

Legalislux

Revista Jurídica Legalislux | Belém do São Francisco | v.2, n.1 | 53 p. | 2020

FACESF – Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco

Direção Acadêmico

Luis Geraldo Soares Lustosa

Coordenação Geral

Daniela Pereira Novacosque

Coordenação de Pós-Graduação

Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa

Coordenação do Núcleo de Pesquisa NPQ FACESF

Phablo Freire



Os trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Permitida a reprodução, total ou parcial, desde que citada a fonte. Solicita-se permuta/exchanges dedired.



Legalislux

| | | | | |
|-----------------------------|------------------------|----------|-------|-------|
| Revista Jurídica Legalislux | Belém do São Francisco | v.2, n.1 | 53 p. | 2020. |
|-----------------------------|------------------------|----------|-------|-------|

REVISTA JURÍDICA FACESF

Editor Chefe

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Equipe Editorial

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Daniela Pereira Novacosque (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Geyza Kelly Alves Vieira (FACESF, Brasil)

Débora Alves de Amorim (FACESF, Brasil)

Conselho Editorial

Cesar Augusto Baldi (UPO, Espanha)

Matheus de Mendonça Gonçalves Leite (PUC Minas, Brasil)

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Anna Christina Freire Barbosa (UNEB, Brasil)

Edimar Edson Mendes Rodrigues (FACAPE, Brasil)

Henrique Weil Afonso (PUC Minas, Brasil)

Débora Alves de Amorim (FACESF, Brasil)

Fábio Gabriel Breitenbach (UNEB, Brasil)

Thiago Teixeira Santos (PUC Minas, Brasil)

Luís Geraldo Soares Lustosa (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Geyza Kelly Alves Vieira (FACESF, Brasil)

Flawbert Farias Guedes Pinheiro (FACESF, Brasil)

Manoel Messias Pereira (FACESF, Brasil)

Ana Rosa Brissant de Andrade (FACESF, Brasil)

Márcio Rubens de Oliveira (FACESF, Brasil)

Ficha Catalográfica elaborada pelo bibliotecário Janildo Lopes da Silva / CRB4/929

Revista jurídica legalislux [Recurso eletrônico] / Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco. - v. 1, n. 1. (2019)- Belém do São Francisco/PE: FACESF, 2019-

Semestral

ISSN 2763-9584

Modo de acesso: World Wide Web:

<<http://periodicosfacesf.com.br/index.php/revistajuridicalegalislux>>

1. Direito - Periódicos. I. Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do São Francisco. II. Título.

34(05) CDU

FACESF/BIB023/2019

Publicação semestral | Endereço para correspondência | Rua Cel Trapiá, 201 - Centro - CEP: 56440.000 - Belém do São Francisco/PE | Endereço eletrônico e-mail: npj@facesf.edu.br <https://periodicosfacesf.com.br/>

SUMÁRIO

SEÇÃO I: DEMOCRACIA, SISTEMAS NORMATIVOS E PENSAMENTO CRÍTICO

REPENSAR A REPÚBLICA: SEXUALIDADE E RACIALIDADE EM ANÁLISE CONSTITUCIONAL

Sérgio Pessoa Ferro 7

ASSÉDIO SEXUAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL ANTE A VUNERABILIDADE DA VÍTIMA

Jaiza Sammara Araújo Alves

Ângela Roberta Almeida Ribeiro 21

O DIREITO DAS (TRANS)FORMAÇÕES: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS QUESTÕES RELATIVAS À GÊNERO E SEXUALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Renan Soares Torres de Sá

Elza Krislayne Xavier de Moraes Ramos Souza 41

SEÇÃO I: DEMOCRACIA, SISTEMAS NORMATIVOS E PENSAMENTO CRÍTICO

REPENSAR A REPÚBLICA: SEXUALIDADE E RACIALIDADE EM ANÁLISE CONSTITUCIONAL

RETHINKING REPUBLIC: SEXUALITY AND RACIALITY IN CONSTITUTIONAL ANALYSIS

Sérgio Pessoa Ferro¹

RESUMO: O artigo pretende realizar uma arqueologia do saber a partir das obras de Viveiros de Castro e Oliveira Vianna, examinando-as na perspectiva dos dispositivos históricos de sexualidade e racialidade em atenção aos discursos jurídicos que fundaram o ideário republicano no Brasil. Infere-se que as instituições públicas nacionais foram projetadas para manter as desigualdades raciais e sexuais da sociedade, urgindo pela revisão histórica da memória constitucional em nome do futuro da democracia

Palavras-chave: Viveiros de Castro. Oliveira Vianna. Constitucionalismo. História. Brasil.

ABSTRACT: The article intends to carry out an archeology of knowledge based on Viveiros de Castro and Oliveira Vianna's work, examining them from the perspective of the historical devices of sexuality and raciality in view of the legal discourses that founded the republican ideals in Brazil. It is inferred that national public institutions were designed to maintain the racial and sexual inequalities of society, urging the historical revision of constitutional memory in the name of the future of democracy.

Keywords: Viveiros de Castro. Oliveira Vianna. Constitucionalismo. Story. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

Francisco José Viveiros de Castro (1862-1906) nasceu em Alcântara (MA), estudou na Faculdade de Direito de Recife, ocupando diversos cargos públicos em sua trajetória de vida. No Maranhão, foi presidente da província; no Rio de Janeiro, promotor e magistrado do tribunal civil e criminal. Escritor, em 1894, publicou três livros na área criminal: A nova escola penal, Ensaio sobre a estatística criminal da república e Atentados ao pudor: estudos sobre as aberrações do instinto sexual. O juiz escreveu também Delitos contra a honra da mulher em 1897 e Exames e pareceres médico-legais em 1926. Estes últimos três livros compõem sua série sobre crimes sexuais.

Levantando o estado da arte, alguns trabalhos foram publicados sobre a construção da subjetividade feminina em suas obras, entretanto nenhuma produção foi verificada a respeito das representações do que hoje chamamos homossexualidade. Por se tratar do primeiro texto a classificar as dissidências sexuais em nossas ciências jurídicas, escolhemos Atentados ao pudor para análise discursiva. Se, na abordagem de Joan Scott (1995), uma história política sobre o gênero implica em perceber não só os papéis sexuais designados às mulheres, como também aos homens, uma história constitucional das intersecções entre sexualidade e racialidade envolve o estudo não só da emergência das "minorias sexuais" e "minorias raciais", senão da

articulação do heterossexismo e da branquitude enquanto norma.

Francisco José de Oliveira Vianna (1883-1951) nasceu em Saquarema (RJ) na fazenda de uma família tradicional, bacharelou-se na Faculdade de Direito de Niterói em 1906, tornando-se professor nesta mesma instituição, além de ter atuado como consultor jurídico do Ministério do Trabalho (1932-1940); membro da comissão de elaboração do anteprojeto da Constituição em 1932; e membro da Academia Brasileira de Letras desde a votação de 1937. Lançou seu livro de estreia em 1920, *Populações meridionais do Brasil*, com sucesso no meio do pensamento político. Em seguida, *Pequenos estudos de psicologia social* (1921) e *Evolução do povo brasileiro*, sendo este escolhido para compor nosso arquivo de análise em conjunto com *Raça e assimilação* (1932), duas publicações em que o autor enuncia mais explicitamente sua governabilidade racial; *O idealismo na Constituição* (1927), uma crítica ao constitucionalismo republicano liberal; e *Instituições Políticas Brasileiras*, escrito somente em 1949.

A princípio, não há registros de interlocução direta entre Viveiros de Castro e Oliveira Vianna nos títulos mencionados, embora haja comparações, aproximações e distanciamentos no manejo de suas lentes de inteligibilidade que podem ser observados. Em que medida se cruzavam as micropolíticas da medicina legal com as macropolíticas constitucionais? Do período conhecido por Primeira República até a retirada formal dos direitos na Constituição de 1937, especialmente os civis e políticos, pela imposição de uma “democracia autoritária” no Estado Novo, que valores constitucionais eram manifestados na interseção das

práticas discursivas da ciência jurídica produzida pelos referidos autores?

No campo interdisciplinar da história do direito, esta pesquisa se orienta epistemologicamente pela arqueologia do saber formulada por Michel Foucault, dirigida não para descrição do começo silencioso da produção intelectual do constitucionalismo brasileiro, mas para a identificação de um novo tipo de racionalidade a constituir o projeto republicano nacional. Quanto à metodologia, parto da análise histórica do discurso científico do direito, baseada nas técnicas de coleta em fontes primárias de documentos digitais reunidas no arquivo composto pelas obras já mencionadas; e revisão bibliográfica em fontes secundárias encontradas na teoria do direito constitucional, história constitucional, historiografia e estudos interseccionais de raça, gênero e sexualidade.

2. VIVEIROS DE CASTRO: AS “ABERRAÇÕES SEXUAIS” NO DISCURSO MÉDICO-LEGAL

Para iniciar, convém descrever aspectos que constituem a materialidade do livro *Atentados ao pudor*. Depois de sua publicação original, ele foi reeditado mais duas vezes, de maneira que nossa arqueologia tem por objeto sua última tiragem datada de 1934, impressa pela Livraria Editora Freitas Bastos. Na folha de rosto, logo abaixo do nome completo do escritor, constam duas funções públicas em tom biográfico, curricular e de autoridade sobre o assunto. São elas: “professor de direito criminal na Faculdade Livre de Direito”; e “desembargador da Corte de Apelação do Distrito Federal”.

O prefácio da primeira edição localiza o leitor no fim do século XIX, enunciando o surgimento de patologias (alcoolismo, suicídio, criminalidade,

loucura), entre elas, as aberrações de instinto sexual como sintomas da degenerescência agravada pela hereditariedade. A ciência erguida sobre o território clínico do hospital e dos laboratórios que decidia sobre o destino de quem era juridicamente enquadrado nos crimes de atentado ao pudor, podendo ser classificado como um perverso a ser punido ou ter sua imputabilidade questionada por ter agido em consequência de uma doença (CASTRO, 1934).

A hipótese estava contida em seu problema de pesquisa que vinculava a causa da “corrupção nos costumes” à “mestiçagem” da população brasileira, expondo em seus fundamentos valores eugênicos de branqueamento das raças negra e indígena. Os cruzamentos heterossexuais interraciais degeneravam no “mulato”, o que explicaria a falta de moralidade de nosso povo. Seríamos, então, mais “propensos à ludibricidade”. O enunciador afirmava a cientificidade de seu texto em defesa de possíveis ataques da sociedade carioca, acusando seu manuscrito de imoral. Dirigia-se aos magistrados, alegando a relevância de seu papel na tomada de decisões sobre a culpa ou inocência de sujeitos em crimes sexuais sob sua apreciação.

Na segunda edição, Viveiros de Castro relatou que a sociedade considerou *Atentados ao pudor* um “livro pornográfico”, mencionando diversos juristas prestigiados que se manifestaram em favor de sua obra: João Vieira de Araújo (1844-1922), Clóvis Beviláqua (1859-1944), Nina Rodrigues (1862-1906), Francisco Fajardo (1864-1934) entre os nossos, além dos estrangeiros Raffaele Garofalo (1851-1934) e Paul Brouardel (1837-1906). Chamaram-no de pessimista por afirmar a existência de psicopatias sexuais no Brasil, reproduzindo um comentário crítico da época: “As

aberrações sexuais não existem aqui e se existem são em grau tão insignificante que não merecem ser notadas” (CASTRO, 1934, p. XII). A estratégia era o silenciamento no plano da visibilidade, um apagamento a ponto de as dissidências sexuais sequer serem enunciadas, ainda que subalternamente.

A justificativa ética era proteger as “vítimas de um estado neuropatológico”, vitimizando não as mulheres, mas os homens autores das violências, que deveriam ser tratados e não punidos. A medicina legal seria competente para avaliar os casos de internação hospitalar e de encarceramento contra as injustiças do direito repressivo. O diagnóstico dos laudos médico-legais na instrução do processo penal deveria ter um peso especial na avaliação das provas, distinguindo o doente do criminoso. A narrativa está dividida em tipos psicopatológicos, um capítulo para cada: exibicionistas, necrófilos, lubricidade senil, sátiros, ninfomania, alucinados, amor fetichista, amor azoofílico, erotomanos, suicidas, ciumentos, incestuosos, hermafroditas, tribades, pederastas, assassinos. E uma última seção reservada à “classificação e etiologia do mal”.

Envolvido pela linguagem liberal republicana de afirmação dos “direitos civis e políticos”, emerge o conceito de “verdadeiro sexo”. Todavia, será esta noção de verdade sobre o “sexo biológico” que agenciará até o tempo presente as práticas discursivas de negação da cidadania para intersexuais e transexuais no espaço público, inserindo-os socialmente desde que na condição binária de “hermafrodita macho” ou “fêmea”. O fragmento comenta os problemas do registro civil e da educação desses sujeitos cujas origens patológicas eram explicadas com base na

degenerescência física, debilidade mental, imbecilidade e desequilíbrio.

Estas “vítimas da prostituição e do deboche” eram classificadas em três categorias: a) “Uns sentem aversão, horror, ou aborrecimento e frigidez pelas relações sexuais; b) “Outros praticam indiferentemente o coito como homem ou mulher”; c) os “invertidos”. Para exemplificar estes últimos, Viveiros de Castro (1934, p. 165) relata “o caso de Maria C..., de 24 anos, inscrita como mulher no registro civil. Raptada por um velho de 70 anos, fuge com ele para a Martinica”. Maria C... transaciona para o gênero masculino nessa viagem, chamando-se Marius após se entregar à “sodomia e onanismo bocal” e praticar “desenfreadamente com negras e mulatas amores lésbicos”.

Seguindo sua narrativa dos componentes psicopatológicos do “hermafroditismo”, Viveiros de Castro examina um “caso” bastante peculiar às lutas judiciárias contemporâneas pelos direitos à identidade de gênero no registro civil e casamento entre homossexuais, tramitado na Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro onde atuava como desembargador em 1895. A ação de anulação de casamento movida por Zélia Cardoso contra o réu Eduardo Pacheco da Silva alegava erro em relação à pessoa designada “andrógina” (CASTRO, 1934, p. 176-177).

Na sentença, o debate se encontrava entre a dilação probatória acerca da genitália de Eduardo e o casamento contraído entre “dois indivíduos do mesmo sexo”, declarando-o nulo. O acórdão fundamentou-se no Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, promulgado pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca no primeiro ano da República para estabelecer o regime de casamento civil, no Projeto do Código Civil Brasileiro que viria a ser

instituído em 1916 e no Código Civil Português, guardando consenso a respeito da legitimidade apenas da união heterossexual entre homens e mulheres cisgêneros. A decisão manteve a nulidade imposta pelo juiz singular. Todavia, o voto vencido de Viveiros de Castro (1936, p. 135) foi divergente da maioria da turma no tocante à prova, pois asseverava que a confissão não era suficiente em matéria de direito indisponível ao casamento, sendo necessário um “cuidadoso exame científico que nem sempre dá resultado completo” para atestar a “anomalia”.

O sistema de justiça da Primeira República e do Estado Novo em que circulavam estes discursos funcionava como um dispositivo biopolítico da tecnologia de gênero, nas palavras de Teresa de Lauretis (1987), a produzir as diferenças sexuais do que é ser homem e do que é ser mulher, bem como as suas exceções abjetas na sociedade brasileira que se urbanizava. Quanto mais a mulher cisgênero se afastava da esfera privada, dos valores patriarcais e da performance de sexo frágil, maior sua degenerescência: “Nenhum sentimento de família, de pudor, de religião. Nunca corou. Memória fraca, Nenhuma aptidão feminina, veste mal as roupas de mulher” (CASTRO, 1934, p. 197). Viveiros de Castro (1897) foi um dos principais enunciadores do conceito de “mulher honesta” a ser manipulado inclusive para absolver homens que praticavam violências sexuais caso a vítima tivesse perdido sua “honestidade”.

“O tribadismo é um crime? Pode ser punido perante a lei e a justiça? Na Europa a lei penal não se preocupa do tribadismo. Somente o Código Penal da Áustria no art. 129 o compreendeu” (CASTRO, 1934, p. 202). Em suas inferências de direito comparado, destacava que o Brasil seguia a posição austríaca

“limitando, porém, o crime: 1) quando o ato for cometido por meio de violências ou ameaças; 2) quando a pessoa corrompida for de menor idade” (CASTRO, 1934, p. 202).

Isto porque a legislação brasileira não previa a terceira modalidade do código estrangeiro quando o delito fosse praticado contra a natureza por meio de coito com pessoas do mesmo sexo. Diferencia os papéis da “tribade” ativa e passiva, assim como os “sodomitas”, de modo que “a psicopatia deve pois ser atribuída à tribade ativa” (CASTRO, 1934, p. 205). Para as operárias, a causa estava no trabalho excessivo; para as burguesas, na negligência das mães na vigilância das filhas.

“A pederastia não tem como o tribadismo preocupado a atenção dos romancistas, ou porque o assunto repugne como imundo e porco, ou porque falte o encanto que a mulher sempre oferece, ainda mesmo em suas aberrações” (CASTRO, 1934, p. 119). Assim, o autor inicia o capítulo destinado à homossexualidade masculina, enunciada pelo conceito de “pederastia” referenciado nas ideias da psiquiatria europeia que a entendia como “inversão sexual” ou “perversão sexual”.

Relata que Adolfo Caminha (1867-1897) havia lhe informado que estava escrevendo o romance Bom-Crioulo, que seria publicado em 1895, narrando a história de “amor homossexual” entre dois marinheiros: Amaro, escravizado fugitivo que buscava refúgio na Marinha brasileira e Aleixo, um jovem grumete branco. Esta é considerada a narrativa pioneira da literatura gay no Brasil, embora reproduza estereótipos racistas sobre o corpo do homem negro (MOREIRA, 2012). Pouco se sabe sobre os sujeitos históricos homossexuais brasileiros, posto que tivessem a subjetividade

enunciada não no campo político-constitucional, mas no da medicina legal.

As teorias racistas de identificação criminal professadas por Viveiros de Castro empurravam os corpos sexualmente dissidentes para o confinamento no sistema psiquiátrico e penitenciário nas primeiras décadas da República. Consoante João Silvério Trevisan (2000), aqueles que não demonstravam sua orientação sexual, isto é, os “invertidos honestos”, não mereciam punição, pois não tinham culpa de sua doença.

De fato, na linguagem do autor em estudo, os “pederastas passivos”, os “frescos” e os “afeminados” deveriam ser punidos em detrimento dos “pederastas ativos” ou “uranistas”, cujas performances de gênero aproximavam-se mais da masculinidade cis-heteropatriarcal, tratando-se de uma psicopatologia “congénita” e não uma “depravação moral” a ser reprimida pela norma penal. (CASTRO, 1934, p. 233-234). Trevisan (2000) assevera, ainda, que o Projeto do Código Penal, redigido pela Sub-Comissão Legislativa liderada pelo desembargador Virgílio de Sá Pereira após a dissolução do Congresso Nacional pelo governo Vargas em 1930, previa um capítulo específico para abordar o “homossexualismo”.

Ocorre que a história da penalização da homossexualidade no Brasil remete às Ordenações do Reino: Anfonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) pela fórmula de “pecados nefandos” inscritos nos “atos de sodomia”, punidos com pena capital mediante fogueira, confisco de bens à Coroa e declaração de infâmia dos descendentes, impedindo-os de ocupar cargos públicos (BORBA; SCHÄFER; RIOS, 2012). Neste sentido, Daniel Borrillo (2016) relembra que a última condenação à morte na França aconteceu em 1783 e nos Estados Unidos em

1873, quando os valores iluministas passavam a considerar a liberdade individual um direito fundamental a ser preservado, restringindo a intromissão do Estado na vida privada.

Com a importação da filosofia política liberal para o Brasil no período pós-Independência, o Código Criminal do Império de 1830 descriminalizou a sodomia, tipificando, em seu lugar, os crimes sexuais. “Desde então, os cidadãos civis não estão submetidos à tutela penal com base exclusivamente em uma prática homossexual livremente consentida, desde que privada” (BORBA; SHCÄFER; RIOS, 2012, p. 319). O Código Penal Republicano de 1890 seguiu, em grande parte, o modelo do anterior na previsão dos delitos sexuais com suas devidas alterações concentradas no Título VIII – Dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor, que continha os tipos de atentado violento ao pudor (art. 266), defloramento (art. 267), estupro de mulher honesta (art. 268), rapto (art. 270), lenocínio (art. 277), adultério (art. 279), ultraje público ao pudor (art. 282), poligamia (art. 283) e celebração de casamento contra a lei (art. 284).

O Código Penal da Armada da República dos Estados Unidos do Brasil, decretado em 1891, incorporou a penalização tácita de homossexuais no crime de libidinagem: “Art. 148. Todo individuo ao serviço da marinha de guerra que attentar contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo por meio de violencia ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão de instinto sexual”. O crime exigia que o sujeito estivesse a serviço da Marinha, instituição marcial a que pertencia os personagens homossexuais de O bom-crioulo, e agisse com violência, prevendo pena de prisão.

Foi necessário desenhar este breve percurso jurídico da homossexualidade para contextualizar o seguinte enunciado de Viveiros de Castro (1934, p. 221): “Depois que o novo código penal da Republica considerou a pederastia um crime, todos os annos no foro desta cidade iniciam-se uns dez ou doze processos por violação de menores”. A ordem normativa estatal não mencionava a palavra “pederastia” em sua lei criminal, embora a elaboração doutrinária equiparasse com extrema coerência a punição dos “pederastas” na execução dos crimes de atentado ao pudor, para civis, e libidinagem, para militares.

3. OLIVEIRA VIANNA: DEMOCRACIA AUTORITÁRIA, ARIANIZAÇÃO E EUGENIA

Tenho por objeto de estudo a terceira edição de *Evolução do povo brasileiro*, publicada pela Companhia Editora Nacional em 1938. Considerado um dos grandes intérpretes do Brasil, Vianna escrevia que a formação de nossa nacionalidade ocorria no “caldeamento étnico” de três raças, sendo duas exóticas, a indígena e a negra. Expunha detalhadamente um projeto civilizador em continuidade ao “povoamento” do território pelos “conquistadores”.

Em sua cosmovisão, os desbravadores brancos agiam como “fatores geográficos” para conquistar povos e terras, ampliando as fronteiras do país. Eram simbolizados não somente pelo “bandeirante” paulista como pelo “gaúcho”, considerado o mais ariano de nossos “tipos regionais”. Exploravam a economia agrícola latifundiária com base no trabalho escravo, tornando-se senhores de engenho, oligarcas locais, chefes dos clãs familiares que tinham o dever de dirigir a política nacional. Daí o

“caudilhismo territorial” e os problemas de federalismo atribuídos à força centrífuga da Constituição de 1891 – uma pressão republicana dos “fatores geográficos” que viam a ameaça das “sublevações das camadas sociais” que poderiam romper com a unidade continental brasileira (VIANNA, 1938, p. 314).

A reivindicação dos direitos constitucionais republicanos era, para o autor, mais um golpe em nossa história política protagonizado pela aristocracia rural que se sentia lesada pelo “novo estado de coisas” instituído pelo trabalho assalariado. O estilo de apresentação dos sujeitos em sequência, “estadistas coloniais”, “imperiais” e “republicanos”, tenta estabelecer uma continuidade da ação colonizadora rearticulada em novos termos, que variam pela contingência dos nomes “colônia”, “país” e “nação”. O enunciador conferiu objetivos bem delineados ao republicanismo liberal: conter o “radicalismo excessivo dos republicanos vermelhos” e impedir a realização de “reformas precipitadas e inovações perigosas” (VIANNA, 1938, p. 319).

Escrevendo sobre os acontecimentos políticos do passado, Vianna fala de si e dos “homens públicos” de seu tempo. Que mudanças radicais seriam estas a ser evitadas? Por que seu pensamento foi tão necessário para governar o país e impor uma “democracia autocrática” na terceira década do século XX? Estariam trabalho, raça, gênero e sexualidade mais imbricados do que imaginamos na leitura da história constitucional deste período? O racismo e o heterossexismo seriam apenas problemas periféricos na elaboração das instituições políticas brasileiras?

“Para essa preponderância dos caracteres arianos nos tipos mestiços, as seleções sexuais concorrem também como uma ação inestimável”

(VIANNA, 1938, p. 210-211). Os “cruzamentos” de homens brancos com mulheres indígenas e negras eram enunciados como ferramenta biopolítica de definição da soberania nacional (CARNEIRO, 2005). Uma política de branqueamento físico e cultural incorporada nas razões de Estado através de “seleções étnicas, com o seu cortejo inevitável de atavismos degenerescentes” (VIANNA, 1938, p. 208).

Ela não dependia apenas da “fecundidade efetiva” do homem branco em “seleções sexuais”, mas também da imigração de raças brancas europeias para ocupar os postos laborais remunerados em complemento às demais “seleções sociais” que aceleravam o extermínio dos “elementos bárbaros” (VIANNA, 1938, p. 198-199). No que diz respeito à população negra, as “seleções naturais” se dariam a partir da tríade “miséria, vício e castigo. Quer dizer: uma seleção social, uma seleção pathológica e uma seleção econômica; ou, mais expressivamente; o açoitamento, o álcool e a má alimentação” (VIANNA, 1938, p. 201).

O idealismo da Constituição foi publicado ainda na vigência da Constituição de 1891, de modo que a narrativa se desenvolveu em tom de crítica ao modelo republicano liberal federalista (VIANNA, 1939). Apontava o idealismo em que foram copiadas instituições democráticas estrangeiras como partidos políticos e sufrágio universal em contraste com a realidade social ganglionar brasileira.

No prefácio de 1927, aduz aos leitores que pretende discorrer sobre a nova tese da “democracia autoritária” em oposição à velha tese da “democracia liberal”, abordando os temas da soberania popular, representação política e princípio de liberdade civil. Estava em debate, por conseguinte, duas formas de governo: o Estado Liberal *versus* o Estado Autoritário, do qual era defensor. Analisamos a

terceira edição do livro, de 1939, quando o país já vivia o Estado Novo, rompido com o constitucionalismo da Primeira República.

Aproximava-se dos formatos partidários do nazismo alemão e do fascismo italiano enquanto modernas “democracias sociais”, entretanto declarou que “no Brasil, não ha clima para o Partido Unico” (VIANNA, 1939, p. 202). Precisariámos de um novo “Presidente Único” que afirmasse a unidade e a personalidade da nação, ao invés do velho “Presidente Plúrimo”, consagrado pelo regionalismo, separatismo e anti-nacionalismo (VIANNA, 1939, p. 208). Nesta “democracia sem partidos”, as instituições representativas seriam os sindicatos, corporações, igrejas, comitês, congregações e ligas profissionais.

De acordo com Vianna (1939, p. 323), “Eleições e eleitores não são coisas principais numa democracia; são meios para atingir um fim, e não são nem o meio unico, nem o melhor dos meios. O que é principal numa democracia é a existencia de uma opinião organizada”. Este foi o conceito de “democracia corporativa” a influenciar a codificação da Constituição de 1937.

Em seu chamado à reencarnação da história brasileira, a performance verbal nacionalista reelabora a própria contagem do tempo cronológico, com marco inicial na conquista colonial do território pelos portugueses, isto é, no “descobrimento”. A narrativa histórica, deste modo, se identifica com a evolução deste ato fundamental, como um projeto continuado de tomada das terras em nome da prosperidade de sua “raça” (VIANNA, 1939, p. 241).

A recontagem dos períodos, rejeitando o princípio na Europa, com certeza, é original e descentraliza a narrativa histórica constitucional. Este gesto, cem anos depois da Independência,

marca uma ruptura com o passado metropolitano, porém não descoloniza a sociedade. Ao contrário, atualiza as continuidades coloniais sob a direção não mais da metrópole, mas das “elites dirigentes” da nação republicana.

A supremacia branca volta a centralizar a produção intelectual de Oliveira Vianna em *Raça e assimilação*, cuja edição em estudo data de 1938. Interessante relatar que, antes de ocupar-se da racialização indígena ou negra, tem por principal objeto de pesquisa a descendência dos europeus nos trópicos. Trata da mestiçagem e dos aspectos etnográficos da identidade nacional brasileira diante da seleção do meio pautada na interação sexual de imigrantes verificada em termos de “matrimonialidade”. Há uma atenção metodológica sobre os índices de fusibilidade de portugueses, espanhóis e italianos, bem como de japoneses, levando-o às conclusões racistas de inferiorização da raça nipônica.

As taxas de mortalidade infantil, as curvas demográficas, os números de natalidade, os trânsitos migratórios, os censos estatísticos e os cruzamentos eugênicos se tornavam componentes de gestão da vida na entrada do Brasil no capitalismo industrial. Segundo Jair Ramos (2003, p. 574), no momento em que as abordagens biológicas evolucionistas do “problema da raça” perdiam espaço na epistemologia ocidental para as de viés culturalista antropológico, Oliveira Vianna defendia a “cientificidade do conceito de raça como chave interpretativa da vida social” em interlocução com os autores Arthur Ramos (1903-1949) e Roquette-Pinto (1884-1954). A obra condensava dois livros que nunca chegaram a ser efetivamente publicados, *O ariano no Brasil* e *Antropologia social*, voltados para a caracterização do tipo ariano no ambiente

brasileiro e proposições de pesquisa racial para os “homens de ciência”, respectivamente.

Mais distante das polêmicas de seus posicionamentos explicitamente racistas, enquanto vivenciava o novo estado de coisas mundial e nacional do pós-guerra, simbolizado pela Constituição de 1946, Oliveira Vianna (1987) escreveu Instituições políticas brasileiras, um denso tratado jurídico de pensamento autoritário. Discutindo direito, cultura e comportamento social, Vianna questionava o “método legístico” dos juristas que percebiam a sociedade política como coleção de direitos e obrigações expressos em lei, sem considerar as forças sociais e extralegis predominantes no Brasil que compunham a vida do Estado.

No segundo volume da obra, Vianna (1987) abordou sua metodologia do direito público positivo centralizada na noção de “idealismo utópico das elites” e seu “marginalismo político”, em que as Cartas de 1824, 1891 e 1934 teriam sido golpes de legisladores e constitucionalistas em discordância com a realidade do “povo-massa”. Nos países latino-americanos, a cultura jurídica das elites intelectuais, que se constituíam enquanto raça superior a aprender línguas européias, moldavam os “métodos legistas” importando Constituições idealizadas com nenhum contato com o nosso meio. Separava o campo da lei escrita do campo da sociedade viva, movida pelas políticas de clã.

Em sua linguagem, Rui Barbosa (1849-1923) teria sido responsável pela produção da técnica constitucional no Brasil, considerado o criador do “marginalismo jurídico” das gerações republicanas, embora realce suas contribuições na formulação do conceito de liberdade de imprensa e de pensamento,

bem como da tutela da liberdade individual na ação de *habeas corpus* (VIANNA, 1987, p. 373).

Propunha, contudo, uma substituição do método dedutivo pela objetividade, impessoalidade, isenção científica, investigação concreta, experimental e realista pautada em observações positivistas dignas de qualquer outra ciência social moderna. Atribuía a Rui uma ingênua confiança nos valores democráticos liberais típicos de sua época (VIANNA, 1987, p. 375).

Partilhava com Alberto de Seixas Martins Torres (1865-1917) o nacionalismo político no desenvolvimento de uma epistemologia constitucional que partisse do povo brasileiro como coletividade autônoma, em abandono à metodologia das analogias, das aparências e das exegeses repletas de artificialismo copiado das leituras estrangeiras. Concordavam na visão de duas faces do direito: uma normativa (escrita) e outra sociológica (costume).

Trabalhava o conceito de “constituições artificiais”, ou seja, sem contato com os sertões, o povo-massa, a maioria da Nação, gerando instituições públicas que permaneciam vazias de vivência política, como eleição direta, sufrágio universal e regime federativo. A civilização do litoral, a política de clã e o estilo superdemocrático guardavam relações com os “golpes” revolucionários ou da ação catalítica de Constituições marginalistas” (VIANNA, 1987, p. 411). Viveríamos num país descontínuo e ganglionar, povoado pela força geográfica; logo, inapto à democracia liberal. Somente uma “democracia autoritária” poderia nos conduzir ao capitalismo moderno em desencanto à sonhada *belle époque* brasileira.

4. NARRATIVAS INSURGENTES PARA O REEXAME DA MEMÓRIA CONSTITUCIONAL

Os padrões de objetividade das pesquisas, o positivismo científico e o darwinismo social atravessavam os discursos de Viveiros de Castro e Oliveira Vianna na emergência da governabilidade eugênica no Brasil, seja no nível microscópico dos laudos médico-legais ou nas grandes conjecturas de história política. Segundo Richard Miskolci (2013), a República proclamada pelo Exército utilizava recorrentemente da força do chefe de Estado para conter as revoltas que se espalhavam pelo país, mas também adotava medidas higienizadoras cuja violência era menos óbvia já que justificadas em defesa da sociedade contra a degenerescência e em favor da “saúde”. As explicações de Castro e Vianna encontram-se, portanto, na fundação deste desejo republicano nacional de supremacia branca e cis-heterossexual (MISKOLCI, 2013).

Nestes termos, a análise histórica do direito contribui para a descrição das regularidades e originalidades enunciativas no pensamento constitucional brasileiro. Se o passado elitista sem participação popular dá motivos para uma desidentificação com as antigas metanarrativas, urgente revisitá-las. Reescrever a história das ideias implica, por conseguinte, na releitura crítica dos textos, percebendo-os como monumentos construídos em nossa memória constitucional (LE GOFF, 2013).

Repensar a República, a democracia e os valores nacionais requer uma arqueologia dos saberes que aborde os enunciados de nosso arquivo constitucional em suas condições de possibilidade. Foucault (1998) dizia que a pesquisa arqueológica almeja não as mentalidades codificadas ou ocultadas

nos documentos, mas o próprio registro do discurso enquanto monumento na medida em que materializam relações de poder. Em sua História da sexualidade, narra que a partir do século XVIII as sociedades europeias começaram a dar menos importância ao dispositivo de aliança que regulava as relações sexuais através do sistema de matrimônio, fixação de parentescos e transmissão de bens substituindo-o pelo dispositivo de sexualidade conforme uma economia política dos prazeres estimulados por técnicas de proliferação do corpo que produz e consome (FOUCAULT, 1998).

No Brasil, Aparecida Sueli Carneiro (2005) trabalha a noção de dispositivo em Foucault como uma ferramenta de análise da formação de enunciados no momento histórico, desde uma rede de discursos científicos, leis, instituições, medidas administrativas, arquiteturas, proposições morais, filosóficas e filantrópicas. Neste influxo, chega ao conceito de dispositivo de racialidade para pensar o campo ontológico, epistemológico e político da negritude, constituído com grande contribuição do racismo científico que tornava o negro objeto de conhecimento após a abolição jurídica da escravidão (CARNEIRO, 2005).

Para a autora, a grande narrativa nacional do mito da democracia racial se insere nas operações do dispositivo de racialidade a celebrar um pacto social de silêncio sobre o racismo com fundamento na miscigenação promovida pelo estupro colonial de mulheres negras e indígenas (CARNEIRO, 2005). Com efeito, a intelectualidade afro-brasileira elaborou sérias críticas ao pensamento de Oliveira Vianna a partir dos anos 1970. De acordo com Abdias do Nascimento (1978), seu discurso científico com forte alcance no governo implicou na política de branqueamento como estratégia de genocídio dos

povos racializados. Inclui Vianna no bojo dos autores que produziam teorias científicas que davam suporte ao “racismo arianista que propunha erradicar o negro” (NASCIMENTO, 1978, p. 71).

Nascimento (1978) desatacava as resistências negras que estavam fora da narrativa histórica dos “heróis nacionais” em fins do século XIX, a exemplo dos abolicionistas José Carlos do Patrocínio (1853-1905), André Pinto Rebouças (1838-1898), Luis Gonzaga Pinto da Gama (1830-1882); e João Cândido Felisberto (1880-1969), o Almirante Negro, que liderou a Revolta da Chibata em 1910 contra os castigos corporais na Marinha brasileira. Conforme relata Petrônio Domingues (2007), os escravizados libertos e seus descendentes organizaram-se em movimentos de mobilização racial negra no Brasil com o objetivo de reverter o quadro de marginalização social no alvorecer da República.

A crescente mobilização em massa da população negra na luta por direitos precisa ser ponderada na emergência das instituições políticas pensadas por Oliveira Vianna. Ao invés de secundária, a raça tinha função estruturante em seu constitucionalismo autoritário. Como reler nossa história constitucional ao contrário de abandoná-la a uma pré-história do atraso? Segundo Lélia Gonzalez (1984, p. 226), a ideologia do branqueamento de Vianna impunha a internalização e a reprodução dos valores brancos ocidentais, estabelecendo uma “consciência” da brancura, que, para a população negra, será “o lugar do desconhecimento, do encobrimento, da alienação, do esquecimento e até do saber”.

Envolvido nas lutas por independência na Argélia, Frantz Fanon (1968) escreveu sobre a descolonização do pensamento, deslocando o negro da condição de objeto para sujeito de conhecimento,

em face da desumanização dos povos africanos forçados à diáspora pelas travessias transatlânticas da escravidão. Fanon (1968) responsabilizava também as elites coloniais e não apenas as metropolitanas pelo racismo, os brancos no território colonial fazem a história como um prolongamento da metrópole. “A história que escreve não é portanto a história da região por ele saqueada, mas a história de sua nação no território explorado, violado, e esfaimado” (FANON, 1968, p. 38).

Na pesquisa jurídica, Thula Pires (2018) estuda a centralização da categoria da raça como lente analítica, política e normativa para pensar os direitos humanos, pontuando que os atravessamentos entre raça, classe, gênero e sexualidade são estruturais e estruturantes de relações intersubjetivas e institucionais, não apenas atributos identitários. Partindo da filosofia de Fanon, que conceitua a humanidade mobilizada pela raça em duas linhas: a do humano (zona do ser) e a do não humano (zona do não ser) (PIRES, 2018, p. 66).

No cruzamento dos dispositivos de racialidade e sexualidade, os corpos sexo-gênero dissidentes negros e indígenas habitavam as zonas do não ser nas narrativas de Oliveira Vianna e Viveiros de Castro. Estou a falar, por exemplo, da borda constitucional habitada por João Francisco dos Santos (1900-1976). Com o nome social de Madame Satã, tornou-se uma personalidade mítica da boemia carioca retratada nas ciências e nas artes brasileiras, nascida no interior de Pernambuco, numa família negra recém liberta, cujo pai morreria aos sete anos, deixando dezessete filhos para sua mãe alimentar, motivo pelo qual foi trocada por uma égua (GREEN, 2003).

Atravessando esta série de violências, chega ao Rio de Janeiro, onde inicialmente se estabelece conseguindo um emprego de ajudante numa pensão e desempenhando várias ocupações no mercado de trabalho informal, eventualmente na prostituição. Interpelada pela polícia desde a década de 1920, ele foi presa em 1946 acusado de perturbação da ordem, após ter sido impedida de entrar no Cabaret Brasil por não estar vestida adequadamente; nos autos do inquérito, nomearam-na “pederasta passivo” (PIZA; GUIMARÃES; ARGOLO, 2017).

O corpo negro de Madame Satã foi criminalizado pelos saberes que transformavam sua dissidência sexual e de gênero vivida no espaço público numa “aberração sexual”, uma degeneração incapaz de seguir os valores morais da branquitude masculina, restando-lhe uma posição subalterna de cidadania (PIZA; GUIMARÃES; ARGOLO, 2017). O reexame da história constitucional republicana desde uma perspectiva anti-racista sexo-gênero dissidente passa pela revisitação das memórias subterrâneas (POLLAK, 1989), soterradas pela história oficial. Assim, lembrar as táticas de resistência elaboradas pela artista para viver apesar das divisões sexuais e raciais do trabalho que a alijava da zona do ser inerente à subjetividade jurídica significa deslocar o centro da análise dos textos constitucionais e das grandes interpretações do Brasil.

5. CONCLUSÕES

A possibilidade de emergência de um “trabalho de aryanização” no pensamento de Oliveira Vianna operava no curso do mesmo processo civilizatório ordenado pela criminalização/patologização das “aberrações sexuais” de Viveiros de Castro. Tratei de

autores que escreveram em áreas científicas distintas, contudo seus enunciados se cruzavam na formação discursiva republicana.

O direito penal positivista do Brasil República, inspirado na Nova Escola Penal italiana, de Lombroso e Ferri, foi o campo pioneiro de enunciação em nossas ciências jurídicas do que hoje chamamos corpos sexo-gênero dissidentes racializados, classificando-nos conforme perversões do instinto sexual orientado “naturalmente” para a reprodução da espécie. Quando lemos a história constitucional do país, por que não nos enxergamos? É preciso interpretá-la em sua dispersão discursiva, criando séries de conexões com outras esferas, instituições e narrativas além da consciência política oficial protagonizada pelas “elites nacionais”.

Assim, perceberemos que também temos um passado normativo no nascimento do constitucionalismo republicano, estávamos em suas bordas. Não nas entrelinhas, mas nos enunciados desumanizadores produzidos pela justiça criminal acoplada à medicina-legal nos laudos periciais e nos tratados dirigidos à magistratura.

Considerando que a história das ideias tem por objeto o estudo das representações em diferentes temporalidades, como reescrever as narrativas históricas de corpos sexo-gênero dissidentes racializados assimilados apenas como figuras degeneradas, abjetas e criminosas nos discursos públicos do Brasil República? Um caminho pertinente é o trabalho das memórias de resistência às opressões sexuais e raciais, como as reminiscências registradas em entrevistas a Madame Satã.

Há um campo historiográfico consolidado a narrar a “história dos oprimidos”. Neste trabalho não tratamos exatamente disto, mas de incitar a

quebra dos monumentos coloniais cis-heteronormativos no pensamento político-constitucional brasileiro, relendo em tom crítico as obras de um clássico intérprete do Brasil com um manual de medicina legal sobre as psicopatologias sexuais.

Entre elas, o hermafroditismo, o tribadismo e a pederastia, conceitos científicos utilizados para nomear identidades sexuais e de gênero que na atualidade poderíamos chamar de intersexuais, travestis e transexuais; mulheres lésbicas e bissexuais; e homens homossexuais e bissexuais. O cruzamento do dispositivo de sexualidade com o dispositivo de racialidade produzia a imagem do não-ser que precisava ser curado, punido ou exterminado.

Inclusive, nos estudos de caso trabalhados por Viveiros de Castro em seu livro, em regra, os doutores magistrados, médicos e fazendeiros brancos quando acusados da prática de crimes sexuais deveriam ser absolvidos por agirem sob efeito dos sintomas de uma enfermidade. Disto, há duas conclusões: os autores das violências sexuais praticadas contra mulheres, geralmente as brancas, apareciam na condição de vítima; e a seletividade racial no enquadramento penal das dissidências sexuais e de gênero no sistema de justiça. Na verdade, sintomático me parece que, num dos poucos casos em que Castro opinou pela condenação, tenha sido especificamente na descrição do exemplo de um “homem de cor preta” acusado de homicídio.

Em Oliveira Vianna, a história teria o papel de contar os feitos dos “heróis nacionais” em busca das “determinantes” da personalidade coletiva brasileira, na contramão do idealismo da Constituição. O trabalho de arianização da

consciência ocupava-se também de narrar oficialmente as grandes aspirações da branquitude cis-heteropatriarcal mantendo viva a certeza de sua continuidade histórica na direção do país.

Sua política de branqueamento, baseada até mesmo nos “índices de matrimonialidade”, cruzava-se com a eugenia de Viveiros de Castro na heteronormalização dos desejos, imprimindo sobre o ideário republicano as marcas racistas e sexistas de suas instituições políticas. Repensando nossa história, percebemos a urgência de assumir uma política constitucional no Brasil em que a defesa das diversidades sexuais, de gênero e raciais seja um valor fundamental da democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brazil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em: 29 jun 2020.

BRASIL. **Código Penal da Armada**. Decreto nº 18, de 7 de março de 1891. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-18-7-marco-1891-526137-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 29 jun 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 29 jun 2020.

BORBA, Felipe Farias; SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp. O direito da antidiscriminação e a criminalização da pederastia pelo código penal militar, **Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul – AJURES**, vol. 39, n. 127, 2012, p. 311-330.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme João Freitas Teixeira. Belo Horizonte, Editora Autêntica, 2016.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. 2005. 339 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

CASTRO, Viveiros de. **Attentados ao pudor**: estudos sobre as aberrações do instinto sexual. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1934.

CASTRO, Viveiros de. **Delictos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897.

DOMINGUES, Petrônio. **Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos**, Tempo, 2007, vol.12, n.23, pp.100-122. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>> Acesso em: 29 jun 2020.

FANON, Franz. **Os condenados da terra**. Tradução de José Laurêneo de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**, Rio de Janeiro, Anpocs, p. 223-244, 1984.

GREEN, James N. O Pasquim e Madame Satã, a “rainha” negra da boemia brasileira, **Topoi**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 7, 2003, p. 201-221.

LAURETIS, Teresa. **A tecnologia do gênero**. Publicação original em 1987. Disponível em: <http://marcoareliosc.com.br/cineantropo/lauretis.pdf> Acesso em: 17 ago 2016.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Tradução de Bernardo Leitão. Campinas: Editora da Unicamp, 2013.

MISKOLCI, Richard. **O desejo da nação: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX**. São Paulo: Annablume, 2013.

MOREIRA, Adailton. A homossexualidade no Brasil do século XIX, *Bagoas*, Natal, nº 7, 2012, p. 253-279.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. Prefácio de Florestan Fernandes; prefácio à edição nigeriana de Wole Soyinka. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos: limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil, **Revista Internacional de Direitos Humanos Sur** 28, v. 15, n. 28, 2018, p. 65-75.

PIZA, Evandro; GUIMARÃES, Johnatan Razen; ARGOLLO, Pedro. Quem quer ser Madame Satã? Raça e

homossexualidade no discurso médico legal da primeira metade do século XX, **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 229-261, jan./mar. 2017. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100229&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 9 jan. 2018.

POLLAK, Michael. Memória, esquecimento, silêncio. **Estudos históricos**, Rio de Janeiro, vol. 2, n.3, 1989, p. 3-15.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica, **Educação & Realidade**, Revisão de Tomaz Tadeu da Silva, Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez., 1995, p. 71-99.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIANNA, Oliveira. **Evolução do povo brasileiro**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1938.

VIANNA, Oliveira. **O idealismo na Constituição**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1939.

VIANNA, Oliveira. **Raça e assimilação**. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1938.

VIANNA, Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987.

Recebido em: 10 de fevereiro de 2020

Avaliado em: 20 de abril de 2020

Aceito em: 15 de maio de 2020

1 Livre-docente em Ciência da Religião pela PUC-PR. Doutor e Mestre em Educação pela Universidade Salesiana de Roma; Licenciado em Pedagogia pela UNIUBE

E-mail: sergiopessoaf@hotmail.com

ASSÉDIO SEXUAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DA NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL ANTE A VUNERABILIDADE DA VÍTIMA

SEXUAL HARASSMENT: A LEGAL ANALYSIS ON THE NEED TO EXPAND THE LEGAL PROVISION IN VIEW OF THE VULNERABILITY OF VICTIMS

Jaiza Sammara Araújo Alves¹

Ângela Roberta Almeida Ribeiro²

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo principal defender a ampliação da abrangência do crime de assédio sexual, previsto no art. 216-A do Código Penal (CP), buscando demonstrar o possível aumento na segurança das mulheres, que tal ampliação pode oportunizar. Os objetivos específicos resumem-se em estimular novas discussões e a difusão de esclarecimentos para a sociedade sobre o crime em questão, proporcionar o desenvolvimento do pensamento crítico dos operadores do direito, despertando-os para a necessária ampliação do dispositivo legal e realizar um estudo específico acerca das relações que poderiam ser abarcadas pelo assédio sexual, mas que ainda não são. Para atingir os objetivos supracitados, foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, através da leitura de livros, artigos acadêmicos e reportagens, além de pesquisa jurisprudencial. O resultado deste estudo efetivamente demonstrou que as mulheres estão em situação de maior vulnerabilidade no tocante aos crimes sexuais, evidenciando a necessidade de aumentar a sua proteção, de modo que, a ampliação da abrangência do assédio sexual, apesar de não ser a única medida cabível, pode oportunizar níveis melhores de proteção e segurança às vítimas de constrangimentos sexuais, em especial as mulheres.

Palavras-chave: Ampliação legal. Assédio sexual. Proteção à mulher.

ABSTRACT: The main objective of this article are to defend the expansion of the scope of the crime of sexual harassment, provided for in art. 216-A of the Penal Code (CP), seeking to demonstrate the possible increase in women's security, which such an expansion may provide opportunities. The specific objectives are summarized in stimulating new discussions and the dissemination of clarifications to the society about the crime in question, as well as, providing the development of critical thinking of the legal operators, awakening them to the necessary expansion of the legal provision and to carry out a specific study about relationships that are not covered by sexual harassment, but that could be. To achieve the aforementioned objectives, bibliographic research was used like methodology, through the reading of books, academic articles and reports, in addition to jurisprudential research. The result of this study effectively demonstrated that women are in a situation of greater vulnerability with regard to sexual crimes, highlighting the need to increase the protection of those referred to, so that the expansion of the scope of sexual harassment, despite not being the only measure appropriate, can provide better levels of protection and security to victims of sexual constraints, especially women.

Keywords: Legal enlargement. Sexual harassment. Protection of women.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o crime de assédio sexual, por meio de análise crítico-jurídica, excedendo os limites de uma investigação meramente expositiva, incentivando novas discussões e defendendo a ampliação da legislação vigente acerca do crime, qual seja, o Código Penal

Brasileiro (CPB), de modo que mais situações possam ser criminalizadas como sendo assédio sexual.

Assim, o artigo apresenta informações sobre o percurso histórico e as características do crime, abordando também, as principais divergências doutrinárias sobre a infração penal em análise e a relação desta com a classe feminina.

Diante do exposto, historicamente falando, a previsão legal da conduta que caracteriza o crime de assédio sexual é resultado de muitas lutas e movimentos, especialmente feministas, em prol de direitos trabalhistas e também relacionados à integridade feminina de uma maneira geral. Entretanto, apesar da evolução histórica com a criação do tipo penal, ainda se trata de infração muito restrita, de modo que possui pouca aplicação prática.

Neste trilhar, de acordo com a redação legal atual, o crime ocorre somente quando o agente se vale de condição de superior hierárquico ou ascendência, dentro de uma relação de cargo emprego ou função, praticando algum constrangimento de ordem sexual à vítima, sem o emprego de violência ou grave ameaça. Assim, conforme será demonstrado no corpo deste artigo, são necessários ajustes no dispositivo legal, de modo a se ampliar as relações que podem ser penalizadas como assédio sexual.

Consoante as informações acima, o elemento motivador deste artigo, é a necessidade de maior proteção às vítimas do crime de assédio sexual. Dessa forma, considerando as funções repressiva e preventiva da pena, a ampliação da abrangência do crime pode gerar a diminuição das situações de constrangimento sexual contra as mulheres, tendo em vista o temor da sanção penal, contribuindo para que as mulheres se sintam mais seguras na sociedade.

Considerando que a dignidade da pessoa humana se trata de princípio constitucional, dentro do qual está a dignidade sexual, é socialmente relevante problematizar acerca do assunto e buscar aumentar a proteção à dignidade sexual daqueles que estão mais vulneráveis ao seu desrespeito.

Dessa maneira, os crimes contra a dignidade sexual possuem ampla relevância social, apesar das cifras ocultas que existem em relação a eles, e de nem sempre serem discutidos como deveriam, de modo que, é necessário refletir e estudar acerca do crime, bem como das melhorias que podem se empreendidas em favor de suas vítimas.

Acerca deste artigo, impera ressaltar que foi utilizada como metodologia a pesquisa bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos e matérias já elaborados, classificando-se, quanto aos objetivos, como pesquisa descritiva, vez que se propõe a oportunizar maior familiaridade com os problemas que circundam em volta do assédio sexual.

Diante das considerações acima, o presente trabalho se apoia na problemática da falta de uma maior proteção às vítimas dos crimes contra a dignidade sexual, bem como na omissão legislativa, no tocante a algumas relações que poderiam ser enquadradas como assédio sexual, defendendo a tese de que a ampliação do tipo penal é uma das formas de oferecer maior proteção às mulheres no que se refere a situações de constrangimentos sexuais, a fim de eliminar a sensação de vulnerabilidade e exposição.

1. BREVE RELATO HISTÓRICO ACERCA DO TIPO PENAL

Inicialmente, é necessário conhecer o processo histórico que deu origem ao tipo penal investigado no presente trabalho. Nesse sentido, cumpre informar que o crime de assédio sexual é relativamente recente, estando previsto no artigo 216-A do CP (Código Penal), sendo que o caput do artigo foi criado em 2001, pela Lei nº 10.224/01,

entrando em vigor na data de sua publicação, a qual seja, 15 de maio de 2001. Já o parágrafo segundo, foi fruto da Lei nº 12.015/09.

Ocorre que antes da criação do Projeto de Lei (PL) nº 61/1999, que deu origem à Lei nº 10.224/01, já havia sido efetuado o PL nº 143/1995¹, o qual foi apresentado pela deputada federal Marta Suplicy, inspirado nas legislações de outros países, bem como em estudos de feministas brasileiras, conforme informações apresentadas na justificativa daquele. Ademais, outros projetos de lei também foram apresentados (PL 242/1995, PL 4255/98), na tentativa de criar o crime de assédio sexual. Entretanto, sem sucesso.

Ressalte-se que o texto do PL nº 61/1999, criado pela deputada federal Iara Bernardi, tendo como relatora a deputada federal Zulaiê Cobra, sofreu modificações em sua redação original, tendo sido elaborados diversos textos substitutivos, até que foi aprovado e convertido em lei.

Nesse trilhar, o projeto original incluía a criminalização do assédio no caso de agente que se prevalecesse de relações domésticas, religiosas ou de confiança da vítima, sendo que a relatora aprovou o projeto apenas parcialmente, justificando que o crime deveria se limitar ao campo profissional, vez que no campo familiar, já existiam outras leis, as quais contemplavam melhor a situação.

Por fim, vale mencionar que o texto aprovado pela relatora ainda foi reduzido mais uma vez, pois o parágrafo único sofreu veto presidencial, vez que o Presidente da República em exercício, qual seja, Fernando Henrique Cardoso, entendeu que a pena

cominada às situações previstas no parágrafo único estariam beneficiando o agente, constituindo quebra no sistema punitivo do CP, vez que as causas especiais de aumento de pena genéricas, contidas no do art. 226 do mesmo diploma legal, não poderiam ser aplicadas.

2. DAS CARACTERÍSTICAS DO CRIME E CONDIÇÕES PARA QUE RESTE CONFIGURADO

Antes de adentrar nas especificidades do presente trabalho é importante apresentar o tipo penal sob o qual o tema circunda.

O crime de assédio sexual, para restar caracterizado, depende do preenchimento de algumas elementares². Assim, apresenta-se o dispositivo legal no qual está previsto:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.
Parágrafo único. (VETADO)
§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Considerando o dispositivo, cumpre esclarecer que, para haver a ocorrência do crime, deve primeiramente ser praticada uma conduta que constranja a vítima, a fim de atingir o objetivo do agente, qual seja, se favorecer, obter algum proveito de cunho sexual (GRECO, 2017, p. 134; SANCHES CUNHA, 2017, p. 492).

Ademais, além dos elementos indicados acima, ainda de acordo com os doutrinadores supracitados, é necessário destacar que a infração

¹ O projeto de lei pode ser encontrado no seguinte link: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1134179

² Segundo Greco (2017, p. 302-303) são dados essenciais para a configuração do crime, de modo que sem ele, a ação praticada cairia na atipicidade, ou desclassificada para outra figura típica.

penal só ocorre em relações nas quais há vínculo de superioridade hierárquica ou ascendência, presentes no exercício de cargo, emprego ou função, de modo que todas as relações alheias a tais condições não podem ser punidas como tal (MASSON, 2014, p.497-498) (GRECO, 2017, p.136). Ademais, por ser crime formal³, para que reste caracterizado, não é necessário que o agente de fato obtenha o proveito que almeja, de modo que, se tal proveito ocorrer, será considerado mero exaurimento do crime (GRECO, 2017, p.136).

Desse modo, não seria considerado assédio sexual o constrangimento praticado por um funcionário de determinada empresa a outro que possua a mesma posição hierárquica que ele.

Ressalte-se que o tipo penal em questão se diferencia da maioria dos crimes contra a dignidade sexual pela ausência de violência ou grave ameaça em sua prática (MASSON, 2014, p.494).

Ainda dentro da exposição acerca do crime, o referido somente pode ser praticado de maneira dolosa, não havendo a previsão da modalidade culposa (MASSON, 2014, p.504), sendo importante mencionar que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual do indivíduo, da vítima (MASSON, 2014, p.491).

Além do exposto, trata-se de crime próprio, vez que para se configurar, necessita de sujeitos que possuam entre si a relação de ascendência ou hierarquia, decorrente do exercício de cargo, emprego ou função, ou seja, não pode ser praticado por qualquer um, de modo que o sujeito ativo deve ocupar a posição de superioridade e o sujeito

passivo a de inferioridade. Ainda quanto aos sujeitos do crime, a vítima e o agente podem ser tanto homem, quanto mulher, não havendo nenhuma limitação nesse sentido (GRECO, 2017, p.137; SANCHES CUNHA, p.491-492).

A competência para o processamento e julgamento desse crime caberá aos Juizados Especiais Criminais- JECRIM, vez que o referido se classifica como Infração de Menor Potencial Ofensivo- IMPO⁴.

Com relação à ação penal do referido crime, é ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 225 do CP, após alteração realizada pela Lei nº 13.718/18, vez que pela redação da lei anterior, o crime era de ação penal pública condicionada à representação.

Assim, após apresentadas as principais características do crime, no próximo capítulo serão expostas as críticas e considerações doutrinárias manejadas ao referido, vez que desde sua criação a infração em análise divide opiniões.

3. DAS CRÍTICAS SOBRE O CRIME

Prosseguindo com as exposições acerca do tipo penal, vale informar que o referido sofre muitas críticas por parte da doutrina, em virtude de sua pouca utilização.

Nesse sentido, o doutrinador Masson (2014, p.488) declara que o crime é desnecessário, e que por ser tratado em outros ramos do direito, tais como o civil, administrativo e direito do trabalho,

³ De acordo com Sanches Cunha (2015, p. 160) o crime formal é aquele que no qual o resultado naturalístico (modificação do mundo exterior), apesar de previsto é dispensável, vez que com a prática da conduta o crime já se considera consumado, podendo ocorrer ou não o resultado naturalístico.

⁴ Conceito presente no art. 61 da lei 9.099 "Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

existem poucas ações imputando a alguém tal delito.

Outro doutrinador que tece comentários negativos ao crime é Nucci (2019, p.150), defendendo que a tipificação do referido é inoportuna e inadequada, considerando a aplicação diminuta da infração penal, vez que, segundo ele, a maioria dos casos já são resolvidos em outras áreas do direito.

Ainda no tocante às críticas, Greco (2017, p.133) defende que o direito penal, em razão de ser a última *ratio*, não deveria se ocupar de situações excepcionais, como o crime sob análise, vez que, pouquíssimos são os casos que se encaixam no dispositivo penal.

A partir das considerações efetuadas até o presente momento, ainda é preciso que outra ponderação seja feita. Neste sentido, vale mencionar o seguinte trecho do doutrinador Rogério Greco:

Além do mais, dependendo do comportamento praticado pelo agente, poderíamos subsumi-lo a alguma das infrações penais já existentes, a exemplo do próprio delito de constrangimento ilegal, estupro etc., variando o crime de acordo com a gravidade da conduta levada a efeito pelo agente (GRECO, 2017, p.133).

Considerando os posicionamentos supramencionados, diante deste último argumento apresentado, no capítulo seguinte será analisada a possibilidade de que as condutas típicas do crime de assédio sexual sejam tratadas como se fossem constrangimento ilegal, considerando a redação atual das duas infrações penais.

Tendo em vista as críticas doutrinárias supracitadas, as quais consideram o delito em questão como pouco usual, e até dispensável, é necessário questionar se de fato existem poucos casos relativos à tal delito, ou se este acaba sendo

engolido pelas cifras negras, conforme será analisado em tópico específico do presente trabalho.

Contudo, é importante aclarar que a tese defendida no presente artigo não coaduna com esses posicionamentos, mas sustenta que tal tipo penal deve ter sua redação ampliada, de modo a penalizar o crime em outras ocorrências, não apenas em se tratando de relações de cargo, emprego ou função, condicionadas ao vínculo hierárquico ou de ascendência, conforme argumentos que serão expostos ao longo dos capítulos deste artigo.

4. DA DISTINÇÃO ENTRE O ASSÉDIO SEXUAL E O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL

Apresentadas as características principais do assédio sexual, bem como sua classificação doutrinária, cuida-se em elencar as diferenças entre este e o constrangimento ilegal.

A priori, é necessário ressaltar que o crime de assédio sexual se encontra no rol específico de crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana, presente no Título VI, Capítulo I do CP. Já o crime de constrangimento ilegal, presente no rol de crimes contra a liberdade pessoal, no Título I, Capítulo VI, Seção I do CP, comporta qualquer tipo de constrangimento, não gerando um tratamento específico para os de ordem sexual.

Considerando que o crime de assédio sexual foi destrinchado em tópico específico, adentre-se na exposição do constrangimento ilegal. Nesse sentido, a redação legal do crime, presente no art. 146 do CP, consiste no seguinte:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de

resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

O crime em questão visa coagir, obrigar, impelir a vítima à prática de algo, ou proibir-lhe de fazer algo. Para que reste configurado, a ação do coator deve ser ilegítima (ou seja, não possui o direito de cobrar da vítima o comportamento exigido) (CAPEZ, 2012, pp. 346-347). Vale frisar que o objeto jurídico tutelado aqui é o direito à liberdade de escolha do indivíduo, ao seu direito de ação e omissão, de fazer ou deixar de fazer o que melhor convier, desde que não haja disposição legal em contrário (CAPEZ, 2012, p. 346). Possui natureza de crime material⁵, vez que se consuma apenas com a coação que efetivamente atinja os efeitos almejados, ou seja, quando a vítima pratica a conduta almejada pelo agente ou deixa de realizar aquilo que este lhe proibiu de fazer (GRECO, 2017, p. 443).

Acerca da violência e da grave ameaça vale aduzir o seguinte:

Para tanto, o agente atua com violência ou grave ameaça. A violência de que cuida o texto é a chamada *vis corporalis*, ou seja, aquela empreendida contra o próprio corpo da vítima; ao contrário, a grave ameaça se consubstancia na vil compulsiva, exercendo influência precipuamente sobre o espírito da vítima, impedindo-a de atuar segundo a sua vontade (GRECO, 2017, p. 442).

Ademais, o referido crime também pode ser praticado através da violência imprópria, ou seja, qualquer outro meio diverso da violência própria e da grave ameaça, capaz de reduzir a capacidade de resistência da vítima. Frise-se que não é puramente qualquer outro meio de coação, mas apenas os que

possuem aptidão para diminuir a capacidade de resistência da vítima. Nesse sentido:

Aníbal Bruno, analisando essa modalidade de violência, afirma: “Como outro qualquer meio que reduza a capacidade de resistência, conforme o Código menciona, devemos compreender ações químicas ou mesmo puramente psíquicas, fora da ameaça, que restrinjam ou anulem a consciência, como o uso de inebriantes, entorpecentes, ou a sugestão hipnótica, ou o emprego das chamadas drogas da verdade ou da confissão, destinadas a violentar o querer do paciente e dele obter declarações sobre fatos que ele pretendia calar. Aliás, com esses processos é que se pode anular de maneira mais eficaz a vontade da vítima.” (BRUNO apud GRECO, 2017, p. 443)

Ainda no tocante a esta infração penal, ressalte-se que possui o objetivo de proteger a liberdade individual da vítima, tanto física, quanto psicológica (GRECO, 2017, p. 441-442). Trata-se de crime subsidiário, pois se a conduta se encaixar em outro crime mais gravoso será tratada por este, e não pelo constrangimento ilegal (GRECO, 2017, p.443).

Partindo para a análise do dispositivo, a partir das características expostas, acerca dos dois crimes, é possível identificar as diferenças entre os dois, vez que o assédio sexual não exige violência (seja ela própria ou imprópria) ou grave ameaça, já o constrangimento ilegal, possui tais elementos como indispensáveis para a configuração da infração criminal.

A situação acima, evidencia a impunidade à qual muitas condutas se prestariam, caso o Assédio Sexual deixasse de existir, pois não verificada a violência, redução da capacidade da vítima ou grave ameaça, não poderiam ser enquadradas sequer como constrangimento ilegal.

Ademais, mesmo que fosse possível enquadrar as condutas que se inserem no assédio sexual, como

⁵ O crime material é aquele que necessita do resultado naturalístico (modificação do mundo exterior em razão da conduta) para que se consuma (CAPEZ, 2012, p. 113).

se constrangimento ilegal fossem, isso fere às lutas efetuadas ao longo dos anos, especialmente por mulheres, no tocante ao respeito e à sua liberdade sexual, vez que o crime em questão merece o tratamento específico que recebe, no rol dos crimes contra a dignidade sexual.

5. DOS EQUÍVOCOS DO SENSO COMUM ACERCA DO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

Diante de todas as exposições já feitas, é importante frisar o quanto o senso comum é leigo e se engana no que diz respeito ao crime de assédio sexual. Tais equívocos são praticados pela população de uma maneira geral e até pela mídia, sendo que algumas situações repercutem como se fossem assédio sexual, quando na realidade, não preenchem todas as elementares que fazem parte desse tipo penal específico.

Exemplificando, podemos citar uma ocorrência de constrangimento sexual atribuída ao cantor MC Biel, a qual teria sido praticada contra uma jornalista que o entrevistava, de modo que a conduta foi noticiada às autoridades como sendo assédio sexual⁶. Outro exemplo, são os episódios de possíveis constrangimentos sexuais ocorridos no programa Big Brother Brasil (BBB), na edição de 2020, da emissora TV Globo, praticados por alguns participantes do sexo masculino contra participantes do sexo feminino, sendo difundida

pelo público do programa a ocorrência do crime de assédio sexual dentro do referido *reality show*⁷.

Ocorre que, mesmo sem adentrar no mérito das situações fáticas supramencionadas, a partir de uma análise da legislação atual, tendo em vista a interpretação do tipo penal, não seria possível caracterizar o crime, pelo simples fato de não haver relação de ascendência ou subordinação, típica do exercício de cargo, emprego ou função entre os sujeitos envolvidos.

Assim, torna-se evidente que o senso comum de fato se equivoca no que diz respeito ao assédio sexual, e isso acaba por difundir informações errôneas acerca do referido crime, gerando uma incompatibilidade entre o conhecimento da população, e o que de fato a legislação traz como assédio sexual.

6. CIFRAS OCULTAS NO CRIME DE ASSÉDIO SEXUAL

Inicialmente, é necessário destacar que as cifras ocultas significam a diferença entre a quantidade de crimes que ocorrem na prática, e a quantidade que chega a ser punida, ou seja, a diferença entre a criminalidade real (total de condutas criminosas que são efetuadas) e a criminalidade aparente (os crimes que chegam ao conhecimento das autoridades policiais e judiciárias) (PENTEADO FILHO, 2012, p.73).

⁶ A notícia foi veiculada no sentido de que a polícia estaria investigando a situação, sob a alegação de possível assédio sexual. Foi alegado que o cantor teria proferido comentários para a jornalista, os quais a deixaram sexualmente constrangida, vez que este afirmou que a jornalista era “gostozinha”, e que “a quebraria no meio”, conforme consta na própria notícia. O cantor alegou que a entrevista estava em clima descontraído e que tudo o que falou foi em tom de brincadeira (G1, 2016).

⁷ Os participantes sob os quais as alegações imperam, são Pyong Lee e Petrix Barbosa, sendo que as acusações orbitam principalmente no fato de que os referidos teriam apalpado algumas participantes, sem a sua autorização, aproveitando-se do fato de estarem embriagadas nas festas do programa. Insta relatar que os fatos estão sob investigação (Extra Globo, 2020).

As mencionadas cifras são uma realidade não apenas no caso do assédio sexual, mas também em se tratando de outros crimes contra a dignidade sexual, dentre os quais o estupro e a importunação sexual (SOARES et al., 2020, p. 02). No tocante aos elementos motivadores das cifras ocultas, é possível destacar a falta de aparato técnico do Estado, o preconceito social, e as dificuldades no acesso ao judiciário, elementos que acabam gerando impunidade (SOARES, A. S. et al., 2020, p. 02). Além dos motivos já expostos, outros podem conduzir à realidade de cifras ocultas em se tratando de tais crimes: o medo da humilhação, motivo este que muito se relaciona com a falta de atendimento adequado, seja por um servidor de hospital, um policial, ou em qualquer outro lugar em que a vítima procure ajuda; a situação de constrangimento; o receio pela opinião das pessoas, associado à vergonha que a vítima pode sentir de estar exposta a tal situação; o medo do julgamento, que muito se associa à falta de compreensão, tanto por parte da sociedade como um todo, quanto daqueles que deveriam demonstrar mais empatia e compreensão, ou seja, as pessoas mais próximas à vítima, como parceiro, família, amigos (SOARES, et al., 2020, p. 7-8; DREZETT, 2000, p. 115).

Também merece destaque o receio de uma opinião desfavorável emitida pelas autoridades públicas, o temor da vítima pela forma como será tratada e o medo de ser responsabilizada pelo ocorrido (DREZETT, 2000, p. 115). Ademais, para Pentead Filho (2012, p. 73), além dos motivos supracitados, também pode ser ressaltada a descrença da vítima no aparato judicial, no que diz respeito a ampará-la e a solucionar a situação.

No caso específico do assédio sexual, além de todos os motivos elencados acima, os quais são

comuns a todos os crimes contra a dignidade sexual, ainda existe o fato da maior dificuldade das vítimas em imputarem tais crimes a pessoas consideradas poderosas pela sociedade (considerando a atual redação do crime), bem como ao fato de que tais crimes estão intimamente relacionados a sociedades nas quais a mulher é vista como objeto sexual e inferior (SOARES, A. S. et al., 2020, p. 9-10). Ademais, no tocante a este aspecto, vale informar que o estudo da vitimologia será aprofundado em tópico específico, no que diz respeito ao presente crime.

Ainda nesta temática, apesar de parte da doutrina defender a desnecessidade do crime em comento, conforme já foi apresentado anteriormente, suscitando, inclusive, que outros ramos do direito já se ocupam de tais questões, convém informar que de acordo com a Cartilha do Ministério Público do Trabalho (MPT) em parceria com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), não existe nenhuma lei específica para sancionar o Assédio Sexual no âmbito do Direito do Trabalho. Entretanto, a doutrina passou a traçar o delineamento das noções, sanções e requisitos no âmbito do Direito do Trabalho, no que se refere ao assédio sexual (MPT, 2017, p. 5).

No âmbito do Direito Administrativo a situação se repete, de modo que o assédio sexual não possui expressa previsão de punição na Lei nº 8.112/90, sendo punido sob a justificativa de que são violadas as obrigações básicas de urbanidade, boa conduta e moralidade (MPT, 2017, p. 5).

É importante trazer essas noções, tornando claro que as situações de assédio sexual não possuem sanção ou tipificação legal específicas, nem no Direito do Trabalho, nem no Direito Administrativo, apesar de na prática ocorrerem

punições por essas vias. Assim, torna-se evidente que o crime sob análise possui disciplina e sanções específicas e legalmente previstas, apenas no âmbito do Direito Penal. Inclusive, na supracitada cartilha, é observado que na área trabalhista, as empresas se preocupam muito mais em solucionar questões que se referem aos seus aspectos patrimoniais, do que dar atenção a investigar e solucionar os possíveis casos de assédio sexual (MPT, 2017, p. 5).

A partir das informações trazidas, é possível destacar que o assédio sexual passa pelo filtro das cifras ocultas também nos âmbitos trabalhista e administrativo, sendo pouco penalizado nestes ramos do direito, situação esta que se repete no Direito Penal.

Neste ponto, é possível evidenciar que em realidade, o assédio sexual não é crime excessivamente punido, e o motivo para ser pouco penalizado no âmbito penal não é majoritariamente o fato de já ser tutelado em outros ramos específicos do direito, pois essa impunidade se dá por uma junção de motivos, os quais já foram mencionados no presente capítulo.

Assim, as cifras ocultas ocorrem de maneira marcante e reiterada, no tocante a maioria dos crimes do ordenamento jurídico brasileiro, com especial destaque para os crimes contra a dignidade sexual, dentre os quais, o assédio sexual (SOARES, A. S et al., 2020, p. 2).

7. DA IMPORTÂNCIA DO TIPO PENAL E DE SUA NECESSÁRIA AMPLIAÇÃO

A fim de adentrar no conteúdo deste capítulo, cumpre apresentar a conceituação do termo assédio

em si, sendo este mais amplo do que a conceituação legal do crime:

A palavra assédio vem do latim, *assideo* (ad-sedeo), que significa estar junto de, acampar, sitiar, ajudar, cuidar de, ocupar-se assiduamente. Na língua portuguesa, assédio significa insistência importuna junto a alguém, com perguntas, propostas, pretensões ou outras formas de abordagem forçada. Na definição do dicionário Houaiss, é a insistência impertinente, perseguição, sugestão ou pretensão constantes em relação a alguém (BIANCHET, Silvia Braga; SIMÃO, Laís, 2015).

Assim, entende-se que o assédio se relaciona com a insistência impertinente, de modo que o assédio sexual ocorre quando tal impertinência está voltada para objetivos de cunho sexual. Ante o exposto, é possível alterar o crime, de modo que ele continue a ser assédio sexual, desde que obedeça aos limites de tal conceituação, não punindo situações excedentes a isso.

Considerando tal contexto, cumpre destacar a visão dos teóricos que defendem a criminalização das condutas típicas do assédio, bem como a daqueles que entendem pela necessidade em se modificar o tipo penal, vez que, no capítulo 2 do presente trabalho, já foi apresentado o ponto de vista oposto. Nesse contexto, Silvia Pimentel e Valéria Pandjiaijian (*apud* BIANCHINI, 2002, p.10) entendem que a cultura patriarcal e machista é a grande responsável por dificultar o reconhecimento do assédio enquanto violência contra a mulher, e forma de discriminação. Ademais, as autoras argumentam que as condutas típicas do assédio são também formas de violação dos Direitos Humanos, e que a falta de um maior debate nacional é fator limitante do reconhecimento de tal conjuntura.

Liza Bastos Duarte (*apud* PRADO, 2002, p.3) defende que a legislação está pautada em uma ideologia fundada no gênero, com predomínio do gênero masculino, de forma que tal situação criou

uma cultura de tolerância ao assédio sexual, vez que este, ocorre especialmente contra a mulher. Já Luiza Nagib Eluf (*apud* PRADO, 2002, p.2) defende que em virtude das dificuldades de acesso ao judiciário, por parte da população em geral, especialmente no que se refere as questões patrimoniais, torna-se necessária a criminalização das condutas do assédio, utilizando as seguintes palavras para completar tal ideia:

Tivéssemos nós uma Justiça mais democrática, talvez pudéssemos dispensar acréscimos à legislação penal... é difícil que cidadãos se possam sentir recompensados pelos prejuízos morais sofridos apenas com a intervenção da Justiça Cível (ELUF *apud* PRADO, 2002, p.2).

Assim, diante da evidente importância do bem jurídico tutelado, bem como da necessidade de assegurar proteção às vítimas de tais crimes, em especial, as mulheres, é necessário reconhecer o assédio enquanto forma de violência contra as vítimas, conforme será melhor exposto em tópico específico acerca da vitimologia, sendo necessária uma resposta penal, não apenas às vítimas, mas para toda a sociedade, buscando-se progressivamente, melhorias em tais aspectos.

Acerca de tais melhorias, Damásio de Jesus (2002, p. 53), apesar de defender que o campo do Direito do Trabalho seria mais fértil para tratar de tais questões e de que não seria função do Direito Penal alterar os valores da sociedade, mas sim garantir a sua proteção, assevera que o presente crime apresentou seu lado positivo, oportunizando benefícios à sociedade, os quais foram sentidos assim que ocorreu a criação do tipo penal, vez que instituições públicas e privadas passaram a se preocupar com o tema, seja por meio de cursos, palestras, promoções de esclarecimentos, etc. Ademais, o autor também menciona que chegaram a ser criados setores específicos com o fito de

resolver os problemas circundantes em volta das situações de assédio sexual. Damásio ainda reforça que no caso do assédio laboral, as vítimas passaram a contar com o aparato e apoio do Estado, não ficando sujeitas à iniciativa do empregador, inclusive, em se tratando da produção de provas. Por fim, também afirma que o crime se relaciona com a sujeição da vítima, afetando sua liberdade sexual, existindo outro bem jurídico tutelado, qual seja, o direito a não discriminação no ambiente do trabalho (DE JESUS, 2002, p.50).

Considerando as exposições até aqui realizadas, vale elucidar que alguns autores elencam motivos precisos que os fazem defender a má redação do crime, sendo claros nos pontos em que o crime poderia melhorar. Um exemplo disso, é a visão de Damásio (2002, p. 47 e 63), indicando que o crime peca pela limitação de incriminação, tendo em vista o fato de ser muito restrito, considerando o veto do parágrafo único, por entender que também poderia ser criminalizado o assédio proveniente do desrespeito ao dever inerente a ministério, e não apenas o assédio laboral, que na prática, é o único punido de acordo com a redação do tipo penal.

Outro ajuste sugerido, se refere ao uso do vocábulo *constranger*, pois não foram mencionados os meios executórios, sendo que isto seria necessário, em virtude do vocábulo utilizado, dando espaço a um tipo penal aberto, gerando uma dificuldade em diferenciar o assédio sexual dos demais crimes e contravenções contra a dignidade sexual (DE JESUS, 2002, p. 47-48).

Esta última crítica, é também compartilhada por outros autores, a exemplo de Wellington Cesar Lima e Silva (2002, p. 180) o qual defende a necessária complementação da redação legal,

considerando o vocábulo utilizado, qual seja, o verbo *constranger*, a fim de dar clareza e um alcance definido à lei. Também para este autor, o veto presidencial, reduziu o assédio sexual ao assédio laboral.

Dessa forma, cumpre colocar que o crime em questão possui falhas no tocante a sua redação, além de possuir abrangência muito restrita. Ocorre que, diferente do que defendem outros autores, conforme já foi desenvolvido em capítulo específico, o presente trabalho não é favorável a inexistência do presente crime, nem entende que o dispositivo legal seria desnecessário. Ao contrário, é preciso reconhecer que a criação da Lei nº 10.224/01, com a conseqüente inclusão do crime de assédio sexual no Código Penal representa verdadeiro marco e uma grande conquista no que diz respeito a tutela do direito da liberdade e dignidade sexual.

Considerando a argumentação acima, é necessário aduzir que o crime em questão poderia ser mais efetivo, propondo-se a criminalizar situações de constrangimento sexual de forma mais ampla, não apenas se restringindo às elementares hoje criminalizadas, mas passando a abarcar relações de profissionais de mesma hierarquia, relação de professor com aluno, relação entre padres e bispos, etc. Assim, para que tal avanço seja alcançado, seria necessário modificar a redação do tipo penal, de modo que, oportunamente, as falhas de redação do dispositivo, poderiam ser facilmente sanadas.

Vale pontuar que a defesa da ampliação legal, entre outros motivos, ocorre porque o ideal é tratar crimes contra a dignidade sexual como tal, evidenciando a gravidade do problema, e tentando criar técnicas mais incisivas de combate, especialmente considerando que se trata de

situação persistente na sociedade atual. Ademais, o crime em questão apresentou diversas melhorias, conforme pode ser destacado:

Apesar das controvérsias, tendo em conta os bens jurídicos tutelados, não se pode negar que a norma de conduta do assédio sexual (que tem como destinatário o potencial delinquente e era chamada antigamente de norma primária) conta com múltiplas virtudes: a) tutela específica desses bens jurídicos; b) a criminalização tem a função de motivar concretamente as pessoas rumo à obediência da norma; c) tem ainda o valor de definir o âmbito do injusto; d) pode agora desencadear uma série de providências dentro das empresas no sentido de prevenir o delito; e) dissipou todas as dúvidas de enquadramento típico que havia (GOMES, 2002, p.68)

Assim, apesar de o legislador não ter sido tão claro quanto poderia, vez que criou um crime falho, tanto do ponto de vista da redação, quanto do ponto de vista da abrangência, existem vários benefícios advindos dessa tipificação, os quais precisam ser ampliados, com própria expansão da abrangência do crime.

Por fim, a proposta de ampliação defendida, considera que o assédio vai muito além de uma paquera, ou uma simples insistência (MASSON, 2014, p. 516-517). Como defende Manoel Jorge e Silva Neto (2002, p. 105), o crime se relaciona com um cerco propriamente dito, saindo da normalidade e adentrando na abusividade, dentro dos parâmetros do homem médio. Trata-se de inconveniência insistente, duradoura, que efetivamente constrange a vítima e a coloca em uma situação complicada, estando encurralada.

Diante de todas as exposições já realizadas, vale informar que a defesa da ampliação legal do crime, se restringe as situações que serão especificamente tratadas e defendidas nos capítulos seguintes.

7.1 DO ASSÉDIO SEXUAL NA RELAÇÃO ALUNO *versus* PROFESSOR

Acerca da relação aluno x professor, vale ressaltar que tal questão é muito controvertida, pois alguns doutrinadores consideram que nestes casos, as elementares do crime de assédio sexual restariam configuradas, enquanto para outros, em realidade, não há o vínculo de subordinação ou hierarquia, que é necessário diante da presente redação penal.

Assim, cite-se, a título de exemplo, os doutrinadores Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco, defensores da tese de que não há criminalização, dentro da tipificação penal do assédio sexual, desse tipo de relação:

Para GUILHERME DE SOUZA NUCCI a primeira (*superioridade hierárquica*) retrata uma relação laboral no âmbito público, enquanto a segunda (*ascendência*), a mesma relação, porém no campo privado, *ambas inerentes ao exercício de emprego, cargo ou Função*. Dentro desse espírito, **não configura o crime mera relação entre docente e aluno, por ausência entre os dois sujeitos do vínculo de trabalho (aliás, o vínculo de trabalho é entre a faculdade e o professor)** (NUCCI apud SANCHES, 2017, p. 492) (grifos nossos).

Da mesma forma, não se considera como subsumível ao comportamento tipificado pelo art. 216-A do Código Penal a conduta do(a) professor(a) que assedia sua(seu) aluna(o), fazendo-lhe propostas sexuais, sob o argumento de que poderá, por exemplo, prejudicá-la(lo) em suas notas. O fato, da mesma forma que no caso anterior dos líderes espirituais, poderá se amoldar a outra figura típica, a exemplo do constrangimento ilegal, estupro etc., pois não existe entre eles a relação exigida pelo delito de assédio sexual (GRECO, 2017, p. 142-143).

Observa-se que tal posicionamento é excessivamente restrito e não considera as necessidades da sociedade na punição de tais crimes. Apresenta-se agora o posicionamento dos doutrinadores Rogério Sanches e Damásio de Jesus, em sentido contrário:

"Superior hierárquico, como elemento normativo do tipo, é condição que decorre de uma relação laboral, tanto no âmbito da Administração Pública como da iniciativa privada, em que determinado agente, por força normativa ou por contrato de trabalho, detém poder sobre outro funcionário ou empregado, no sentido de dar ordens, fiscalizar, delegar, ou avocar atribuições, conceder privilégios (v.g., promoção, gratificação etc.), existindo uma carreira funcional, escalonada em graus. Na ascendência, elemento normativo do tipo, não se exige uma carreira funcional, mas apenas uma relação de domínio, de influência, de respeito e até mesmo de temor reverencial (v.g., relação professor-aluno em sala de aula) (PRADO apud SANCHES, 2017, p. 492) (grifos nossos).

Não se pode deixar de considerar que a redação da nova Lei admite a possibilidade de existência do assédio sexual em casos que envolvam a relação discente e docente. Assim, desde que a conduta imputada como assédio seja inerente ao exercício de emprego, cargo ou função, pode enquadrar-se na figura típica (JESUS, 2002, p. 52).

Desta maneira, os dois últimos posicionamentos são mais condizentes com a tese defendida no presente trabalho. Entretanto, apesar dos referidos autores defenderem a possibilidade de criminalização de condutas que caracterizem o assédio, dentro da relação discente-docente, sem a necessidade de modificação do tipo penal, tal entendimento ocupa espaço de muitas discussões e divergências na doutrina brasileira, conforme é possível perceber nos dois primeiros posicionamentos.

Diante do exposto, a tese ora defendida aponta para a modificação do tipo penal, vez que no direito penal deve haver a previsão precisa e clara, acerca das condutas que o legislador pretende criminalizar (GRECO, 2017, p. 123). Ademais, ressalte-se a ideia do doutrinador Juan Carlos Carbonell, de que deve ser seguido aquilo que a lei expressamente disse, mesmo que outra fosse a vontade do legislador (MATEU apud GRECO, 2017, p. 113).

Ademais, o princípio da legalidade no direito penal poderia limitar a expansão do tipo penal, vez

que só há crime diante da existência de uma lei tipificando-o, sendo esta a única fonte do direito penal (GRECO, 2017, p. 174).

Além disso, tendo em vista o fato do direito ser uma ciência que acompanha as mudanças ocorridas na sociedade, há que se frisar que muitas vezes a jurisprudência avança primeiro, para que depois a lei seja alterada. Assim, é comum que primeiro os tribunais em algumas decisões considerem certas extensões na interpretação legal, fazendo uma análise particular de um caso específico e abrindo espaço para certas discussões, algumas delas em prol de modificações legais, visando a ampliação de dispositivos que já não atendem a evolução social e cultural daquele Estado.

Conforme já foi mencionado, apesar do presente trabalho defender a ampliação da literalidade do texto legal, a jurisprudência pode evidenciar que tal mudança é necessária e pode ser benéfica, pois muitas vezes a própria sociedade e as situações fáticas do dia a dia exigem mudanças na lei.

Saliente-se que existem julgamentos que adotam uma visão mais progressista e em prol de mudanças, contrariando o entendimento majoritário e dando espaço para possíveis transformações. Nesse sentido, atente-se para o seguinte precedente:

RECURSO ESPECIAL. ASSÉDIO SEXUAL. ART. 216-A, § 2º, DO CP. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. HARMONIA COM DEMAIS PROVAS. RELAÇÃO PROFESSOR-ALUNO. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Não se aplica o enunciado sumular n. 7 do STJ nas hipóteses em que os fatos são devidamente delineados no voto condutor do acórdão recorrido e sobre eles não há controvérsia. **Na espécie, o debate se resume à aplicação jurídica do art. 216-A, § 2º, do CP aos casos de assédio sexual por parte de professor contra aluna.** 2. O depoimento de vítima de crime sexual não se caracteriza como frágil, para comprovação do fato típico, porquanto, de acordo com a

jurisprudência deste Tribunal Superior, a palavra da ofendida, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. **3. Insere-se no tipo penal de assédio sexual a conduta de professor que, em ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e, com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, toca partes de seu corpo (barriga e seios), por ser propósito do legislador penal punir aquele que se prevalece de sua autoridade moral e intelectual** - dado que o docente naturalmente suscita reverência e vulnerabilidade e, não raro, alcança autoridade paternal - para auferir a vantagem de natureza sexual, pois o vínculo de confiança e admiração criado entre aluno e mestre implica inegável superioridade, capaz de alterar o ânimo da pessoa constrangida. **4. É patente a aludida "ascendência", em virtude da "função" desempenhada pelo recorrente - também elemento normativo do tipo -, devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação.** Logo, a "ascendência" constante do tipo penal objeto deste recurso **não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes. Interpretação teleológica que se dá ao texto legal.** 5. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ - REsp 1759135 SP 2018/0168894-7 • Data de publicação: 01/10/2019) (grifos nossos).

Assim, torna-se evidente que referente à relação entre aluno e professor, é possível encontrar na doutrina e jurisprudência, posicionamentos que defendam a criminalização de tal relação, quando há o assédio cometido pelo professor contra o discente, sem a necessidade de modificar a redação do tipo penal. Porém, melhor seria que tal forma de assédio fosse incluída de maneira expressa no dispositivo legal, a fim de evitar divergências.

7.2 ASSÉDIO SEXUAL QUANDO NÃO HÁ HIERARQUIA OU ASCENDÊNCIA ENTRE OS PROFISSIONAIS E ENTRE CLIENTE E EMPREGADO

Conforme já foi esclarecido nos tópicos anteriores, o crime em questão só contempla relações de cargo, emprego ou função nas quais há hierarquia ou ascendência, dessa forma, se tais elementares não forem preenchidas, o crime não restará configurado. Nesse sentido, mesmo diante de situações em que a conduta praticada preencha todos os requisitos indispensáveis para a caracterização deste crime, o assédio sexual não restará caracterizado, se envolver profissionais de mesma hierarquia, em razão da ausência de superioridade ou ascendência entre eles.

Apesar da lei tentar proteger aqueles que são subordinados, dentro das relações trabalhistas, de arbitrariedades, um indivíduo não ocupante de posição de superioridade hierárquica também pode coagir outra pessoa a beneficiá-lo sexualmente, mesmo sem o emprego de violência ou grave ameaça.

Neste diapasão, vale apresentar o conceito de assédio ambiental, o qual apesar de não possuir previsão na Lei nº. 10.224/2001, consta de legislações de outros países, a exemplo do Código Penal Espanhol em seu artigo 173, consistindo em um comportamento de cunho sexual, apto a produzir um contexto negativo no tocante ao labor, podendo ser tal comportamento sexual de qualquer tipo, e gerando um ambiente hostil, ofensivo ou intimidatório para a vítima, não oportunizando um meio ambiente do trabalho adequado para o desempenho de suas funções, sendo que pode ser praticado tanto por profissionais de mesma

hierarquia, quanto por trabalhadores de hierarquias diversas (JESUS, 2002, p.46).

Nesse sentido, acerca da possibilidade de ocorrência do assédio sexual entre profissionais de mesma hierarquia, Luiz Regis Prado (2002, p. 7) assevera que o crime pode ser cometido, vez que apesar de ocuparem a mesma hierarquia, a condição dos profissionais não é exatamente a mesma, vez que um pode possuir maior experiência que o outro, ocupar o cargo há mais tempo, ou apenas possuir uma influência maior sobre o chefe. O doutrinador apresenta o seguinte exemplo:

Imagine-se, por exemplo, dois empregados de uma mesma categoria, de idêntica hierarquia, antiguidade e experiência, mas um deles é filho do patrão, e solicita vantagem ou favorecimento sexual à sua companheira de trabalho, que por sua vez está plenamente ciente de que quem os solicita é o “filho do chefe” (PRADO, 2002, p. 7)

O exemplo evidenciado acima é apenas uma das possibilidades de configuração de constrangimento sexual por parte de quem não possua a condição de superior hierárquico. Diante da temática, vale citar como exemplo, o escândalo envolvendo o ator global José Mayer e a figurinista da mesma emissora⁸, situação que repercutiu midiaticamente, sendo feitas diversas especulações acerca da possibilidade de ser assédio. Ocorre que não poderia ser verificado o crime, vez que entre os envolvidos não havia relação de ascendência ou de superioridade hierárquica, pois a vítima não se subordinava juridicamente ao ator na relação empregatícia, sendo que ambos eram apenas colegas de trabalho (BEDÊ, 2017). Assim, não adentrando no mérito da situação, vez que para

⁸ De acordo com a matéria presente no seguinte endereço, <https://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/entenda-caso-jose-mayer-acusado-de-assedio-por-su-tonani-figurinista-da-tv-globo-21158756>, a figurinista Su Tonani teria exposto conduta do ator José

Mayer, afirmando que este teria colocado a mão esquerda na genitália da figurinista, na presença de outras duas mulheres, afirmando que esse era seu desejo antigo.

tanto deve ser realizada uma investigação criminal, supondo que o ocorrido de fato se encaixasse nos demais aspectos do assédio sexual, não seria possível criminalizar a conduta como tal em virtude da ausência do vínculo de subordinação ou ascendência entre os envolvidos.

Finalizando as exposições acerca desse tipo de relação, cumpre asseverar que existe o Projeto de Lei (PL) nº 509/2015, o qual propõe a criminalização do assédio sexual dentro das relações trabalhistas, independentemente de hierarquia ou ascendência, sendo possível inclusive, a criminalização de um profissional subordinado, conforme consta na justificativa do PL.

Partindo-se do pressuposto de que para que o assédio sexual ocorra, dentro das relações trabalhistas, é suficiente que o assediador ofereça à vítima benefícios que não conseguiria sem a sua ajuda, ou mesmo, demonstre a possibilidade e a intenção de prejudicá-la, caso não atinja seu intento (Silva, SI), tal raciocínio pode ser aplicado em se tratando de um cliente de uma empresa por exemplo, em relação a um dos empregados daquela. Nesses casos não há vínculo de cargo, emprego ou função, mas um cliente muito influente de uma empresa, que possui nela um alto poder de compra, e que pode ter muita interferência nas decisões da referida, e mesmo nas atitudes dos dirigentes, de modo a conseguir prejudicar algum funcionário que se negue a satisfazer as suas vontades sexuais.

Assim, ante a exposição efetuada no presente capítulo, torna-se evidente a necessidade de que as relações apontadas sejam incluídas no delito em estudo, visando oferecer maior proteção às vítimas da infração penal em estudo.

8. ANÁLISE VITIMOLOGIA: A FIGURA DA MULHER RELACIONADA À PRÁTICA DO ASSÉDIO SEXUAL

Inicialmente, cumpre apresentar o conceito de vitimologia, a qual é uma ciência que se ocupa do estudo da vitimização e das vítimas (MENDELSON, apud PENTEADO FILHO, 2012, p. 107), procurando entender o funcionamento da relação autor e vítima, bem como as consequências sofridas por esta e os direitos que lhe foram lesados (ARAÚJO, 2018). Assim, a vitimologia se baseia no sujeito passivo do crime, a fim de tentar compreender o fato delituoso (ARAÚJO, 2018).

Neste trilhar, o papel da vítima passou por três fases: na primeira, idade de ouro, a vítima tinha grande importância, sendo muito valorizada e respeitada. No período subsequente, passou a ser vista de forma neutra, pois o monopólio da pretensão punitiva foi passado ao Estado, e a vítima passou a ser tratada como uma testemunha de segundo escalão, porque se entendia que ela tinha interesse na criminalização do acusado (neutralização da vítima). De 1950 em diante, entrou-se na terceira fase, chamada de redescobrimto da vítima, em que esta passa a ser tratada pelo Estado de um ângulo mais humano (CALHAU, 2009, p.40)

É importante também fazer a classificação da vitimização em três tipos: primária secundária e terciária. A primária é a que ocorre em virtude do crime cometido, ou seja, da violação de direitos da vítima, ocasionando danos físicos, morais, psicológicos, patrimoniais, etc. Já a vitimização secundária consiste em um sofrimento adicional, causado pelo próprio sistema criminal, pela dinâmica de funcionamento deste, pelo processo em

si. Por fim, a vitimização terciária, definida através da falta de amparo da sociedade e dos órgãos públicos de uma maneira geral (PENTEADO FILHO, 2012, p.124-125). Nesta última, por vezes a sociedade não ampara a vítima e até a incentiva a permanecer calada (CALHAU, 2009, p.41-42).

Acerca da vitimologia feminina, cumpre asseverar que atualmente, em detrimento da cultura machista, fez-se necessário a criação de leis específicas, com o fito de proteger as mulheres, vez que são potenciais sujeitos passivos de diversos crimes, dentre os quais, os crimes contra a dignidade sexual (ARAÚJO, 2018). Culturalmente falando, a mulher é vista como frágil, sendo comum que mesmo diante de sua vitimização, a sociedade a culpe por isso (ARAÚJO, 2018). Dessa forma, a título de exemplo, em se tratando do assédio sexual propriamente dito, caso ocorra alguma proposta indecente por parte do superior hierárquico, é comum culpar a vítima pelo dano sucedido, vez que a mulher, de acordo com o que determina a sociedade, não deveria despertar desejos no homem, de modo que, quando isso ocorre, seria ela a culpada (ARAÚJO, 2018).

Ainda sobre a vitimização, existe a figura da vítima provocadora, sendo que, no caso dos delitos contra a dignidade sexual, é comum que o agente tente justificar o cometimento de crimes de tal ordem, na conduta da vítima, se ocupando de desculpas vazias, alegando até, que o uso de roupas curtas, justas ou decotadas pela vítima o teriam induzido ao cometimento do crime, sendo que na realidade, tentar justificar uma conduta que se resume em ferir a integridade sexual de alguém, seja mediante o uso de ameaças, violência ou qualquer outra forma de constrangimento, é uma forma de tentar justificar o que é penalmente injustificável (DIAS, 2012, pp.20-22).

Após a apresentação dessas considerações iniciais, a fim de tratar especificamente da vitimologia no assédio sexual, é importante asseverar que apesar de a lei ser genérica, pois qualquer pessoa pode ser vítima do crime em menção, independentemente do gênero, na maioria das vezes, na prática, as vítimas são mulheres (DUARTE, 2001, p.8).

Ante este contexto, atente-se para o seguinte:

As mulheres sofrem inúmeras discriminações fora e dentro do trabalho, sendo que o assédio, em face de sua dimensão, provoca inúmeros transtornos para a trabalhadora, **repercutindo de forma direta em sua produtividade, capacidade de concentração, ânimo para o trabalho, dentre outras situações de prejuízo, levando a que se discutisse sobre a conveniência, também, de tutela penal** (BIANCHINI, 2002, p.4) (grifos do autor).

Diante da citação em questão é possível perceber o quanto as mulheres são prejudicadas, tendo em vista o fato de serem os principais alvos do assédio sexual. Ademais, os constrangimentos sexuais não se restringem às relações trabalhistas, sendo que as vítimas desse tipo de conduta são constrangidas também fora do ambiente de trabalho, especialmente nas relações que foram especialmente defendidas no presente artigo, considerando o substrato teórico para tal defesa.

Acerca do assunto, é possível ressaltar que a ocorrência de constrangimentos de ordem sexual destaca a ingerência masculina, que ocorre em prejuízo do ser mulher, promovendo a legitimação do patriarcalismo e provando a existência de desigualdades (ALMEIDA, apud DIAS, 2011, p.16).

Consoante o assunto, ressalte-se a existência de pesquisa realizada pelo IPSOS em 24 países, apresentada em matéria do jornal O Globo (2017), apontando que 41% das brasileiras possuem o receio de defender os seus direitos (SOARES et al.,

2020, p.8). Tendo em mente que “toda lesão à liberdade sexual compromete a dignidade sexual (JORIO apud SOARES et al., 2020, p.4)”, comumente, as vítimas desses crimes, além do abuso sexual também sofrem com violações físicas, de modo que, em razão do temor de serem novamente agredidas, por vezes, permanecem caladas. Ademais, também existe o medo do preconceito que será enfrentado e a crença de que a pressão sofrida poderá lhes trazer ainda mais sofrimento (SOARES et al., 2020, p. 10).

Dessa forma, fica claro que as vítimas do assédio sexual, sofrem com os três tipos de vitimização, e, de acordo com os comentários apresentados, a vitimização secundária e terciária acabam influenciando a decisão da vítima de permanecer em silêncio.

Ademais, em dossiê da agência Patrícia Galvão, relacionado ao assédio sexual de forma ampla, não se restringindo as características do crime, foi feito um compilado de algumas pesquisas realizadas, podendo ser apontados os seguintes resultados: 97% das mulheres garantiram que já foram vítimas de assédio em meios de transporte, 67% das mulheres declaram já terem sido agredidas, seja uma agressão sexual, psicológica, moral ou física por parte de indivíduos do sexo masculino em uma instituição de ensino superior. 56% reconheceram o assédio sexual por parte de professores, estudantes e técnicos administrativos, e, 36% admitiram que por medo da violência, já deixaram de participar de atividades na universidade. Ademais, 53% das brasileiras com idade entre 14 e 21 anos afirmam que convivem com o medo de serem assediadas.

Assim, apesar dos dados acima não se relacionarem unicamente com o crime de assédio sexual, especialmente considerando as atuais

elementares do crime, são dados capazes de demonstrar a maior vulnerabilidade das mulheres em relação aos crimes sexuais. Além disso, a partir desses dados evidencia-se a necessidade de criminalizar o assédio sexual nas relações entre aluno e professor e na necessidade de criação de mecanismos mais efetivos de proteção às vítimas, tendo em vista a proporção de mulheres que sentem medo de serem assediadas.

Acerca das consequências que podem ser ocasionadas às vítimas de crimes contra a dignidade sexual, algumas delas podem ser enumeradas, sendo que é possível que seu surgimento ocorra ao longo dos anos, após a ocorrência da situação de constrangimento, demonstrando-se nas seguintes formas: apatia, depressão, irritabilidade, agressividade, ansiedade, insônia, pesadelos, diminuição de interesse em atividades significativas, estado de hiper-alerta, transtornos sexuais e problemas de memória e concentração (DIAS, 2012, p.).

Tendo em vista todas as informações apresentadas, torna-se claro, que as mulheres estão mais vulneráveis e propensas a sofrerem com constrangimentos de ordem sexual, de modo que, destaca-se o necessário aumento da proteção das referidas, no tocante aos crimes contra a dignidade sexual. Assim, no presente trabalho, defendeu-se especificamente a necessidade de ampliação das situações que podem ser criminalizadas como assédio sexual, com a possibilidade de que o crime passe a ser penalizado diante das relações entre aluno e professor, cliente e empregado e entre empregados de mesma hierarquia, desde que preenchidos os requisitos existentes para que se verifique uma situação de constrangimento de ordem sexual, que efetivamente afete a dignidade

sexual da pessoa humana. Dessa forma, a partir das alterações legislativas propostas, as vítimas do assédio sexual estariam mais protegidas, em especial às mulheres, vez que estas são as que mais sofrem com ele.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as exposições e argumentações realizadas, resta reiterar que o presente artigo defendeu a ampliação da redação legal do artigo 216-A do CP, tendo em vista o fato desse crime ser extremamente restrito, podendo passar a abarcar como crime as situações de constrangimentos sexuais praticadas nas relações aluno e professor, cliente e empregado e entre profissionais de mesma hierarquia.

Diante da importância de que uma conduta contra a dignidade sexual seja tratada como tal, o projeto em questão defende a ampliação do dispositivo legal. Ademais, considerando o conhecimento leigo do senso comum acerca do assédio sexual, torna-se imprescindível o empreendimento de ações que visem informar a sociedade acerca do crime em questão, quando está configurado, quais relações são por ele abarcadas, a fim de que a própria sociedade perceba a necessidade da ampliação do referido tipo penal.

Espera-se que projetos de pesquisa acerca do delito de assédio sexual, bem como de outros crimes contra a dignidade sexual sejam incentivados, expandindo-se o debate acerca do assunto, a fim de que o conhecimento sobre o delito em questão seja compartilhado e que a sociedade pense e reflita acerca do quanto o tipo penal em menção é restrito e de quantos benefícios poderiam advir com sua ampliação.

Assim, a discussão e reflexão acerca do tema são imprescindíveis, vez que, muitas mudanças, em se tratando do ordenamento jurídico, primeiro surgiram no comportamento e no entendimento da sociedade, para que posteriormente fossem transformadas em lei. Dessa forma, espera-se que mais pessoas tomem conhecimento acerca do assunto, e as discussões ganhem força, incentivando-se a criação de um novo projeto de lei, visando à modificação do dispositivo penal em questão, no intuito de oferecer maior proteção e segurança às vítimas do crime de assédio sexual, em especial a figura feminina.

Por fim, a ampliação do crime se faz necessária diante da reiteração de práticas de constrangimentos de ordem sexual e diante da vulnerabilidade de suas vítimas, as quais normalmente são mulheres. Considerando todo o exposto, é evidente que as discussões não param por aqui, e que o caminho para o aperfeiçoamento do crime de assédio sexual é longo, porém essencial, diante da necessária proteção à dignidade sexual de todos os indivíduos, de forma que, a ampliação do dispositivo legal, para que abarque as hipóteses defendidas no presente artigo, pode trazer inúmeras melhorias no aspecto da proteção e efetividade do crime.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Carolina Santos de. Estudo da vitimologia nos crimes contra a mulher. In: **Brasil Escola**. s/d. Disponível em <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/estudo-da-vitimologia-nos-crimes-contra-a-mulher.htm#:~:text=A%20vitimologia%20%C3%A9%20a%20ci%C3%AAncia,parte%20do%20estudo%20da%20criminologia>. Acesso em 25/05/2021.

BEDÊ, Rodrigo. **Afinal, o ator José Mayer cometeu o crime de assédio sexual?** Disponível em <https://rodrigobede.jusbrasil.com.br/artigos/4468031>

46/afinal-o-ator-jose-mayer-cometeu-o-crime-de-assedio-sexual . Acesso em 27/04/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.224 de 15 de maio de 2001**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110224.htm. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

_____. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

_____. Código Penal. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 de fevereiro de 2021.

_____. **Projeto de Lei nº 61/1999**. Dispõe sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Disponível em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/14995>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2021.

_____. Supremo Tribunal De Justiça. Resp 0004557-42.2013.8.26.0077 Sp 2018/0168894-7. São Paulo, 2019. **Recurso Especial**. Assédio Sexual. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de julgamento: 13/08/2019, T6 - Sexta Turma, Data De Publicação: DJE 01/10/2019). Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859837568/recurso-especial-resp-1759135-sp-2018-0168894-7>. Acesso em 28/05/2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 509/2015**. Dá nova redação ao art. 216-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=949295>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2021.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. 4. ed. Niterói-RJ: Ímpetus, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial, volume 2: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) / 12.ed.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito penal simplificado: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., ampt. e atual. Salvador: Juspodium, 2015.

_____. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9. ed. rev., ampt. e atual. Salvador: Juspodium, 2017.

DAMASCENO, Gabriela Garcia. O assédio sexual e os equívocos da abordagem midiática. Em: **Jusbrasil**, 2017. Disponível em <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/456091518/o-assedio-sexual-e-os-equivocos-da-abordagem-midiatica>. Acesso em 10/04/2021.

DIAS, Irina Maria Ribeiro. **Vitimologia nos Crimes Sexuais**. 2011. Artigo científico (Pós Graduação em Direito). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

DREZETT, Jefferson. **Aspectos biopsicossociais da violência sexual**. In: Seminário Nacional de Intercâmbio e Formação Sobre Questões Ético-Religiosas para Técnicos/as dos Programas de Aborto Legal. Aborto legal: implicações éticas e religiosas. s/d, pp.115-123. Imprensa: São Paulo, Católica pelo Direito de Decidir, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; JESUS, Damásio Evangelista de. **Assédio sexual**. São Paulo: Saraiva, 2002

GRECO, Rogério **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I**. 19. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 14a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GUIMARÃES, Anizelle Xavier. **O alto índice de cifra negra nos crimes sexuais**. Conteúdo Jurídico. 2019. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53512/o-alto-ndice-de-cifra-negra-nos-crimes-sexuais>. Acesso em 20/04/2021.

DUARTE, Liza Bastos. **Assédio Sexual Sob a Perspectiva do Direito de Gênero**. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_05_15.pdf. Acesso em 08 de maio de 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial, arts. 213 a 359-H**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MPT. **Assédio sexual no trabalho: perguntas e respostas**. Disponível em <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-->

americas/---ro-lima/---ilo-brasil/brasilia/documents/publication/wcms_559572.pdf. Acesso em 08/05/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte especial: arts. 213 a 361 do código penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PRADO, Luís Regis. **Considerações sobre o novo delito de Assédio Sexual**. Disponível em professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Considera%20E7%F5es%20sobre%20o%20novo%20delito%20de%20ass%20E9dio%20sexual.pdf. Acesso em 11/12/2020.

SANTOS, Silvia Chakian de Toledo. **Como o assédio sexual acontece no Brasil?**. Disponível em <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-sexual/tipos-de-violencia/assedio-sexual/>. Acesso em 15 de maio de 2021.

SIMÃO, Laís; BIANCHET, Silvia Braga. O assédio sexual enquanto forma generalizada de agressão. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4518, 14 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44516/o-assedio-sexual-enquanto-forma-generalizada-de-agressao>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2021.

SILVA, Fábio Luiz Pereira da. **Assédio sexual no trabalho, responsabilidade do empregador**. Disponível em <https://www2.unesp.br/proex/informativo/edicao03dez2001/materias/assedio.htm>. Acesso em 18 de maio de 2021.

SOARES, Amadeu Sarmiento, et al. **A cifra negra intrinsecamente inserida nos crimes sexuais**. In: Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública, vo. 8, nº 01, pp. 80-93, 2020. Disponível em <file:///C:/Users/arari/Downloads/7857-Texto%20do%20artigo-39706-1-10-20200429.pdf>. Acesso em 14/05/2021.

Notícias de sites:

Entenda o caso: José Mayer é acusado de assédio por Su Tonani, figurinista da TV Globo. **O globo**. 04 de abril de 2017. Disponível em <https://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/entenda-caso-jose-mayer-acusado-de-assedio-por-su-tonani-figurinista-da-tv-globo-21158756>. Acesso em 28/04/2021.

Polícia investiga MC Biel por queixa de assédio sexual a jornalista de SP'. **G1**. São Paulo, 07 de junho de 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/06/policia-investiga-mc-biel-por-queixa-de-assedio-sexual-jornalista-de-sp.html>. Acesso em 15 de maio de 2021.

RIGEL, Ricardo. Polícia Civil investiga Pyong Lee por assédio sexual dentro do 'BBB20'. **Extra globo**. 11 de fevereiro de 2020. Disponível em <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/bbb/policia-civil-investiga-pyong-lee-por-assedio-sexual-dentro-do-bbb20-rv1-1-24242545.html>. Acesso em 19 de maio de 2021.

Assédio sexual contra colega de mesmo nível hierárquico pode se tornar crime. **Migalhas**. 7 de janeiro de 2016. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/232181/assedio-sexual-contra-colega-de-mesmo-nivel-hierarquico-pode-se-tornar-crime>. Acesso em 15/04/2021.

Recebido em: 10 de fevereiro de 2020

Avaliado em: 20 de abril de 2020

Aceito em: 15 de maio de 2020

1 Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires - UBA, possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Cariri (2007). Atualmente é professora do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia - UNEB. Professora do curso de Direito da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - FACAPE. É coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da FACAPE. Professora da disciplina de Direito Penal e o Município da Pós graduação em Direito Municipal da FACAPE. Professora da Especialização de Psicologia Jurídica da FACAPE na disciplina Psicologia policial e criminal e a prática do direito: seus impasses e desafios. É pós graduada em Direito Empresarial pela Universidade Regional do Cariri e Direito Penal e Processo Penal pela UNISEB e Psicologia Jurídica pela FACAPE. Escritora da série Dragutã. Escritora do livro A (in) imputabilidade do serial killer, Advogada. Ganhadora do 4º Concurso de Ficção y Derecho da Universidade de Buenos Aires, categoria docentes (2018). E-mail: jajza.samara@facape.br

2 Graduanda em Direito pela Faculdade de Petrolina (FACAPE). E-mail: araribeiro2015@outlook.com

O DIREITO DAS (TRANS)FORMAÇÕES: A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS QUESTÕES RELATIVAS À GÊNERO E SEXUALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

THE RIGHT OF (TRANS)FORMATIONS: THE LEGAL PROTECTION OF ISSUES RELATING TO GENDER AND SEXUALITY IN THE HOMELAND LEGAL ORDINANCE

Renan Soares Torres de Sá¹

Elza Krislayne Xavier de Moraes Ramos Souza²

RESUMO: A abordagem do presente tema tem o intuito de expor as garantias e melhorias que estão sendo concedidas por parte dos poderes executivo e judiciário, contribuindo para o avanço das discussões que envolvem gênero e sexualidade, com a implantação de políticas públicas, julgados e reconhecimento jurídico acerca de temáticas como a transfobia, demonstrando também que muito embora esses direitos estejam sendo cedidos, ainda não fornecem mecanismos suficientes para garantir a proteção necessária à dignidade das pessoas transexuais. Embora esses significativos avanços corroborem para uma melhor convivência social, a insuficiência legislativa ainda interfere no desenvolvimento de direitos essenciais que gerem efeitos fáticos no campo e na vida dessa população, vez que a sociedade ainda impõe e limita padrões enraizados. Deste modo, como forma de pluralizar e apontar à relevância de se debater as questões relativas a gênero e sexualidade para fins de afirmação das garantias constituídas através dos direitos humanos, será utilizada uma abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo, partindo da coleta de dados bibliográficos e documentais sobre discussões já existentes do tema, para demonstrar a necessidade de equivalência dentro do plano jurídico e social.

Palavras-chave: Direitos Sexuais. Transexualidade. Gênero.

ABSTRACT: The approach of the present theme is intended to expose the guarantees and improvements that have been granted by the Executive and Judiciary branches, contributing to the advancement of discussions involving gender and sexuality, with the implementation of public policies, judgments and legal recognition about themes, such as transphobia, also demonstrating that even though these rights are being ceded, they still do not provide sufficient mechanisms to guarantee the necessary protection for the dignity of transgender people. Although these significant advances corroborate for a better social coexistence, the legislative insufficiency still interferes in the development of essential rights that generate factual effects in the field and in the life of this population, since society still imposes and limits rooted standards. Thus, as a way of pluralizing and pointing to the relevance of debating issues related to gender and sexuality for the purpose of affirming the guarantees constituted by human rights, a qualitative approach will be used, with a hypothetical-deductive method, based on data collection bibliographic and documentary on existing discussions of the theme, to demonstrate the need for equivalence within the legal and social plan.

Keywords: Sexual rights. Transsexuality. Gender.

1 INTRODUÇÃO

As questões relativas a gênero e sexualidade dentro da sociedade até pouco tempo não eram debatidas de maneira tão frequente, pois a cultura machista sempre esteve presente. Os padrões sociais enraizados determinavam a sexualidade e o gênero do indivíduo, com base em conceitos

socialmente e historicamente ligados ao sexo biológico das pessoas, apontando como anormal qualquer outra forma de demonstração sexual que não se enquadrassem ao comportamento habitualmente seguido pela sociedade.

Deste modo, as figuras de homem e mulher foram criadas pela própria sociedade, a partir das

funções e papéis sociais designados a cada um deles, de modo que, historicamente, a genitália, apesar de ser, até os dias atuais, apontada como uma parte fundamental na definição dos gêneros, não é a única característica a determinar o conceito de masculino e feminino, mas sim todo um contexto histórico e social nos quais homens e mulheres foram inseridos.

Os padrões heteronormativos impostos pela sociedade figuraram, ao longo da história da sociedade, como fomentadores de processos de exclusão e discriminação, de modo que apenas a constância pela busca da inclusão trouxe aspectos jurídicos favoráveis para a implantação dos direitos sexuais daqueles que apresentam vivências e necessidades que fogem do padrão majoritariamente estabelecido, possibilitando a inclusão social de pessoas dos mais variados gêneros, respeitando, mesmo que em parte, um dentre tantos direitos garantidos pela carta magna, sendo este o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com essas perspectivas, passaram a ganhar força às lutas de comunidades conhecidas como minorias, dentre elas a população LGBTQIA+, que, de maneira sucinta, buscam a aceitação e reconhecimento jurídico social, como uma forma de amenizar as problemáticas acerca do tema, dentro de uma sociedade estruturalmente machista.

A comunidade transexual faz parte dessas minorias, sendo ela o ponto primordial desse debate adentrando nas diversas áreas do direito, mas principalmente nos direitos humanos, tal qual garante dignidade à sociedade como um todo, sendo exatamente o centro do embate da comunidade LGBT.

A sociedade contemporânea trouxe diversas mudanças, dentre elas a transexualidade, que anteriormente era considerada uma patologia pela CID-10 (Classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde), sendo uma análise dos médicos, psiquiatras e psicólogos, chamada de transtorno de identidade de gênero, mas que, a partir de 2018, quando a OMS (Organização Mundial da Saúde) publicou a atual classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde, a transexualidade passou a ser considerada uma incongruência de gênero e não mais um transtorno/doença. Com os avanços do direito e garantias a classes vulneráveis e minoritárias, como por exemplo, a luta por igualdade das mulheres, abriu espaço para uma nova discussão sobre essa temática.

Entretanto, apesar das conquistas e das políticas públicas e direitos atuais construídos, essa população ainda se encontra em risco, pois, apesar de contribuírem notavelmente para o desenvolvimento dessa comunidade, ainda não são suficientes para solucionarem todas as problemáticas existentes, obrigando, de certo modo, a valer-se apenas da hermenêutica como complexo teórico para alcançar os direitos dessa comunidade que por diversos anos não foram respeitados.

O Brasil atualmente lidera o ranking mundial de países que violentam pessoas trans em razão de seu gênero e sexualidade, tendo uma estimativa de vida de 35 anos (metade da média nacional). Para além das agressões físicas, essa minoria ainda sofre abusos psicológicos a todo o momento, violências que são reflexos de uma cultura machista que está impregnada na sociedade há diversos anos e que precisa ser reajustada. Ademais, a cada ano surgem

novas classes que precisam ser introduzidas, e, para um bom convívio social, é necessário o respeito às mesmas.

Deste modo, resta clara a relevância do tema a ser debatido, para fins de afirmação das garantias constituídas através dos direitos humanos, bem como para demonstrar a necessidade de equivalência dentro do plano jurídico e social dos transexuais, desconstruindo os costumes violentos criados pela nossa sociedade.

Em decorrência da discussão que se pretende explorar, e analisando as perspectivas constitucionais sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia, além dos princípios que protegem os direitos dos transexuais, é necessário o presente questionamento: As garantias já reconhecidas pelo ordenamento jurídico pátrio, mesmo diante da ausência de instrumentos legislativos efetivos com relação a diversas searas, são suficientes para garantirem os valores essenciais inerentes à dignidade das pessoas transexuais e a sua emancipação?

Com a finalidade de esclarecer tal questionamento e demonstrar o quanto o ordenamento jurídico pátrio e sua interpretação consubstanciada pela nossa jurisprudência, ainda não fornecem os mecanismos suficientes para garantirem a proteção necessária à dignidade das pessoas transexuais, tendo em vista a falta de imposição do poder legislativo, será explanada a evolução histórica dos direitos da comunidade transexual abordando termos conceituais de gênero, sexo e orientação sexual, visando melhor interpretação do conceito transexual; demonstrando também as garantias já constituídas à comunidade transexual; além de analisar a insegurança causada à população transexual em

razão da lacuna legislativa no que tange ao reconhecimento dos seus direitos.

Para atingir os objetivos pretendidos, a presente pesquisa utilizará uma abordagem qualitativa, com método hipotético-dedutivo afim demonstrar as garantias já reconhecidas pelo ordenamento jurídico pátrio, além de apontar a relevância de se debater sobre as questões relativas a gênero e sexualidade, constatando que a insuficiência legislativa atinge diretamente na insegurança da comunidade transexual.

Para tanto, será utilizado como procedimento essencial à coleta de dados bibliográficos e documentais, buscando discutir a problemática com base em referenciais teóricos publicados em livros, artigos disponíveis no Scielo, revistas científicas e sites jurídicos, com periódicos voltados para os direitos humanos, com relação à proteção jurídica das questões relativas a gênero e sexualidade no ordenamento jurídico pátrio.

2 GÊNERO, CORPO, SEXO E SEXUALIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS

O debate sobre a temática dos direitos sexuais começou a surgir por volta do século XVIII, na França, com o surgimento de associações compostas por mulheres que lutavam por voz na sociedade, vez que, as relações sociais eram baseadas na ideia de poder e mando que os homens possuíam, motivo pelo qual iniciaram movimentos a fim de romper com essa opressão. Apenas no final do século XIX e início do século XX, por volta do ano de 1970, a luta feminista, adentrou de maneira mais expressiva no Brasil, contribuindo para o avanço em debates que sempre se fizeram presente na sociedade, mas que, por diversas vezes, foram

evitados em razão da cultura machista enraizada, que dominava – de maneira mais contundente – neste período (GÊNERO, 2009, p.67).

O gênero era uma classificação cultural, posto que a diferença que sobrepõe o masculino e o feminino era relacionada ao biológico de cada indivíduo, ou seja, existe uma hierarquia quando se trata desse termo, que a sociedade carrega consigo desde muito tempo, sendo um exemplo à subalternidade da mulher aos homens em todo o contexto histórico e social. A palavra sexo carrega com si a leitura dos órgãos sexuais masculinos e femininos, nos quais seus gêneros deveriam se enquadrar. Sendo assim, o menino que nasceu com órgão reprodutor masculino deveria ser e agir de acordo com os padrões estabelecidos para o sexo masculino, funcionando a mesma lógica para o indivíduo que, naturalmente, carregue a genitália feminina.

Diante da relutância em se discutir o tema, palavras como identidade de gênero, sexo e orientação sexual, acabaram não sendo abordadas de uma forma mais inclusiva, entretanto, atualmente com uma maior abordagem em relação a uma perspectiva de naturalização dos direitos e da diversidade de gênero e orientação sexual, existem concepções que contribuem para um melhor entendimento de todo esse conjunto e garantias que são fixadas pela Constituição. Neste contexto, os direitos sexuais são uma forma de demonstração da liberdade de expressão e escolha de cada indivíduo, da qual a sexualidade é construída de acordo com suas vivências e experiências que se formam em diversos lugares.

A palavra gênero passou a ter uma interpretação de distinção entre o cunho cultural que abordava a anatomia do indivíduo como

conceito e a percepção social que classifica o gênero como a autodeterminação de homens e mulheres de acordo com suas vivências e sensibilidades. Sendo assim, o sexo biológico do indivíduo de nada influenciaria, visto que apenas se tratam de órgãos reprodutores, mas que não determinam e nem contribuem para a formação individual de qualquer pessoa (SANTOS; BELLO; RIBEIRO; BATISTA, 2010, s/p).

A cartilha de conceitos e legislação elaborada pelo Ministério Público do Ceará (2017, p. 9-13) caracterizou a identidade de gênero como a maneira que pessoa se reconhece perante a sociedade, independentemente de sua orientação ou sexo biológico. Já a orientação sexual está ligada ao íntimo e pessoal de cada indivíduo, ou seja, a forma como o mesmo se atrai pelo outro, estando, desta maneira, unicamente voltada ao sentimento, e não a anatomia do indivíduo.

O Supremo Tribunal Federal em sua coletânea de jurisprudências e bibliografia temática denominada diversidade (2020, p. 25,) entende sexo como sendo as características orgânico-biológicas, baseadas em cromossomos, que caracterizam e distinguem o homem e a mulher; gênero seria o autoconceito do indivíduo como masculino ou feminino; identidade de gênero é a experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero; e, por fim, a orientação sexual trata-se da forma como o indivíduo se atrai, ou se afeiçoa a outra de determinado gênero.

Sendo assim, há uma diversidade teórica e fática quando se trata das características sexuais de cada pessoa, não podendo ser exclusivamente definida pelo sexo biológico, tampouco pelos aspectos e padrões culturais ensinados e enraizados

pelo processo de socialização dos indivíduos, mas sim pela forma como cada característica influencia/contribui para a construção da identidade pessoal de cada ser.

A homossexualidade, bissexualidade, heterossexualidade e outras manifestações de sexualidade atualmente são conhecidas como orientações sexuais, mas foram, por muito tempo, chamadas de opções sexuais o que remonta ao período em que a homossexualidade era vista como uma doença, chamada de homossexualismo. Com a exclusão da homossexualidade do catálogo internacional de doenças, essa denominação foi modificada, pois, segundo a cartilha de conceitos e legislação elaborada pelo Ministério Público do Ceará (2017, p. 10), “uniformemente, opção não seria uma designação adequada, pois, ninguém “opta” por ser heterossexual, ninguém propriamente “opta” por ser gay, lésbica ou bissexual. Assim, é mais adequado referir-se a orientação sexual, em vez de “opção sexual”. Deste modo, a orientação sexual designa a maneira como uma pessoa se afeiçoa a outra de forma afetiva ou sexual, por pessoas do mesmo gênero ou até de diferentes.

A heterossexualidade pode ser explicada como a situação em que duas pessoas de gêneros opostos sentem atração mútua. Em contrapartida, a homossexualidade seria o oposto, visto que esse sentimento ocorre por duas pessoas que compartilham do mesmo gênero. Como exemplo, um casal de duas mulheres ou dois homens, que habitualmente são identificados como gays e lésbicas, e um casal composto por um homem e uma mulher, reconhecidos como hétero. A determinação desse sentimento não tem interferência alguma do

órgão genital e reprodutor que todos carregam, apenas do íntimo e pessoal de cada um deles.

Deste modo, se faz necessária uma breve explicação sobre a identidade de gênero, pois difere da orientação sexual. Em poucas palavras, a identidade é a autodeterminação do indivíduo, sem a interferência do seu órgão reprodutor, com o gênero masculino, feminino ou com ambos (CARTILHA MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ, 2017, p. 11-12). Em suma, existem várias denominações, mas os que serão estudados são os cisgêneros e transgêneros.

As pessoas reconhecidas como cis são aquelas que se identificam em todos os aspectos com o seu sexo biológico, já os trans, são aqueles que não se identificam com o sexo de seu nascimento, sendo mulheres ou homens que buscam de alguma maneira adequar-se ao gênero a qual sentem pertencer (CARTILHA, 2017, p. 14)

Deste modo, o heterossexual é reconhecido como uma pessoa cisgênero, assim como os homossexuais que identificam plenamente com o órgão sexual que carregam. Por outro lado, o transexual não se sente confortável com o sexo ao qual nasceu, por esse motivo é denominado como um indivíduo transgênero.

Por fim, cabe destacar que a orientação sexual do indivíduo transgênero não difere das outras, ademais, nada impede que se afeiçoem a uma pessoa cis ou trans, vez que sua identidade não interfere em sua orientação sexual. Sendo assim, um homem trans (nascido de sexo biológico feminino, mas sente pertencimento a sexo oposto) pode sentir afeição por qualquer pessoa, seja mulher ou homem.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS TRANSXUAIS

Em 1940, já existiam alguns tumultos sociais que traziam em pauta as garantias de alguns direitos, entretanto, somente em 1953 a palavra transexual foi mencionada pela primeira vez, por Harry Benjamin, americano, que utilizou o termo para caracterizar os indivíduos que não se conformavam com sexo com o qual nasceram e desejavam a mudança do órgão para o qual se identificavam, mas isto estava longe de acontecer (MOREIRA; MARCOS, 2019, p.602).

Na data de 28 de junho de 1969, em *stonewall in*, aconteceu uma revolta da comunidade LGBT que ocasionou a eclosão de outros movimentos sociais, desencadeando a criação de organizações que tinham o intuito de demonstrar a insatisfação da comunidade frente às diversas formas de preconceito e falta de inclusão cometida pela sociedade, bem como de afirmar garantias e direitos a essa minoria. Essa mobilização impactou vários países que conseqüentemente também começaram a se impor e buscar por seus direitos.

O ano de 1970 ficou marcado pelas primeiras demonstrações de paradas de orgulho LGBT, sigla que representa as classes minoritárias de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, que tinham a intenção de demonstrar a necessidade de criação de políticas públicas que garantissem os direitos desses indivíduos, além do respeito das questões relacionadas a gênero e sexualidade, bem como de combate aos diversos ataques que surgiam contra essa minoria. Foi nesse momento que o termo

homofobia passou a ser reconhecido (Conselho Regional de Psicologia, 2011, p. 10).

Em 1990 as discussões acerca da contaminação da AIDS eram frequentes, e foi exatamente nesse momento que começou a se fazerem presentes as políticas públicas sobre os movimentos travestis e transexuais, que até o momento ainda não eram abarcadas pelo MHB (movimento homossexual brasileiro), mas, a partir desse período, a inclusão da letra T no movimento trouxe uma apresentação mais clara da diversidade de categorias sociais existentes. Ainda em 1990, ocorreu um avanço significativo para a comunidade homossexual, com a exclusão da homossexualidade do catálogo de doença da OMS (Organização Mundial de Saúde), sendo ratificada em 1992. (CARRARA; CARVALHO 2013, p.330-347).

A letra T se estendeu a comunidade transexual apenas no ano de 2000 e apesar de adquirirem alguns direitos, a comunidade ainda estava longe de ser aceita em uma cultura machista, preconceituosa e heteronormativa. A transexualidade até o ano de 2018 ainda era vista como uma doença, sendo denominada de transexualismo⁹, considerado um transtorno de identidade de gênero, justamente por não ter concordância com o binômio gênero-sexo, por se identificarem com o sexo contrário ao do seu nascimento (CARRARA et al. 2013, p.330-347). Em razão disso, essa comunidade passou por situações degradantes, visto que seus integrantes sofriam (e ainda sofrem) preconceitos e discriminações que os levam, muitas vezes, a morte.

Como uma forma de tentar ser incluso socialmente, os transexuais acabam enfrentando

⁹ O sufixo “ismo” era atribuído à doença, por essa razão se chamava de transexualismo. Entretanto, após ser intitulada como disforia de gênero, não seria razoável

conservar o sufixo anterior utilizado optando, deste modo, pela expressão transexualidade

um período de luta pelas cirurgias de mudança de sexo e pela alteração do nome. Ventura e Schramm (2009, p. 69) alegam que essa possibilidade de modificar o próprio corpo traz à baila a discussão sobre a autonomia pessoal do indivíduo, e que a atitude dessas práticas legitimam o direito à liberdade dos mesmos.

A cirurgia de redesignação do sexo veio a ser contemplada pela resolução de nº1482 do ano de 1997 pelo Conselho Federal de Medicina, que foi revogada pela resolução de nº1652, em 2002, que destinava as cirurgias de neocolpovulvoplastia possibilitando a mudança do sexo masculino para o feminino em hospitais públicos e privados (STURZA; SCHORR, 2015, p. 270.).

A resolução anterior foi revogada novamente, vigorando a de nº1955/2010 permitindo que todas as cirurgias fossem desenvolvidas em hospitais públicos ou privados, para tanto, existiam ressalvas, pois, era necessário que psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais estivessem presentes, bem como o laudo que comprovasse a condição de “transexualismo”, termo na época ainda utilizado, para se valer da cirurgia (STURZA, Et al. 2015, p.270.).

Nesta mesma época, começaram as discussões a cerca do uso do nome social, vez que o indivíduo ao passar pelo processo de transgenitalização, por muitas vezes também sentia a necessidade de mudança do seu sexo e nome nos registros públicos e cartorários, entretanto, a lei era omissa com relação à temática, pois, apenas abordava a possibilidade de alteração para aqueles indivíduos que fossem expostos ao ridículo em razão do seu

nome ou ainda quando existisse erro quando no momento de escritura.

Finalmente em 2016 houve a publicação do decreto presidencial de nº 8.727, reconhecendo o uso do nome social desses indivíduos como uma forma de incluir a comunidade, vez que o nome é a porte de entrada para a identificação de cada pessoa. Sendo assim “discutir a importância do nome social para pessoas transexuais, é voltar-se o olhar para a condição deles/delas enquanto pessoa que ocupa um lugar no meio social, respeitando a voz interna que os/as definem enquanto pessoas existentes” (BARBOSA; SILVA, 2014, p.3054).

No ano de 2018, com a publicação da lista de doenças e problemas relacionados à saúde pela OMS, a transexualidade (novo termo utilizado), passou a ser visto como disforia de gênero¹⁰, além de concluir alguns outros avanços que atualmente são vistos como um pontapé para a quebra de paradigmas sociais.

Ainda em 2018, foi concedida a essa população a possibilidade de mudança do nome e do gênero nos registros civis, instruída pelo provimento de nº73, e no mesmo ano, como uma forma de desburocratizar o Supremo Tribunal Federal mediante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275 e do Recurso Extraordinário 67042 em repercussão geral, autorizou que a alteração do registro não dependesse mais da cirurgia de redesignação do sexo, sendo mais um passo para a inclusão da comunidade.

Por fim, notou-se que a transformação sexual não era algo que de fato incomodasse a população, por mais que os mesmo não se sentissem

¹⁰ É caracterizado pelo desconforto ou sofrimento causado pela incongruência entre o gênero atribuído ao

nascimento do indivíduo e o gênero experimentado pelo mesmo

pertencentes aquele determinado corpo, a mudança do mesmo não era tão importante quanto o sentimento de inclusão social, vez que, de acordo com Arán, Zaidhalf e Murta (2008, p. 70), a condição de sofrimento pelo não pertencimento ao sexo biológico não se dava unicamente por essa percepção, mas, sobretudo, pela não aceitação da condição sexual do indivíduo por parte da normatividade cultural vigente.

4 A VIOLÊNCIA CONTINUADA E A OMISSÃO ESTATAL: AS LACUNAS LEGISLATIVAS COMO FORMA DE FOMENTO À DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Muito embora existam princípios e normas que dispõem sobre direitos essenciais e a necessidade de serem respeitados, muitos desses mesmos direitos são constantemente violados. A comunidade LGBT, em específico os transexuais encontraram diversos empecilhos para atuarem como indivíduos de direito na sociedade em razão de sua condição sexual, pois, a discriminação em razão do gênero, raça e sexo do indivíduo ainda são extremamente palpáveis dentro da sociedade, demonstradas através de atos de tortura física e psicológica, maus tratos, estupros, dentre outras formas de agressões que constantemente são vistas, testemunhando, de certo modo, a desproteção estatal.

Neste contexto, é importante demonstrar que a população trans busca constantemente a equiparação dos direitos com os demais cidadãos da sociedade, tendo em vista o preconceito patriarcal que a população carrega com relação a essa minoria, seja dentro da própria família, nas escolas ou nos meios sociais, o que acaba tornando mais difícil à

auto aceitação desses indivíduos. Essas violentas práticas discriminatórias voltadas aos transexuais acarretam em sua morte, gerando, desta forma, uma frustração quanto ao desfrute de uma qualidade de vida digna, direito este assegurado como cidadãos.

Deste modo, recai em discussão à “exclusão” dessa população, vez que o padrão socializador é enraizado e rejeita percepções de corpos que não se padronizam à heteronormatividade. E isso ocorre com a comunidade transexual, visto que seus corpos não pertencessem aos contextos utilizados – sexo-gênero – levando a marginalização por parte da sociedade, o que acaba afastando mais e mais a convivência desses indivíduos, de maneira que os mesmo acabam desprotegidos e vulneráveis a condições desproporcionais, apenas em razão de sua existência. Sendo assim, é notório que além do apoio social ser precário, falta por parte do Estado e do poder legislativo reafirmações e iniciativas quanto construção dos direitos que a Constituição Federal dispõe, vez que essa comunidade ainda é marcada pelo estigma e preconceito (GRADE; GROSS; UBESSI; 2019, p. 448).

A recusa na inserção das pessoas transexuais vem sendo combatida mediante as movimentações sociais da comunidade LGBT, que anteriormente seria inimaginável, mas com a reiteração de pautas do mesmo cunho social, a atual luta se faz presente, provocando alterações em contextos enraizados, e trazendo novos horizontes sobre a comunidade transexual, muito embora ainda seja estigmatizado (GÊNERO, 2009, p.23 e 79).

Os transexuais lutaram por muito tempo a fim de enquadrar a sua identidade de gênero dentro de uma sociedade heteronormativa, por fim, o Estado acabou estendendo alguns direitos à população trans, dentre eles a possibilidade de fazer a cirurgia

de redesignação do sexo contemplada pela Resolução de nº 2.803 de 2013, podendo inclusive ser feita através do Sistema Único de Saúde (SUS), como forma de garantir a igualdade para a comunidade transexual, consolidando o teor do artigo 196 da Constituição Federal que afirma ser de competência estatal a promoção de saúde, bem como o acesso universal a mesma.

Os direitos embora fossem poucos, eram considerados conquistas pela população. E finalmente toda população minoritária, com destaque para as pessoas trans, mediante julgados e inserção de políticas públicas, poderiam ter seus nomes e gêneros modificados nos assentos públicos de forma cartorária (Provimento nº73 de 2018) sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização, mesmo ano (2018) em que retiraram a transexualidade do catálogo de doenças.

No ano de 2020, o STF reuniu diversos julgados e desenvolvimentos jurídicos a cerca dos temas pautados na comunidade LGBTQIA+, expondo pontos de vista e interpretações sobre os direitos sexuais. A coletânea levou o nome de diversidade, servindo como um manual de comunicação dessa população, mais uma vez demonstrando a necessidade do tema ser debatido, pois, a proteção dos mesmos está partindo muito mais do poder judiciário, quando na verdade se faz necessária a existência de sanções e diretrizes materiais para égide desses indivíduos.

Contudo, por mais que as melhorias dentro do sistema jurídico garantam alguns direitos para a comunidade transexual, os mesmos não são suficientes para garantir uma melhor convivência social, bem como para aumentar a qualidade de vida

desses indivíduos uma vez que o Brasil ainda lidera o ranking¹¹ em números de morte por transfobia, Jorge e Travassos, (2018, p. 4-5) afirmam que as violências cometidas a essa comunidade fazem parte da heterocisnormatividade, da qual a população não se enquadra o que acarreta nos números expressivos de óbitos em decorrência da intolerância populacional.

A incansável busca pela sobrevivência dos transexuais remete ao descaso legislativo, pois, por mais que existam julgados e políticas públicas até mesmo técnicas de reconhecimento a normas no intuito de abarcar as notáveis formas de violências praticadas aos transexuais, não são suficientes para uma melhora nos numerosos casos de tortura física e psicológica direcionada a esses indivíduos.

O Supremo Tribunal Federal mediante sua coletânea de jurisprudências e bibliografias temáticas (2020, p,35) demonstra a técnica de reconhecimento utilizada a Lei 7.716/1989 referente ao racismo, após a decisão da ADO de nº 26 e do MI 4733. Entretanto, até o presente momento a população transexual não contempla de uma legislação específica, sendo assim, a omissão legal e essa conduta delitativa, abre margens para a continuação da violência, o que de maneira incontestável traz a vulnerabilidade da comunidade transexual. Deste modo, não há como constituir-se da apenas desses parâmetros, pois, existem particularidades que caracterizam o crime e que devem ser expostas de modo a prezar pela igualdade material e formal da comunidade transexual.

Destarte, é razoável que seja produzida uma legislação que abarque todas as garantias

¹¹ PUTTI, Alexandre. Disponível em: <
<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/brasil-e-lider->

[mundial-em-assassinatos-de-pessoas-trans-pelo-12o-ano-consecutivo/](https://www.cartacapital.com.br/diversidade/brasil-e-lider-mundial-em-assassinatos-de-pessoas-trans-pelo-12o-ano-consecutivo/)>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

constitucionais dessa população, corroborando com proteção aos direitos da busca pela plena felicidade, da personalidade e principalmente da dignidade humana, direitos inerentes a condição de vida de qualquer indivíduo, contribuindo, deste modo, ao combate contra a violência e discriminação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em detrimento de toda a discussão abordada no presente artigo, sob as perspectivas constitucionais do princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia, além de tantos outros que resguardam a população trans, cumpre-se destacar que a problemática existente no nosso ordenamento jurídico pátrio em razão dos direitos já adquiridos aos transexuais e a lacuna legislativa, não satisfazem tampouco garantem os valores essenciais inerentes à dignidade das pessoas trans, refletindo diretamente na falta de segurança desses indivíduos.

Em contrapartida, as discussões acerca dos direitos sexuais e das questões relativas a gênero estão presentes dentro do nosso ordenamento, com a apresentação de novos conceitos acerca dos debates que envolvem a sexualidade e corpo do indivíduo transexual, mas que ainda são questionadas, o que acarreta a exclusão social e interfere diretamente no processo de auto aceitação desses indivíduos. Isso ocorre porque a sociedade ainda é estruturalmente preconceituosa e machista, em decorrência da visão heteronormativa que foi imposta.

Consequentemente, a população transexual enfrentou diversas lutas, mediante movimentos sociais, em busca de direitos que eventualmente fossem conquistados. Atualmente a contenda ainda

existe, pois, a omissão por parte do poder legislativo ainda se encontra presente, se tornando um empecilho quanto à resolução das problemáticas que envolvem particularidades dessa comunidade, como as numerosas mortes que ocorrem apenas em decorrência de sua identidade de gênero, sendo demonstrado pelo alto índice de mortes por transfobia, cujo ranking é liderado pelo Brasil, estimando uma vida de apenas 35 anos para esses indivíduos.

Deste modo, a insuficiência legislativa interfere no desenvolvimento de direitos essenciais dos transexuais, como de qualquer outro indivíduo que participe dessa comunidade, havendo a necessidade da elaboração de uma legislação da qual ampare as necessidades dessa população e traga a concretização das garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a relevância e respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, como também da autonomia da vontade, da liberdade, e dentre outros princípios que norteiam os direitos dessa minoria, almejando assim pluralizar ainda mais as questões que tratam de gênero e sexualidade.

Ainda assim, cumpre-se ressaltar que muito embora falte uma imposição do legislativo nessas demandas, estão sendo concedidos por parte do poder executivo e judiciário, direitos que contribuem para o avanço das discussões que envolvem gênero e sexualidade, como por exemplo, a implantação de políticas públicas, julgados e reconhecimentos jurídicos acerca da transfobia, do uso do nome social, dentre outras garantias que são disponibilizadas a fim de solucionar ou pelo menos amenizar as condutas discriminatórias voltadas a comunidade trans. Entretanto, é necessário mais

que apenas o desenvolvimento das mesmas, para que de maneira efetiva haja a concretização dessas garantias, que podem vir a ocorrer com a implantação de uma legislação que seja eficaz e, assim, gere efeitos fáticos na vida desses indivíduos.

REFERÊNCIAS

ARÁN, Maria; Zaidhaft, Sérgio; Murta, Daniela.

Transexualidade: corpo, subjetividade e saúde coletiva. SCIELO. Porto Alegre, vol. 20, nº 1, p. 70-79. Jan-Abr, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822008000100008&script=sci_abstract&lng=pt>. Versão *on line*. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

APOLINÁRIO, Eleonora B. R., MANFREDINI, Giulia A., GRALAK, Mariana M., MINATOGAWA, Mayume C., PERRONI, Thais C. **As representações do movimento de stonewall nos estados unidos (1969) -“stonewall: a luta pelo direito de amar” (1995) e “stonewall: Onde o Orgulho Começou” (2015)**. São Paulo, v.7, n.7, pp.97-108, 2019. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/epigrafe/article/view/154048/155550>>. Acesso em: 02 de maio de 2021.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – lgbt**. Abr./jun. 2010. <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198675/000888820.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de março de 2021.

BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; SILVA, Laionel Vieira da. **Jornada na busca de direitos: Construção dos Direitos das/dos Transexuais**. 18º Redor, 24 a 27 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/2245/823>>. Acesso em: 25 de março de 2021.

BORTONI, Larissa. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**. Senado Notícias. Brasília/DF. 20 de jun de 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 de maio de 2021.

BRASIL ESCOLA, Monografias. Trabalho Acadêmico Universitário intitulado: **Transgêneros: a busca pela igualdade formal e material no direito brasileiro**. Publicado por: Flávia Isis Fortunato Cané em 18 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/transexuais-busca-pela-igualdade-formal-material-no-direito-brasileiro.htm>>. Acesso em: 28 de março de 2021.

CARVALHO, Mario; CARRARA, Sérgio. **Em direito a um futuro trans? : contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil**. Rio de Janeiro. Revista nº 14, Agosto 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&id=S1984-64872013000200015>. Acesso em: 02 de abril de 2021

CENTRO LATINO AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Gênero e diversidade na escola: formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais**. Livro de conteúdo. Versão 2009. – Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília: SPM, 2009. Disponível em: <https://www.unifaccamp.edu.br/graduacao/letras_portugues_ingles/arquivo/pdf/gde.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2021.

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA. **Psicologia e diversidade sexual: cadernos temáticos- CRP SP**. São Paulo. 2011. 92 p. Disponível em: <http://www.crp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/caderno_tematico_11.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Artigo: **Transexualidade não é transtorno mental, oficializa oms**. 22 de maio de 2019. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>>. Acesso em:

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 1, de 29 de janeiro de 2018. estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis**. 29 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-01-2018.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de lgbt no brasil**. Disponível em: <http://www.crp.org.br/portal/comunicacao/cadernos_tematicos/11/frames/fr_historico.aspx>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

GOMES, Romeu; MURTA, Daniela; FACCHINI, Regina; MENEGHEL, Stela Nazareth. **Gênero, direitos sexuais e suas implicações na saúde**. 23 de junho de 2018. Disponível em:

<<https://www.scielo.org/article/csc/2018.v23n6/1997-2006/pt/#>>. Acesso em: 02 de maio de 2021.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos**: uma perspectiva de inclusão. Faculdade de Direito da universidade de São Paulo. São Paulo. 2012.

GRADE, Cláudia; GROSS, Carolina Baldissera; UBESSI, Liamara Denise. **Psicologia, saúde & doenças**. Lisboa, 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15309/19psd200213>>. Acesso em 28 de novembro de 2020.

JORGE, [Marco Antonio Coutinho](#); TRAVASSOS, [Natália Pereira](#). **Transexualidade**: O corpo entre o sujeito e a ciência. Editora Schwarcz - Companhia das Letras. 19 de julho de 2018. Disponível em <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=jXPTDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT4&dq=transexualidade+e+homossexualidade&ots=NyRENEBz6H&sig=81q5lYgIT9rA6KThNFnt5ZzX1k#v=onepage&q=transexualidade%20e%20homossexualidade&f=false>>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

MIGALHAS, Correspondente Jurídico *on line*. Artigo: **Preconceito e discriminação**: STF considera crimes homofobia e transfobia e manda aplicar lei do racismo. Postado em quinta-feira, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/304376/stf-considera-crimes-homofobia-e-transfobia-e-manda-aplicar-lei-do-racismo>>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. **O ministério público e os direitos de lgbt**: conceitos e legislação. MPF. Brasília, 2017. 84 p. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/08/Cartilha-MP-e-os-Direitos-LGBT-2017_web.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

MOREIRA, Euza A. da S., MARCOS, Cristina M. **Breve percurso histórico acerca da transexualidade**. Psicologia em Revista. Belo Horizonte, v. 25, n. 2, p. 593-609, ago. 2019. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/15311/16589>>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

PUTTI, Alexandre. **Brasil é líder mundial em assassinatos de pessoas trans**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/diversidade/brasil-e-lider-mundial-em-assassinatos-de-pessoas-trans-pelo-12o-ano-consecutivo/>>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos; OLIVEIRA, Leidiane. **Igualdade nas relações de gênero na sociedade do capital**: limites, contradições e avanços. Pesquisa Teórica. Recebido em 15 de outubro de 2009.

Aprovado em 05 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rk/v13n1/02.pdf>>. Acesso em: 08 de maio de 2021.

SANTOS, Valeria L. dos; BELLO, Laura L. G.; RIBEIRO, M^a. L. B. A.; BATISTA, Jully V. L. Pesquisa de Conclusão de Curso da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) intitulada: **Relações de gênero na escola**: contribuições da prática docente para a desmistificação de preconceitos em relação ao sexo. Publicado por: Letícia De Castro Guimarães no ano de 2010. Disponível em: <https://monografias.brasilescuela.uol.com.br/pedagogia/relacoes-genero-sexualidade.htm#indice_4>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

SOARES, Marcos Antônio. **O movimento lgbt**. Revista Movimento, 8 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://movimentorevista.com.br/2018/09/o-movimento-lgbt/>>. Acesso em: 27 de abril de 2021. SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Disforia de gênero**. Departamento científico de Adolescência, nº 4. Jun de 2014. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/19706c-GP_-_Disforia_de_Genero.pdf>. Acesso em: 28 de novembro 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Diversidade - jurisprudência do stf e bibliografia temática**. Ano 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/diversidade.pdf>>. Acesso em 25 de novembro de 2020.

STURZA, Janaína M.; SCHORR, Janaina S. **Transexualidade e os direitos humanos**: tutela jurídica ao direito à identidade. v.15. p.265-283. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/281913454_Transexualidade_e_os_Direitos_Humanos_Tutela_Juridica_ao_Direito_a_Identidade>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

VENTURA, Miriam; Schramm, Fermin R. **Limites e possibilidades do exercício da autonomia nas práticas terapêuticas de modificação corporal e alteração da identidade sexual**. 2009. Vol. 19. p. 65-93. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a05.pdf>>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

Recebido em: 10 de fevereiro de 2020

Avaliado em: 20 de abril de 2020

Aceito em: 15 de maio de 2020

1 Bacharelada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF).
E-mail: elzakrislayne@gmail.com

2 Professor de Direito. Especialista em Direito Penal e Processual penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi; Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF)
E-mail: profrenansoares@gmail.com