

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS II**

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Livia Gaigher Bosio Campello – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-600-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS II

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Salvador, Bahia, entre os dias 13 e 15 de junho de 2018, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na coordenação das apresentações do GT " Direito Internacional dos Direitos Humanos II ", pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem este livro, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas aos direitos humanos, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

André Pires Gontijo traz em “Julgamentos Exortativos como Instrumento do Exercício do Controle Abstrato de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” um estudo que investiga os julgamentos exortativos da Corte IDH como um dos meios de promover o exercício do controle abstrato de convencionalidade no plano internacional. O artigo busca demonstrar a influência da Corte no plano internacional via construção jurisprudencial, com o fim de proteger os direitos humanos.

No artigo intitulado “Por um planeta mais Justo: a busca por uma igualdade no mercado de trabalho entre homens e mulheres” as autoras Paula Isabel Nobrega Introine Silva e Iranice Gonçalves Muniz trazem informações atuais da Organização Internacionais do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, além das fundamentações filosóficas e jurídicas sobre questões que envolvem as políticas de gênero.

No estudo proposto por Grazielle Lopes Ribeiro e Aloísio Alencar Bolwerk no artigo “Os Processos Migracionais, a Governança dos Deslocamentos Transnacionais e o papel da FAO como coadjuvante no enfrentamento de questões migratórias” delineadas as formas dos deslocamentos humanos, a categorização dos seres que implementam o movimento, os desafios e as violações de direitos a que são submetidos durante a jornada migratória. Analisados os recursos dispendidos pelos estados no desenvolvimento de políticas direcionadas a blindar suas fronteiras das entradas descontroladas.

Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro e Diego Fonseca Mascarenhas em “Análise dos Julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos em torno da Liberdade de Expressão” analisam as decisões da Corte IDH em três tópicos: as dimensões da liberdade de expressão, princípio da legalidade, funcionários públicos e pessoas públicas, concluindo que liberdade de expressão e democracia são diretamente relacionadas.

Os autores Junia Gonçalves Oliveira e Eloy Pereira Lemos Junior no artigo “Os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos” buscaram a conceituação e a análise da importância das empresas transnacionais, trazendo o foco para os Princípios Orientadores das Nações Unidas e apontando, por fim, um prospecto futuro para a proteção de tais direitos.

Em “Os Direitos da Mulher à luz do Sistema Universal de Proteção e o Potencial Integrador dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos”, as autoras Cristina Grobério Pazó e Lara Santos Zangerolame Taroco, apresentam os principais tratados internacionais relacionados a proteção aos direitos das mulheres, em especial a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com vistas a analisar, a partir de pesquisa bibliográfica, como estes tratados são recepcionados e como essas normas internacionais podem influir na conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, as autoras Micaella Carolina de Lucena e Livia Gaigher Bosio Campello analisam os desafios na proteção dos aquíferos transfronteiriços e ressaltam o seu regime jurídico internacional e regional no contexto da crise hídrica que assola o mundo, sendo inclusive verificada no Brasil no artigo intitulado “A Crise Hídrica, Direitos Humanos e a Proteção dos Aquíferos Transfronteiriços no contexto internacional e regional.”

Na sequência, o tema "Da Convenção nº 169 da OIT à ressignificação dos direitos humanos indígenas nas constituições latino americanas" foi abordado por Adson Kepler Monteiro Maia e Saulo de Medeiros Torres, tendo a globalização como fundo para análise da interculturalidade, povos indígenas, conflitos e relações com o Estado.

Já sobre "Direitos humanos internacionais, direito à água e saneamento" os autores Priscilla Perez Goes e Bruno Torquete Barbosa examinaram o direito à água no contexto da realização do desenvolvimento sustentável, a necessidade de regulamentação e o direito de acesso a esse recurso por todos os seres humanos.

Por sua vez, os autores Filipe Augusto Silva e Leandra Chaves Tiago trouxeram o tema da "Execução extrajudicial como grave violação dos direitos humanos e crime contra a humanidade" enfatizando a execução extrajudicial como uma grave violação de Direitos Humanos ou ainda como crime de lesa-humanidade e analisando as repercussões jurídicas a partir desta teoria.

O tema da educação foi debatido por Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso e Leticia Mirelli Faleiro Silva Bueno no texto intitulado "A importância do direito à educação para a consecução do desenvolvimento sustentável em contextos de emergência", no qual merece destaque a ênfase atribuída às medidas para assegurar a inclusão e ampliação de acesso à educação que foram colocadas como meios para pacificação social, segurança e preservação da saúde dos indivíduos.

O artigo que trata sobre "A garantia do mínimo existencial no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos: os casos paraguaios sobre direitos coletivos territoriais dos povos indígenas" foi elaborado por Pablo Ronaldo Gadea de Souza que estudou casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre direitos coletivos territoriais dos povos indígenas, mais especificamente os Casos das Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya e Xákmok Kásek.

Em seguida o texto acerca dos "Refugiados ambientais no contexto do direito internacional e dos direitos humanos: deveres do Estado e das instituições" foi apresentado por Gina Vidal Marcilio Pompeu e Ana Carla Pinheiro Freitas, que exploraram o tema da proteção dos direitos dos refugiados ambientais como dever institucional em âmbito internacional e local.

Finalmente, uma análise sobre "A prova e sua valoração pela corte interamericana de direitos humanos" foi apresentada pelos autores João Paulo Kulczynski Forster e José Eduardo Aidikaitis Previdelli, que questionam o sistema de valoração da prova adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir da análise de alguns de seus julgados.

Nossas saudações aos autores e autoras e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado à reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello – UFMS

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior – UIT

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS DIREITOS DA MULHER À LUZ DO SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO E O POTENCIAL INTEGRADOR DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

WOMEN'S RIGHTS UNDER THE UNIVERSAL PROTECTION SYSTEM AND THE INTEGRATING POTENTIAL OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES

Cristina Grobério Pazó ¹

Lara Santos Zangerolame Taroco ²

Resumo

O tratados internacionais de direitos humanos podem influir decisivamente no ordenamento jurídico interno, principalmente no que diz respeito ao combate à desigualdade de gênero e as circunstâncias de vulnerabilidade em que se encontram as mulheres. Considerando essa potencialidade, o presente estudo tem por objetivo apresentar os principais tratados internacionais relacionados a proteção aos direitos das mulheres, em especial a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com vistas a analisar, a partir de pesquisa bibliográfica, como estes tratados são recepcionados e como essas normas internacionais podem influir na conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, Tratados internacionais de direitos humanos, Proteção dos direitos da mulher, Igualdade de gênero

Abstract/Resumen/Résumé

International human rights treaties can have a decisive influence on the internal legal order, particularly in the fight against gender inequality and the vulnerability of women. Considering this potential, this study aims to present the main international treaties related to the protection of women's rights, especially the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, with a view to analyzing, from a bibliographical research, how these treaties are received and how these international norms can influence the conformation of the Brazilian legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Convention on the elimination of all forms of discrimination against women, International human rights treaties, Protection of women's rights, Gender inequality

¹ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora Pro Tempore do Curso de Direito da Universidade Federal do Sul da Bahia.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Teoria Crítica do Constitucionalismo (CNPq). Advogada.

INTRODUÇÃO

Os sucessivos acontecimentos históricos diagnosticaram a necessidade de transpor fronteiras para viabilizar a ampla e devida proteção aos direitos humanos. A saber, principalmente em função das catástrofes da Segunda Guerra, inaugurou-se um período de reflexão global, um repensar das estruturas estatais as quais se encontravam demasiadamente cerradas, a fim de iniciar a estruturação de um sistema internacional capaz de assegurar e promover a proteção dos direitos humanos.

Aos poucos, foi possível vislumbrar a progressiva aderência dos Estados aos preceitos internacionais protetores dos direitos humanos, elaborados essencialmente pela Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945. O Brasil inseriu-se nesse cenário, essencialmente, pós-constituição de 1988, período em que se deu a redemocratização. Ainda que nos anos pretéritos o país tenha se comprometido internacionalmente com alguns tratados, em virtude das turbulências políticas vividas durante as décadas de 60, 70 e boa parte de 80, não se verificou, em diversas situações, verossimilhança entre os tratados internacionais assinados e a própria postura do Estado em sua atuação interna e externa.

A pergunta que frequentemente resulta da interação do ordenamento jurídico brasileiro com os tratados internacionais de direito humanos é como se dá a interpenetração desses dois âmbitos, o nacional e o global, principalmente no que diz respeito ao status normativo dos diplomas internacionais recepcionados. Em função disso, trata-se de temática de primeira ordem para o presente estudo abordar o lugar dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos – doravante TIDH –, na medida em que esse status contribui diretamente para a compreensão dos juristas a respeito do assunto.

Nesse cenário, cumpre destacar que os principais documentos internacionais de tutela dos direitos humanos há muito proclamam a igualdade de todos. Não obstante, tal igualdade tem permanecido meramente formal, sendo árdua a tarefa de transformá-la em igualdade real entre mulheres e homens, principalmente quando se constata que a construção histórica dos direitos humanos sempre ocorreu com a exclusão da mulher e o reforço de ideologias patriarcais. Essa vulnerabilidade, advinda de um modelo de sociedade patriarcal, afeta diretamente o cumprimento dos direitos humanos e tanto por isso não pode ser vista de soslaio.

Portanto, o devido enfrentamento das circunstâncias que propiciam a situação de vulnerabilidade de mulheres, atrelado ao combate à desigualdade de gênero é essencial para o combate da discriminação contra a mulher e conseqüente proteção dos direitos humanos, razão

pela qual é temática objeto de preocupação de várias instâncias internacionais. Considerando esse cenário, o presente estudo objetiva apresentar os principais tratados internacionais relacionados a proteção aos direitos das mulheres, em especial a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, com vistas a analisar, a partir de pesquisa bibliográfica, como estes tratados são recepcionados e como essas normas internacionais influem na conformação do ordenamento jurídico brasileiro.

1 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO PÓS-GUERRA E A ABERTURA PARA OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS (TIDH) NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, juntamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (VIEIRA, 2002, p.45), de 1948, marcaram a origem do Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquanto ramo do Direito Internacional Público. Esse, diferente das demais vertentes do Direito Internacional, assume um caráter especial, pois não busca somente “disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estado, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes” (COMPARATO, 2010, p.67).

Nesse ponto, cumpre aludir a importante distinção entre o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Tratam-se de dois sub-ramos do Direito Internacional Público, que se complementam, pois objetivam a proteção do ser humano (PIOVESAN, 2010, p.15). Cabe incluir, ainda, o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) como o terceiro componente desta subdivisão. No entanto, o que os dissemelha é que o DIH volta sua aplicação para períodos de ocorrência de conflitos armados, sendo que essa vertente tratou de elevar a nível internacional a questão da proteção humanitária em casos de guerra, bem como a necessidade de uma sistematização jurídica do emprego da violência nos conflitos (SCHAFRANSKI, 2003, p.39).

O intento maior do DIH é impor limites a atividade dos países beligerantes, podando a atuação e a autonomia desses Estados durante os conflitos armados internacionais e não internacionais. Já o DIDH “incumbe a proteção do ser humano em todos os aspectos, englobando direitos civis e políticos e também direitos sociais, econômicos e culturais” (RAMOS, 2016, p. 148), tanto nos tempos de paz quanto nas situações de guerra.

O DIDH é um sistema normativo que “engloba procedimentos e do qual fazem parte instituições desenvolvidas para implementar e promover o respeito aos direitos do homem no cenário mundial” (SCHAFRANSKI, 2003, p.41), sendo assim, em última análise, essa importante ramificação almeja garantir o próprio exercício dos direitos humanos. Quanto ao Direito Internacional dos Refugiados (DIR), este opera na proteção do refugiado, em todos os aspectos que compreendam o reconhecimento desta condição, entrada e saída do local de residência.

Como defende André de Carvalho Ramos (2016, p.148), a relação desses ramos é de constante interação e “identidade e convergência”, voltada sempre para a maior proteção dos direitos humanos. Tanto por isso, o autor destaca o Direito Internacional dos Direitos Humanos como único ramo com vertentes para temas específicos, quais sejam: refugiados e humanitário. Dessa forma, vê-se o importante papel que essa ramificação do Direito Público desempenha para a afirmação dos direitos humanos, em um cenário de permanente (re)construção e necessário diálogo – e abertura – do direito nacional.

Nesse contexto, o sistema universal de proteção dos direitos humanos (sistema ONU) agregou complexidade a sua organização com o transcurso dos anos, não se limitando à Carta Internacional dos Direitos Humanos. O Brasil inseriu-se no cenário de proteção dos direitos humanos no pós-constituição de 1988, período em que se deu a redemocratização. Nesse sentido, a Constituição não se manteve indiferente ao crescente destaque da internacionalização dos direitos humanos, estabelecendo mecanismos que possibilitaram um constante processo de abertura (BONIFÁCIO, 2008, p.45).

Ainda que nos anos anteriores o Brasil tenha se comprometido internacionalmente com alguns tratados, em virtude das turbulências políticas vividas durante as décadas de 60, 70 e boa parte de 80, não se verificou, em diversas situações, verossimilhança entre os preceitos assinados e a própria postura do Estado em sua atuação interna (CANÇADO TRINDADE, 2000, p. 34). Nesse passo, cumpre destacar que a Constituição Federal de 1988 foi marco jurídico responsável por propiciar, dentre outros avanços, a (re)democratização do Estado Brasileiro, bem como inúmeras conquistas humanistas e democráticas foram anunciadas pelo presente texto, revelando o comprometimento com a observância dos direitos fundamentais, pressuposto essencial para a consolidação de um legítimo Estado Democrático de Direito.

A instituição de uma Carta Magna fundada em tais preceitos rompe com a conjuntura estabelecida pelo regime autoritário militar instalado em 1964 (TELES; SAFATLE, 2010, p.56), o qual consagrou mecanismos que legitimavam ações pautadas na ilegalidade e no desrespeito à dignidade da pessoa humana. Assim, o fim do período anterior e a promulgação

Carta de 1988 cumpriu um papel fundamental para afirmação dos direitos humanos, pois o referido texto, em suas previsões, mostrou-se aberto a incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010, p. 43).

Cabe destacar a evidência que a Constituição de 1988 dispensa aos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, o que pode ser vislumbrado pela previsão do §2º do artigo 5º, que estabelece que: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Em função dessa menção constitucional, propiciou-se uma “ampliação material”, a “abertura de uma clareira” (MOREIRA, 2012, p. 82), que desnudou uma fenda no direito interno, pela qual os TIDH perpassam ingressando no direito doméstico, podendo ter rito diferenciado a depender do processo então adotado.

Neste ponto, cabe trazer à baila o §3º do artigo 5º, este que foi inserido com a emenda constitucional número 45/2004. O presente dispositivo foi adicionado ao texto constitucional em virtude dos dissensos acerca do status normativo dos TIDH, este preceitua que: os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em razão desta inserção, novos desacordos emergiram, (re)questionando o status normativo dos tratados, pois o §3º do art. 5º instituiu um procedimento, pelo qual os tratados internacionais de direitos humanos devem passar para que sejam reputados como parte integrante do texto constitucional. Todavia, parte da doutrina¹ assevera a desnecessidade do referido acréscimo, justamente em virtude do §2º do art.5º da Constituição, este que por si só já seria suficiente para ensejar uma leitura constitucionalizante dos TIDH.

No que pertine a esta questão, Cançado Trindade destacou que: “estamos convencidos de que, se a este dispositivo constitucional estivesse sendo dada aplicação cabal, muito mais teríamos avançado na incorporação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos em nosso direito interno” (CANÇADO TRINDADE, 2000, p.23).

Como se vê, a temática “tratados internacionais de direitos humanos” suscitou a preocupação do legislador originário e também do legislador derivado, em virtude do próprio cenário global. Assim, resta inquestionável a preocupação da Constituição de 1988 com a

¹ Cf. MOREIRA, Nelson. *Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

matéria, em função da própria comunicabilidade dessas duas vertentes – nacional e internacional –, que devem formar um todo harmônico, capaz de instituir um verdadeiro sistema interativo proteção.

Isso em virtude da própria incompletude característica do texto constitucional, que deve necessariamente enriquecer-se de outras fontes, pois “não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levadas a partir das matérias que ele acolhe” (ROSENFELD, 2003, p. 50). Ademais, não se deve olvidar que a inexauribilidade norteia o entendimento dos direitos humanos, juntamente com a politicidade e a historicidade.

Nesse passo, seria incompatível com as características dos direitos fundamentais limitá-los às previsões do texto constitucional, pois a confluência entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988, além de inegável, é imprescindível. Isso porque, o primeiro passo para que se desenvolva o que Habermas denominou de “regime global de bem-estar” (HABERMAS, 2002, p.225), se dá em âmbito interno, com a estruturação de um ordenamento jurídico comprometido, que pretende afirmar e reconhecer, devidamente, os direitos humanos, conferindo-lhes a máxima efetividade.

Entretanto, em função de questões de incongruência jurisprudencial, divergências interpretativas de dispositivos constitucionais é possível asseverar que os diversos tratados internacionais de direitos humanos ocupam posições hierárquicas diferenciadas no ordenamento jurídico brasileiro. Isso, prejudica não só a coerência teórica da matéria, mas evidência certa resistência no que concerne a aplicação e conseqüente efetividade desses diplomas internacionais, inclusive daqueles que cuidam da proteção aos direitos das mulheres, como será analisado em momento posterior.

2 OS DIREITOS DA MULHER À LUZ DO SISTEMA UNIVERSAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Assegurar a igualdade de gênero é pré-requisito para o cumprimento dos direitos humanos relacionados as mulheres, tanto por isso essa temática ingressou na pauta das Nações Unidas, o que em boa parte, juntamente com outras questões da seara internacional, contribuiu para a maior complexidade desse sistema, que constantemente precisa dar respostas a novas demandas. A igualdade de gênero emerge nesse cenário como condição de possibilidade para

a observância dos direitos humanos das mulheres – e também meninas, em um concepção *lata* – na medida em que: “a society that keeps women economically marginalized through education deprivation and job discrimination ensures a ready pool of women who will be vulnerable” (SPECTOR, 2006, p.20)².

Esta vulnerabilidade, advinda de um modelo de sociedade patriarcal (SPECTOR, 2006, p.2), afeta diretamente o cumprimento dos direitos humanos e tanto por isso não pode ser vista de soslaio. Portanto, o devido enfrentamento das circunstâncias que propiciam a situação de vulnerabilidade de mulheres e meninas, atrelado ao combate à desigualdade de gênero é essencial para o combate da discriminação contra a mulher e consequente proteção dos direitos humanos, razão pela qual é temática objeto de preocupação de várias instâncias internacionais.

Já no ano de fundação, em 1946, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas – *UN Economic and Social Council (ECOSOC)* - estabeleceu a Comissão sobre a Situação da Mulher (CSW) – *Commission on the Status of Women (CSW)* -, cujos encontros anuais contribuem para definir e elaborar as políticas das Nações Unidas relacionadas as questões de gênero (TRUE, 2010, p. 112). Ademais, essa Comissão é responsável por emitir relatórios anuais e também por formular recomendações ao ECOSOC sobre questões urgentes, que demandam ações imediatas.

Dentre as Conferências realizadas desde a criação da comissão, cumpre destacar o resultado da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, a Conferência de Beijing, que agregou atribuições a CSW, sendo esta também responsável por acompanhar a implementação do Plano de Ação Beijing, composto por doze estratégias objetivas, e contendo duas “mega-estratégias” para atingir a igualdade entre homens e mulheres (OKIN, 2008, p.310). A adesão dos Estados a estas políticas certamente consiste em um desafio, que só não é maior do que a dificuldade de implementação efetiva dessas orientações, o que só fundamenta a necessidade de constante monitoramento e formulação de relatórios avaliativos sobre as medidas nacionais adotadas (TRUE, 2010, p.113).

Além disso, as reuniões anuais da Comissão são fundamentais para manter a agenda desta temática atualizada, na medida em que ressaltam temas como: o empoderamento das mulheres rurais e seu papel na pobreza; eliminação e prevenção de todas as formas de violência contra as mulheres e meninas; desafios e conquistas na implementação dos objetivos de desenvolvimento do milênio para as mulheres e meninas; empoderamento das mulheres e o desenvolvimento sustentável, dentre outros (OKIN, 2008, p. 316).

² Tradução livre: Uma sociedade que mantém as mulheres marginalizadas economicamente através da privação da educação e da discriminação no emprego assegura um conjunto de mulheres vulneráveis.

Além da criação da CSW, na conjuntura atual, o sistema universal é composto “por diversos tratados multilaterais de direitos humanos” (RAMOS, 2016, p.152), dentre estes a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), principal documento internacional de proteção dos direitos da mulher estruturado com vistas a atender as demandas de igualdade de gênero. O referido tratado foi adotado pela Resolução n.34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, em função da necessidade de um instrumento específico, em âmbito internacional, voltado para a proteção da mulher e consequente eliminação das discriminações contra este grupo.

Conta ainda com Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotado por Resolução da Assembleia Geral da ONU de 6 de outubro de 1999. O intuito deste protocolo foi “aperfeiçoar o sistema de monitoramento da Convenção, assegurando o direito de petição quanto às violações dos direitos nela garantidos” (RAMOS, 2016, p. 184). Antes da proposta do Protocolo Facultativo, a Convenção contava com o procedimento de relatórios periódicos como forma de mecanismo de monitoramento.

A partir da inovação trazida por este instrumento, o Estado também reconhece a competência do Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher “para receber e considerar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que se encontrem sob sua jurisdição e que sejam vítimas de violações de quaisquer dos dos direitos estabelecidos na Convenção” (RAMOS, 2016, p.184). Cumpre destacar a importante definição jurídica trazida pela Convenção a respeito da discriminação contra a mulher, considerada como:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo

Mediante esta ordenação, todos os Estados signatários assumem o compromisso de elaborar políticas voltadas para erradicar a discriminação de gênero, o que engloba tanto o espaço público, quando o espaço privado. Isso porque, na forma do art. 2º da Convenção, os Estados devem tomar medidas “adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa”. Portanto, há clara menção à aplicação dos direitos humanos nas relações particulares.

As obrigações impostas pela Convenção também versam sobre a alteração dos padrões socioculturais de discriminação e inferiorização da mulher, temática fundamental tendo em

vista que as práticas discriminatórias são provenientes de históricas concepções patriarcais, que permeiam as relações sociais (PATEMAN, 1990, p.34). Nesse sentido, a resposta de Virginia Woolf ao ensaio do famoso romancista Arnold Bennett, resenhado por Desmond MacCarthy, em 1929, com quem Virginia Woolf trocou correspondências críticas, bem elucida as dificuldades enfrentadas pelas mulheres, que pretendem se inserir no mercado de trabalho.

O autor publicou uma coleção de ensaios intitulados “*Our Women: Chapters on the Sexdisvord*” (GARDENS, 1977, p.20) afirmando a inferioridade intelectual das mulheres em relação aos homens, concluindo que “nem educação, nem liberdade, em qualquer grau alterarão sensivelmente este fato” (GARDENS, 1977, p.20). É com indignação e veemência que a autora traz fatos que comprovam o equívoco dos escritores, principalmente porque estes de forma reiterada afirmam não haver mulheres intelectuais comparáveis aos homens intelectuais, o que Virginia Woolf (GARDENS, 1977, p.21) refuta:

Quando eu comprado a Duquesa de Newcastle com Jane Austen, a incomparável Orinda com Emily Brontë, a Sr. Heywood com George Eliot, Ahra Behn com Charlotte Brontë, Jane Frey com Jane Harrison, o avanço intelectual das mulheres me parece não apenas sensível, mas imenso; a comparação com os homens de forma alguma me inclina ao suicídio, e os efeitos da educação e da liberdade para esse avanço foram decisivos.

Em razão de tal cenário, a Convenção privilegiou em seu artigo 5º a necessidade dos Estados tomarem medidas voltadas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias e de qualquer outra índole que estejam baseados na idéia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos ou em funções estereotipadas de homens e mulheres.

Em consonância com as constatações de Virginia Woolf, também destacou, no art. 10, a importância da formulação de políticas apropriadas para garantir a igualdade entre homens e mulheres também na esfera da educação. Isso com vistas a assegurar, na forma deste dispositivo:

- a) as mesmas condições de orientação em matéria de carreiras e capacitação profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino de todas as categorias, tanto em zonas rurais como urbanas; essa igualdade deverá ser assegurada na educação pré-escolar, geral, técnica e profissional, incluída a educação técnica superior, assim como todos os tipos de capacitação profissional;
- b) acesso aos mesmos currículos e mesmos exames, pessoal docente do mesmo nível profissional, instalações e material escolar da mesma qualidade;
- c) a eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino, mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;
- d) as mesmas oportunidades para a obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos;
- e) as mesmas oportunidades de acesso aos programas de educação supletiva, incluídos os programas de alfabetização funcional e de adultos, com vistas a reduzir, com a

maior brevidade possível, a diferença de conhecimentos existentes entre o homem e a mulher;

- f) a redução da taxa de abandono feminino dos estudos e a organização de programas para aquelas jovens e mulheres que tenham deixado os estudos prematuramente;
- g) as mesmas oportunidades para participar ativamente nos esportes e na educação física;
- h) acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre o planejamento da família.

As medidas também são estendidas para o emprego, privilegiado pelo art. 11 da Convenção, bem como para o acesso a serviços médicos, art. 12, e outras searas da vida econômica e social, na forma do art. 13. Tudo isso com vistas a impulsionar a elaboração de políticas nacionais direcionadas a eliminar a discriminação contra a mulher, o que só reforça o necessário diálogo entre o âmbito nacional e o internacional, a fim de garantir a maior proteção dos direitos humanos em todos os níveis.

Resta necessário, portanto, compreender como se dá a relação do ordenamento jurídico brasileiro com os TIDH, em especial como se deu a recepção da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e respectivo Protocolo Facultativo, com vistas a identificar as medidas nacionais elaboradas como resultado das disposições destes instrumentos internacionais.

3 O STATUS HIERÁRQUICO DOS TIDH E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA MULHER NO BRASIL: DA QUEBRA DE PARADIGMA AO POTENCIAL INTEGRADOR

O regime militar instaurado no Brasil na década de 60 ressoou toda sua contrariedade em declarações internacionais em matéria de direitos humanos (TRINDADE CANÇADO, 2000, p,57). Os percalços ditatoriais em muito atravancaram a incorporação de importantes tratados internacionais referentes a esta temática, principalmente em razão do descompasso entre os discurso promovido internacionalmente e a realidade interna imposta pelo regime. Essa incoerência, que em muitos casos ainda perdura nos dias atuais, muito bem se verifica quando da 37ª sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1981:

[...] se por um lado o embaixador do Brasil, Calero Roriguez, afirmou com clareza, como presidente da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (37ª sessão, fevereiro de 1981), as obrigações internacionais de cada Estado *vis- à-vis* todas as pessoas sob sua jurisdição, por outro lado em outras ocasiões a Delegação do Brasil insistiu na sua “posição tradicional” de que a observância dos direitos humanos

constituía “responsabilidade principal” ou “responsabilidade exclusiva” do governo de cada país [...] o governo brasileiro algumas vezes assumiu uma posição extremamente defensiva ou resistente: “as relações entre o Estado e seus nacionais como da exclusiva responsabilidade de cada país”. [...]

Em função desse cenário, os pactos assinados em 1966, como foi o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, também, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, somente foram ratificados em 1992, após um longo transcurso temporal e reviravoltas políticas. Por isso, é possível conceber a Constituição de 1988 como um momento histórico que inaugura novas diretrizes e possibilidades para a construção de um Direito Constitucional Internacional.

Nessa toada, a introdução do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, em muito contribuiu para a inserção do Estado brasileiro no nicho protetivo internacional. Este preceitua que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, compreende-se o §2º do art. 5º da Constituição como a abertura de uma clareira (MOREIRA, 2012, p.82) normativa para os TIDH, que têm participação protagonística nesse cenário, haja vista que em muito auxiliam na complementação dos direitos fundamentais estatuídos pelo direito interno brasileiro, o que evidência também a própria característica da inexauribilidade dos direitos fundamentais.

Tendo em vista tal abertura, os TIDH relacionam-se de diferenciadas maneiras com o texto constitucional. A saber, os tratados podem: “coincidir com o direito assegurado na Constituição, integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos ou ainda, podem contrariar preceito do direito interno” (PIOVESAN, 2010, p.43). Na última hipótese, ocorre a colisão entre a Constituição e o próprio tratado internacional de direitos humanos, circunstância que tem suscitado diversas ressonâncias no cenário jurídico brasileiro, ao passo que repercute em questionar o próprio status normativo destes instrumentos, o que é essencial para compreender como se dá a interação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher com o ordenamento jurídico brasileiro.

No presente cenário destacam-se quatro teses que versam a respeito da posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico. A corrente da supraconstitucionalidade (MELLO, 2000, p.56) dos TIDH assevera que estes se localizam a cima da Constituição, em virtude da importância de tais documentos, os quais possuem repercussão global. Nessa toada, Celso de Albuquerque Mello (1999, p.25) assevera que “a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada”.

Todavia, como adverte Francisco Rezek (2013, p.137), cabe grifar que o referido primado do direito internacional sobre o direito nacional é uma proposição doutrinária, uma vez que dificilmente “as leis fundamentais desprezariam o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, o produto normativo dos compromissos exteriores do Estado” (REZEK, 2013, p.143). Em um segundo momento, tem-se a teoria que concebe os tratados como leis ordinárias, estes instrumentos internacionais de proteção, nessa perspectiva, possuem a mesma hierarquia que as leis ordinárias do ordenamento jurídico.

Portanto, os tratados são infraconstitucionais, ou seja, tem o mesmo status normativo que leis ordinárias e seguem a mesma lógica que rege essas leis no ordenamento. Assim, a solução para o embate entre a Constituição e um tratado internacional se perfaz tendo por base a hierarquia que o instrumento internacional possui em relação ao diploma constitucional. Dessa maneira, pertine seguir os critérios clássicos de solução de conflitos de normas jurídicas, quais sejam: o cronológico, o da especialidade e, também, o da hierarquia.

Por outro lado, outra corrente, a que defende a constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, assevera que não há que se discutir hierarquia se o tratado em questão versar sobre direitos humanos. Isso em virtude da relevância da matéria e da abertura proposta pelo §2º do artigo 5º da CRFB/88. Consigna-se, então, que os tratados dessa espécie possuem status hierárquico constitucional por força da matéria.

Portanto, já que Constituição e tratados internacionais de direitos humanos são normas de mesma hierarquia, não há que se falar em resolução dessa colisão por intermédio de critério hierárquico. Para esta corrente, a referida situação deve ser analisada tendo em vista o *victim centric approach*, isto é, “a fonte de inspiração que move a arquitetura protetiva dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2012, p.18). Conforme preceitua Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012, p.18), tal estrutura é destinada a auferir a melhor e mais eficaz “proteção às vítimas reais e potenciais de violações de direitos humanos”.

Antes de abordar a última corrente, cumpre destacar que visando solucionar os dissensos doutrinários dessas teorias, a Emenda Constitucional de número 45, de 2004, instituiu o parágrafo §3º, no artigo 5º da CRFB/88, o qual preceitua que: “os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A referida inserção promoveu efeito diverso do pretendido e emergiram novos desacordos. Isso porque, se após a EC n.45/2004 os tratados somente podem possuir status constitucional se observados os procedimentos do §3º do art. 5º, o que fazer com aqueles tratados já ratificados, os anteriores a emenda? Seriam infraconstitucionais com status de lei

ordinária, ou constitucionais em razão da matéria, conforme sustenta a corrente da constitucionalidade?

A resposta apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1, finalizado em dezembro de 2008 adou uma quarta via. Na oportunidade, o retomou a tese da suprallegalidade dos TIDH, de autoria do ex-ministro Sepúlveda Pertence, que trouxe tal posicionamento originariamente em seu voto vencido no julgamento do RHC n. 79.785-RJ de 2000 (MOREIRA, 2012, p.162). Essa corrente, a quarta e última a ser exposta no presente estudo, aponta que os tratados possuem status de norma infraconstitucional, mas suprallegal.

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes perpassa pelas três correntes anteriores, descartando-as e justificando as razões da não adoção de nenhuma destas propostas, com vistas a fundamentar a opção pela tese do status de norma infraconstitucional, mas suprallegal dos TIDH. Interessante pontuar que até este julgamento o Supremo Tribunal Federal havia firmado o entendimento de que os tratados possuíam status de lei ordinária, seguindo a lógica da segunda teoria exposta alhures, sem promover qualquer distinção entre tratados internacionais gerais e de direitos humanos.

A resposta dada no voto prevalecente do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1 versou no sentido de que o tratado, pelas peculiaridades do caso o Pacto de São José da Costa Rica, teria o condão paralisar a legislação infraconstitucional com ela conflitante, mas seria impossibilitada de conflitar ou afastar a aplicação direta de um dispositivo constitucional, porque se encontra hierarquicamente inferior a Constituição, por não ter passado pelo procedimento previsto no art.5º, §3º, tendo em vista que sua ratificação foi anterior à EC45, que inseriu o referido dispositivo.

A tese predominante do Supremo Tribunal Federal com relação aos tratados ainda deixou a desejar, seguindo a quem do esperado, pois se ateu à questões procedimentais, olvidando-se do relevante valor material dos TIDH. Em razão dessa postura, consagrou-se a então denominada “teoria do duplo rito” (RAMOS, 2016, p.148), na medida em que os TIDH podem tanto seguir o rito especial, previsto no §3º do art. 5º, quanto o rito comum ou ordinário, maioria simples, sendo, portanto, suprallegais e infraconstitucionais, o que inclui os tratados ratificados antes da EC45.

No que concerne especificamente à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o referido tratado foi adotado pela Resolução n.34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, tendo sido assinada em 31 de março de 1981, porém com reservas, e aprovada pelo Decreto Legislativo n. 93 de 1983, e retificada

em 1984, entrando em vigor para o Brasil em 2 de março de 1984. Entretanto, o Decreto Legislativo n.26 de 1994 revogou o Decreto Legislativo n. 93, tendo aprovado a Convenção sem quaisquer reservas. Assim, a Convenção foi promulgada pelo Decreto n. 4377 de 2002, entrando em vigor em setembro de 2002 (RAMOS, 2016, p. 179).

Em consonância com o entendimento prevaemente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, este diploma possui status infraconstitucional e supralegal, tendo em vista que assim como o Pacto de São José da Costa Rica, objeto do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro antes da emenda constitucional n. 45, portanto, não teve a oportunidade de seguir o rito especial, somente o rito ordinário, o que justifica sua posição no ordenamento jurídico. Entretanto, apesar de tal entendimento, parte relevante da doutrina (PIOVESAN, 2010, p.108) sustenta que todos os TIDH possuem estatuto constitucional, conforme assevera André de Carvalho Ramos (2016, 423):

Entendemos ser inegável o estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, em face do disposto especialmente no art. 1º, *caput*, e inciso III (estabelecimento do Estado Democrático de Direito e ainda consagração da dignidade humana, como fundamento da República), bem como em face do art.5º, §2º.

Nesse mesmo sentido, Flávia Piovesan também se filia a este entendimento: “reitera-se que, por força do art. 5º, §2º, todos os tratados de direitos humanos, independente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade” (PIOVESAN, 2010, p.108). Isso porque, a autora ressalta a necessidade de reconhecer o critério da norma mais favorável a vítima para solucionar eventuais conflitos, refutando a lógica da hierarquia para tanto, haja vista que a natureza material das normas constantes nos TIDH porta o mesmo intuito protetivo dos direitos fundamentais assegurados pela CRFB/88.

Dessa forma, com base nos fundamentos expostos por estes autores, é possível reconhecer o estatuto constitucional da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Tudo isso com vistas a evitar incoerências no que diz respeito a própria teoria dos direitos humanos. Isso porque, nos termos hierárquicos procedimentais preceituados pela tese do duplo rito é possível que um TIDH seja hierarquicamente superior a outro TIDH, o que não sustenta qualquer correspondência com as características da universalidade, indivisibilidade e da não-hierarquia dos direitos humanos.

A título de exemplo, a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, tratado que passou pelo rito especial previsto pelo §3º, do art.5º é hierarquicamente superior a

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulheres e a todos os demais tratados internacionais de direitos humanos anteriores a inserção do referido dispositivo, quando, na verdade, não há que se falar em hierarquia entre tais diplomas. Nesse sentido, conferir à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulheres força normativa compatível a de um diploma internacional voltado para assegurar direitos humanos é reconhecer a imprescindibilidade em proteger um grupo historicamente tão vulnerável.

Esse reconhecimento, sem dúvidas, impacta diretamente a relação com o direito interno, na medida em que ressalta a relevância e o potencial integrador dessas normas, as quais não podem ser vistas como fontes subsidiárias e devem servir de parâmetro para aferir a constitucionalidade de demais dispositivos legais. Como desenvolveu Michel Rosenfeld (2003, p.50), a incompletude e a permanente abertura são inerentes ao projeto constitucional moderno, ao passo que: “um texto constitucional escrito é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar”, mas porque, não é capaz de: “abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levadas a partir das matérias que ele acolhe” (ROSENFELD, 2003, p.49).

Em face desse diagnóstico, é imperioso compreender a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro abrir diálogo com os TIDH, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulheres rompendo com o paradigma, ainda arraigado que compreende vê “tratados internacionais nacionais” (RAMOS, 2016, p.433), sempre subordinando-os ao direito nacional, o que esvazia de sentido todo histórico internacional de afirmação e elaboração desses instrumentos. Ao rever essa postura passa a ser possível enfrentar os tantos desafios impostos à efetivação das medidas apresentadas pelo texto da Convenção, as quais representam em grande medida um rompimento com o modelo de sociedade patriarcal então estabelecido e informador das instituições (SPECTOR, 2006, p.67).

O Código Civil de 1916, revogado no mesmo ano em que entra em vigor a Convenção é a demonstração desse teor patriarcal encontrava-se arraigado na legislação brasileira, o que não deixa de ser perpetuado por diplomas posteriores. A já revogada legislação civil “consagrou a superioridade do homem, dando o comando único da família ao marido, e delegando a mulher casada a incapacidade jurídica relativa, equiparada aos pródigos e aos menores de idade” (CABRAL, 2004, p.40). Diversas são as menções do Código de 1916 que corroboram essa posição de submissão, até mesmo inferioridade, da mulher.

Desse modo, essa legislação outorgou ao homem o poder de comandar, com exclusividade, a família, tanto que esta instituição era identificada pelo nome do varão, e a

mulher adotava, obrigatoriamente, os apelidos do marido. Sendo o homem o absolutamente capaz, possuidor de autoridade e força para direcionar os assuntos tangentes aos filhos e a própria esposa, caracterizada juridicamente, nesse contexto, como relativamente capaz.

Cumprido salientar que a Convenção já estava em vigor quando da vigência do Código Civil de 1916, tendo em vista que o primeiro Decreto Legislativo n.93 data de 1983, e consequente ratificação e vigor em 1984, o que ressalta a incongruência entre o conteúdo do tratado e os preceitos postos pela referida codificação. Ademais, das contradições da legislação civil com o tratado, cumpre destacar que a luta pela igualdade de gênero e isonomia nas relações de trabalho, saúde, familiares, educação e quaisquer outras esferas públicas e privadas já era travada antes mesmo dos preceitos postos na Constituição de 1988.

Resta evidente os desafios para implementação, bem como a incompatibilidade da Convenção com a proposta do Código Civil de 1916, que vigeu até o ano de 2002, em frontal contradição com as disposições propostas pela Convenção, as quais, inclusive impõem na Parte IV do tratado, a adoção de medidas quanto a capacidade jurídica da mulher e sobre assuntos relativos ao casamento e às relações familiares. Isso com vistas a reconhecer a igualdade jurídica, na forma do art. 15 da Convenção, bem como assegurar o direito da mulher de firmar contratos e administrar bens e receber igual tratamento em todas as etapas do processo judicial, sendo que “todo contrato ou outro instrumento privado de efeito jurídico que tenda a restringir a capacidade jurídica da mulher será considerado nulo” (RAMOS, 2016, p.183).

Esse paradoxal cenário da legislação civil passa a ser modificado a partir da Lei n.10.406 de janeiro de 2002, que instituiu o novo Código Civil, o qual entrou em vigor depois de um ano de *vacatio legis*. Esta codificação já guardava sinais de conformação constitucional e também atendeu o intuito das medidas postas na Convenção. O então novo Código Civil, dedicou-se a proteção da pessoa humana, para tanto, destinou um inédito capítulo aos Direitos de Personalidade, os quais fizeram uma “ponte entre o público e o privado” (MARTINS-COSTA, 2010, p.81).

No que diz respeito a modificações dessa legislação para o direito de família, é imperioso mencionar a substituição do “pátrio poder” pelo “poder familiar”, que passa a caber a ambos os cônjuges, o que se coaduna com o art.16 da Convenção, que estabelece a igual atribuição de direitos e responsabilidades aos pais, bem como os mesmos direitos e responsabilidades com respeito à tutela, curatela, guarda e adoção dos filhos. Além disso, a palavra “homem” foi trocada por “pessoa” em muitos dispositivos, o que enfatiza, ainda que de forma simbólica, a preocupação com a igualdade, como se vê:

Art.2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil” (de acordo com o Código Civil de 1916)

Art2º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (no Novo Código Civil)

Nesse sentido, também é fixado, por intermédio do art. 1511 do CC, a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Esse conjunto de transformações evidencia a crescente melhoria da condição jurídica da mulher no Novo Código Civil, o que expõe a adequação dessa legislação aos preceitos da Convenção e também aos constitucionais. No que concerne a efetivação das medidas postas pelo tratado, cumpre destacar o art. da Convenção, que destaca a possibilidade de adoção de ações afirmativas, de caráter temporário, para viabilizar a efetivação das medidas propostas. O exemplo a ser mencionado, é a Lei n. 9.504/97, que estabeleceu a reserva mínima de trinta por cento das vagas de cada partido ou coligação para candidatura de mulheres. Isso com vistas a viabilizar maior representação das mulheres na esfera pública, historicamente ocupada por homens.

A referida medida é temática de primeira ordem, na medida em que a esfera pública, segundo a concepção de Hannah Arendt (1999, p.62), é caracterizada pela ação, âmbito de discussões políticas, debates e até mesmo espaço da própria liberdade e o estabelecimento de relação entre os iguais. Durante muito tempo, este foi um mundo não compartilhado pelas mulheres. Isso porque as concepções sociais giravam em torno de afirmações como: “mulheres adequadas não falam de política; é inconveniente e mal-educado” (PERROT, 2009, p.464).

Aos poucos esse paradigma foi sendo alterado, e a política de ações afirmativas visa possibilitar esse ingresso de forma mais efetiva, a fim de propiciar maior representação feminina na política, porque se “Flora Tristan em Londres, George Sand em Paris, só penetraram na Câmara dos Comuns ou na Câmara dos Deputados travestidas e acompanhadas” (PERROT, 2009, p.460), o cenário hodierno já não faz tais exigências, mas oculta em sua estrutura um modelo excludente, que tende por sua conformação a beneficiar o ingresso de homens, realidade que precisa ser enfrentada para que haja uma efetiva proteção dos direitos humanos das mulheres e meninas. .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente abordagem pretendeu, em um primeiro momento, destacar como ocorreu a afirmação histórica dos direitos humanos, principalmente em face do cenário do pós-guerra, momento emblemático que ensejou uma série de mudanças na estruturação do Direito Internacional, principalmente na vertente que cuida do Direito Internacional Público, dado o amplo desenvolvimento de uma importante ramificação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com vistas a tal histórico, como aclaram as lições de Antônio Augusto Cançado Trindade, já não pode subsistir dúvida de que “as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade neste assim formada provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados” (CANÇADO TRINDADE, 2000, p.35).

Nesse sentido, essas transformações hodiernas tem ensejado a permanente (re)estruturações dos Estados, os quais já não podem conceber a si mesmas como ilhas isolas, que relacionam-se com os demais Estados de maneira mínima, estruturando, no máximo, um longínquo arquipélago. A afirmação dos direitos humanos em escala internacional demanda a constante cooperação, bem como a recepção dos TIDH, com vistas a incrementar o arcabouço protetivo dos Estados através de seu potencial integrador.

Dessa forma, as inúmeras transformações no cenário global geram a necessidade da construção de algo novo, de um constitucionalismo aberto para à internacionalização da proteção dos direitos humanos. Este em muito se afasta das “tentações de um particularismo provinciano” (MOREIRA, 2012, p.67). Isso porque, o direito constitucional ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados, tornando-se diretamente “relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais” (RAMOS, 2016, p.422). Neste cenário, a proteção dos direitos da mulher assume especial relevância no âmbito internacional, ao passo que constitui condição necessária para efetivação do direito a igualdade, tão proclamado por diversos documentos internacionais.

Com sua integração normativa ao direito interno, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher situa-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais. Importa observar, contudo, que parte da doutrina especializada tem defendido a tese de que o §2º do art.5º da Constituição de 1988 prevê regime jurídico diferenciado a ser aplicado aos TIDH, que seriam incorporados imediatamente pelo direito brasileiro e apresentariam status de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais, o quais se sujeitam à sistemática da incorporação legislativa e ostentam hierarquia infraconstitucional

Visando à dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade de gênero, a Convenção da ONU sobre a Mulher é composta por um preâmbulo e trinta artigos dispostos em seis partes. Logo em seu introito o documento relembra que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui “um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade”.

Assim sendo, com base nas recomendações e medidas previstas no TIDH e mediante a recepção dessas propostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se vislumbra é uma possibilidade de ampla integração, com potencial para efetivar a igualdade de gênero e combater a discriminação contra a mulher. Isso tanto no cenário internacional, quanto no que diz respeito ao âmbito nacional, o que só tem a agregar à proteção dos direitos humanos, já que a incompletude e a permanente abertura são inerentes ao projeto constitucional moderno.

Nesta medida, um texto constitucional escrito é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levadas a partir das matérias que ele acolhe. Em face desse diagnóstico, é imperioso compreender a necessidade de o ordenamento jurídico servir-se de outros mananciais para propiciar seu próprio enriquecimento, tais como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais**. São Paulo. Método. 2008.

CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher**: de acordo com o Novo Código Civil. 1. ed. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos no Brasil**. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARDENS, Kew. **O status intelectual da mulher**. São Paulo: Paz e Terra, 1977.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: LitteraMundi, 2002.

LINDGREN ALVES, J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. **Revista e Ampliada**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Renovar, 1999.

MOREIRA, Nelson. **Direitos e garantias fundamentais e os tratados internacionais de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OKIN, Susan Moller. Gender, the Public and the Private. **Revista de Estudos Feministas**. v.16, n.2. Florianópolis, 2008.

PATEMAN, Carole; SHANLEY, Mary L. **Feminist Critiques of Political Theory**. Cambridge: Policy, 1990.

PERROT, Michelle. **Mulheres ou os silêncios da História**. 1. ed. São Paulo: EDUSC, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. **Direitos Humanos e seu processo de universalização: análise da Convenção Americana**. Curitiba: Juruá, 2003.

SPECTOR, Jessica. **Prostitution and pornography: philosophical debate about the sex industry**. Stanford: Stanford University Press, 2006.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.

TRUE, Mona Lena Krook Jacqui. Rethinking the life cycles of international norms: the United Nations and the global promotion of gender equality. **European Journal of International Relations**. Vol.18, Issue 1, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e constituição republicana. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo. Max Limonad. 2002.