

O CORPO-OBJETO DA MULHER: REIFICAÇÃO DA LÓGICA OPRESSORA DAS RELAÇÕES DE GÊNERO NO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

THE OBJECT BODY OF WOMEN: REIFICATION OF
THE OPPRESSIVE LOGIC OF GENDER RELATIONS IN
THE SEXUAL ABUSE

EL CUERPO-OBJETO DE LA MUJER: REIFICACIÓN DE LA
LÓGICA OPRESORA DE LAS RELACIONES DE GÉNERO EN
EL CRIMEN DE IMPORTACIÓN SEXUAL

SUMÁRIO:

1. Introdução; 2. A existência simbólica do corpo: o poder criativo dos seres corporais; 3. O corpo sexuado e as relações de gênero; 4. Crime de importunação sexual: reificação da violência de gênero na utilização meramente simbólica do Direito Penal; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO:

O presente artigo realiza uma análise crítica da tipificação da importunação sexual como crime pela Lei 13.718/2018 com intuito de verificar sua eficácia para o combate da violência de gênero. Para tanto analisa as reais causas que colocam a mulher em uma condição inferior na sociedade, ou seja, supera análises meramente naturalizantes ou culturais da construção do gênero, do sexo e da sexualidade para se ativar na análise de construção dos sujeitos de acordo com a lógica das relações de poder em determinado contexto sócio-histórico. Essa perspectiva analítica denuncia o caráter performativo dessas categorias

Como citar este artigo:
CIRINO, Samia,
CASTRO, Bruna.
O corpo-objeto da
mulher: reificação
da lógica opressora
das relações de
gênero no crime de
importunação sexual.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 30, 2019,
p. 405-433.

Data da submissão:
13/06/2019

Data da aprovação:
17/06/2019

1. Universidade
Federal do Paraná e
Faculdades Londrina-
Brasil
2. Faculdade
Autônoma de Direito-
Brasil

de análise, ou seja, são compulsoriamente constituídos a partir de um processo complexo de reiteração de normas que mascaram o conteúdo opressor da heterossexualização e do falocentrismo. Compreendida a subordinação das mulheres nas relações de gênero a partir da própria lógica falocêntrica e heterossexual que constitui os seres corporais, desvela-se de que modo essa lógica opressiva é reificada por meio do Direito, a exemplo da tipificação da importunação sexual.

ABSTRACT:

The article presents a critical analysis of the classification of sexual abuse by the Law 13.718 / 2018, in order to verify the effectiveness in the fight against gender violence. For this purpose analyzes the real causes that place women in an inferior status in society, that is, surpasses merely naturalizing or cultural analysis of the construction of gender, sex and sexuality to activate in the analysis of the construction of the subjects according to the logic of power relations in a particular socio and historical context. This analytical perspective denounces the performative character of these categories of analysis, that is, they are compulsorily constituted from a complex process of reiteration of norms that mask the oppressive content of heterosexualization and phallocentrism. Understanding the subordination of women in gender relations from the phallocentric and heterosexual logic that constitutes the corporeal beings, reveals how this oppressive logic is reified through the law, as the typification of sexual abuse.

RESUMEN:

El presente artículo realiza un análisis crítico de la tipificación de la importunación sexual como crimen por la Ley 13.718 / 2018 con el fin de verificar su eficacia para el combate de la violencia de género. Para tanto analiza las reales causas que colocan a la mujer en una condición inferior en la sociedad, o sea, supera análisis meramente naturalizantes o culturales de la construcción del género, del sexo y de la sexualidad para activarse en el análisis de construcción de los sujetos de acuerdo con la lógica de las relaciones de poder en determinado contexto socio-histórico. Esta perspectiva analítica denuncia el carácter performativo de esas categorías de análisis, o sea, son obligatoriamente constituidos a partir de un proceso complejo de reiteración de normas que enmascaran el contenido opresor

de la heterosexualización y del falocentrismo. Comprendida la subordinación de las mujeres en las relaciones de género a partir de la propia lógica falocéntrica y heterosexual que constituye los seres corporales, se desvela de qué modo esa lógica opresiva es reificada por medio del Derecho, a ejemplo de la tipificación de la importunación sexual.

PALAVRAS-CHAVE:

Violência de gênero; Performatividade; Importunação sexual; Direito Penal Simbólico.

KEYWORDS:

Gender violence; Performativity; Sexual abuse; Symbolic Criminal Law.

PALABRAS CLAVE:

Violencia de género; Performatividad; Importunación sexual; Derecho Penal Simbólico.

1. INTRODUÇÃO

No começo de 2018 verificamos na mídia um manifesto feminista na França denominado *Direito*

de importunar. Em resumo, a crítica que contem esse manifesto refere-se aos contornos fundamentalistas que o feminismo teria tomado na contemporaneidade, de modo a inviabilizar as relações sociais, por constringer a iniciativa dos homens. Fala-se, ainda, em uma apreciação das mulheres pelas cantadas de homens.

A primeira vista, o debate proposto pode parecer ultrapassado, mas a justificativa e atualidade reside nos dados empíricos sobre a violência contra mulher. O relatório *Atlas da Violência 2018*¹, em pesquisa realizada pelo IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública, aponta que, em 2016, um total de 4.645 mulheres foram assassinadas no país, o que representa uma taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. A referida pesquisa ressalta que, em dez anos, observou-se um aumento de 6,4% na taxa de assassinato de mulheres.

Ainda, ao considerarmos a interseção entre raça e gênero, na

aludida pesquisa² consta que em 2016 a taxa de homicídios foi maior entre as mulheres negras (5,3%) em comparação as mulheres não negras (3,1%), o que indica uma diferença de 71%. Em relação aos dez anos da série, a taxa de homicídios para cada 100 mil mulheres negras aumentou 15,4%, enquanto entre as não negras houve queda de 8%.

De acordo com um relatório da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, Cepal, o Brasil liderou a lista de feminicídio entre 23 países da América Latina e do Caribe em 2017³. Esses dados apontam que a América Latina abriga 14 dos 25 países onde o feminicídio é mais comum: cerca de 12 assassinatos motivados pelo gênero ocorrem na região a cada dia.

Outro relatório da ONU, *Global Study on Homicide - Gender-Related Killing of Women and Girls*, de 2018, aponta que 87 mil mulheres foram assassinadas em 2017, em nível global, sendo que mais da metade delas (58%) foram mortas por seus parceiros ou membros da família⁴. Disso resulta que, diariamente, 137 mulheres são vítimas de assassinatos, o equivalente a seis assassinatos por hora, cometidos por seus companheiros, ex-maridos ou familiares. Ressalte-se que, embora os homens sejam as principais vítimas de homicídio em âmbito global, as mulheres são vitimadas como resultado de discriminação e desigualdade de gênero. Isso é ratificado pelo fato de a maioria das vítimas de feminicídio ser morta pelos seus parceiros ou familiares.

Uma informação importante apresentada pela ONU nesse relatório é que 49 países no mundo ainda não têm leis que protegem as mulheres da violência doméstica e menos de 40% das vítimas procuram algum tipo de ajuda⁵.

Sobre o tema é importante ressaltar que a mulher, vítima fatal, muitas vezes já foi vítima de uma série de outras violências de gênero, como violência psicológica, patrimonial, física ou sexual. Ou seja, muitas mortes poderiam ser evitadas, impedindo o desfecho fatal, se as mulheres tivessem opções concretas e apoio para conseguir sair de um ciclo de violência.

No que tange ao crime de estupro, o *Atlas da Violência 2018*⁶ aponta que, em 2016, foram registrados nas polícias brasileiras 49.497 casos de estupro, conforme informações disponibilizadas no 11º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Nesse mesmo ano,

no Sistema Único de Saúde foram registrados 22.918 incidentes dessa natureza, o que representa aproximadamente a metade dos casos notificados à polícia. Os aludidos números confirmam outra questão: a subnotificação desse crime; ou seja, a dimensão do problema é muito maior do que apontam os dados.

O assédio também é uma realidade para 87% das mulheres brasileiras que vivem em áreas urbanas, sendo que 16% relataram ter sido assediadas antes dos 10 anos e 55% com 18 anos ou menos, segundo pesquisa divulgada pela Organização Internacional de Combate à Pobreza *Action Aid*⁷.

Nessa pesquisa, 55% das mulheres entrevistadas disseram ter sido assediada nas ruas e 23%, no ambiente de trabalho. Os assovios (65%) foram as principais formas de assédio relatadas pelas entrevistadas, mas comentários de cunho sexual ocorreram com mais da metade das mulheres (52%), seguidos de insultos (38%), perseguição na rua (29%), exibições por parte de homens (29%) e ser tocada (20%)⁸.

Destaque-se que, segundo essa pesquisa, 86% das brasileiras entrevistadas afirmaram tomar alguma providência para se proteger das abordagens indevidas: fazer um caminho diferente do usual (55%), evitar parques ou áreas mal iluminadas (52%), ligar ou enviar mensagem para alguém confirmando estar bem (48%), solicitar a companhia de outra pessoa (44%), evitar transporte público (17%) e desistir de ir a um evento social (18%)⁹.

Diante do cenário apontado pelos dados empíricos, parece que o discurso de um suposto direito de importunar é deslocado da realidade. Por isso, precisamos debater essa questão, mas não apenas isso, precisamos verificar formas de contornar essa violência contra a mulher, que como sabemos, não é apenas física, mas se insere na sua própria construção, na sua vivência, na limitação da sua consciência, no seu agir. Para tanto, e a fim de nos desvincularmos de discursos essencialistas de mulher, é necessário abordar as reais causas que ensejam essa racionalidade androcêntrica, que coloca a mulher em uma condição inferior na nossa sociedade.

Essas causas, consoante veremos no presente artigo, decorrem do fato de o gênero e o sexo não se construírem na nossa sociedade, simplesmente, em razão da composição morfológica, ou por uma imposição cultural, como buscam fazer crer os discursos hegemônicos. Ao contrá-

rio, são constituídos por intermédio de um poder reiterado por normas para delimitar a formação do próprio corpo, da materialidade do sexo, dos efeitos de gênero e da sexualidade. Tal circunstância, descrita com peculiar brilhantismo na teoria de Judith Butler, denuncia o caráter performativo dessas categorias de análise, ou seja, são compulsoriamente constituídos a partir de um processo complexo de reiteração de normas que mascaram o conteúdo opressor da heterossexualização e do falocentrismo. Essa constatação, mascarada pelas relações de poder, coloca em xeque a naturalização das relações de gênero na nossa sociedade a partir do significado atribuído à diferença sexual.

Ao aplicarmos esses conceitos desconstruídos aos marcos regulatórios que envolvem a questão da mulher, verifica-se que, ao desconsiderar a real causa da assimetria nas relações de gênero, pautando-se, ao invés disso, em critérios biológicos do papel da mulher na sociedade, o Direito acaba por reificar a violência de gênero, a exemplo da recente tipificação do crime de importunação sexual (art. 215-A do Código Penal).

Especificamente em relação a esse crime, percebe-se que a tentativa de conferir resposta rápida ao clamor popular mostra-se mais importante do que a construção de estrutura incriminadora baseada em critérios de eficácia, proporcionalidade e legalidade em uma evidente utilização *meramente simbólica* do Direito Penal. Como resultado, tem-se uma legislação inapropriada, confusa, assistemática, de difícil aplicabilidade prática, consoante será exposto no presente artigo.

2. A EXISTÊNCIA SIMBÓLICA DO CORPO: O PODER CRIATIVO DOS SERES CORPORAIS

A existência do ser humano é corporal, a partir do simbólico que ele encarna nas relações sociais. Simbólico porque, mais que os evidentes aspectos físicos, o corpo é uma projeção psíquica do sujeito quanto à sua integridade corporal de acordo com as normas prevalentes de verdade em um dado sistema social¹⁰. Nesse sentido, Breton (2013, p. 231) ressalta que “a imagem do corpo é a representação que o sujeito faz de seu corpo; a maneira pela qual ele aparece mais ou menos conscientemente a partir de um contexto social e cultural particularizado por sua história pessoal”.

Por meio do corpo vivemos as experiências que nos constituem enquanto sujeitos e estabelecemos nossa marca no mundo. Ele delimita

a presença do sujeito perante o Outro¹¹ nas relações intersubjetivas de constituição da subjetividade e identidade do indivíduo. Inquestionável, portanto, a importância do corpo na constituição do sujeito em uma indissociabilidade entre o psíquico e o corporal. Diante dessas reflexões, são inevitáveis os seguintes questionamentos: Afinal, temos um corpo ou somos um corpo? Ele é apenas um receptáculo passivo à espera de significação nas relações de poder constitutivas dos sujeitos ou ele é elemento expressivo nas relações que determinam o sujeito?

Dentre os autores que partem da compreensão de indissociabilidade do sujeito e do corpo, Breton (2013, p. 8) expõe que “viver consiste em reduzir continuamente o mundo ao seu corpo”. Da mesma forma, Chiavacci (2008, p. 11) entende que “em um sentido limitado, eu sou o meu corpo. Todo o meu agir exterior ou interior, consciente ou inconsciente, advém como evento do meu corpo [...]. Todo o meu refletir ou decidir sobre mim mesmo está ligado a eventos do meu corpo”. Para Zatti (2008, p. 79), a percepção do corpo como próprio corpo permite dizer que existir equivale a ser encarnado: “o meu corpo não é um instrumento meu, mas é o instrumentista, ou seja, aquilo que me permite utilizar qualquer instrumento. Nesse sentido pode-se concluir que eu sou o meu corpo. Viver, portanto, é o que faz do corpo o meu corpo”.

Em outro extremo, fala-se em liberação do corpo, esquecendo-se do fato de que “a condição humana é corporal, de que o homem é indiscernível do corpo que lhe dá a espessura e a sensibilidade de seu ser no mundo” (BRETON, 2013, p. 11). Os sujeitos marginalizados na nossa sociedade, como os idosos e os deficientes físicos, permitem situar os limites do discurso de liberação do corpo. E mesmo os avanços tecnológicos não têm sido eficientes para a pretendida liberação do corpo, pois a longevidade e a melhor qualidade de vida que prometem são de acesso restrito a uma elite da sociedade.

Relembramos que a relação da consciência do sujeito com seu corpo modificou-se profundamente na Modernidade. Credita-se ao dualismo cartesiano a divisão do homem de seu corpo, fazendo-o uma realidade a parte, meramente acessória. O método cartesiano funda o corpo não mais sobre um aspecto religioso, mas sobre um aspecto social manifesto. Consoante ressalta Breton (2013, p. 107), “o homem de Descartes é uma colagem no qual se friccionam um espírito que só encontra sentido em

pensar, e um corpo, ou antes, uma máquina corporal, redutível exclusivamente à sua extensão”. A versão moderna do dualismo opõe o homem ao seu corpo, e não mais, como outrora, a alma ou o espírito a um corpo (BRETRON, 2013, p. 350). O corpo moderno implica o isolamento do sujeito em relação a ele mesmo, ou seja, ter um corpo e não ser um corpo. Trata-se da representação de um corpo-máquina, corpo-objeto, de caráter passivo, que tão bem serviu aos propósitos da ciência moderna.

Em decorrência da supervalorização da racionalidade humana em relação ao corpo, Gediél (1998, p. 64) destaca que o Direito moderno trabalhou com a possibilidade de apreensão jurídica de tudo que fosse externo à razão humana subjetivada, para, mais tarde, chegar à compreensão de que o corpo do próprio sujeito é coisa e, como tal, passível de ser objeto de relações jurídicas por ele estabelecidas. O Direito, portanto, passou a trabalhar com a dicotomia, *eu-sujeito* e *corpo-objeto*.

Nesse passo, sob a influência da doutrina dos direitos de personalidade, o referido autor destaca três tendências básicas no tratamento jurídico do corpo humano (GEDIÉL, 1998, p. 69): a) unidade e indissociabilidade corporal, com conseqüente impossibilidade de domínio do homem sobre seu corpo, por não ser algo externo à pessoa; b) o corpo como coisa externa à pessoa e, portanto, sujeito ao seu poder; c) exterioridade do corpo ao sujeito, contudo, sem poder dispor dele. A escolha dessas posições axiológica depende do valor e da amplitude que se dê à liberdade do sujeito para criar vínculos jurídicos.

A Constituição da República de 1988 recepcionou as elaborações jurídicas sobre os direitos de personalidade e admitiu a autonomia do sujeito para tomar decisões sobre seu corpo, mas permitiu somente as disposições corporais orientadas pelo sentido de solidariedade social (CF, art. 199, §4^o¹²). Seguindo a mesma linha de raciocínio podemos citar o Código Civil de 2002 (artigos 13 a 15¹³) e a Lei de Transplante de Órgãos n^o 9.434/1997 (artigos 1^o e 9^o¹⁴).

Atente-se que o tratamento jurídico do corpo humano pelo texto constitucional brasileiro de 1988 já indica que o corpo possui um significado social especial, sendo dotado de novos sentidos na sociedade em rede informacional¹⁵. Na nossa sociedade, o corpo tende a se tornar uma matéria prima modelável conforme o interesse do indivíduo, mas também crescem as oportunidades de intervenções políticas de controle do corpo

por meio da tecnologia. Consoante ressalta Rodotà (2008, p. 65), pensar o corpo e impedir que alguém tenha acesso a ele exige uma ideia diversa da sua integridade, não mais fechado apenas nos confins físicos, em respeito ao qual foram estabelecidas as garantias constitucionais. Um novo corpo está diante de nós - decomponível, disseminável, manipulável, falsificável - e é esse novo corpo que permite novas formas de controle, e exige, portanto, novas e mais eficientes formas de garantias.

Nesse sentido, Guacira Lopes Louro (2000, p. 09) adverte que o corpo é visto como o corte e o julgamento final sobre o que somos e o que podemos nos tornar. Os corpos constituem-se na referência, forçada, dos aspectos da sexualidade e da identidade sexual, sem ambiguidades ou inconsistências. Mas, o processo é muito mais complexo e essa dedução pode ser equivocada, conforme adverte a autora, uma vez que os corpos são significados pelas relações de poder. As fronteiras do corpo foram transgredidas. Os corpos não são mais tão evidentes como usualmente pensamos, o que torna problemático o dualismo entre homem e máquina, mente e corpo, em uma evidente crise do modelo de sujeito moderno.

Tais circunstâncias remetem, necessariamente, à reflexão de que a formação e a diversidade de representações do corpo, os valores que o distinguem, os saberes que o alcançam, são resultados de complexas relações de poder que materializam normas sociais e culturais, bem como, dentro desse processo, da possibilidade de significação e ressignificação dessas normas pelos indivíduos. Nessa perspectiva, Judith Butler (2015, p. 70) considera o corpo não como uma superfície pronta à espera de significação, mas como um conjunto de fronteiras, individuais e sociais, politicamente significadas e mantidas. Mais do que uma superfície passiva, o corpo é o local ativo em que se engendram relações de poder a fim de constituir os indivíduos, afinal, o corpo não é uma realidade em si, mas uma construção simbólica.

Importante destacar que a definição de poder adotada neste artigo é aquela foucaultiana, ou seja, a situação estratégica complexa numa sociedade determinada que envolve uma rede encadeada de forças. Segundo Foucault (2015, p. 101), deve-se compreender o poder como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização, formando cadeias ou sistemas, ou ao contrário, defasagens e contradições que as isolam entre si. Nesse jogo há

lutas e afrontamentos incessantes que acabam por transformá-las, reforçá-las e invertê-las.

As relações de poder aqui referidas são imanentes a inúmeros tipos de relações (processos econômicos, relações de conhecimentos, relações sexuais) e não estão em posição de superestrutura, com um simples papel de proibição ou de recondução, mas também atuam com um papel diretamente produtor. Dentro dessa perspectiva, rejeitam-se as teses, como a defendida por Breton (2013, p. 40), que entendem o corpo apenas como uma realidade culturalmente construída. A análise do problema vai além e envolve a própria constituição dos seres corporais pelas tecnologias de poder.

Nesse sentido, Foucault (2015, p. 150) esclarece que, a partir do século XVIII, o poder político assumiu a tarefa de gerir a vida em dois polos de desenvolvimento interligados. O primeiro, centrou-se na disciplina do corpo como máquina, no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade (*anátomo-política*). O segundo, centrou-se em processos reguladores da população, como, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a expectativa de vida etc. (*biopolítica*).

Essa espécie de poder, denominada por Foucault de *biopoder*, constituirá a grande tecnologia do poder no século XIX. Nas palavras do autor: “Deveríamos falar de biopolítica para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana” (FOUCAULT, 2015, p. 154).

Dentro dessas relações de poder, o dispositivo da sexualidade será dos mais importantes focos da disputa política, pois nele se encontra a articulação entre os dois eixos ao longo dos quais se desenvolveu toda a tecnologia política da vida. De um lado, faz parte das disciplinas do corpo (adestramento, intensificação ajustamento das energias); do outro, a sexualidade, o sexo materializado, os efeitos de gênero e as práticas sexuais, pertencem à regulação das populações, por todos os efeitos globais que induzem.

Para essa finalidade, construiu-se sobre o sexo um imenso aparelho para produzir a *verdade* sobre ele, uma *ciência sexual*. Em outras palavras, Foucault (2015, p. 63) adverte que:

[...] o importante é que o sexo não tenha sido somente objeto de sensação e de prazer, de lei ou de interdição, mas também de verdade e falsidade, que a *verdade do sexo* tenha se tornado coisa essencial, útil ou perigosa, preciosa ou temida; em suma, que o sexo tenha sido constituído em objeto de verdade.

Essa *verdade do sexo*, conforme denomina ironicamente Foucault, é identificada nos estudos de Judith Butler (2015, p. 44) pelas práticas reguladoras que geram identidades coerentes por via de uma matriz de normas representativas da heterossexualização que se impõe por meio do dispositivo da heteronormatividade¹⁶ que, por sua vez, segue uma lógica falocêntrica, na qual o homem é o sujeito e a mulher o outro. A heterossexualidade imposta pelo regime da heteronormatividade, em sua lógica falocêntrica, opera com o objetivo de circunscrever e contornar os corpos, materializando o sexo e estabilizando os efeitos de gênero.

Nesses termos, na próxima seção, importa compreender de que modo ocorre a construção do sexo e do gênero na nossa sociedade para, desse modo, entender a lógica das relações de gênero e a real origem da opressão das mulheres no nosso contexto sócio-histórico.

3. O CORPO SEXUADO E AS RELAÇÕES DE GÊNERO

Com base nas considerações teóricas expostas, podemos desenvolver a ideia de que as relações de poder incidem sobre o corpo para normalizar as relações de gênero e a sexualidade, bem como para materializar o sexo. Consoante vimos na seção anterior com base na teoria foucaultiana, a categoria *sexualidade* trata-se de um dispositivo do poder sobre os comportamentos e relações do prazer e desejo socialmente construídos e historicamente modelados.

É relevante ressaltar que, embora as relações de gênero não fossem objeto de investigação de Foucault, a desconstrução da sexualidade realizada pelo autor permite, igualmente, desconstruir o processo de constituição do gênero e do sexo na nossa sociedade, não necessariamente como uma propriedade natural dos seres corporais, mas como o conjunto de efeitos performativos de acordo com a lógica de poder vigente em um determinado contexto histórico. Dentro desse raciocínio, consideramos que as relações de poder incidem sobre o corpo para constituir não ape-

nas a sexualidade segundo a lógica heterossexual, mas, igualmente, para estabelecer o gênero (masculino e feminino) e, ainda, para materializar o sexo (macho e fêmea) segundo a lógica falocêntrica.

Dessa forma, podemos afirmar que o sexo e o gênero são construídos por meio de relações de poder, especificamente, as relações normativas que, não apenas regulam, mas produzem os diversos seres corporais, o que demonstra a dimensão constitutiva e compulsória dessas normas (heteronormatividade). Longe de ser a expressão única da vontade do sujeito, as categorias em análise são performativamente formadas, ou seja, são compulsoriamente constituídas a partir de um processo complexo de reiteração de normas que mascaram o conteúdo opressor da heterossexualização e da lógica falocêntrica. A repetição dessas normas reguladoras e constitutivas é definida na teoria de Judith Butler (2002, p. 34) como *performatividade*.

Diante dessa compreensão defendida por Butler (2002, p. 34), a performatividade refere-se ao processo complexo da constituição não apenas do gênero, mas também do sexo, por meio da internalização de normas impositivas da heterossexualidade e da lógica falocêntrica, que se materializam no corpo como sexo e que criam um efeito (fictício) de gênero real e estável, marcando a posição e função dos sujeitos na estrutura social. Essas normas estabelecem os limites do que será considerada uma formação inteligível do sujeito dentro de determinado contexto histórico.

Esses critérios normativos, conforme ressalta Butler (2002, p. 93), não devem ser entendidos meramente como imposições epistemológicas sobre os corpos, mas como os ideais regulatórios sociais específicos mediante os quais se formam, modelam e configuram os corpos. Trata-se, portanto, de um esquema corporal que não se limita a uma mera imposição sobre os corpos já formados, mas é uma parte da própria formação dos corpos.

Essa compreensão rejeita a distinção entre sexo e gênero a partir de uma interpretação cultural do aspecto biológico (diferença sexual), haja vista que o próprio sexo é igualmente tomado como constructo social, portanto, constituído no âmbito das relações de poder. Assim, na nossa realidade social, o sexo representa um ideal regulatório para materializar a diferença sexual, enquanto o gênero é o efeito desses vetores de poder nas identificações culturalmente inteligíveis. Ressalte-se, contudo, que es-

sas definições desvelam o que o sexo e o gênero são na nossa sociedade, ou seja, o seu caráter performativo, e não o que deveriam ser de acordo com uma perspectiva emancipadora.

Verifica-se, portanto, que o sexo e o gênero não estão presos a determinações biológicas ou meramente culturais, mas são performativamente construídos conforme o ideal hegemônico da heterossexualidade e do falocentrismo, mascarando relações de poder. Dentro dessa perspectiva, o sexo representa um ideal regulatório, não apenas uma condição estática dos seres corporais. O sexo funciona como norma reguladora e como parte do processo que produz os corpos que governa, ou seja, essa força reguladora manifesta-se como uma espécie de poder produtivo (demarcar, diferenciar) dos corpos que controla.

Para a determinação do sexo na nossa sociedade, Judith Butler (2002, p. 149) explica que existem posições sexuadas (representadas pelo binarismo macho/fêmea) que persistem dentro de um âmbito simbólico anteriores à apropriação pelos indivíduos de tais posições e que não podem ser reduzidas ao momento no qual o simbólico sujeita e subjetiva os corpos individuais de acordo com o sexo. Portanto, o sexo é aquilo que marca o corpo, fixando antecipadamente qual posição simbólica o marcará. Marcado o corpo, é como se lhe atribuisse retroativamente uma posição sexual de acordo com as posições pré-existentes. Essa marca e essas posições constituem a condição simbólica necessária para que o corpo possa significar.

Não se nega com isso a existência de aspectos biológicos na constituição do sexo e do gênero, contudo, a questão principal não é como os dados biológicos significam os corpos, mas como os dados biológicos são interpretados e significados como diferença sexual pelas relações de poder para constituir os seres corporais.

A regulação da sexualidade que estabelece essa articulação das formas sugere que a diferença sexual atua na própria formação da matéria, como espaço de inscrição e como a condição que sustenta as posições opostas de masculino e feminino. Trata-se, portanto, de uma materialidade compulsória, onde o feminino e o masculino representam uma relação binária.

Verifica-se, assim, que as fronteiras do corpo são a experiência vivida de diferenciação e exclusão (homem, mulher, classe, raça, heterossexua-

lidade etc.) e, conforme ressalta Butler (2002, p. 106), essa diferenciação nunca é imparcial a respeito da questão da diferença de gênero ou a matriz heterossexual. Ou seja, todos esses fatores são engendrados pelas relações de poder para a heteronormatividade e seus efeitos nas relações de gênero.

Portanto, naturalizar o conceito de gênero e, conseqüentemente, o papel social da mulher, é um elemento significativo da dominação e exploração exercida pelos homens de acordo com as relações de poder em dado contexto sócio-histórico. É importante ressaltar que essas estratégias de poder que engendram as relações de gênero não implicam aniquilar a figura dominada, mas em constituir o sujeito dominado de tal forma que reproduza sua dominação.

A afirmação recorrente de que as relações opressoras de gênero decorrem das regras comuns quanto ao papel do homem e da mulher nas diversas formações humanas, construídas, portanto, a partir da diferença sexual é, a nosso ver, por demais simplista, passando por alto da complexidade do processo que envolve a construção do sexo e do gênero. A matéria aqui debatida está, na realidade, diretamente relacionada às relações de poder que regulam e constituem os sujeitos.

A esse respeito a teoria butleriana esclarece que o sexo é materializado no corpo e o gênero constituído a partir do simbólico que o *falo* representa. Em outras palavras, o *falo* estabelece as condições de significação dos corpos às posições sexuais. Não representa apenas o órgão sexual masculino, mas é também a transfiguração imaginária dessa parte em uma função centralizadora e totalizadora do corpo, ou seja, é o que controla as significações do discurso a partir da figura masculina e da posição heterossexual, portanto, conforme uma lógica binária.

Sobre o tema, Judith Butler (2002, p. 126) explica que é justamente por ser o elemento centralizador e totalizador da unidade do corpo, conforme a heteronormatividade, que o homem é o sujeito na nossa sociedade, pois têm o falo, e a mulher vive um sentimento de castração, pois não tem o falo, mas o assume como elemento de integração corporal, sendo, portanto o Outro nas relações sociais. O caráter morfológicamente distinto do feminino depende de sua purificação de toda masculinidade e essa fronteira e distinção corporal se institui a serviço das leis de uma simbólica heterossexual e falocêntrica.

Nessa estrutura o corpo da mulher já não lhe pertence, mas se torna

objeto do sujeito da relação de gênero (o homem) mediante a dominação da atividade reprodutiva da mulher, da submissão de sua sexualidade ao desejo daquele e da fixação do seu papel social de acordo com sua atividade reprodutiva e de cuidados domésticos (divisão sexual do trabalho).

Compreendida a subordinação das mulheres nas relações de gênero a partir da própria lógica falocêntrica e heterossexual que constitui os seres corporais, importa desvelar de que modo essa lógica opressiva é reificada por meio do Direito, a exemplo da tipificação da importunação sexual.

4. CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL: REIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO NA UTILIZAÇÃO MERAMENTE SIMBÓLICA DO DIREITO PENAL

Em setembro de 2018 foi publicada a Lei 13.718/2018, que promoveu algumas alterações no Código Penal quanto à normatização dos crimes contra a liberdade sexual. Entre essas alterações, destaca-se a nova tipificação do delito de importunação sexual (art. 215-A) e a expressa revogação do artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Lei de Contravenções Penais), que punia a chamada importunação ofensiva ao pudor.

Convém ressaltar que a referida lei resulta da influência de clamor público e consequente pressão midiática, no sentido de dar imediata resposta a uma lacuna de efetiva ou mais severa punibilidade aos casos de molestamento sexual, que não se enquadram nos crimes de estupro (art. 213, CP), estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) ou mesmo violação sexual mediante fraude (art. 215, CP).

O caso que motivou essa pressão direcionada à atividade legislativa ocorreu em agosto do ano anterior (2017), quando um homem foi detido após se masturbar e ejacular em uma mulher, no transporte público na cidade de São Paulo. As manchetes de vários veículos de comunicação noticiaram o caso, tratando-o, por vezes, erroneamente como assédio sexual, que está tipificado apenas no artigo 216-A do Código Penal, em outras ocasiões, como estupro (art. 213, CP) ou abuso sexual.

O caso ganhou ainda maior repercussão quando o juiz responsável por avaliar sua prisão em flagrante, durante a realização de audiência de custódia, decidiu por colocá-lo em liberdade, por entender que estavam ausentes os requisitos legais justificantes da decretação de prisão preventiva. Ademais, na mencionada decisão, o magistrado apontou incorreção

na tipificação inicial da conduta praticada pelo indivíduo – tida como estupro (art. 213, CP) –, entendendo que o comportamento, na realidade, amoldava-se mais corretamente à contravenção penal prevista no artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/1941 (Importunação ofensiva ao pudor), por inexistir, na sua visão, o constrangimento decorrente de violência física ou grave ameaça para a prática de ato libidinoso, elementos normativos integrantes da tipicidade objetiva do delito de estupro.

Verifica-se que o molestamento ou abuso sexual de mulheres em espaços públicos ou privados é diretamente ligado à subordinação da mulher nas relações de gênero, como referido anteriormente, a partir da lógica falocêntrica e heterossexual.

A intervenção e manifestação do Direito Penal nessa esfera ocorre de forma simbólica e imediatista, com o fim de prestar qualquer satisfação diante de casos considerados mais graves ou extremos, assim considerados porque não violam apenas a liberdade sexual da mulher, mas também o estado constante de indiferença quanto aos atos de molestamento e abuso cotidianos. Por ser mais visível, a agressão de natureza sexual mais agressiva não pode ser ignorada.

Na comunidade jurídica, verificou-se maior preocupação com a correta adequação típica do que com as razões subjacentes ao molestamento sexual de mulheres em si, praticado diariamente em transportes públicos, casas noturnas, ambientes laborais etc.

Diante da impossibilidade enquadrar esse tipo de conduta nos tipos penais mais graves (estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude, já mencionados), devido à ausência dos elementos de tipicidade objetiva exigidos para cada um deles, resta reconhecer a insuficiência da legislação vigente para puni-la mais severamente, com penas proporcionais à gravidade do injusto¹⁷.

Impulsionam-se, a partir disso, ideias acerca da necessidade de uma nova incriminação, a fim de situar a punição ao molestamento sexual em um nível intermediário, com penas mais altas do que a mera contravenção ou o delito de ato obsceno (art. 233, CP), porém, menos severas do que aquelas previstas para o crime de estupro (art. 213, CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A, CP).

No entanto, duas questões devem ser analisadas criticamente no que tange a essa nova incriminação: o esgotamento da função simbólica do

Direito Penal e a própria técnica legislativa utilizada para a elaboração do tipo penal descrito no artigo 215-A do Código Penal.

Díez Ripollés (2016) destaca a existência um modelo dinâmico ou operacional de produção legislativa em matéria penal, que se divide em fase pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, dentre as quais se confere relevância especial para a fase legislativa, na qual ocorre a tomada de decisão legal, ao passo que as demais fases são equivocadamente subestimadas.¹⁸

A fase pré-legislativa corresponde a um processo sociológico complexo, que se subdivide em cinco etapas. As suas primeiras etapas são processos espontâneos, ao passo que, nas três etapas finais, já se verifica a progressiva institucionalização.¹⁹ A primeira etapa é a crença em uma disfunção social, isto é, os agentes sociais²⁰ devem apresentar dados sobre os quais se assenta a necessidade de discutir uma disfunção social existente, que necessita da intervenção penal. Essa etapa se conclui com a crença de que determinada disfunção social existe e sua inclusão na agenda temática social, que pode implicar a abertura do sistema jurídico-penal para que ele possa ser modificado e adaptado.

Com a inserção da disfunção como pauta ou temática social, é necessário disseminá-la na sociedade de um modo generalizado, gerando sua estabilização cognitiva (não desaparece da agenda social) e o envolvimento emocional da população (medo ante o delito), gerando o chamado *mal-estar social* frente àquela disfunção (DIÉZ RIPOLLÉS, 2016, p. 30). Posteriormente à estabilização desse mal-estar social, é preciso concretizá-lo mediante um processo comunicativo de troca de opiniões e impressões que reitera sua visibilidade e confere à disfunção social a autonomia necessária para que possa se tornar um problema social (DIÉZ RIPOLLÉS, 2016, p. 34) – formação da opinião pública, que ocorre primordialmente pelos meios de comunicação.

Na sequência, um estado de opinião deve sair da generalidade e se transformar em um programa de ação, que se volta de modo específico a apresentar propostas que visam a solução do problema social colocado. Essas propostas só ativam a etapa subsequente, que é sua conversão em projetos de lei se tiverem respeitabilidade social e esta, por sua vez, é uma qualidade teoricamente garantida porque os programas de ação são desenvolvidos por grupos de pressão especializados, que têm o desejo de

resolver o problema social consoante seus interesses (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 38). Isto é, para que um problema social integre um projeto de lei, esses grupos especializados devem ter representatividade no Poder Legislativo.

A partir daí, inicia-se a fase legislativa propriamente dita, completamente institucionalizada, na qual a existência do problema social, por si só, não é suficiente para que seja colocado em marcha o processo legislativo que culmina na publicação de uma nova lei penal.

Configuram elementos essenciais na fase legislativa: as relações entre o governo e o Parlamento e, especificamente quanto à tomada de decisão legislativa penal na América Latina, a interferência dos grupos de pressão nas forças políticas, reforçada por um certo populismo penal que atua cada vez mais “em função dos sentimentos de insegurança, e não da realidade criminal a ser prevenida” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 250-251).

Tendo em vista essa dinâmica legislativa, o que se verifica no caso da tipificação penal do delito de importunação sexual, é a atuação preponderante dos grupos de pressão especializados em violência de gênero, partindo-se de um caso de grande repercussão nacional para sua projeção enquanto problema social: a objetificação do corpo feminino que se expressa não só por meio de comportamentos vilipendiosos não mais toleráveis.

Nesse sentido, cada vez que se constata a atuação imediata do legislador penal para dar uma resposta a casos que tiveram projeção midiática além das páginas especificamente policiais, atingindo as manchetes principais e as redes sociais, questiona-se a produção do chamado Direito Penal meramente simbólico.

A crítica da utilização meramente simbólica do Direito Penal e da sanção penal, trata de uma função que o Direito Penal efetivamente desempenha, mas não pode ser a única, nem mesmo a principal. Todavia, é apressada a crítica que se faz aos seus efeitos simbólicos, genericamente apontados como incompatíveis com os efeitos instrumentais da pena, que, por sua vez, estão vinculados à finalidade de proteção de bens jurídicos.

A função simbólica do Direito Penal corresponde ao papel desempenhado pelo Estado de “prestação de contas” à população nas atividades legislativa ou mesmo operacional dirigidas ao combate da criminalidade.

Dessa forma, ao elaborar qualquer lei penal mais rígida (criminalizando novas condutas, aumentando penas, etc.), o Estado responde a

uma demanda da população por providências, soluções referentes a certa disfunção social ainda não incriminada ou a determinados crimes já tipificados que, em determinado momento, ficam em evidência por diversas razões, como, por exemplo, a criação de novos métodos de execução (clonagem de cartões, furtos a caixas eletrônicos com empregos de explosivos, etc.), o aumento considerável da prática de alguns crimes específicos (ex. feminicídio), ou a ocorrência de algum fato de comoção nacional.

Nesse sentido, afirma-se que os efeitos simbólicos da pena estariam ligados a uma finalidade de transmitir para a sociedade determinadas mensagens ou conteúdos valorativos, e sua capacidade de influência estaria confinada às mentes ou consciências em que se produzem as emoções ou representações mentais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002).

Todavia, quando se descreve o caráter simbólico do Direito Penal e suas sanções, não se discute apenas a óbvia constatação de que as leis em geral, especialmente as leis penais, estão ligadas, de uma ou outra forma a efeitos simbólicos (HASSEMER, 1991). Trata-se, na verdade, de utilizar esse termo – simbólico – para designar algo que intervém apenas aparentemente e não de forma real ou efetiva.

Em outras palavras, a crítica das leis penais simbólicas parte da constatação de que o sistema penal não pode efetivamente realizar qualquer coisa, senão funções simbólicas relativamente aos problemas que propõe solucionar (SAGUINÉ, 1992), como, por exemplo, a declaração de certos valores (por exemplo, a proibição do aborto, que tem por fim externar o valor segundo o qual a mulher deve cumprir a função de garantir a procriação e descendência); ou, ainda, as leis penais que funcionam como substitutivos de outras providências necessárias, a fim de tranquilizar o medo e os protestos populares (exemplo: leis antiterrorismo) (HASSEMER, 1991).

Não é o objetivo deste trabalho discutir a extensão da função simbólica dentro do sistema penal, isto é, se este poderia ou não ser legitimado em razão das dificuldades que enfrenta para cumprir efetivamente as funções ou finalidades a que se propõe, contrapostas ao custo social que advém de seu funcionamento.

O delito de importunação sexual (artigo 215-A do Código Penal) deve ser analisado, para além de seus limites semânticos ou dos problemas de tipicidade formal que apresenta em razão de má-técnica legislativa

empregada. Esses defeitos devem ser considerados para que se evidencie a desproteção genérica da liberdade sexual, uma vez que, embora possa ocorrer um aumento imediato da persecução de condutas que possam caracterizar a importunação sexual, devido às dificuldades de tipificação e o inexistente efeito pedagógico das consequências jurídicas aplicáveis ao agente agressor, as ocorrências passam a ser menos frequentes, devido ao desestímulo que promove uma lei ineficaz, meramente simbólica.

Assim, são três pontos que devem ser analisados conjuntamente: o problema na tipificação legal do delito de importunação sexual; a inviabilidade de se produzir um efeito pedagógico das prováveis sanções penais aplicáveis ao fato; o efeito meramente simbólico da nova lei e a reificação da violência de gênero.

O artigo 215-A incrimina o ato de “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” ao qual se imputa a pena de reclusão de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave.

O primeiro problema relacionado à técnica do tipo penal diz respeito ao conceito de ato libidinoso. Esse elemento normativo deve ser interpretado em conjunto com o preceito secundário da norma, que estabelece uma cláusula de subsidiariedade expressa – “se o ato não constitui crime mais grave”. Isso significa que o ato libidinoso caracterizador do crime de importunação sexual, praticado sem o consentimento da vítima, é aquele que não configura um delito mais grave – no caso, o crime de estupro, estupro (art. 213, CP) estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), ou mesmo a violação sexual mediante fraude (art. 215, CP), que é apenado mais severamente. Além disso, é necessário que seja praticado algum ato libidinoso contra a vítima, sem o seu consentimento.

Tradicionalmente, o ato libidinoso é conceituado como ato diverso da conjunção carnal, que visa a satisfação da concupiscência (própria ou alheia), que viola a liberdade sexual da vítima e, por isso, nos crimes de estupro é equiparável à conjunção carnal (PRADO, 2019).

No entanto, com a utilização desse termo para definir o crime de importunação sexual, o legislador cria uma nova espécie de ato libidinoso, porque o ato comparável à conjunção carnal, se praticado com violência ou grave ameaça, caracterizará o estupro; se praticado com pessoa vulnerável, caracterizará o estupro de vulnerável; se praticado mediante fraude,

ocorrerá a violação sexual mediante fraude.

Tal ato libidinoso não está claramente definida e sua aplicação ficará a critério de discricionariedade judicial. Assim, indaga-se: pode ser um ato de contato físico, virtual ou verbal? A imprecisão na definição da norma incriminadora viola o princípio da legalidade dos delitos e das penas, na vertente da determinação, segundo o qual as leis devem ser claras e precisas (PRADO, 2019).

Para justificar a intervenção do Direito Penal, que é a *ultima ratio legis* e observar o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, considerando que o objetivo é tutelar a *liberdade sexual* da vítima, por ato libidinoso, nesse caso, deve-se entender a medida de satisfação da concupiscência do agente ou de terceiros, mas que viole a liberdade sexual da vítima, ou seja, deve existir um ato físico praticado diretamente pelo agente ou pela própria vítima, contra si mesma, como ocorre em situações de violação sexual no meio virtual.

A agressão verbal – xingamentos, frases inoportunas – realizada em público ou não, que antes era prevista como a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 do Decreto-Lei 3.688/1941), atualmente encontra-se sem qualquer consequência jurídico-penal, uma vez que ela não se amolda ao ato libidinoso capaz de lesionar a liberdade sexual da vítima. Trata-se de um erro crasso do legislador pois, com a intenção de fazer com que a contravenção revogada estivesse no âmbito de incriminação do novo delito de importunação sexual, utilizou os elementos normativos que precisamente afastam essa possibilidade: *ato libidinoso* contra a vítima.

Dessa maneira, além das dificuldades de se diferenciar com precisão o ato libidinoso caracterizador do estupro e o ato libidinoso da importunação sexual, as perturbações verbais ofensivas ao pudor da vítima serão puníveis apenas se caracterizarem xingamentos, hipótese em que configurado estará o delito de injúria (art. 140, CP).

Além do problema da tipificação penal, é preciso chamar atenção para uma questão que, na verdade, ultrapassa a esfera legislativa: a aplicação e execução da sanção penal.

A pena prevista para o crime constante do artigo 215-A do Código Penal é a reclusão de um a cinco anos. Com base na pena mínima prevista para o delito, aplica-se o disposto no artigo 89 da Lei 9.099/1995 – a sus-

penção condicional do processo, com imposição de medidas restritivas.²¹

A importunação sexual contra o gênero feminino não terá o processo suspenso se o crime for perpetrado em uma das condições previstas no artigo 5º da Lei 11.340/2016²², pois o artigo 89 da Lei 9.099/1995, que prevê a suspensão condicional do processo, não se aplica à violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 41, Lei 11.340/2016). Contudo, fora desses casos específicos de violência doméstica, é cabível a suspensão condicional do processo.

Não se pretende defender aqui que o agressor seja apenado com privação de liberdade em regime fechado, mas é necessário questionar a eficácia das medidas alternativas penais, como no caso da suspensão condicional do processo, e as penas cumpridas em regimes penais menos severos (aberto e semiaberto).

No caso de violência doméstica contra a mulher, mesmo que não seja possível a aplicação da suspensão do processo, o cumprimento de sua pena se dará mais provavelmente em regime aberto (condenado até quatro anos, se não for reincidente)²³ ou, raramente, em regime semiaberto (condenado até quatro anos, se for reincidente²⁴; ou o réu primário, condenado a mais de quatro anos e até oito anos²⁵, o que dificilmente ocorrerá, salvo se houver concurso material de crimes, situação em que as penas devem ser somadas – art. 69 do Código Penal).

Há muito tempo se apontam para os efeitos nefastos da privação de liberdade. Desde que a prisão foi consolidada como espécie principal de sanção penal, sua eficácia questionada (DAVIS, 2018, p. 9), sobretudo devido à institucionalização e “desindividualização” que promove.

As medidas restritivas de direitos, impostas como cumprimento de pena²⁶ ou como medidas cumuladas à suspensão condicional do processo, devem ser priorizadas em eventual condenação porque se mostram convenientes aos casos de importunação sexual, desde que tenham natureza pedagógica.

Entretanto, não é qualquer medida restritiva, aplicada de forma automática e descontextualizada, conforme um padrão de sentenças “enforçadas”, que é capaz de cumprir de modo eficaz as finalidades de repressão e prevenção ao delito.

A individualização da pena, que é um princípio constitucional expresso (art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal de 1988), deve ser

integral e efetivamente observado, não para dar uma resposta imediata ao crime, mas para que o Direito Penal seja um mecanismo de transformação da realidade, embora seja esta uma intenção paradoxal à própria origem do sistema punitivo atual.

Dessa maneira, devem ser priorizadas as medidas restritivas voltadas ao ajuste de comportamento do agente agressor.

Não há que se falar em ressocialização ou reintegração social, quando a pessoa que pratica atos de importunação sexual não é marginalizado. Ocorre, todavia, que a prática da importunação sexual contra a mulher é um componente de uma escala progressiva de violência sexual, em uma sociedade estruturada a partir da lógica falocêntrica na qual, como se viu anteriormente, o corpo da mulher não lhe pertence.

Por fim, o terceiro ponto a ser analisado quanto à incriminação da importunação sexual no Brasil, feita pela inserção do artigo 215-A no Código Penal, é a relação entre o efeito meramente simbólico da Lei 13.718/2018, responsável pela referida alteração no Código Penal e a reificação da violência de gênero.

Nota-se que a nova incriminação não se preocupa em proteger de forma eficiente a liberdade sexual individual, devido à péssima técnica legislativa utilizada na tipificação, tampouco busca encontrar soluções para o problema social subjacente, ao menos por meio da previsão de medidas restritivas de caráter pedagógico, capazes de interromper uma cadeia progressiva de violência sexual.

Portanto, é possível afirmar que a referida lei penal tem caráter meramente simbólico, isto é, visa apenas prestar uma satisfação social imediata, demonstrando que o Estado está preocupado em resolver um problema social identificado.

Nesse sentido, tal incriminação serve como instrumento de reificação da violência de gênero porque, ao invés de discutir e combater suas origens, oferece uma solução imediatista voltada à punição que, apesar de ineficaz, satisfaz o anseio social por maior ingerência punitiva.

Tal anseio social, por sua vez, de um modo geral, não se dirige a eliminar atos de importunação sexual, especialmente quanto estes são praticados contra a mulher, porque eles fazem parte de uma cultura na qual se aceita que o corpo da mulher seja um objeto pertencente a outro sujeito.

A restauração do *status* de indiferença, anteriormente abalado pela

alta visibilidade dada a um ato ofensivo de repercussão nacional, é a verdadeira finalidade dessa intervenção punitiva, gerando a sensação de que esse novo delito, com punição “mais severa”, impedirá, por si só, que atos dessa natureza voltem a ocorrer para serem testemunhados. Dessa maneira, aparentemente, revolve-se o incômodo de comportamentos sexualmente inoportunos e, assim, o real problema da violência de gênero não precisa mais ser debatido.

5. CONCLUSÃO

A análise realizada permite concluir que normatização não é suficiente e eficiente para a eliminação da violência de gênero. Se por um lado, reconhecemos a importância das normas jurídicas que disciplinam a violência contra a mulher, por outro lado, é importante evidenciar que a normatização tem servido ao propósito de consolidar a lógica falocêntrica e heteronormativa das relações de gênero.

As mudanças nas relações de gênero, capazes de romper com os regimes de verdade opressores, requerem a desreificação da performatividade e a ressignificação das categorias de gênero e sexo. A tarefa é justamente formular uma crítica às categorias de identidade opressoras que as estruturas jurídicas contemporâneas engendram, naturalizam e imobilizam.

O Direito Penal, que tem por finalidade precípua a tutela de bens jurídicos, utilizado de maneira simbólica e irrefletida na construção do tipo penal de importunação sexual e a respectiva pena, reifica a violência de gênero e deixa desprotegida a liberdade sexual da mulher.

O tipo penal previsto no artigo 215-A apresenta uma série de incongruências que dificultam sua aplicação prática.

O ato libidinoso, praticado sem anuência da vítima, não pode ser realizado mediante violência física, ameaça grave, qualquer meio que reduza a capacidade de resistência da vítima ou fraude, uma vez que essas formas de execução perfazem crimes mais graves: estupro, estupro de vulnerável e violação sexual mediante fraude.

Tradicionalmente conceituado como ato diverso da conjunção carnal, que visa à satisfação da concupiscência, o ato libidinoso passa a ser compreendido com a conduta física ou virtual, excluída a possibilidade de adequação típica em razão de agressões verbais.

A pena privativa de liberdade cominada (um a cinco anos), que ad-

mite a suspensão condicional do processo, salvo se o crime é praticado com violência doméstica contra a mulher, demonstra também que o legislador não tem a intenção de punir com mais eficácia ou mais severamente as condutas de abuso sexual, tampouco solucionar os problemas dos quais advêm essas condutas abusivas.

Ao utilizar o Direito Penal para prestar rápida satisfação ao clamor público imediato, decorrente de um caso de repercussão nacional, o legislador trata a violência sexual como um problema a ser resolvido mediante a cominação simbólica da pena de prisão.

Dessa forma, a violência de gênero passa a ser tratada como mais um dos diversos problemas sociais cuja solução está na ampliação da intervenção punitiva estatal. Por meio da incriminação imediata, é possível retornar ao estado de indiferença quanto às diversas formas de abuso sexual praticado contra a mulher cotidianamente.

REFERÊNCIAS

BUTLER, Judith. **Sex and Gender in Simone de Beauvoir's Second Sex**. *In* Yale French Studies. n. 72, Simone de Beauvoir: Witness to a Century. (1986), p. 35-49.

_____. **Cuerpos que importan: sobre los limites materiales y discursivos del sexo**. 1ª ed. Buenos Aires: Paidós, 2002.

_____. **Deshacer el genero**. Barcelona: Paidós, 2006.

_____. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CHIAVACCI, Enrico. **Il significato del corpo como tema di ética fondamentale**. *In* Per uno statuto del corpo. MAZZONI, Cosimo Marco (coord.). Milano: Giuffrè, 2008, p. 11-42.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Trad. Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Trad. Luiz Regis Prado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, 7/8, n. 11, p. 551-557, 2002.

FONSECA, Angela Couto Machado. **Corpo, Biopolítica e Direito: percursos filosóficos da ordenação e regulação biológica**. Curitiba, 272p. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37097/R%20-%20T%20-%20ANGELA%20COUTO%20MACHADO%20FONSECA.pdf?sequence=1>>. Acesso 12/06/2019.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: A vontade de saber**. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano**. In *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. FACHIN, Luiz Edson (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 57-85.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. **Pena y Estado**: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: ed. 34, 2003.

LOURO, Guacira Lopes. **Pedagogias da Sexualidade**. In O Corpo Educado. 2ª ed. LOURO, Guacira Lopes (org.). Belo Horizonte: Autêntica, 2000. Disponível em:<http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/867_1567_louroguaciralLopescorpoeducado.pdf>. Acesso em 12/06/2019.

RODOTÀ, Stefano. **Trasformazioni del corpo**. In Per uno statuto del corpo. MAZZONI, Cosimo Marco (coord.). Milano: Giuffrè, 2008, p. 43-67.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Rearticulando gênero e classe social**. In Uma questão de gênero. COSTA, Albertina de Oliveira; BRUSCHINI Cristina. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempo, 1992, p. 183-215.

SANGUINÉ, Odone. Função simbólica da pena. **Fascículos de ciências penais**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 114-126, jul./set. 1992.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro**. Parte Especial. 3.ed. São Paulo: Forense, 2019, v. 2.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. O caso do ônibus e a seletividade dos penalistas. **Empório do Direito**. [S.I.] 2017. Disponível em:

<<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-caso-do-onibus-e-a-seletividade-dos-penalistas>>. Acesso em: 12/06/2019.

ZATTI, Paolo. **Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità all' proprietà.** In Per uno statuto del corpo. MAZZONI, Cosimo Marco (coord.). Milano: Giuffrè, 2008, p. 69-97.

'Notas de fim'

1 Relatório disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em 12/06/2019.

2 Relatório disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em 12/06/2019.

3 Relatório disponível em:<<https://news.un.org/pt/story/2018/11/1648831>>. Acesso em 12/06/2019.

4 Relatório disponível em:<http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/GSH2018/GSH18_Gender-related_killing_of_women_and_girls.pdf>. Acesso em 12/06/2019.

5 Relatório disponível em:<<https://news.un.org/pt/story/2018/11/1648831>>. Acesso em 12/06/2019.

6 Relatório disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em 12/06/2019.

7 Relatório disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/87-das-brasileiras-que-moram-nas-cidades-ja-foram-assediadas>>. Acesso em 12/06/2019.

8 Relatório disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/87-das-brasileiras-que-moram-nas-cidades-ja-foram-assediadas>>. Acesso em 12/06/2019.

9 Relatório disponível em: < <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/87-das-brasileiras-que-moram-nas-cidades-ja-foram-assediadas>>. Acesso em 12/06/2019.

10 Para a devida compreensão da natureza simbólica da existência do corpo, adota-se a teoria psicanalítica desenvolvida por Lacan, do Estágio do Espelho, segundo a qual a morfologia do corpo trata-se de uma projeção investida psiquicamente, uma idealização ou ficção do corpo entendido como totalidade e local de controle (apud BUTLER, 2002, p. 107). A indissociabilidade do psíquico e corporal sugere que toda descrição do corpo, incluindo aquelas irremediavelmente convencionais dentro do discurso científico, produz-se por meio da identificação com esse esquema imaginário. Entende-se que a projeção psíquica confere fronteiras e, portanto, dá uma unidade ao corpo, de modo tal que os contornos próprios do corpo são lugares que vacilam entre o psíquico e o material.

11 Cumpre ressaltar que os seres humanos somente são adequadamente entendidos nas suas relações com outros seres humanos, afinal, os sujeitos são constituídos como seres relacionais e históricos. Partimos da concepção de EU-OUTRO com base na teoria do reconhecimento de Axel Honneth que, ao desenvolver um sentido materialista da teoria do reconhecimento idealista hegeliana com junção à psicologia de Mead, considera que "a reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprender a se conceber, da perspectiva normativa de seus parceiros de interação, como seus

destinatários sociais” (HONNETH, 2003, 155).

12 Art. 199, § 4º, CF. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

13 Art. 13, CCB. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14, CCB. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15, CCB. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

14 Art. 1º, Lei 9.434/1997. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Art. 9º, Lei 9.434/1997. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

15 Diante dos avanços tecnológicos, principalmente no que tange ao acesso e uso de recursos genéticos, Gediel (1998, p. 60) considera que é necessária uma revisão dessa postura jurídica que se radica na formação do Direito Moderno e compreende as noções jurídicas de indissociabilidade entre o sujeito e seu corpo. Acerca dessa necessária mudança da concepção jurídica do corpo, convém ressaltar a crítica elaborada por Zatti (2008, p.71), no sentido de que a adoção de um outro paradigma jurídico da integridade corporal esbarra na estrutura originariamente proprietária da categoria do direito subjetivo, que serve de obstáculo para representar juridicamente uma relação entre sujeito e corpo para além da noção clássica de propriedade. Para o autor, o corpo representa um modo muito específico de propriedade: “posso dizer que o corpo é meu no sentido de que sua história me constrói e o que denomino de meu é também inteiramente eu, de modo que a propriedade desmorona na identidade” (2008, p. 80).

16 Dentro dessa linha de pensamento, podemos entender a heterossexualidade como o discurso hegemônico que busca criar uma unidade em torno das posições binárias homem/mulher e excluir posições homossexuais, criando uma falsa estabilidade entre sexo, gênero e desejo. Já a heteronormatividade é o conjunto de prescrições que fundamenta processos sociais de regulação e controle para a naturalização e imposição da heterossexualidade.

17 É necessário destacar que, dentre as vozes da comunidade jurídica que se levantaram para analisar a adequação típica da conduta, algumas se insurgiram a favor do enquadramento no crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) ou violação sexual mediante fraude (art. 215, CP). Contudo, merece referência a crítica feita por Camila Cardoso de Mello Prado, dirigida ao discurso de adequação típica, para quem “essas lentes de interpretação dos elementos do tipo penal não são auto-evidentes. Os enquadramentos do que se nomeia como violência ou grave ameaça não estão dispostos em lei. São parte de um processo de construção do discurso jurídico, do qual participam doutrinadores e atores do sistema de justiça criminal. Se os autores desse discurso social afirmam que a grave ameaça não pode ser sustentada e argumentada nesta cena, é porque também o enquadramento desta cena está informado por grupos de casos que de

antemão foram, ao longo da história punitiva, selecionados” (PRANDO, 2017).

18 “[...] as três fases se encontram em um contexto de retroalimentação que supera amplamente aquele derivado de sua circularidade: assim, a fase pré-legislativa não apenas condicionará de modo geral decisivamente o desenvolvimento da fase legislativa, como também predeterminará os aspectos que devem ser mais enfatizados durante a fase pós-legislativa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 27).

19 Institucionalização corresponde a “medida com que certas atividades se desenvolvem dentro da rotina de certos organismos estruturantes da organização sociopolítica, tais como a Administração Pública em suas diferentes variações, partidos políticos, sindicatos, associações profissionais, etc” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 27).

20 Podem ser: governo, partidos políticos, sindicatos, associações empresariais, corporativas ou profissionais, ou grupos sociais não institucionalizados, como associações de proteção ao ambiente ou animais, associações religiosas, culturais, científicas, feministas, etc (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, P. 28).

21 O artigo 89, §1º da Lei 9.099/1995 estabelece as condições mencionadas: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; “II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades”; além de outras medidas que o juiz indicar como convenientes (art. 89, §2º, Lei 9.099/1995).

22 “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”.

23 “Art. 33, §2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...] c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

24 A possibilidade de fixação do regime inicial semiaberto para o reincidente condenado a uma pena privativa de liberdade de até quatro anos é uma criação jurisprudencial, atualmente prevista na súmula 269 do STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

25 Regra prevista no artigo 33, §2º, letra b.

26 O crime de importunação sexual é tão imprecisamente tipificado que gera dúvidas quanto à classificação sobre ser um delito de violência ou grave ameaça à pessoa. Assim, fica aberta questão sobre a possibilidade de substituição por restritivas de direitos, já que o impedimento da substituição refere-se a crimes cometidos com violência (agressão física) ou grave ameaça à pessoa, o que por si só afastaria a hipótese da importunação sexual que, como se viu, difere-se do estupro (art. 213, CP), porque o ato libidinoso praticado sem o consentimento da vítima não envolve violência física ou ameaça grave.

