assumiu, no plano internacional, o compromisso de adotar medidas internas para garantir os direitos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares. A fim de cumprir com tal obrigação, planos, metas e estratégias foram estabelecidos, bem como, e principalmente, foram implementadas ações (políticas públicas).

É nesse contexto que surge o debate sobre direitos especificamente femininos - ou melhor, sobre direitos historicamente não reconhecidos - e a criação de instrumentos internacionais que criam condições de se superar a contínua discriminação contra as mulheres.

Os direitos das mulheres são indissociáveis dos direitos humanos: não há que se falar em garantia universal de direitos sem que as mulheres, enquanto humanas e cidadãs, tenham seus direitos específicos respeitados. Tal afirmação é corolário do princípio da igualdade, que determina não poder a lei fazer qualquer distinção entre indivíduos, o que inclui a distinção entre os sexos ou entre os gêneros.

Não obstante os avanços surgidos, contudo, ainda é relevante o tratamento jurídico diferenciado para homens e mulheres, sobretudo em consequência dos muitos anos de desigualdades materiais e formais. Enfim, o que se espera é que se consubstancie, de fato, a incorporação de novos comportamentos e a construção de outros contextos culturais nos quais seja desnecessária a determinação legal de respeito a direitos, sejam de mulheres, sejam de homens, e que a dignidade da pessoa não dependa de sexo, gênero ou orientação sexual, mas que decorra, exatamente, da igual condição humana.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”**, n. 11.340/06. 3. ed. Salvador: Podivm, 2010.

ESCOBAR CIRUJANO, Ana; QUINTEROS, Andrés, SÁNCHEZ GAMONAL, Sara Belén; TANDÓN RECIO, Bárbara. In: PEREZ VIEJO, Jesús M., HERNÁNDEZ, Ana Montalvo (Coord.). **Violencia de género, prevención, detección y atención**. Madrid: Grupo 5, 2011.

JUBILUT, Liliana Lyra. **Combate a violência...** Disponível em: <<http://lilianajubilut.jusbrasil.com.br/artigos/121940395/o-combate-a-violencia-contra-a-mulher-no-ambito-da-onu>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

LAMB, Christina; YOUSAFZAI, Malala. **Eu sou Malala**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MIRANDA, Marcelo Barça Alves de. **Legalidade...** Disponível em: <<http://marcelobarca.jusbrasil.com.br/artigos/136584288/a-legalidade-do-tratamento-diferenciado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica-a-luz-do-ordenamento-juridico-patrio>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAÇÕES UNIDAS - Informe do Comitê para a eliminação da Discriminação contra a Mulher - 28º período de sessões (13 a 31 de Janeiro de 2003) 29º período de sessões (30 de Junho a 18 de Julho de 2003). Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/assuntos/acoes-internacionais/Articulacao/articulacao-internacional/recomendacoes-cesdaw-traduzido-e-revisado-26-12-03.doc>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FORNTEIRAS DO PENSAMENTO. Palestra proferida em 14 de junho de 2011. em São Paulo, 2011.

OAS. Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>> 20 mar. 2018.

PIMENTEL, Sílvia. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/convencao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-discriminacao-contra-a-mulher-cesdaw-1979/>> Acesso em: 20 mar. 2018.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

TOLEDO VÁSQUEZ, Patsili. **Femicídio/Feminicídio**. Buenos Aires: Didot, 2014.