

A discursividade do sexo em Michel Foucault e a repressão penal à sexualidade

Érica de Oliveira Hartmann

Doutoranda e Mestre em Direito Processual Penal na UFPR.

Professora de Direito Processual Penal na UnicenP

1 A SEXUALIDADE MODERNA E A DISCURSIVIDADE DO SEXO

Inicialmente, Foucault pensava a sexualidade a partir dos conceitos de proibição e de transgressão, numa vertente nitidamente freudiana, sobretudo no início da década de sessenta, tal como esboçara no prefácio de sua *Histoire de la Folie*, 1960, e em *Préface à la Transgression*, publicado em 1963 na revista *Critique*.¹ Entretanto, a concepção da sexualidade a partir da segunda metade da década de sessenta, mas especialmente a partir de suas experiências pós-maio de sessenta e oito, sofreu profunda alteração, e passou a vestir-se de aspectos tanto diferentes quanto questionadores. Foucault interpreta a sexualidade, já no início de seu clássico livro *La Volonté de Savoir*, em 1976, (sem ressaltar os dois volumes seguintes, que tratam antes da própria constituição do sujeito) para opor-se à vulgata freudiana da hipótese repressiva, que tomava lugar em todas as discussões após as ideologias de liberação e da formação de ‘psicanalismos’ recorrentes, não como um instituto reprimido pela moral burguesa, pelo capitalismo, pelo recalque, ou pelo modelo conjugal e familiar, mas algo totalmente distinto.

A partir de uma interpretação arqueológica e genealógica, Foucault lança críticas incisivas às pessoas que, de um modo geral, insistiam em falar em repressão à sexualidade, e, sobretudo, aos intelectuais freudianos *soixante-huitards*, a ver-se naquela obra: “Trata-se, em suma, de interrogar o caso de uma sociedade que desde há mais de um século se fustiga ruidosamente por sua hipocrisia, fala prolixamente de seu próprio silêncio, obstina-se em detalhar o que não diz, denuncia os poderes que exerce e promete liberar-se das leis que a fazem funcionar ...”²

1) FOUCAULT, Michel. **Préface à la transgression**. Critique: Revue générale des publications françaises et étrangère, Paris, v. XIX, n. 1963, p. 751-769, août/septembre, 1963.

2) FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. (trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque) 13 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. p. 14.

A hipótese repressiva é vastamente criticada por Foucault no início de sua obra. Para Foucault, a interpretação usual da psicanálise, de que a sexualidade legítima seria tão-somente aquela do quarto dos pais, em razão de um puritanismo do séc. XIX, e que as demais formas teriam sido cotidianamente reprimidas, por um decreto tríplice: da interdição, da inexistência e do mutismo, estaria equivocada.³ O intelectual francês, que outrora havia visto o caráter positivo da psicanálise como contra-ciência às ciências humanas, juntamente com a etnologia e a lingüística, agora passa a criticar as interpretações “cômodas” de Freud. Para Foucault, ao contrário do que a sociedade burguesa procurou inculcar, a hipótese repressiva não teria sentido, uma vez que um fenômeno totalmente contrário e diverso estaria ocorrendo em torno da sexualidade, que seria o seu colocar em discurso. Nesse sentido, afirma que se deveria responder a três questões: “A questão que gostaria de colocar não é por que somos reprimidos mas, por que dizemos, com tanta paixão, tanto rancor contra nosso passado mais próximo, contra nosso presente e contra nós mesmos, que somos reprimidos?” “A mecânica do poder e, em particular, a que é posta em jogo numa sociedade como a nossa, seria mesmo, essencialmente, de ordem repressiva?” E nesse mesmo sentido, questiona-se quanto à capacidade crítica do discurso da psicanálise: “o discurso crítico que se dirige à repressão viria cruzar com um mecanismo de poder, que funcionara até então sem contestação, para barrar-lhe a via, ou faria parte da mesma rede histórica daquilo que denuncia (e sem dúvida disfarça) chamando-o repressão?”⁴

Foucault defende que a sexualidade estaria passando por uma verdadeira “explosão discursiva”,⁵ ou seja, ao invés de ficar condenada ao silêncio por interditos e barras recalques, a sexualidade estaria sendo verbalizada, institucionalmente incitada e colocada em discurso, ao contrário de uma tradição burguesa, cujas raízes residiriam na pastoral da carne cristã. Todavia, mesmo na confissão cristã, havia a necessidade de se falar do sexo, de colocar a sexualidade em palavras, fosse para o encontro com as Escrituras, fosse para impor supostamente a interdição da fala. Era preciso dizer tudo, desde os olhares impuros até os próprios pensamentos consentidos e pervertidos sobre o sexo. Para além da incitação do pudor vitoriano, Foucault verifica que a partir do século revolucionário teria existido, para além da Igreja, uma incitação política, técnica e econômica do discurso, através de pesquisas, análises, relatórios, diagnósticos, registros contábeis, classificações científicas, regulamentos administrativos, inúmeros dispositivos que permitiram a sexualidade falar. Dessa maneira, o sexo acabou se tornando uma questão de ordem pública, indispensável para o controle e vigilância da população, razão pela qual, ao servir os desígnios da população, servira antes a liberá-la em práticas discursivas do que efetivamente reprimi-la.

3) FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade** ..., p. 10.

4) FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade** ..., p. 14 e 15.

5) FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade** ..., p. 21.

Dessa maneira, a partir de *La Volonté de Savoir*, a sexualidade ganha um novo sentido para Foucault, e se demonstra na contramão do pensamento psicanalítico, posto que, ao argumentar sobre a existência de uma liberação em oposição à tese repressiva, reflete a sexualidade como objeto cultural, que teve seu discurso instruído a partir das formulações psiquiátricas do séc. XVIII. Com base no conceito de *Scientia Sexualis*, oriunda daquele século e desenvolvida especialmente nos séc. XIX e XX, Foucault indaga a constituição de um novo saber, que, ancorado num biopoder, procurou analisar as manifestações individuais e sociais em torno do sexo. A *scientia sexualis* seria, assim, definida como um conjunto de disciplinas científicas, que, através de conceitos formulados e teorias apropriativas, procuraria estabelecer técnicas relativas ao comportamento sexual, especialmente, a pedagogia, o direito, a psiquiatria, a medicina, a psicanálise, a economia, a demografia, isto é, toda uma série de conhecimentos que visaria à dispor as manifestações sexuais segundo seus olhares científicos. Nesse sentido, a *scientia sexualis* estaria condenada, consoante as construções foucaultianas, a opor-se insatisfatoriamente a uma outra instituição, de caráter essencialmente oriental, qual seja: a “arte erótica”. A arte erótica é um conjunto de técnicas e conhecimentos obscuros, guardados aos segredos de uma mística qualquer, e todos os seus rituais de inserção e adestramento dos indivíduos no sexo, que objetiva a formação e a satisfação das pessoas na plenitude do sexo, quer dizer, através de uma arte erótica, os homens e as mulheres são levados a buscar o domínio do próprio corpo, domínio esse corporal e não intelectual, ou seja, no relaxamento dos músculos e no controle orgásmico, para que, em direção ao gozo pleno, permitisse o alcance do prazer perfeito e do distanciamento da realidade.

Na *scientia sexualis*, consoante Foucault, ao contrário de uma arte erótica, o sexo como ato, como gesto, transforma-se em sexo falado, e acaba por dividir a sexualidade a partir do controle do próprio corpo, isto é, através do regulamento do tempo, do prazer, do espaço. Nesse sentido, resgatando as teorizações foucaultianas, muito bem expressa Marilena Chauí: “Na arte erótica, se faz sexo. Na ciência sexual, se fala de sexo.”⁶ Enquanto na arte erótica os ensinamentos se guardam numa região secreta do saber, na *scientia sexualis* estes ensinamentos são verbalizados, e a sociedade, contrariamente à hipótese repressiva reinante, conforme as interpretações foucaultianas, procura falar do sexo, e ao mesmo tempo escutá-lo e esmiuçá-lo, dar-lhe os signos da dicção e entregar-lhe aos devaneios da sonoridade. O sexo, na sociedade, não está preso à censura (eis o próprio ponto de ruptura de Foucault à teoria da inibição, da proibição e da transgressão de outrora) ou à clausura e seus ensinamentos sigilosos, confidenciais e reservados, mas a uma verborrêia ilimitada. Nesse sentido, a ciência sexual se demonstra, portanto, acorrentada à relação poder- prazer, posto que, tornada como discurso, garante existir internamente um desejo obscuro, um prazer insensato em se deter o poder sobre o movimento do sexo, quer dizer, há um

6) CHAUI, Marilena. **Repressão sexual: essa nossa (des) conhecida**. 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 183.

prazer envolvido em torno da vigilância, da fiscalização, do flagra, da regulação, da punição e, ao mesmo tempo, há todo um poder constituído sobre o prazer do sexo, quer dizer, a fuga à vigília, ao inesperado, à transgressão, à resistência, ao escândalo, etc. O sexo, assim, posto em discurso, transforma-se no objeto de toda uma estratégia, uma estratégia de uma sexualidade vigiada, quer dizer, circula livremente entre os corredores e esquinas, na constituição da relação entre poder e prazer, isto é, o discurso da sexualidade se pulveriza nas relações mais capilares, e a sedução atinge os círculos sociais, as escolas, os quartéis, dos pais aos filhos, dos jovens aos idosos, dos professores aos alunos. O sexo está solto, livre de suas amarras, livre de suas formas fixas, permite-se ser coagido por diagramas mono-afetivos, por bigamias, etc.

A *sciencia sexualis*, marcada pelo limiar do novo século, o século XIX, traz consigo toda uma estrutura do Estado, que cada vez mais procura estabelecer um conhecimento social, um biopoder, isto é, procura resolver os problemas da população, esquadrinhando-a e delimitando seus horizontes. Nesse sentido, através de suas disciplinas, a *scientia sexualis* se apresenta ora ao lado da biologia, e os fatores reprodutivos, ora ao lado da medicina, e a higiene sexual. O combate às doenças venéreas, à frigidez e à impotência trazem a sexualidade de seu recôndito abandono à baila; permite o nascimento da proibição do incesto e o aparecimento da cultura. Nessa perspectiva, o Estado cria recursos e estratégias para, através de estudos demográficos e biopsicossociais, controlar os indivíduos, especialmente por meio de uma codificação, isto é, o surgimento da era napoleônica, consagrada à legislação sobre a população e os casamentos. O Estado se apresenta, então, como a figura onipresente que administra a sexualidade, através de todo um aparato intelectual e material, e não mais como figura estática e gigantesca. Os recursos criados para a constituição de um biopoder são: primeiro, a codificação das técnicas de 'fazer falar', isto é, um número excessivo de perguntas e inquéritos destinados à fala, às lembranças, às associações, etc.; segundo, a caracterização de uma causalidade difusa e geral, já que o sexo está presente como causa em tudo; terceiro, o princípio da clandestinidade ou da latência do sexo; e, quarto, a medicalização do sexo pela diferenciação entre normais e patológicos, bem como entre anomalias, disfunções e moléstias. As estratégias criadas para a existência de uma *sicencia sexualis* são: primeira, uma histerização do corpo feminino, quer dizer, a mulher se encontra no cruzamento de dois centros, o de mãe e o de histérica; segunda, a pedagogia do sexo *infans*, isto é, a criança polimorfa sexualmente, ao desconhecer-se como tal, deve ser iniciada no conhecimento do sexo, dos riscos de sua vida, da masturbação e de sua procriação; terceira, a socialização de condutas de procriação ou regulação demográfica, através da proibição das práticas anticoncepcionais; e, quarta, uma psiquiatrização do prazer perverso, isto é, do prazer viciado.

Com base nessas estratégias e nesses recursos, a *scientia sexualis*, ao invés de reprimir a sexualidade nos indivíduos, contribuiu para a sua própria constituição e difusão. A sexualidade foi, então, produzida e reproduzida, sob discursos outros que a repressão, isto é, os olhares de uma técnica estatal de

controle demográfico, de gestão familiar e maximização da vida. Nesse sentido, dentre suas disciplinas, coube à pedagogia o cuidado pelo desenvolvimento sexual da criança, atendo-se às manifestações de sua sexualidade; à psiquiatria coube o dever de se preocupar com a velhice e a incapacidade sexual; à medicina impôs-se-lhe a preocupação com a sexualidade feminina e suas transformações hormonais; à economia lhe ocorreu a injunção de se dedicar às variantes sexuais da população, da sexualidade coletiva; e ao Estado, propriamente dito, restou-lhe o dever de moralizar os costumes sexuais dos pobres, especialmente. A *scientia sexualis* traz ao Estado deveres na formação e formatação dos corpos, em torno de suas manifestações e de suas práticas da sexualidade, sobretudo ao reduzir o espaço legítimo de sexualidade ao íntimo da família. Sob o tríplice decreto da interdição, da inexistência e do mutismo, a sexualidade saiu das casas de prostituição para encontrar sua legitimidade no seio da família burguesa.⁷

Esse é o momento em que Foucault afirma também ter nascido o conceito freudiano do complexo de Édipo, concomitantemente com a retirada do pátrio poder, e, portanto, da lei do pai, do Código Napoleônico.⁸ Estabelece-se, assim, a caracterização de um “dispositivo da sexualidade”, quer dizer, a sociedade burguesa ao substituir o critério familiar anterior, fundamentado no sangue, pelo critério do sexo, impõe ao sexo uma simbolização, isto é, um mecanismo do poder para dirigir o corpo, a proliferação, a vida, a raça, etc. É a partir desse dispositivo da sexualidade que o sexo passa a ser construído, passa a ser visto como objeto, definido sob quatro situações distintas: todo-parte, presença-ausência, excesso-deficiência, função e instinto. O dispositivo da sexualidade “tem, como razão de ser, não o reproduzir, mas o proliferar, inovar, anexar, inventar, penetrar nos corpos de maneira cada vez mais detalhada e controlar as populações de modo cada vez mais global. Devem-se admitir, portanto, três ou quatro teses contrárias à pressuposta pelo tema de uma sexualidade reprimida pelas formas modernas da sociedade: a sexualidade está ligada a dispositivos recentes de poder; esteve em expansão crescente a partir do século XVII; a articulação que a tem sustentado, desde então, não se ordena em função da reprodução; esta articulação, desde a origem, vinculou-se a uma intensificação do corpo, à sua valorização como objeto de saber e como elemento nas relações de poder.”⁹ Através de uma psiquiatrização das perversões, o sexo como instinto; de uma socialização das condutas procriadoras, o sexo como lei social; de uma histerização da mulher e a sexualização da infância, o sexo passou, para além da vigilância e da proibição, a fazer parte da sociedade, formando, de fato, uma verdadeira “monarquia do sexo”. Nesse sentido, entende Foucault, diante da liberação sexual, que o que realmente precisa ser abandonado é o discurso da sexualidade e o coisificação do sexo e visualizar que, de fato, a sexualidade foi posta em discurso.

7) FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade** ..., p. 10.

8) FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade** ..., p. 122.

9) FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade** ..., p. 101-102.

2 OS CRIMES CONTRA OS COSTUMES: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Antes de buscar evidências para a teoria de Michel Foucault sobre a repressão à sexualidade no discurso jurídico-penal, como modo de contribuir para uma investigação sobre a relação existente nas práticas do poder jurídico-estatal e do poder microfísico na relação com a constrição sexual, é oportuno refletir sobre a ordem objetiva dos crimes contra a sexualidade, isto é, refletir sobre a tipificação das condutas que o direito penal reprime no que tange ao aspecto sexual da sociedade, mostrando-lhes a sua formatação, a sua historiografia, a sua repressão no direito comparado, e, finalmente, a sua tratativa na prática judiciária, ou seja, sua construção diária, sua interpretação pelos tribunais.

Há tempos, os crimes contra os costumes representam, sem sombra de dúvida, pilar importante a ser tratado pelo direito penal. Outrora houve momentos em que a repressão aos crimes contra a paz, a incolumidade da ordem pública e da administração se constituíram em fatos constantes e necessários de serem reprimidos pelos ordenamentos jurídicos, tais como os crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte, os crimes contra os serviços públicos, contra a saúde pública, os crimes praticados por funcionários públicos e mesmos contra a própria administração da justiça, sobretudo em épocas em que o poder estatal exigia uma certa segurança e tranquilidade para agir, como nos estados de sítio, de defesa, de períodos ditatoriais, e, até mesmo, régios e sublevares. De outro tempo, crimes contra o patrimônio fizeram parte da ilegalidade em evidência, tais como os crimes de furto, roubo, dano, apropriação indébita, receptação ou mesmo estelionato, períodos em que o direito se afirmava e protegia com robustez e eficácia a ofensa ao patrimônio privado, sob o princípio do liberalismo, do individualismo e do patrimonialismo. Atualmente, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica representam papel fundamental de atuação da repressão estatal, dadas as contingências desde período histórico, em que a corrupção e a falibilidade do poder de polícia se constituem na regra, tais como os crimes de lavagem de dinheiro, de enriquecimento ilícito, de sonegação fiscal, de impressão e reprodução de documento falso, de gerenciamento fraudulento de instituição privada ou pública, etc. Vive-se, ainda, neste momento, a repressão, mesmo contraditória à presente corrente do princípio da insignificância e da descriminalização de condutas, aos crimes “celulares”, como os crimes no trânsito, contra os consumidores, contra o meio ambiente, ou mesmo contra o patrimônio genético.

Entretanto, nenhuma espécie de crime perfez-se ao longo da história de modo tão contínuo, ainda que houvesse interrupções, avanços e retrocessos no seu tratamento, como abrandamentos ou agravamentos de penas, e representa melhor a maneira de atuação do poder estatal e do poder microfísico que os crimes contra a ordem sexual, isto é, os crimes contra os costumes, tipificados por diversas legislações brasileiras e européias (pela proximidade com o ordenamento nacional), e que marcaram a presença incisiva de um discurso jurídico penalizante e repressor, sob os véus de um contratualismo ou de um regramento necessário à manutenção da sexualidade.

A repressão aos crimes que atentem contra a moralidade pública é fartamente tratada pelo direito penal brasileiro, em especial pelo Código Penal de 1940 (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, de acordo com a reforma da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984), no Título VI, da Parte Especial, artigos 213 a 234, quando se refere aos crimes contra os costumes¹⁰.

Pelo Código Penal Brasileiro, a repressão à sexualidade se evidencia pela seguinte tipificação de condutas, já levando em conta a última e significativa reforma legislativa que ocorreu em 2005: Crimes contra a liberdade sexual (Estupro, Atentado violento ao pudor, Posse sexual mediante fraude, Atentado ao pudor mediante fraude, Assédio Sexual), Corrupção de menores, Lenocínio e Tráfico de pessoas (Mediação para servir à lascívia de outrem, Favorecimento da Prostituição, Casa de prostituição, Rufianismo, Tráfico internacional de pessoas, Tráfico interno de pessoas), Ultraje público ao pudor (Ato obsceno, Escrito ou Objeto obsceno). Há, ainda, na Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3688/41), a contravenção de oportunação ofensiva ao pudor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, todavia, diante de sua importância menor, convém não se delongar.

Para elucidar melhor a questão, quanto ao tratamento da sexualidade pelo sistema jurídico, na esfera penal, falar-se-á, neste momento, especificamente de cada um das infrações acima mencionadas, a fim de questionar a atuação de um poder jurídico no controle da sexualidade, especialmente na realidade atual.

Quatro são os crimes contra a liberdade sexual. O estupro é de longe o crime mais conhecido, muitos até inserem dentro de sua denominação o delito de atentado violento ao pudor (o que não chega ser de todo equivocado, uma vez que, em sua origem, no Direito Romano, *stuprum* significava todo tipo de ato impudico praticado com homens ou mulheres¹¹). Tecnicamente, entretanto, a confusão não é recomendável. O estupro é o primeiro dos delitos contra os costumes tratado pelo Código Penal, em seu art. 213. Consiste o crime em “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: reclusão, de seis a dez anos”. Em outras palavras, o autor deverá constranger a mulher (e só a mulher, pois o tipo assim dispõe expressamente), mediante violência física (real) ou presumida (quando a vítima é menor de 14 anos, alienada ou débil mental e o agente conheça esta circunstância ou ainda quando não pode, por qualquer outro motivo, oferecer resistência – art. 224 do Código Penal), a com ele manter conjunção carnal (cópula vaginal apenas, para a maioria da doutrina e jurisprudência). Em assim sendo, somente o homem pode praticar o delito e somente a mulher pode ser vítima. Durante muito tempo, questionou-se se o marido poderia ser autor do

10) Luiz Flávio Gomes, inclusive, critica a própria denominação do Título VI – “Dos crimes contra os costumes” –, tendo em vista que “não são os costumes o objeto jurídico da tutela penal. Toda dogmática penal, na atualidade, só concebe a existência de crime sexual que atente contra a liberdade sexual ou contra o normal desenvolvimento da personalidade (em formação) da criança. Fora disso não é admissível a incidência do Direito penal, sob pena de se confundir a moral com o Direito penal, que não serve para corrigir pessoas nem para proteger determinadas concepções morais”. GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal nos crimes sexuais (I)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 de abril de 2007.

11) MESTIERI, João. **Do delito de estupro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 03.

delito de estupro contra a sua mulher. Muitos autores de peso, como Nélson Hungria, defendiam que não, pois o ato sexual era um dever da mulher para com seu marido¹². No entanto, atualmente, prevalece o entendimento contrário, podendo tal fato dar inclusive causa à separação e ao divórcio do casal. Admite-se a co-autoria nestes casos, inclusive nada impede que uma mulher seja partícipe, se concorre eficazmente para a consumação do estupro.

O atentado violento ao pudor, por sua vez, abrange uma gama muito maior de condutas puníveis. O tipo objetivo consiste em “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão, de seis a dez anos”. Assim, o autor (homem ou mulher) deve constranger alguém (homem ou mulher), utilizando-se de violência (real ou presumida, nos termos do art. 224 do Código Penal) ou grave ameaça, a praticar ou deixar que com ele se pratique ato libidinoso (os mais diferentes possíveis), desde que seja diverso da conjunção carnal (entendida, aqui, como cópula vaginal apenas). Também é admitida a co-autoria, desde que o indivíduo (homem ou mulher) contribua eficazmente para a consumação do delito.

Em 1990, com o advento da Lei nº 8.072/90, as penas dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor se igualaram e se agravaram, atualmente verificadas nos termos acima mencionados. Além disso, referido texto legal definiu ambos os crimes como hediondos, o que causou sérias discussões no mundo jurídico, refletidas nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, como se verá mais adiante.

A posse sexual mediante fraude consiste em “ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude. Pena: reclusão, de um a três anos”. Novamente, apenas o homem pode ser sujeito ativo do crime e somente a mulher seu sujeito passivo. Com a Lei 11106/05, retirou-se do tipo objetivo o elemento normativo “honestata”, que vinha para qualificar a mulher que poderia ser sujeito passivo do delito. A doutrina mais consciente criticava duramente tal exigência, tendo em vista que se tratava de um conceito vago e, portanto, a ser determinado pelo juiz no caso

12) “Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa à prestação sexual. A solução justa é no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula *illicita* (fora do casamento). A cópula *intra matrimonium* é recíproco dever dos cônjuges. O próprio *Codex Juris Canonici* reconhece-o explicitamente (cân. 1.013, §1º): ‘*Matrimonii finis primarius est procreatio atque educatio prolis; secundarium mutuum adiutorium est remedium concupiscentiae*’. O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma (excluído o crime de *exercício arbitrário das próprias razões*, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o *exercício regular de um direito* (art. 19, n. III). É de bem ver que a solução diversa tem de ser dada no caso em que a mulher se recusa à cópula por achar-se o marido afetado de moléstia venérea. Já aqui, o marido, ao invés de pretender exercer um direito, está incidindo na órbita do ilícito penal (art. 130 do Código Penal). *Quid juris*, se a vítima vive com o agente *more uxório*? Entende MANFREDDINI que, em tal caso, a constância das mútuas relações sexuais acarreta como que um *jus possessionis* do homem sobre a mulher, e não se deve reconhecer o estupro. Não obstante o artificialismo de tal solução, poder-se-ia transigir com ela, para deixar de se identificar o estupro, mas sem admitir a imunidade penal em relação à violência física considerada separadamente.” HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 125-126. A posição de Nélson Hungria precisa ser conhecida, vez que uma das mais respeitadas da época. Em muitos momentos, no entanto, como neste caso, fica claro que toda sua inteligência não conseguia superar os seus preconceitos. É preciso lembrar, ainda, que os comentários foram escritos antes da reforma da parte geral do Código Penal, então, o citado artigo 19 hoje é o artigo 23 do CP.

concreto, de acordo com seus valores do que seria uma mulher honesta¹³. Segundo a doutrina tradicional, a mulher ser honesta, não significa necessariamente que seja virgem, mas deve ser honrada, decente, de compostura¹⁴, enfim, conceitos todos altamente subjetivos e abstratos, de difícil aplicação no caso concreto. Na verdade, ao que parece, pretendia-se excluir as prostitutas, como se também não merecessem ser respeitadas como seres humanos. É exigido, ainda, que a posse sexual se dê mediante fraude, ou seja, mediante a utilização de ardil, artifício, engodo, enfim, que vicie a vontade da vítima para obter a conjunção carnal. O crime será qualificado se for praticado contra mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14 (art. 215, parágrafo único, do Código Penal).

O atentado ao pudor mediante fraude está previsto no art. 216 do Código Penal, com a seguinte redação: “induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena - reclusão, de um a dois anos”. A reforma de 2005 também ampliou o âmbito de atuação desse tipo penal, vez que substituiu a vítima “mulher honesta” por “alguém”, podendo ser sujeito passivo do delito, assim, homens e mulheres. Também, à semelhança da posse sexual, a fraude, enquanto elemento viciador da vontade da vítima, é exigida nos mesmos parâmetros e a ele se aplica, da mesma forma, a qualificadora que faz aumentar a pena para 2 a 4 anos de reclusão, se a vítima é menor de 18 e maior de 14 anos.

O último delito do capítulo, inserido pela reforma de 2001, que introduziu o art. 216 - A ao Código Penal, é o Assédio sexual (Lei nº 10.224/2001), para muitos verdadeiro retrocesso da lei penal. Assim, consiste o crime em “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 do emprego, cargo ou função. Pena: detenção, de um a dois anos”. Consoante lembra Luiz Regis Prado, algumas críticas podem ser enumeradas quanto ao novo tipo penal: 1) tal conduta já encontrava guarida no delito de constrangimento ilegal (art. 146, CP), não sendo, portanto, necessário um tipo penal específico; 2) a tutela da integridade sexual da vítima pode ser feita pelas próprias leis trabalhistas; 3) a prova do delito é difícil, pois de regra não há documentos, testemunhas ou perícias que possam ser trazidos à baila; 4) a redação do tipo é bastante ampla, sendo necessário, para sua caracterização, que a vítima sofra prejuízo relacionado com suas expectativas no âmbito de trabalho, diante da conduta de seu(sua) superior¹⁵.

Considerável alteração sofreu o Capítulo II do Título VI da parte especial do Código Penal, vez que a reforma de 2005 revogou o delito de sedução, então previsto no art. 217: “seduzir mulher virgem, menor de 18 anos e maior de 14, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificá-

13) GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal nos crimes sexuais (I)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 de abril de 2007.

14) HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.150.

15) PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.3. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 225-227.

vel confiança. Pena: reclusão, de dois a quatro anos”. Já não era sem tempo de retirá-lo da legislação penal, vez que em franco desuso. Ademais, segundo Luiz Flávio Gomes, trava-se de mais um dispositivo penal discriminatório (pois só a mulher poderia ser atingida) e que pouco tinha relação com a autodeterminação das pessoas¹⁶. A corrupção de menores, por sua vez, vem disposta no art. 218 do Código Penal: “corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 e menor de 18 anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo. Pena: reclusão, de um a quatro anos” Nestes casos, para a configuração do crime, é exigido que se perversa, contamine-se a moral da vítima, através do conhecimento de práticas tidas como imorais antes nela não existentes. Segundo Luiz Regis Prado, “corromper é perverter, depravar, desnaturar”¹⁷. O sujeito ativo do delito pode ser homem ou mulher, bem como o sujeito passivo, desde que tenha entre 14 e 18 anos. O que se quer proteger, nestas hipóteses, é a moral sexual do adolescente, hoje em dia, porém, muito diversa daquela verificada à época da elaboração da parte especial do Código Penal, em 1940.

Outra figura revogada pela reforma de 2005 foi o rapto, tanto na sua modalidade violenta ou mediante fraude como na modalidade consensual, então constantes dos arts. 219 e 220 do Código penal. O rapto configurava-se com o arrebatamento da vítima (mediante violência, fraude ou até mesmo com o seu consentimento) para fins libidinosos. Segundo Néelson Hungria, o rapto estava dentre os crimes contra os costumes e não contra a liberdade individual por ser predominantemente contra a disciplina jurídica da vida sexual familiar. Tal visão, no entanto, evidentemente restava ultrapassada, especialmente no que se referia ao rapto consensual, vez que nas últimas décadas se estabeleceu definitivamente a vontade de cada um no que se refere à sua liberdade sexual, afastando-se a idéia da preservação da moral familiar, tão comum outrora.

Importante, neste momento, destacar algumas disposições gerais que se aplicam aos delitos trabalhados até aqui:

1. A pena dos crimes aumenta se da violência empregada resultar lesão grave ou morte da vítima (art. 223, CP);

2. A violência é presumida (presunção relativa¹⁸) quando a vítima é menor de 14 anos, quando é alienada ou débil mental e o agente conhecia tal circunstância e quando a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224, CP);

3. Os crimes supramencionados são de ação penal de iniciativa privada, como regra. Serão, porém, de ação penal pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não puderem arcar com as custas do processo, e de ação penal pública incondicionada se o crime é cometido com abuso do poder familiar

16) GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal nos crimes sexuais (II)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 de abril de 2007.

17) PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.3. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 246-247.

18) PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.3. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.268-273.

ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, se dos delitos resultar lesão grave ou morte da vítima¹⁹ ou ainda, no caso de estupro, se cometido mediante violência real (art. 225, CP e Súm. 608, STF);

4. Todos os delitos acima mencionados serão passíveis de terem suas penas aumentadas em duas hipóteses, previstas no art. 226 do Código Penal: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela. A reforma de 2005 excluiu a terceira causa de aumento de pena, que se caracterizava por ser o agente casado. Para Luiz Flávio Gomes, agiu bem o legislador, vez que “a ofensa ao bem jurídico liberdade sexual independe do estado civil do agente”²⁰.

5. Outro detalhe importante é que também foram revogadas as causas extintivas da punibilidade, referentes aos crimes até então tratados, antes previstas no art. 107, VII e VIII, do Código Penal, quais sejam, o casamento da vítima com o agente do delito ou o casamento da vítima com terceiro. Tais causas eram insustentáveis atualmente, em que a proteção da liberdade sexual é muito mais relevante do que a recuperação de uma imagem supostamente denegrida da vítima e sua família.

O Capítulo V do Título VI da parte especial do Código Penal teve sua rubrica alterada pela reforma de 2005, passando a ser intitulado como “Do lenocínio e do tráfico de pessoas” (antes “Do lenocínio e do tráfico de mulheres”). Os tipos aí previstos visam a reprimir, em especial, a exploração da prostituição. Nele estão previstos seis tipos penais, a saber. O delito de mediação para servir à lascívia de outrem consiste em “induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem. Pena: reclusão, de um a três anos”. A conduta punível, então, consiste em que alguém (homem ou mulher) induza (aconselhe, instigue, até mesmo mediante promessas) alguém (também homem ou mulher) a realizar a luxúria de uma terceira pessoa. A figura, porém, comporta espécies qualificadas: 1) quando a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a que esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda (pena: reclusão, de dois a cinco anos); 2) se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude (pena: reclusão, de dois a oito anos, para além da pena correspondente à violência); 3) se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também pena de multa. As três hipóteses vêm previstas, respectivamente, nos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 227 do Código Penal.

Na seqüência, trata-se do favorecimento da prostituição que, a teor do art. 228 do Código de Processo Penal, consiste em “induzir ou atrair alguém à prosti-

19) PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v.3. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 275-277.

20) GOMES, Luiz Flávio. **Reforma penal nos crimes sexuais (I)**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 28 de abril de 2007.

tuição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone. Pena: reclusão, de dois a cinco anos”. Em verdade, em um só tipo penal estão inscritas quatro condutas diversas: induzir (persuadir, aconselhar), atrair (persuasão por meio de alguém que já se encontra no meio da prostituição), facilitar (favorece, torna mais fácil, presta auxílio) a prostituição ou impedir (por ação ou omissão) que a pessoa deixe de se prostituir (pressupondo, portanto, que já se prostitui). O sujeito ativo e o passivo podem ser tanto homem quanto mulher. As figuras qualificadas são exatamente as mesmas do delito previsto no art. 227, do qual se acabou de falar. Também o Estatuto da Criança e do Adolescente trata de forma típica semelhante, na qual, por óbvio, o sujeito passivo é a criança e o adolescente (art. 224 - A, da Lei ° 8.069/90).

Após, o Código Penal tipifica uma das condutas talvez mais contestáveis atualmente: a casa de prostituição. Embora a manutenção de uma casa de prostituição seja crime pela lei penal, fato é que se trata de conduta corriqueira em todo o país, seja nas cidades do interior, seja nas capitais, inclusive com o aval das Prefeituras e Delegacias de Polícia. Assim dispõe o art. 229 do Código Penal: “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente. Pena: reclusão, de dois a cinco anos e multa”. Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do delito e as vítimas serão sempre aqueles prostituídos (homens ou mulheres). Neste caso, no entanto, o sujeito ativo é o Estado. Para a configuração do crime, exige-se que se mantenha, sustente-se casa de prostituição ou qualquer lugar destinado a encontros libidinosos, desde que haja habitualidade na conduta (trata-se de crime habitual).

O rufianismo, crime capitulado no art. 230 do Código Penal, consiste em “tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça. Pena: reclusão, de um a quatro anos e multa”. O delito fica caracterizado quando o autor tira proveito da prostituição, em dois sentidos: ou porque participa dos lucros, ou porque se faz sustentar, ainda que parcialmente, pela prostituta. Também se trata de crime habitual, que pode ser praticado por qualquer pessoa e ter por sujeito passivo, da mesma forma, qualquer pessoa. No rufianismo há, à semelhança do art. 227 do Código Penal, formas qualificadas, verificadas quando a vítima é maior de 14 e menor de 18 anos, quando o agente é seu ascendente, descendente, marido, irmão, tutor ou curador, ou quando a vítima é pessoa a este confiada para fins de educação. Qualifica-se o crime ainda quando há emprego de violência ou grave ameaça na sua consecução (art. 230, §§1° e 2° do Código Penal).

Os dois últimos crimes foram inseridos com a reforma de 2005: o delito de Tráfico internacional de pessoas (art. 231) consiste em “promover, intermediar, ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro. Pena: reclusão, de três a oito anos e multa. Três são as condutas reprováveis: a de promover (dar causa), intermediar (interceder) e a de facilitar (auxiliar) a entrada ou saída de pessoas que vão exercer a prostituição. O Tráfico interno de pessoas (art. 231 - A), por sua vez, consiste em “promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o

transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição. Pena: reclusão, de três a oito anos e multa. Protege-se, portanto, também a incitação à prostituição dentro do âmbito nacional. É preciso dizer, que se aplicam a esses dois tipos, as qualificadoras do art. 227, já mencionadas, bem como as disposições dos arts. 223 e 224, da mesma forma já abordados.

Por fim, o último capítulo (Capítulo VI) do Título IV da parte especial do Código Penal: “Do ultraje público ao pudor”. Neste capítulo dois são os crimes previstos. O primeiro deles é o ato obsceno. Dispõe o art. 233 do Código Penal: “praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público. Pena: detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Em outras palavras, é vedada a prática (por qualquer pessoa) de atos impudicos, que tenham qualquer característica sexual, em público. O sujeito passivo compreende o Estado e a coletividade. O segundo é o delito de escrito ou objeto obsceno. Dispõe o art. 234 do Código Penal: “fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno. Pena: detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”. Qualquer pessoa pode praticar o delito, que tem como sujeito passivo, à semelhança do ato obsceno, o Estado e a comunidade. Além disso, incorre na mesma pena quem: I – vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos nesta artigo; II – realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; ou ainda III – realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno. Aqui é imperioso definir o que é ultrajar publicamente o pudor, o que será feito, certamente, no caso concreto, levando-se em consideração os usos e costumes, os hábitos sociais variáveis no tempo, no espaço e consoante o meio social²¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, complementando o Código Penal, tipifica ainda condutas relacionadas à exploração sexual das crianças e adolescentes por meio de teatro, televisão, cinema, fotografias ou qualquer outro meio visual, através de qualquer meio de comunicação, inclusive internet, bem como tipifica a conduta de submeter criança ou adolescente a tal exploração ou prostituição (arts. 204, 241 e 244^a, da Lei 8069/90).

Uma outra figura, não constante do Código Penal, precisa ser lembrada: é a contravenção penal da importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41. Ela consiste em “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor. Pena: multa”.

Após essa cansativa, porém necessária, exposição das infrações penais relativas à liberdade sexual, no Brasil, é possível chegar a algumas conclusões:

1. há um extenso rol de condutas tipificadas referentes à tutela da liberdade sexual, mesmo após algumas terem sido retiradas do ordenamento por recentes reformas;

21) HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 308.

2. a maioria dos crimes segue sendo de ação penal pública, vale dizer, salvo quando condicionada à representação (pequena parcela apenas), a atuação do Ministério Público independe da vontade da vítima, quando esta leva a notícia do fato às autoridades públicas;

3. várias condutas estão sujeitas à medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89, da Lei 9099/95, significando que, se o agente preencher os requisitos legais e cumprir as condições estipuladas pelo juiz, não será processado pelo ato cometido (isso ocorre com as seguintes figuras: atentado ao pudor mediante fraude simples, assédio sexual, corrupção de menores na forma simplificada, mediação para servir à lascívia de outrem na forma simplificada, rufianismo na forma simplificada, ato obsceno, escrito ou objeto obsceno, importunação ofensiva ao pudor); algumas delas, inclusive, são consideradas infrações de menor potencial ofensivo, sendo de competência dos juizados especiais criminais (atentado ao pudor mediante fraude, na forma simplificada; assédio sexual; ato obsceno; escrito ou objeto obsceno; importunação ofensiva ao pudor), o que faz com que as infrações contra a liberdade sexual sejam desde hediondas até infrações de menor potencial ofensivo;

4. as reformas introduzidas em 2005 no Código Penal certamente tornaram a lei menos discriminatória e deram voz a outras vítimas, mas continuam contribuindo para uma repressão massiva da sexualidade (ainda que em vários pontos correta).

A mesma preocupação com a preservação da liberdade sexual aparece no direito europeu continental, com estrutura semelhante a do ordenamento nacional, que tem as condutas atentatórias aos costumes de uma determinada época previstas legalmente em tipos penais, que as incriminam e as reprimem de modo vivo e condizente com pensamentos políticos. Os crimes contra os costumes são atual e claramente recepcionados pelas legislações dos países europeus, em especial, na Itália, que prevê os crimes de *Violenza Carnale*, *Congiunzione carnale commessa com abuso della qualità di pubblico ufficiale*, *Atti di libidine volenti*, *Ratto a fine di matrimonio*, *Ratto a fine di libidine*, *Ratto di persona minore degli anni quattordici o inferma, a fine di libidine o di matrimonio*, *Sedução con promessa di matrimonio commessa da persona coniugata*, *Atti osceni*, *Pubblicazioni e spettacoli osceni*, *Corruzione di minorenni*, *Istigazione alla prostituzione e favoreggiamento*, *Costrizione alla prostituzione*, *Sfruttamento di prostitute*, e *Tratta di donne e di minori*, *Incesto*, *Violenza sessuale*, *Atti sessuale con minorenni*, *Corruzione di minorenni*, *Violenza sessuale di gruppo*²²; a França, tipifica os seguintes crimes sexuais: *Viol*, *Autres agressions sexuelles* e *Harcèlement Sexuel*²³; Portugal, nos crimes de *Coacção sexual*, *Violação*, *Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência*, *Abuso sexual de pessoa internada*, *Fraude sexual*, *Procriação artificial não consentida*, *Tráfico de pessoas*, *Lenocínio*, *Actos exibicionistas*, *Abuso sexual de crianças*, *Abuso se-*

22) Código Penal Italiano. Disponível em www.studiocelentano.it. Acesso em 23 de abril de 2007.

23) Código Penal Francês. Disponível em www.legifrance.gouv.fr. Acesso em 23 de abril de 2007.

*xual de menores dependentes, Actos sexuais com adolescentes, Actos homossexuais com adolescentes, Lenocínio e tráfico de menores.*²⁴

É possível concluir, até aqui, que os crimes contra os costumes representam, antes de tudo, a repressão à publicização da sexualidade, isto é, o que realmente interessa no crime é a exteriorização da conduta ao público, posto que se resguardados aos indivíduos relacionados ao fato, não configura a criminalidade necessária. Esta expressão se evidencia nos comentários ao regime francês do atentado violento ao pudor, segundo as palavras de Yves Mayaud, pois deve, ainda que realizado em lugar público, manter certa publicidade.²⁵ Deste modo, percebe-se a atuação, ao menos de maneira mais incisiva na realidade brasileira, de uma repressão aos crimes contra os costumes do ponto de vista jurídico, que serve como sintoma da realidade. Todavia, é preciso a partir de agora demonstrar que essa atuação de um poder jurídico não é exclusiva, e junto a ela atua uma série de dispositivos que visam ao controle da sexualidade, dispositivos infra-jurídicos, igualmente eficazes da determinação da moralidade de uma época.

3 A REPRESSÃO PENAL À SEXUALIDADE: UMA ATUALIZAÇÃO DO PENSAMENTO FOUCAULTIANO

A repressão à sexualidade, na esteira do pensamento de Michel Foucault, revela que apesar da existência da coerção estatal penal às condutas atentatórias aos costumes, como visto acima, outra modalidade de repressão se expressa ainda mais evidente, que não passa pelos órgãos do poder público, mas se exerce, sobretudo, através de programas escolares, e programas televisivos, como aulas sobre sexualidade. Estas são as palavras de François Ost e Michel van Kerchove: “Este fato se insere numa perspectiva mais global de controle social e ético da sexualidade, a qual procede hoje, sem dúvida, menos pelas proibições legais que pela educação e regulação, como testemunham os programas escolares e televisivos de educação sexual, a tolerância (sucendo à regulamentação) da prostituição ou ainda a ênfase, cada vez mais freqüente, pelos organismos de segurança social, e múltiplas formas de terapia sexual e regulação de nascimentos.”²⁶ Entretanto, na esteira do pensamento de Foucault, antes de existir uma repressão à sexualidade, através de instrumentos outros que os jurídicos, existe, sem dúvida, um colocar em discurso esta sexualidade, uma constituição dos sujeitos pela sexualidade. A sexualidade, portanto, longe das teorias de Freud, como visto, sofre um processo de verbalização constante, permitindo que ao mesmo tem-

24) Código Penal Português. Disponível em www.unifr.ch. Acesso em 23 de abril de 2007.

25) MAYAUD, Yves. *Annotations du code pénal français*. (Lei nº 92.1336 de 16 dez. 1992, modificado pela Lei nº 93.913, de 1er mars 1994). 24 ed. Lyon: Dalloz, 1999, p. 236-237.

26) KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1981, p. 48. “Ce faisant, il s’inscrit dans une entreprise plus globale de contrôle social et éthique de la sexualité qui procède aujourd’hui sans doute moins par interdits que par éducation et régulation, comme en témoignent les programmes scolaires et télévisés d’éducatons sexuelle, la tolérance (succédant à la réglementation) de la prostitution ou encore la prise en charge, de plus en plus fréquente, par les organismes de sécurité sociale, des multiples formes de thérapie sexuelle et de régulation des naissances.” [trad. do autor.]

po que exista uma repressão jurídica, exista um debate intenso ao seu redor.

Essa tem sido a tendência da humanidade, segundo Foucault: criar instrumentos jurídicos que tendam a despenalizar as condutas e colocar a sexualidade em discurso, o que se evidencia, hoje em dia, por inúmeros meios: os *chats* eróticos, ou mesmo a *internet*, que otimizou o sexo e globalizou desejos. Os manuais sobre sexo, que procuram ensinar as pessoas sobre como fazer sexo anal ou oral, ou qual a melhor maneira, etc. A explosão dos sex's shops. Os seminários e as palestras em todo o mundo sobre a terceira idade e a sexualidade. Os programas culinários que apresentam receitas constantes para saciar a apetite sexual, ensinando pratos apimentados e afrodisíacos. As rodas de amigos, que contam suas peripécias sexuais, enquanto os outros se excitam, ou insistem em reprimir. Jogos como o “jogo-da-verdade”, ou “gira-colher”, nada mais sugestivo, ou mesmo brincadeiras como “eu nunca fiz”. As casas de shows para executivos ou mesmo a existência de “clubes de mulheres”, alcançando um público feminino. Programas femininos nas rádios e televisões, pretendendo trazer questionamentos inerentes à sua sexualidade. Os amigos secretos e os presentes envolvendo o tema da sexualidade. As revistas que falam sobre sexo e incentivam a masturbarção, como forma de conhecimento do corpo. As capas de livros que exploram uma sexualidade amorfa. Os livros de como amar e enlouquecer a/o parceira/o. As enquetes de revistas, que qualificam as pessoas em quentes, taradas, normais, frias, desorgásmicas ou mesmo frígidas. Os remédios como “viagra” ganham espaço na mídia e nas rodas de cafezinho. Programas que envolvem música e erotismo. As propagandas televisivas “em especial as de cerveja”, que exploram o sexo. As roupas, com biquinis e decotes que fazem o corpo falar a sua sexualidade. Os grandes eventos como “Mercado Mundo Mix”, que trazem a lume, por meio de salões coletivizadores da sexualidade, o discurso sobre o prazer. As fotografias que exploram o “nu artístico” ou erotizado. As revistas pornográficas que ganham público, mas um público publicizado e desvelado. As músicas que abordam temas pronográficos. Os filmes que demonstram perversões e diversidade sexual, como “American Pie”, “Clube da Luta”, “Beleza Americana” etc. As passeatas homossexuais, que divulgam os prazeres do homossexualismo, como “A Parada Gay”, ou “O dia internacional dos GLS”. A proliferação de bares homossexuais e a sua abertura e conhecimento. Revistas cujo público alvo é os adolescentes, tais como “Capricho”, que trazem a discussão da sexualidade. As aulas de sexualidade aos estudantes do ensino médio, muitas vezes incentivadas pelo próprio Estado, como nas escolas públicas. As musas dos adolescentes que insistem em declarar a virgindade, como Sandy, Britney Spears, Angélica, etc.. Enfim, programas *reality shows*²⁷ como “Big Brother”, que, ao transmitirem o dia-a-dia das pessoas confinadas numa casa repleta por câmeras de vídeos, filmando cada passo que dão, procuram como objetivo central, além de mostrar brigas e intrigas, deixar transparecer a sexualidade das pessoas, filmando seus carinhos, suas relações extraconjugais, seus desejos irresolúveis, suas relações amorosas, as novelas e séries televisivas, como “Sex and the city”, etc.

Nesse compasso, ao mesmo tempo que a sexualidade tem sido posta em linguagem, e de uma certa maneira, hoje em dia sobretudo, a mídia contribui para a constituição de determinadas subjetividades, através de todo um diagrama de forças, discursos e dispositivos que determinam e controlam a sexualidade, a repressão jurídica aos crimes contra os costumes tem ao longo dos séculos despenalizado muitas condutas, e reduzindo penas. Isso se verifica nas atuais legislações, sobretudo nas leis do período pós-guerra e no tempo marcado pelos confrontos de maio de 1968, que incorporaram uma visão cada vez menos repressora da sexualidade, sendo inúmeras convenções sociais, de cunho político e moral, superadas e evoluídas ao seu modo.²⁸ O aparelho repressivo à sexualidade, antes mesmo de ser um instrumento de controle produz uma nova subjetividade, uma subjetividade menos reprimida, e, por conseguinte, um discurso jurídico menos repressor. Na esteira de Foucault, o discurso jurídico penal constitui uma subjetividade, a partir do momento em que não apenas penaliza e reprime, mas quando vigia e normaliza os corpos a uma mesma determinação de pudor. Nesse sentido, pode-se verificar o exemplo resgatado por Foucault em *Le Désordre de Familles*, quando tange ao tema das *lettres de cachet*, utilizadas no século XVIII na França,

27) Sobre o tema, logo que surgiram os *Reality Shows*, foram publicados na revista *Esprit*, cinco importantes textos dedicados aos efeitos desses programas na atual sociedade, que convêm serem lidos para que se tenha a dimensão da reflexão sobre a discursividade da sexualidade: CHAMBAT, Pierre; EHRENBURG, Alain. **Les reality shows, un nouvel âge télévisuel?**. *Esprit*, Paris, p. 05-12, jan. 1993. [Sinopse: Os autores procuram demonstrar que o aparecimento dos *reality shows* convidam a investigar as metamorfoses respectivas da vida privada e da esfera pública, mas também sobre a utopia por excelência da comunicação – fazer o indivíduo acreditar que ele só tem a ganhar em sendo transparente]; EHRENBURG, Alain. **La vie en direct ou les shows de l'authenticité**. *Esprit*, Paris, p. 13-35, jan. 1993.; [Sinopse: O autor entende que, ao remexer os manuais de civilidade, a televisão se torna uma técnica de massa para viver um indivíduo, para ajudar cada um a se tornar um profissional de sua vida; o que, certamente, não acontecerá sem antes existir uma forte coação na autonomia.] LEBLANC, Gérard. **Happy ending: scénarios de la vie ordinaire**. *Esprit*, Paris, p. 36-48, jan. 1993.; [Sinopse: O autor entende que, com os *Reality Shows*, a televisão significa que não tem mais necessidade de inventar ficções, de imaginar história, já que ela se revela capaz de agir sobre o real, com a participação daqueles que concordam diretamente e que poderia ser qualquer um.] AMIEL, Vincent. **Image publique et consommation privée**. *Esprit*, Paris, p. 49-53, jan. 1993.; [Sinopse: O autor entende que, com a confusão entre privado e público, que favorecem os novos espetáculos televisivos, é também a uma evolução da publicidade que se assiste. Esta está mais à vontade que nunca para propor ao grande público seus produtos de grande consumação, como os eróticos] e CHAMBAT, Pierre. **La place du spectateur (de Rousseau aux reality shows)**. *Esprit*, Paris, p. 54-81, jan. 1993. [Sinopse: O autor defende que, antes que do nascimento da televisão, a república imaginara espetáculos a fim de dar um lugar ao cidadão; mas qual lugar ela lhe poder dar se ela acabou por renunciar à sua função cívica?]

28) MAZZANTI, Manlio. **L'osceno e il diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1956, p. 383. “L’oscenità, considerata – naturalmente – nelle sue manifestazioni obiettive, occupa un posto abbastanza notevole nella vita del nostro tempo. E ciò non perchè l’Italia possa dirsi fra le nazioni più tolleranti e libere in materia di costumi, ma perchè, specialmente dopo la guerra, ed anche in conseguenza di essa, si sono verificati, nel nostro paese, un certo rilassamento del costume corrente e soprattutto un indiscutibile superamento di molte convenzioni etiche e sociali, per effetto di modificate consuetudini di vita, oggi assai meno rigide che in passato.” [trad. do autor. “A obscenidade, considerada – naturalmente – nas suas manifestações objetivas, ocupa um posto notabilíssimo na vida do nosso tempo. E isso não porque a Itália possa se dizer entre as nações mais tolerantes e liberais em matéria de costume, mas porque, especialmente após a guerra, e também em consequência dessa, verificaram-se, no nosso país, um certo relaxamento do costume corrente e sobretudo uma indiscutível superação de muitas convenções éticas e sociais, em virtude das modificações consuetudinárias de vida, hoje assaz menos rígida que no passado.”]

especialmente em Paris, como ordens régias para reprimir a prostituição, agindo como verdadeiros instrumentos públicos extrajudiciais de preservação da boa ordem pública.²⁹ Havia, portanto, à época, uma dupla constituição do sujeito a partir do dispositivo da sexualidade: no mesmo instante em que sofria a coação de poderes infraestatais, frutos de um *scientia sexualis* que começava a traçar os rumos da medicina sexual, havia uma rede de poderes, especialmente o poder jurídico estatal, que se inseria nas condutas, e determinava uma moralidade sexual.

O discurso jurídico penal se obriga também a construir essa subjetividade, delimitando condutas e tipos ideais, a tal ponto, consoante as palavras de François Ost e Michel van Kerchove, na esteira de Foucault, de que o casal legítimo e procriador seria a lei, enquanto que o casal estéril seria anormal; e isso tem se reproduzido na doutrina e na jurisprudência.³⁰ Entretanto, apesar de todo esse discursar a sexualidade pelos meios de comunicação e pela linguagem diária, que, de uma certa forma deveria substituir, bem ou mal (juízo este subjetivo) a repressão jurídica, o discurso jurídico penal brasileiro parece andar na contramão, pois é ainda mais repressor que a própria sociedade e seus meios de reprodução cultural, quando não o deveria, tampouco se pensando na função normalizadora do discurso sobre a sexualidade. Isso se evidencia, em especial, nas atuais legislações e interpretações jurisprudenciais brasileiras, que tenderam a reanimar a punição severa à sexualidade, como o referido crime de ‘assédio sexual’ da Lei nº 10.224/01. Assim como nos Estados Unidos a repressão à sexualidade atinge muitas vezes níveis fantásticos de controle, como é o caso do Estado de São Francisco, que procura realizar ‘flagrantes preparados’ para apanhar aqueles que buscam manter relações com prostitutas, o Brasil igualmente envereda pelo mesmo caminho, revitalizando e robustecendo legislações, interpretações e entendimentos de controle dos crimes contra os costumes. Do mesmo modo, como se verifica no Código Penal Francês, alguns crimes antes inexistentes hoje passaram a fazer parte da tipificação penal, permitindo, assim, que o discurso jurídico alargasse seu alcance, como é o caso do novo tipo penal do crime de assédio sexual,³¹ igualmente previsto, como visto, no Código Penal Espanhol.

O dispositivo da sexualidade vive, atualmente, portanto, uma dupla face: de uma lado, uma rede ínfima e capilar de poderes que constituem os sujeitos, a partir de programas de televisão, pedagogia sexual, medicina geriátrica e seus incentivos à sexualidade, e fazem a sexualidade efetivamente falar cada vez mais alto; de outro, um poder jurídico que atua na contramão do processo histórico, que, tendente a despenalizar as condutas e seguir os rumos da sociedade, suas novas

29) FOUCAULT, Michel; FARGE, Arlette. **Le désordre** ..., p. 11.

30) KERCHOVE, Michel van de; OST, François. **Bonnes mœurs** ..., p. 76.

31) MAYAUD, Yves. **Annotations** ..., p. 238. “Art. 222-33. Le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves, dans le but d’obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l’autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni d’un an d’emprisonnement et de 100.000 F d’amende.” [trad. do autor “Art. 222-33. O fato de assediarem outrem, dando-lhe ordens, proferindo ameaças, impondo coações ou exercendo pressões graves, com o objetivo de obter favores de natureza sexual, por uma pessoa abusando da autoridade que as suas funções lhe conferem, é punido com um ano de reclusão e multa de 100.000. F.”]

posturas diante da sexualidade, incide cada vez mais de maneira repressora, negativa, igualmente constituindo personalidades dóceis e úteis. É evidente que algumas condutas devem continuar sendo tipificadas, porque evidentemente violadoras das liberdades, porém o excesso é negativo e não dá conta de resolver os problemas existentes nessa seara. Em suma, o paradoxo está instaurado, a ponto do indivíduo ora se ver incitado à liberdade sexual, pelo controle disciplinar, cada vez menos ostensivo, e constituindo uma determinada forma de subjetividade; ora se ver reprimido pelo poder jurídico-estatal, que embora esteja caminhando para a despenalização, aos trôpegos tem demonstrado a ânsia de reprimir ainda mais a sociedade, na constituição de uma outra subjetividade. Evidente que a moral sexual é bem que deve ser juridicamente protegido, porém a impressão que se tem é que a legislação não condiz com o momento histórico – eis o problema.

Essa incongruência se verifica facilmente nas legislações nacionais e internacionais, que, como no código francês o brasileiro inseriu em 2001 mais uma figura típica de controle à sexualidade: o delito de assédio sexual, disciplinando excessivamente a conduta sexual da população. Ademais, no caso brasileiro, em específico, é conveniente observar algumas polêmicas jurisprudenciais, para se verificar essa onipresença do poder jurídico na demarcação das condutas sexuais juridicamente lícitas. Com relação aos crimes contra os costumes, a jurisprudência brasileira teve sempre uma tendência em agravar as suas penas, ainda que tecnicamente tal conduta fosse absolutamente contestável. Essa realidade vem exposta, ao que parece, em duas controvérsias principais, embora, os entendimentos já sejam pacíficos com relação a ambas as matérias.

A primeira delas é a que reconhece entre o estupro e o atentado violento ao pudor, sempre, sem exceção, o concurso material de crimes. É uníssono o entendimento, inclusive nos tribunais superiores, de que são atos distintos e isolados e devem ser punidos também separadamente. Todavia, para alguns, esta não parece a melhor solução. De regra, o que ocorre, durante *um mesmo período de tempo, sob a mesma violência e grave ameaça*, é a prática de atos libidinosos diversos (do qual o estupro nada mais é do que uma espécie) contra a vítima. O resultado almejado pelo agente, o seu desígnio, é apenas um: satisfazer sua lascívia às custas da vítima. Para isso, então, utilizando-se de violência e grave ameaça, pratica, com intenção única, diversos atos físicos isolados. Assim, se o agente acaba por praticar *uma só conduta* (prática de atos libidinosos), causando *mais de um* resultado típico, mediante a pluralidade de atos físicos isolados (conjunção carnal, sexo oral, etc.), que se apresentam como resultado de uma conduta material e subjetivamente única, outra situação não pode ser reconhecida, senão a de *concurso formal de crimes*. Nas palavras de Heleno Cláudio Fragoso: “...Ação é comportamento voluntário dirigido a um fim...Não se confunde com ato, que é movimento corpóreo. Uma só ação pode ser constituída de vários atos, que ganham unidade por serem uma só manifestação de vontade...”³². Apesar

32) FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de Direito Penal: a nova parte geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 366.

disso, apenas o concurso material tem sido reconhecido pelos tribunais, embora, recentemente, tenha se manifestado o Supremo Tribunal Federal no sentido de se reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor³³.

A segunda polêmica, que até meados deste ano de 2002 ainda não se encontrava resolvida, apesar de já se terem passados 12 anos da Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), trata, ou se tratava, da dúvida sobre a configuração dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos. O grande problema, ao que parece, encontra-se na interpretação do próprio texto legal, que é, no mínimo, confuso. Assim dispõe o art. 1º da referida lei: “são considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Dec.lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...) V – estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único); VI – atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput*, e parágrafo único)”. Neste passo, durante muito tempo se discutiu se todas as formas de estupro e atentado violento ao pudor seriam crimes hediondos, se apenas os delitos cometidos com violência real, se apenas dos delitos resultasse lesão grave ou morte da vítima, se apenas os delitos cometidos com violência presumida, e daí por diante. Durante tempo a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se dividiu, entendendo a 6ª Turma que os delitos só seriam hediondos se deles resultasse lesão grave ou morte, enquanto a 5ª Turma, de regra, entendia que todas as formas seriam hediondas. As discussões, ao que parece, tiveram fim quando as duas Turmas entenderam por bem considerar todas as formas de estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos, consoante se pode bem observar na jurisprudência comparada do site do Superior Tribunal de Justiça.³⁴ Esse exemplos, portanto, demonstram que o sujeito encontra sua subjetividade de maneiras diversas: tem sido gradativamente incitado a fazer a sua sexualidade falar, nas capas de revistas, nos *chats* eróticos, mas ao mesmo tem sido paulatinamente cada vez mais reprimido pelo poder jurídico, que serve igualmente a uma normalização mais ferrenha da população, e lhe constitui uma nova subjetividade.

Todavia, para fugir a esse impasse, seria preciso repensar uma saída para esse paradoxo: ou fazer o dispositivo da sexualidade atuar de maneira onipresente e rígida, a fim de que se constitua uma subjetividade reprimida e se mantenha a falsa idéia de que o Direito Penal soluciona, necessariamente, problemas sociais; ou fazer um discurso jurídico menos normalizador e repressor. Acreditando-se que a melhor saída seja a segunda a hipótese, já que pensar a primeira significa fazer os argumentos retornarem a maio de 68, a questão que se coloca é: como? Procurando encontrar a resposta dentro do próprio pensamento fou-

33) STF – HC 89827/SP – Rel. Min. Carlos Aires Britto – 1ª Turma. O empate na votação levou a Turma a reconhecer a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, vez que crimes praticados em mesmo contexto fático e contra a mesma vítima.

34) MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19 ed. v.2. São Paulo: Atlas, 2002, p. 409 e segs..

caultiano, a saída possível seria na esteira daquilo que outrora fora investigado, a perspectiva de um “direito novo”, capaz de regular as condutas conforme a sociedade, sem que se dedique a constituir subjetividades com seus discursos de ciência penal e seus instrumentos estatais e legais de repressão.

Inúmeros autores, ao afirmarem, como o ilustre penalista italiano Manlio Manzanti, que embora existam saídas à repressão, essa repressão se insere invariavelmente nos corpos das pessoas vigiando seus atos, e, controlando, com o auxílio da polícia, as exceções tão-somente à normalidade, e nesse sentido deve atuar o direito.³⁵ A inexistência de repressão, evidentemente nos dias de hoje, não tem como resistir, talvez porque inexistam meios adequados de manter o convívio social. Parece que a não punição, embora ideal, não se constitui como a melhor saída, servindo para reprimir excessos, como professorou Manzanti. Claro que nessa frase do autor italiano, cabe questionar o que define esse limite, ou seja, o que distingue o que é normal do que é, como dissera Foucault, patológico. Entretanto, é provável que uma saída seja, antes de se definir o que venha a ser normal, para evitar futura normalização, uma compreensão do pudor de cada época para reajustar situações, e permitir que se constituam relações livres e autênticas, como quisera Foucault. Isto quer dizer, através de uma compreensão global, que leve em conta um discurso filosófico da moralidade do momento, uma análise historiográfica dos costumes, uma abordagem psicanalítica individual e coletiva, é que o discurso jurídico penal poderia construir um conceito de desviante, sem outorgar a si próprio o estatuto da verdade, e evitando buscar construir um discurso sobre a sexualidade, ou mesmo reprimi-la de modo desvairado e exacerbado.

Convém destacar, que os países têm buscado, sobretudo ao longo do século passado, construir legislações cada vez mais adaptadas à realidade atual no que concerne aos costumes e aos pudores de cada localidade. Certamente, sempre se considerou indispensável analisar o pudor³⁶ como forma de defender a intervenção legislativa, e, sob os argumentos de que seria preciso vê-lo dentro de seu momento histórico. Nesse sentido, sempre se afirmou que era preciso visualizar o que a média de uma sociedade entendia como ofensa aos costumes locais, pois pode não mais ser hoje visto como um escândalo ou uma indecência, quando talvez não se poderia nem mesmo dizer se tratar de uma atitude incentivada pelo Estado e pela própria sociedade. Como afirma o jurista Mazzanti “É certo e, assim, é plasticamente evidente que o costume atual está bem longe do costume do século XIX ou mesmo daquele dos primórdios do século XX, de tal modo que é correta a afirmação de que os trajes de banho femininos do final do século XIX fariam hoje sorrir o mais sofrido dos puritanos, enquanto que o traje atual faria gritar desvai-

35) MAZZANTI, Manlio. *L'osceno e il diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 401. “Senza cadere negli eccessi di un puritanismo, tanto inutile quanto inoperante (...) dovrebbe essere disposta una maggiore sorveglianza, a cura degli organi di polizia.... [trad. do autor. “Sem cair no excesso de um puritanismo, tanto inútil quanto inoperante (...) deveria ser disposta uma maior vigilância, controlada pelos órgãos de polícia.”]

36) Sobre o pudor, convém ler a obra: BOLOGNE, Jean-Claude. *História do pudor*. (trad. Telma Costa) Lisboa e Rio de Janeiro: Teorema e Elfos, 1990, 443p.

radamente o mais libertino do século passado.”³⁷ Todavia, esse modo de pensar estaria errado para Foucault, uma vez que ao defender a visualização de um pudor, por mais humanitário que se possa parecer, haveria sempre que se pensar: quais excessos a reprimir? Talvez aqueles que a interpretação histórica, filosófica, geográfica e jurídicas assim define? A resposta seria, portanto, pensar numa maneira de intervenção menos rígida e não no pudor de uma época.

Foucault, em abril de 1979, numa entrevista, intitulada *La Loi de la Pudeur*,³⁸ concedida a J. Danet, advogado em Nantes, a P. Hahn, jornalista em Gai Pied, e a Guy Hocquenghem, escritor e fundador do *Front homosexuel d’action révolutionnaire – F.H.A.R.*, por ocasião de ter sido requisitado pela Comissão de Reforma do Código Penal Francês, a fim de contribuir com suas reflexões sobre as teses conflituosas referentes à sexualidade após o movimento de liberação sexual, procurou demonstrar suas opiniões, tentando abarcar situações tão diversas, suscitadas pós-maio de 68, como os anseios feministas de criminalização do *Viol*, a vontade dos homossexuais de descriminalização da homossexualidade, ou mesmo a existência de confrontos entre lésbicas e pedófilos com a noção, desenvolvida pelos psicanalistas, de perigo ligado à sexualidade. Nesse sentido, Foucault afirma que as legislações têm sido cada vez mais severas, estabelecido cada vez um número maior de tipos legais, mas jamais definiram exatamente o conteúdo dos atos que entendiam ser necessários punir: “Ora, essa legislação tinha exatamente essa característica que ela jamais foi capaz de dizer exatamente o que ela punia. Pune-se os atentados, o atentado jamais foi definido. Pune-se os ultrajes, jamais se soube o que era um ultraje. A lei era destinada a defender o pudor, jamais se soube o que era o pudor.”³⁹ Foucault salienta que sempre que se exigiu a intervenção de uma legislação no domínio da sexualidade se evocou o direito do pudor: “é necessário defender o pudor universal da humanidade”,⁴⁰ ou então, especialmente a partir da metade do séc. XX, a idéia de periculosidade “há pessoas para as quais a sexualidade dos outros pode se tornar um perigo permanente.”⁴¹ Todavia, isso sim, foi para Foucault, algo realmente perigoso.

Sem propor novos tipos legais, por não ser seu propósito, Foucault salienta ao menos que se deveria fazer uma restrição aos excessivos artigos que con-

37) MAZZANTI, Manlio. *L’osceno e il diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 384. “È certo ed, ainzi, è plasticamente evidente che il costume presente è ben lontano dal costume dell’ottocento od anche da quello dei primi del novecento sicchè è esatta l’affermazione che l’abbigliamento balneare femminile della fine ottocento farebbe oggi sorridere il più castigato puritano, laddove quello attuale farebbe gridar allo scandalo il più libertino del secolo scorso.” [trad. do autor.]

38) DANET, J; HAHN, P. e HOCQUENGHEM, Guy. *La loi de la pudeur: entretien avec Michel Foucault*. Dits et Écrits (org. Daniel Defert et François Ewald). v. 3 Paris: Gallimard, 1994, p. 763-777.

39) DANET, J; HAHN, P. e HOCQUENGHEM, Guy. *La loi de ...*, p. 767. “Or cette législation avait tout de même cette caractéristique qu’elle n’a jamais été capable de dire exactement ce qu’elle punissait. On punissait des attentats, l’attentat n’a jamais été défini. On punissait des outrages, on n’a jamais su ce que c’était qu’un outrage. La loi était destinée à défendre la pudeur, on n’a jamais su ce que c’était que la pudeur.” [trad. do autor.]

40) DANET, J; HAHN, P. e HOCQUENGHEM, Guy. *La loi de ...*, p. 767. “Il faut défendre la pudeur universelle de l’humanité” [trad. do autor.]

41) DANET, J; HAHN, P. e HOCQUENGHEM, Guy. *La loi de ...*, p. 767. “Il y a des gens pour qui la sexualité des autres peut devenir un danger permanent.” [trad. do autor.]

denam a sexualidade, bem como em relação às crianças, no caso específico de abuso pelos pais ou próximos, que o ideal seria ouvir até que ponto poderia existir na criança um trauma, e lhes dar crédito. Essa, certamente, é a compreensão mais sensata à sexualidade, menos reprimida social e juridicamente, mais colocada em discurso e menos tornada discurso, para que produza subjetividades autênticas, na expressão de Foucault, ou seja, como bem demonstra José Luis Diez Ripolles, a sexualidade deve exigir do discurso jurídico penal uma intervenção seguramente reduzida, atendendo-se ao que o postulado moderno do Direito Penal incitou de “intervenção mínima”.⁴² O grande problema também reside da definição dessa intervenção mínima, que não encontra lugar senão na atenção dada às formas livres da sociedade, ou seja, senão no prero à liberdade de cada época. Não se pode esquecer que o Direito Penal, tanto quanto outros ramos do Direito, teve por função essencial na sociedade, e, ainda o tem, o de coação de sua realidade, bem como o papel de formular todo um discurso sobre a sexualidade. E Foucault certamente não desconsiderava isso, embora deslocasse o foco central às práticas normalizadoras. É, pois, esse discurso da sexualidade e da coisificação do sexo que precisa ser necessariamente rechaçado, para que o império do discurso jurídico despadrone condutas e libere efetivamente o sexo, resgatando-lhe o lugar da autenticidade. Nessa perspectiva, o direito, numa interpretação foucaultiana, deveria antes se destinar a dialogar com a sexualidade, e para tanto, deveria imbuir-se de uma interpretação arqueogenealógica, que levasse em seu bojo todas as considerações doutrinárias, bem como todas as manifestações latentes na sociedade, do que construir o seu discurso autoritário e hipócrita em torno de seu objeto, como acontece, por exemplo, no Brasil.

42) RIPOLLES, José Luis Diez. **El derecho penal ante el sexo: límites, criterios de concreción y contenido del derecho penal sexual**. Barcelona: Bosch, 1981, p. 259. “... y respecto a que el Derecho Penal sexual debe atenerse al principio de la última ratio, nada que oponer tal postulado, inserto en el más amplio del principio de intervención mínima del Derecho Penal, ha de aceptarse sin reservas.” [trad. do autor. “e no que se refere à idéia de que o Direito Penal sexual deve estar atento ao princípio da *ultima ratio*, não tenho nada para contradizer, inserto no mais amplo do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, é necessário aceitá-lo sem reservas.”]

