

**A INFLUÊNCIA DO FATOR GÊNERO NAS DECISÕES DO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL BRASILEIRO: (DES)PROTEGENDO OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DAS MULHERES**

**THE INFLUENCE OF GENDER FACTOR IN INTER-AMERICAN HUMAN
RIGHTS SYSTEM AND THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT: (DES)
PROTECTING THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN**

Ana Maria D'Ávila Lopes¹
Lorena Costa Lima²

RESUMO

Séculos sob a opressão de normas discriminatórias comprovam como o preconceito de gênero contra a mulher influencia a teoria e a prática do Direito. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva evidenciar a presença da discriminação de gênero na atividade jurisdicional brasileira, em especial no Supremo Tribunal Federal, a partir da análise comparativa com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de forma a identificar as diferenças na aproximação da proteção dos direitos fundamentais das mulheres. Com esse objetivo, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental na doutrina, legislação e jurisprudência nacional e internacional. Os principais resultados foram: a) é imprescindível reconhecer que o Direito não é neutro, mas a sua elaboração, implementação e aplicação são influenciadas pelos parâmetros discriminatórios da concepção machista de gênero, que relega a mulher a um segundo plano na sociedade; b) nas decisões proferidas pelos órgãos do SIDH, observa-se o reconhecimento do impacto diferenciado produzido pelo fator gênero nas situações de violação dos direitos das mulheres; c) nas decisões do STF confere-se especial proteção à mulher não em atenção à histórica discriminação de gênero por ela sofrida, mas pelo papel familiar que a sociedade lhe designa: o de mãe e esposa. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal produz jurisprudência que reforça a vulnerabilidade e a estereotipação do feminino, contribuindo para perpetuar a discriminação de gênero contra as mulheres, em lugar de

¹ Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro Efetivo da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (PQ2/CNPq)

² Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista de Iniciação Científica CNPq (PIBIC/CNPq).

combatê-la. Perante essa realidade, a jurisprudência do SIDH apresenta-se como valiosa fonte argumentativa a ser seguida por nosso Judiciário em prol da efetiva garantia dos direitos fundamentais das mulheres.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero; Mulheres; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Supremo Tribunal Federal; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Centuries of oppression under the rules as discriminatory prove gender bias against women influenced the theory and practice of law. In this context, this work aims at identifying the presence of gender discrimination in the Brazilian judicial activity, especially in the Supreme Court, from the comparative analysis with the Inter-American System of Human Rights, in order to show the differences in approach of protection women's fundamental rights. With this objective, we carried out bibliographical and documental research on national and international doctrine, legislation and case law. The main findings were: a) it is essential to recognize that the law is not neutral, but its creation, implementation and application parameters are influenced by discriminatory sexist conception of gender that relegates women to second place in society, b) in decisions made by organs of the ISHR, there is recognition of the differential impact factor produced by gender in situations of violation of women's rights, c) the decisions of the Supreme Court gives special protection to woman if not in mind the historical gender discrimination by they suffered, but the family role that society assigns to her: mother and wife. We conclude that Supreme Court jurisprudence produces and reinforces the stereotyping of feminine vulnerability, helping to perpetuate gender discrimination against women, rather than fight it. Facing this reality, the jurisprudence of the ISHR presents itself as a valuable source of argumentation to be followed by our Judiciary in favor of effective guarantee of the women's fundamental rights.

KEY-WORDS: Gender; Women; Inter-American Human Rights System; Supreme Federal Court; Fundamental Rights

INTRODUÇÃO

O Direito não é axiologicamente neutro, mas é dotado de forte carga valorativa, reforçando, muitas vezes, as construções sociais erigidas em torno de conceitos discriminatórios, como a discriminação de gênero contra a mulher.

Nesse contexto, o presente trabalho visa evidenciar a presença da discriminação de gênero na atividade jurisdicional brasileira, em especial no Supremo Tribunal Federal, a partir da análise comparativa com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de forma a mostrar as diferenças na aproximação da proteção dos direitos das mulheres.

Com essa finalidade, inicialmente serão apresentadas algumas breves considerações sobre o fator gênero e sua influência na construção e aplicação do Direito.

Posteriormente, algumas linhas gerais sobre a estrutura e organização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos serão expostas, para, depois, passar a analisar duas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e uma pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, serão analisadas três decisões do Supremo Tribunal Federal, quais sejam o Habeas Corpus nº 106.212/MS, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, ocasião na qual serão apontadas perspectivas de atuação da Corte Suprema em face da proteção dos direitos das mulheres.

Dessa forma, demonstrar-se-á a fragilidade das linhas de atuação do Supremo Tribunal Federal em face da proteção dos direitos fundamentais das mulheres ao justificar a defesa da mulher a partir da defesa da instituição familiar, confundindo tais demandas e, ademais, reforçando papéis sociais construídos que corroboram a discriminação de gênero. Por conseguinte, apontar-se-á a utilização da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como uma possibilidade para a superação das deficiências de interpretação da nossa Corte Suprema, a fim de que se coadune com a norma constitucional que preconiza a igualdade entre homens e mulheres.

1. A INFLUÊNCIA DO FATOR GÊNERO NO DIREITO

O Direito não é apenas norma, mas é também prática discursiva que age no meio social, tanto como instrumento para legitimar o poder daquele que domina, quanto como mecanismo regulador dos comportamentos humanos (LOPES et al., 2008).

El derecho es un discurso social y, como tal, dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en un cierto momento y lugar (RUIZ, 2000, p. 21).

Desse modo, resulta inegável a influência dos valores e dos interesses pessoais do operador do Direito na elaboração das normas (Legislativo), na implementação das políticas públicas (Executivo) e na solução dos conflitos jurídicos (Judiciário), assim como também é incontestável que o Direito tem sido utilizado como instrumento de dominação e regulação/manipulação de comportamentos.

Nesse contexto, determinado setor do Feminismo tem se dedicado a analisar a influência do fator gênero no Direito. Para López Medina, o Feminismo talvez seja a forma mais séria e natural de analisar como *o que eu sou* influencia na prática do profissional do Direito,

Es la manera más natural de examinar cómo mis propios deseos de gratificación trabajan en mi experiencia y estructuran mi manera de entender y actuar en el mundo. El *feminismo* es, si quieren, uno de los pocos temas que permiten que los abogados hagamos auto-inspección y con ello que auto-inspeccionemos al derecho (LÓPEZ MEDINA, 2000, p. 22).

Três são os principais enfoques sobre a relação gênero-Direito apontados pelo Feminismo (SMART, 2000):

a) “o Direito é sexista”: segundo esse enfoque, o Direito ao distinguir homens e mulheres, colocou a mulher em situação de desvantagem ao inviabilizar sua independência econômica, exigindo-lhe, por exemplo, a autorização do marido para trabalhar fora de casa, ou ao lhe julgar a partir de padrões comportamentais patriarcais (“mulher honesta”), negar-lhe igualdade de oportunidades (restringindo-lhe o exercício de direitos políticos), e ao ignorar os danos sofridos quando esses pudessem prejudicar os homens (estupro em uma relação conjugal).

Apesar de, sob essa perspectiva, não ser possível negar que o Direito é sexista, trata-se de um posicionamento criticado pela sua superficialidade, haja vista propor apenas a reforma das leis como meio para superar a discriminação enfrentada pelas mulheres, ignorando que o Direito não é apenas texto, sendo impossível construir um ordenamento jurídico imune ao gênero, à medida que é impensável uma cultura sem comportamentos feminismos ou masculinos.

No entanto, Carol Smart explica que, apesar de superficial, a proposta não é simplista,

No se piense que el argumento es, en modo alguno, simplista. Está encuadrado dentro de diversos grados de sofisticación, que van desde aquellos que sugieren que la introducción de un lenguaje neutral con respecto al género nos libra de los problemas de diferenciación y, por lo tanto, de discriminación (por ejemplo, referirse al cónyuge en vez de esposa o a la figura parental en vez de a la madre), hasta quienes estiman que la discriminación es parte de un sistema de relaciones de poder que es necesario

enfrentar antes de que el sexismo pueda ser *extraído* de él (SMART, 2000, p. 35).

De qualquer forma, o máximo que se conseguiria aplicando essa proposta (igualar as mulheres aos homens nos textos normativos) seria um Direito andrógeno e não um Direito justo;

b) “o Direito é masculino”: a visão do Direito como masculino parte da constatação de que a maioria dos operadores do Direito (legisladores, administradores públicos, juízes, advogados, etc.) são homens, o que provoca, conseqüentemente, que os valores arraigados nas normas jurídicas sejam masculinos.

Diferente do sexismo, que se limita a questionar os enunciados normativos como fonte da discriminação de gênero; para este segundo posicionamento, o problema existe também na aplicação das normas.

Assim, embora um texto normativo seja aparentemente objetivo ou neutro em relação ao gênero, a discriminação continuará enquanto a maioria que o aplique seja homem.

O problema deste posicionamento é considerar os homens como uma categoria unitária, além de correlacionar valores masculinos aos homens, persistindo no erro do determinismo biológico, polarizando a discussão em uma relação conflitual de “todos os homens contra todas as mulheres”, e ignorando que alguns valores masculinos também estão presentes nas mulheres, assim como alguns valores femininos estão presentes nos homens.

Por outro lado, fatores como idade, raça, condição econômica, nível de instrução etc. são ignorados por esse posicionamento, fragmentado a realidade na qual o Direito age.

c) “o Direito tem gênero”: a diferença entre este posicionamento e a do Direito como masculino é sutil, sem, no entanto, deixar de ser crucial.

Compreender que “o Direito tem gênero”, em lugar de afirmar que o Direito é sexista ou é masculino, leva-nos a perguntar como o gênero opera no Direito e como este, por sua vez, contribui na construção social do gênero, e na identidade masculina ou feminina de homens e mulheres.

O Direito, inquestionavelmente, encontra-se impregnado de valores masculinos, conforme o defendido pelos dois posicionamentos anteriores, só que, para esse terceiro posicionamento, a presença do gênero masculino nas normas não necessariamente deve

ser interpretada como uma forma de sempre favorecer o homem ou de sempre prejudicar a mulher.

Para Jaramillo (2000, p. 31), introduzir o gênero como fator que influi na estruturação da sociedade permite que os homens de carne e osso deixem de ser sempre os principais centros do ataque feminista, e as mulheres de carne e osso deixem de ser sempre as vítimas.

Nesse contexto, afirmar que o “direito tem gênero” permite compreender que o problema da discriminação contra as mulheres não se soluciona apenas modificando os textos das normas, mas impende também mudar o sistema de valores dos que aplicam essas normas. Nessa linha, Sofía Harari e Gabriela L. Pastorino afirmam que

La ley por sí misma, no elimina las desigualdades, por mucho y muy frecuentemente que las señale y condene. El trabajo se debe realizar también sobre el sistema de valores de los magistrados y los funcionarios judiciales, para eliminar todo resabio sexista (HARARI; PASTORINO, 2000, p. 146).

Portanto, é necessário, em primeiro lugar, reconhecer o gênero como fator que tem contribuído na construção de uma sociedade hierarquizada, na qual as mulheres têm sido relegadas a um segundo plano. Em segundo lugar, impende reconhecer que as construções discriminatórias do gênero masculino e feminino encontram-se presentes tanto nos homens como nas mulheres. Por último, é imprescindível reconhecer que o Direito não é neutro, mas é influenciado pelos valores daqueles que o criam e o aplicam.

A presença do fator gênero não apenas nos enunciados normativos, mas também a sua influência exercida naqueles que aplicam o Direito pode ser claramente conferida analisando comparativamente as decisões proferidas no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal, conforme será seguidamente apresentado.

2. O FATOR GÊNERO NAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) foi instituído pela Organização dos Estados Americanos (OEA), acompanhando o processo de universalização dos direitos humanos, iniciado após a Segunda Guerra Mundial (OEA, *on line*).

Assim, em 1948, foi adotada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, constituindo o primeiro documento dessa natureza no mundo.

Com a finalidade de promover a observância dos direitos humanos contidos nessa Declaração, criou-se, em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Dez anos mais tarde, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos, entrando em vigor apenas em 1978. Na Convenção, ampliaram-se as competências da CIDH e criou-se a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Ambas as instituições atuam conjuntamente na defesa e na promoção dos direitos humanos nas Américas.

A CIDH possui sede em Washington, D.C, estando composta por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da OEA de uma lista proposta pelos Estados-membros. Tais membros atuam de forma pessoal, isto é, não representam nenhum governo.

Dentre as principais competências da CIDH, podem citar-se as de receber, analisar e investigar, inclusive *in locu*, petições individuais de violações aos direitos humanos. Compete também à Comissão, remeter os casos à jurisdição da Corte, emitir relatórios sobre o cumprimento dos direitos humanos na região e recomendar aos Estados-membros a adoção de medidas para a melhor proteção desses direitos.

Já a Corte IDH, com sede em São José da Costa Rica, encontra-se composta por sete juízes naturais dos Estados-membros da OEA, eleitos entre os juristas da mais elevada reputação e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos.

A Corte IDH tem competência para julgar o Estado-membro que violar os direitos humanos previstos na Convenção, proferindo sentença judicial motivada, obrigatória, definitiva e inapelável (CARVALHO, 1998, p. 91-92).

Ao longo das décadas da sua existência, o SIDH tem se destacado no panorama mundial por defender e promover o pleno respeito dos direitos humanos, devendo salientar-se sua relevante contribuição em prol da igualdade das mulheres, conforme explicitado nas três seguintes decisões.

2.1. Caso Miguel Castro Castro vs. Peru

O contexto no qual se desenrolou o caso Miguel Castro Castro vs. Peru remonta à Operação Mudanza 01, realizada entre os dias 6 e 9 de maio de 1992 na cidade de Lima. O objetivo da operação era transferir 135 mulheres da unidade prisional de Miguel Castro Castro para a unidade prisional de segurança máxima de Chorrillos. Na operação, ao menos 42 internas faleceram, 175 foram feridas e 322 foram submetidas a tratamento cruel, desumano e degradante.

O desenrolar do caso demonstra que, na verdade, a referida operação mascarava a intenção das autoridades estatais de eliminar as 135 mulheres, acusadas de terrorismo, que participariam da transferência de unidade prisional (Corte IDH[a], *on line*).

Nesse diapasão, o presente caso se tornou o primeiro em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos examinou uma denúncia em que se utilizou conjuntamente da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida Convenção de Belém do Pará; ou seja, foi a primeira oportunidade em que a Corte pôde debruçar-se sobre uma demanda em que constavam questões de gênero.

Nessa perspectiva, a decisão da Corte, proferida em 25 de novembro de 2006, destacou o impacto diferenciado da situação de violência ocasionado nas vítimas, em comparação aos homens, destacando condutas violentas que, em face do fator gênero, foram dirigidas especificamente a elas, a fim de tornar a violência mais eficaz, afetando-as com maior intensidade. Assim, a Corte IDH reconheceu que: "las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres; algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres" (pár. 223, Corte IDH[a], *on line*).

A Corte IDH considerou que a nudez forçada a que foram impelidas as vítimas, a inspeção íntima feita a elas por homens, assim como a desatenção às três mulheres grávidas, eram violações muito mais graves em face de todo o cenário de violência.

Por oportuno, observe-se parte do voto do Juiz Sergio García Ramírez,

Por supuesto, cuando me refiero a derechos y libertades de las mujeres estoy aludiendo a dos sectores en ese universo de protección jurídica: a) por una parte, aquellos que comparten, sin salvedad ni distinción, con los varones: derechos generales; y b) por otra parte, aquellos que se relacionan en forma directa y exclusiva --o casi exclusiva-- con la condición de mujeres que tienen sus titulares. En este último sector se impone la adopción de medidas especiales que reconozcan características propias de las mujeres --ejemplo evidente es la protección previa y posterior al parto-- y que restablezcan, introduzcan o favorezcan la igualdad entre varones y mujeres en ámbitos en los que éstas se han encontrado en situación desfavorable frente a aquéllos por consideraciones culturales, económicas, políticas, religiosas, etcétera. (CORTE IDH[a], *on line*)

Desta feita, verifica-se a atenção dada pela Corte às violações diante de uma perspectiva que visualiza a discriminação de gênero como fator que intensifica o sofrimento, merecendo reparações específicas que se coadunem com o impacto diferenciado da violência contra a mulher, na sua condição social de desvantagem em relação ao homem.

2.2. Caso González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México

O caso do “Campo Algodonero” refere-se à denúncia ajuizada pela CIDH perante a Corte IDH, objetivando a condenação do Estado do México pelo desaparecimento e morte das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Os homicídios contavam com características de mutilação de seios e genitálias, o que caracterizou sobremaneira a violência de gênero (Corte IDH[b], *on line*).

Ademais, acentuou-se na denúncia que os funcionários do Estado que deveriam ter se empenhado na investigação dos crimes, diminuíram a relevância dos fatos devido a percepções discriminatórias contra as mulheres, pelas quais, inclusive, remeteram a culpa às próprias vítimas, em face da sua forma de vestir, comportar ou por estarem desacompanhadas quando do momento do crime (Corte IDH[b], *on line*).

A Corte concluiu que os referidos homicídios não se resumiram a fatos relacionados à mera violência contra três pessoas, mas à violência contra três mulheres em razão do fator gênero, que reflete padrões sociais de subordinação feminina. Destarte, a Corte entendeu que o Estado do México violou o dever de não-discriminação, exposto no artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte utiliza-se do conceito de “gênero” para fundamentar sua decisão, senão vejamos: “el estereotipo de género es una “pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente” (pár. 401, Corte IDH [b], *on line*). Asseverando, por outro lado, que “la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer” (pár. 401, Corte IDH[b], *on line*).

2.3. Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil

Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de inúmeras agressões, bem como de duas tentativas de homicídio por parte do seu ex-marido. Atualmente, Maria da Penha sofre de paraplegia irreversível em virtude das agressões sofridas. O Estado Brasileiro foi condenado pela omissão na proteção dos direitos da vítima, vez que, por mais de quinze anos, nenhuma medida efetiva para processar e condenar o agressor fora tomada, apesar das diversas denúncias efetuadas (CIDH, *on line*).

Quanto à responsabilização do Estado Brasileiro no Caso Maria da Penha, além da obrigação de indenizar à vítima, foi exigida a adoção de medidas, tais como: “4. Continuar y profundizar el proceso de reformas que eviten la tolerancia estatal y el

tratamiento discriminatorio respecto a la violencia doméstica contra las mujeres en Brasil. En particular la Comisión recomienda: a. Medidas de capacitación y sensibilización de los funcionarios judiciales y policiales especializados para que comprendan la importancia de no tolerar la violencia doméstica;” (CIDH, *on line*).

Verifica-se a mudança de paradigma que traz a Comissão com tais recomendações, haja vista abandonar a histórica concepção da violência doméstica como um problema privado (LOPES et al., 2008). Com a responsabilização do Estado brasileiro, as mulheres, que por muito tempo sofreram a opressão masculina, têm hoje a possibilidade de reivindicar judicialmente seus direitos.

Destaque-se outra das medidas determinadas pela CIDH (*on line*):

e. Incluir en sus planes pedagógicos unidades curriculares destinadas a la comprensión de la importancia del respeto a la mujer y a sus derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará, así como al manejo de los conflictos intrafamiliares

Observe-se que a CIDH condenou o Brasil não apenas a reparar à vítima, mas também a modificar sua legislação e adotar medidas de discriminação positiva, no intuito de reeducar a sociedade para a aceitação da diferença, considerando que a discriminação de gênero é uma construção social que não se reverte tão somente com a reforma das leis, mas, principalmente, na mudança do que está culturalmente arraigado na mentalidade social (LOPES; LIMA, 2011).

O Estado brasileiro foi bastante influenciado pela decisão da CIDH no caso *Maria da Penha vs. Brasil*, tanto é que, após o referido pronunciamento, a problemática passou a ser um tema de grande discussão no ordenamento jurídico pátrio, tendo, inclusive, sido criada uma lei específica para combater a violência doméstica contra a mulher (Lei nº 11.340/2006). Após poucos mais de onze anos da sobredita decisão, são claros seus efeitos sociais, culturais e jurídicos na sociedade brasileira.

3. O FATOR GÊNERO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal (STF) não acumula vasta jurisprudência no que tange aos direitos fundamentais das mulheres. Não obstante, foram selecionados três julgados atuais que adentram a temática, a fim de que possam ser visualizados os argumentos quando da fundamentação das decisões, verificando-se, assim, a atuação da Corte Suprema em face das demandas de gênero.

O primeiro julgado selecionado é referente ao Habeas Corpus - HC n° 106.212/Mato Grosso do Sul, de 24/03/2011 (STF[a], on line), em favor de indivíduo que fora denunciado em virtude de contravenção penal relativa à prática de “vias de fato” por ter desferido tapas e empurrões em sua companheira, sendo condenado a quinze dias de prisão, o que fora substituído por pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade, aplicando-se o art. 41 da Lei n° 11.340 de 2006 e, por conseguinte, sendo afastada a incidência da Lei de Juizados Especiais (Lei n° 9099/1995).

A fundamentação da decisão pauta-se no pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei n° 11.340/2006, que prescreve: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995” (BRASIL, *on line*). Nesse passo, destaque-se que a Lei n° 9099/1995, conhecida como Lei de Juizados Especiais, apresenta um procedimento mais célere, mais simplificado e que não está preso ao rigor do formalismo, apresentando, por isso, uma compressão procedimental.

No seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio afirmou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n° 11.340/2006, aportando-se sobre dois fundamentos precípuos, quais sejam a proteção à família (art. 226 §8º, CRFB/1988 - “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”) e a assertiva de que a definição de infração de menor potencial ofensivo sujeito à Lei dos Juizados Especiais foi apenas uma opção política do legislador.

A posição do Relator foi seguida pelos demais Ministros, merecendo atenção a fundamentação referente ao art. 226, §8º, da CRFB/1988, o qual foi reiteradamente destacado. Senão, vejamos, extrato do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

O que fez o legislador ordinário no artigo 41? Retirou esse tipo de crime praticado contra a mulher no âmbito doméstico daquele rol de crimes considerados de menor potencial ofensivo. O legislador ordinário diz o seguinte: **são crimes de maior potencial ofensivo, exatamente porque atingem um dos valores mais importantes da Constituição, que é justamente a proteção da família.** O artigo 226, caput, diz: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (STF[a], *on line*) (grifo nosso).

Por outro lado, observe-se parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa:

Vejo que as previsões da lei buscam proteger e fomentar o desenvolvimento do núcleo familiar sem violência, impedindo que, sob o manto da família e da intimidade, seja imposta uma submissão física, econômica e psicológica à mulher com a consequente limitação da sua liberdade. **Isto, sim, desconfigura o conceito de família, protegido constitucionalmente, e**

conduz ao surgimento de um núcleo social de poder patriarcal que se auto excluiria da obediência ao ordenamento jurídico (STF[a], *on line*) (grifo nosso).

Por fim, o HC n° 106.212/MS foi julgado improcedente, sendo declarada a constitucionalidade do art. 41 da Lei n° 11340/2006, fundamentando-se, precipuamente, na importância de proteger à mulher como uma forma de resguardar o núcleo familiar.

A segunda decisão refere-se ao posicionamento do STF acerca da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n° 19 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n° 4424, cujas decisões foram proferidas em 09.02.2012 (STF[b], *on line*).

A ADC n° 19 foi ajuizada pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, objetivando-se confirmar a constitucionalidade dos artigos 1°, 33 e 41 da Lei n° 11.340/2006. São eles:

Art. 1° Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.

Art. 41 - Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 2006).

Por sua vez, a ADI n° 4424 foi ajuizada pelo então Procurador Geral da República, com a finalidade de que fosse dada interpretação conforme à Constituição os dispositivos 12, I; 16 e 41 da Lei n° 11.340/2006 para que os crimes de violência doméstica fossem considerados crimes de ação penal pública incondicionada, não necessitando da representação da vítima para que fosse promovida a ação penal.

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada; [...]

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação

perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Art. 41 - Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 2006).

A ADC nº 19 foi julgada procedente por unanimidade e a ADI nº 4424 pela maioria dos votos, tendo apenas 01 (um) voto discordante. O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto do Relator, que decidiu pela procedência da ação, sendo verificáveis as motivações que basearam a decisão (STF[b], *on line*). Veja-se:

Uma Constituição que **assegura a dignidade humana (art. 1º, III)** e que dispõe que o Estado **assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram**, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações (art. 226, § 8º), não se compadece com a realidade da sociedade brasileira, em que salta aos olhos a alarmante cultura de subjugação da mulher. A impunidade dos agressores acabava por deixar ao desalento os mais básicos direitos das mulheres, submetendo-as a todo tipo de sevícias, em clara afronta ao princípio da proteção deficiente (Untermassverbot) (grifo nosso).

Não há dúvida de que as três decisões sobreditas representam um avanço no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem procedido à interpretação das normas com a finalidade notória de garantir uma maior proteção às mulheres face seu papel no âmbito familiar, e não devido à sua condição de seres humanos historicamente discriminados.

Essas decisões que, a priori deveriam garantir direitos e compensar desigualdades, traduzem uma construção social discriminatória, baseada em critérios sexistas. Com efeito, veem-se nos votos que compõem as decisões retromencionadas diversas menções que justificam a proteção a mulher em virtude de seu papel no seio familiar. Observe-se o voto do Ministro Ayres Britto:

E proteger as mulheres é mais do que **proteger as mulheres, é proteger as crianças, com quem as mulheres têm muito mais afinidade**, identidade, intensidade de afetos, comportando-se perante seus filhos como se eles fossem crias, e como se elas fossem verdadeiras lobas, como se diz, tradicionalmente, numa linguagem literária. **As mulheres dão a vida pelos seus próprios filhos, sem qualquer pestanejamento, sem qualquer hesitação** (STF[b], *on line*) (grifo nosso)

Nesse ínterim, Lopes e Lima (2011, p. 299) ao discorrer sobre a discriminação de gênero, apontam a construção social que se criou em torno do “feminino”:

La buena mujer, la mujer honesta es la que sale de la casa de los padres para directa e únicamente casarse, tener hijos y cuidar siempre de ellos y del marido, porque es femenino ser madre, ser esposa. El hombre es el permanente cazador, el conquistador, el guerrero, el luchador, porque masculino es acumular riqueza y poder para cuidar de la familia y de su sustento.

Nessa perspectiva, é cediço que um dos aspectos cruciais na luta histórica contra a discriminação de gênero é a superação da visão patriarcal que reduz a mulher ao papel de mãe e de esposa. A valorização da mulher não pode depender da sua função familiar nem social, mas da sua condição de ser humano e da dignidade que dela decorre.

CONCLUSÃO

O presente trabalho partiu da premissa de que a falta de efetividade dos direitos fundamentais das mulheres é consequência da influência do fator gênero que permeia a tarefa criadora, implementadora e interpretativa do Direito.

Assim, nas três decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas, observou-se que a preocupação com a defesa da mulher confundiu-se com a defesa da instituição familiar, que, não obstante se tratar de matéria incontestavelmente legítima, não traduz os avanços no que toca aos direitos fundamentais das mulheres. Verifica-se que as decisões baseadas precipuamente na proteção à família denotam que as medidas de proteção não são direcionadas à mulher pelo fato de ser mulher, mas pelo papel familiar ao qual é designada, olvidando-se a atenção que se deveria dirigir à superação da discriminação de gênero propriamente dita.

Dessa sorte, é patente que o discurso adotado pela nossa Corte Suprema, apesar de apresentar avanços no trato da violência doméstica, continua se baseando em fundamentos que ratificam a vulnerabilidade e a estereotipação do feminino, assim como corroboram com a desigualdade de repartição do ônus do projeto familiar, o qual é primordialmente delegado à mulher, reforçando, ainda que indiretamente, a desigualdade entre homens e mulheres que se perpetua pela história.

A questão ganha especial relevo quando da constatação de que não se pode ignorar a repercussão da fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, vez que orientam a interpretação dos juízes de primeiro grau, os quais lidam com um maior volume de demandas que envolvem as questões de gênero.

Nesse contexto, faz-se necessária a utilização de novos parâmetros interpretativos, podendo o Supremo Tribunal Federal recorrer à jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que é marco referencial na proteção e promoção dos direitos das mulheres por ter reconhecido o gênero como um fator que agrava ainda mais a violação de direitos quando as vítimas são mulheres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 ago. 2012.

CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CIDH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informa no. 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Fernandes. Brasil – 4 de abril de 2001*. Disponível em: [HTTP://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm](http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm). Acesso em: 09 maio 2012.

CORTE IDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - Corte IDH (a). *Penal Castro Castro Vs. Perú; Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C. No. 160.

_____ (b). *González e outras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de Noviembre de 2009. Serie C No.205.

JARAMILLO, Isabel Cristina. La crítica feminista al derecho. In: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

HARARI, Sofía. PASTORINO, Gabriela L. Acerca del género y el derecho. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

LOPES, Ana Maria D´Ávila et al. Gênero: fator de discriminação na teoria e prática dos direitos fundamentais das mulheres. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC, Fortaleza*, v.28, p.15-34, jan/jun-2008.

LOPES, Ana Maria D´Ávila; LIMA, Martônio Mont´Alverne Barreto. Discriminación de género contra la mujer en Brasil: La decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Maria da Penha. In: CULLETO, Alfredo; MAUÉS, Antonio; TOSI, Giuseppe; ALENCAR, Maria Luiza; WEYL, Paulo (org.). *Direitos Humanos e Integração Latino-americana*. Porto Alegre: Entrementes, 2011.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Introducción. Feminismo para hombres. In: WEST, Robin. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2000.

OEА - ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *O que é a CIDH?* Disponível em: <<http://www.cidh.org/comissao.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

RUIZ, Alicia. La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

SMART, Carol. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, Haydée (comp.). *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos, 2000.

STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (a). *Habeas Corpus Nº 106.212/Mato Grosso do Sul de 24/03/2011*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em 18 jun. 2012.

____(b) *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424 de 09.02.2012.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4424LF.pdf>> Acesso em 18 jun. 2012.