UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES OSMAR DE AQUINO
CURSO DE DIREITO

POMPEU BEZERRA DE MELLO

O YOM KIPPUR NO TEMPLO DO CORPO:

UMA ABORDAGEM SOBRE A HISTORICIDADE E JURIDICIDADE DA IDADE DE CONSENTIMENTO

GUARABIRA PB
2014

POMPEU BEZERRA DE MELLO

O YOM KIPPUR NO TEMPLO DO CORPO:

UMA ABORDAGEM SOBREA HISTORICIDADE E JURIDICIDADE DA IDADE DE CONSENTIMENTO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof.º Luciano Nascimento

Guarabira PB

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

M524y Mello, Pompeu Bezerra de
O Yom Kippur no templo do corpo: [manuscrito] : uma abordagem sobre a historicidade e juridicidade da idade de consentimento / Pompeu Bezerra de Mello. - 2014.
58 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2014.
"Orientação: Luciano do Nascimento Silva, Departamento de Direito".

1. Idade de consentimento 2. Legislação 3. Religião I. Título.

21. ed. CDD 345.81

POMPEU BEZERRA DE MELLO

O YOM KIPPUR NO TEMPLO DO CORPO:
UMA ABORDAGEM SOBRE A HISTORICIDADE E JURIDICIDADE DA IDADE DE CONSENTIMENTO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 18/02/2014

Dr. Luciano do Nascimento Silva
Orientador

Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis
Doutoranda Maria Sônia Medeiros Santos de Assis
Profª. Examinadora

Ms. Henrique Toscano Henriques
Prof Examinador

DEDICATÓRIA

Para Clio, para Themis e para Nana.

AGRADECIMENTOS

À Kilma Maisa, coordenador do curso de Direito, por seu empenho.

Ao professor Luciano Nascimento , pelas leituras sugeridas ao longo dessa orientação e pela dedicação.

Aos professores do Curso de Direito da UEPB.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

Nós não sabíamos que tínhamos um corpo. Agora sabemos que ele não é movido pelos espíritos de nossos antepassados; nós podemos controlar nossas impulsões e pensar no que queremos que ele faça.

Maurice Leenhardt (1987) em Gens de la Grande Terre

R E S U M O

O presente trabalho vem abordar o tema idade de consentimento. Localizado na seara do direito penal, e mais precisamente no capítulo do código penal que trata dos crimes contra a liberdade sexual, tem ressonância jurisprudencial e doutrinária no campo do direito. A abordagem, neste trabalho traz um enfoque multidisciplinar , promovendo a análise jurídica e histórica da construção da idade de consentimento nos textos jurídicos. A arqueologia que leva a análise da construção do limite legal para a pratica de atos sexuais busca na legislação nacional e em outras fontes como o debate doutrinário, referencias históricas e até mesmo debates filosóficos. Apresenta a ideia de consentimento como um ponto flexível, questionando a noção de vulnerabilidade absoluta. A abordagem histórica demonstra que o direito não é algo imutável e que as razões pelas quais os limites legais estão postos nem sempre coincidem como o racional. O argumento fisiológico é apresentado. A presença de elementos religiosos na legislação de um estado laico corroboram com a necessidade de análise histórica da legislação para compreendermos o limite legal para a idade de consentimento. O direito comparado, em uma breve referencia demonstra que há limites de idade distintos para países distintos.

Palavras-chave: Idade de consentimento, legislação, religião, sexo, proibição.

Sumário

INTRODUÇÃO 20
A DELIMITAÇÃO LEGAL DA IDADE DE CONSENTIMENTO 21
A MORAL JURIDICA E A MORAL CRISTÃ 23
O ESTADO LAICO E A INFLUENCIA DO PENSAMENTO RELIGIOSO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO 23
O SEXO ENQUANTO PRATICA 25
A PRATICA SEXUAL VALORADA 28
A PRODUÇÃO DA NORMA 29
A INVENÇÃO DA REPRESENTAÇÃO 32
FOUCAULT E A IDADE DE CONSENTIMENTO 35
AS JUSTIFICAÇÕES DE UMA IDADE DE CONSENTIMENTO 35
O COMBATE A PEDOFILIA 36
UMA PRESUNÇÃO QUE NÃO PODE SER ABSOLUTA 38
CONJUNÇÃO CARNAL E ATO LIBIDINOSO 43
ERRO DE TIPO E IDADE DE CONSENTIMENTO 44
VULNERABILIDADE 45
DOLO EVENTUAL E SEGURANÇA JURÍDICA 45
EXAME DE CORPO DE DELITO 46
A CONTAGEM DO TEMPO 48
PREVENÇÃO PENAL E IDADE DE CONSENTIMENTO 49
CONSIDERAÇÕES FINAIS 50
REFERÊNCIAS 51
ANEXOS 52

INTRODUÇÃO

O presente trabalho vem abordar a discussão acerca da idade de consentimento e a construção histórica deste limite legal ao uso do corpo alheio. A referencia que se presenta em nossa legislação no art. 217 A do Código Penal, coloca a idade de 14 anos como limite legal que separa a autorização legal para a pratica de atos sexuais do crime de estupro de vulneravel. Deste modo, aquele que manter relações sexuais como um adolescente menor de 14 anos, comete o crime tipificado como estupro de vulnerável.

Inserida na discussão acerca dos crimes contra a dignidade sexual, é uma discussão que, além de abarcar o direito público, é em uma delimitação de ramo, tema de direito penal. A escolha do tema se deva a afinidade acadêmica que foi desenvolvida no decorrer das leituras e pesquisas. A abordagem da historicidade da construção da idade de consentimento tem espaço em vista de trabalhos anteriores desenvolvidos com direito penal e representações. O interesse pessoal se apresente, principalmente no desejo de emancipar o Estado da religião em suas ultimas relações mais discretas. E com isso, prevenir que outras relações que afrontem o fundamental estado laico constitucional venham a ganhar espaço. Nestes termos é politica a preocupação que leva a pesquisa em apontar os tentáculos sutis do pensamento religiosos dentro do direito mais duro, mais intervencionista de todos: o direito penal. Assim, alem de discutir estado laico, discute-se também a reelaboração das posições politicas e de politica criminal nos dias atuais. E no passo lento das transformações jurídicas, que são rebocadas em velocidade parcimoniosa pelas transformações de mentalidade social, os pecadores do caso concreto tem subtraídos da normalidade de 8 a 15 anos de suas vidas. Com isso não esta a se fazer um discurso do absoluto. Pelo contrario, do duplo relativo: da relativização da presunção de violência e da relativização da discussão acerca da idade de consentimento, como tratada em sua globalidade.

A organização do presente trabalho em capítulos e em tópicos obedece a necessidade de abordar pontos isolados, mas essenciais para uma compreensão histórica, jurídica e sociológica da construção da ideia de idade de consentimento e como esta ideia ganhou força no meio jurídico, chegando a configuração que hoje se apresenta. Discutir regramentos religiosos em um estado laico, e leituras jurídicas referentes ao tema necessitaram de concatenações pontuais, em uma tentativa de organização cronológica de pesquisa que pudesse apresentar, de forma organizada, esta evolução.

A flexibilização desta discussão no presente trabalho decorre do trato histórico, além do apoio do *amicus curiae*, imprescindível, nos estudos acerca de fisiologia humana citados no decorrer do trabalho.

A recente discussão acerca das modificações na legislação penal , com relação aos crimes sexuais contra vulneráveis chama atenção dentro do debate academico, uma vez que é um crime que povoa a mídia, dentro das mais diversas realidades. É um tema central, social e sem fronteiras nacionais. Também ´pé um tema histórico, e que portanto tem uma historicidade a ser discutida.

O interesse pelo tema nasce de leituras consequentes de uma pesquisa voltada para a escrita do trabalho de conclusão de curso da Especialização em História Cultural concluída em 2012.O estudo do direito ressoou no estudo da história e ambos produziram a inquietação do questionamento.

A contribuição acadêmica que o presente trabalho propõe fazer, é na discussão que relativiza a presunção de violência, lançando pontos que discutem sua historicidade, e distanciamento de outras esferas de saber, como e o caso da fisiologia humana. A abordagem acerca da historicidade do debate acerca da idade de consentimento é o ponto diferencial desta discussão, promovendo um debate acerca da invenção do marco de consentimento em momentos distintos de nossa história penal. Assim, em um casamento de interesse familiar é afastado da moralidade a diferença de idade ou mesmo a experiência da nubente, que em termos comparativos com os dias atuais carecia das mais diversas informações acerca da copula e reprodução. Apresentar esta mudança histórica, onde os interesses de proteção migram do contrato entre famílias para a representação da pré adolescência como uma fase de inocência.

A DELIMITAÇÃO LEGAL DA IDADE DE CONSENTIMENTO

Inserido pela lei 12.015 de 2009, o texto tem o condão de trazer segurança jurídica para o direito penal, uma vez que a experiência sexual da menor era anteriormente considerada para que fosse possível a exclusão da presunção de violência. É válida a ressalva que o presente texto apresenta a violência no ato sexual contra menores de 14 anos como absoluta, ou seja, não há a

relativização que antes seria possível na analise do caso concreto. Segundo Nucci (Manual de Direito Penal, 2010, p. 826) :

> Ter (conseguir, alcançar) conjunção carnal (copula entre pênis e vagina) ou praticar (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém enfermo(doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o necessário (indispensável) discernimento (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que por outra causa (motivo, razão) não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo).

Nucci, na citação acima apresenta elementos que são produto da maturidade e da consciência da vitima como, por exemplo, a capacidade de distinguir. A experiência do menor, hoje tem menos relevância , se considerada em comparação com as circunstancias anteriores a reforma. Assim, quando antes era público e notório que um menor de 14 anos tinha pratica sexual reiterada, não se considerava absoluta a violência praticada, em face da experimentação de reiterados atos sexuais por parte do menor de 14 anos, o que se entendia que havia razoável consciência do que se estava fazendo, e consequentemente, possibilidade de consentimento. A reforma penal que promoveu esta mudança , ocorreu a luz da ideia de proteção a pessoa da criança e do adolescente. E há pontos a considerar em razão disso. Um deles é a atmosfera de proteção aos direitos fundamentais, que encontra espaço nesta discussão no diploma internacional de proteção aos direitos da criança e do adolescente, que reproduzido no Brasil , construiu um microssistema que se tornou referencia a ser considerado nas reformas que surgiram no porvir.

Em anos anteriores a lei 12.015 de 2009, a ideia de estupro de vulnerável era analisada nos autos do processo, dando relevância a experiência sexual da vitima, e seu histórico ligado a prostituição. Estava então, voltado para a defesa dos acusados o fato de haver relações sexuais anteriores no histórico da vitima, ou mesmo atividade de prostituição. Assim, quando se configurava que o adolescente havia tido relações sexuais anteriores, e que tinha consciência mínima daquilo que praticava. Os embates entre defesa e acusação tinham esta discussão em comum. Apontava-se a inocência do acusado na ausência de inocência da vitima, dando uma nova roupagem à valoração da virgindade, que havia perdido espaço com a revogação do crime de sedução, ocorrido em 2006, pela lei 11.106/2005.. Este ultimo afrontava a consciência do adolescente quanto ao sexo, e a experimentação do sexo em si. Seduzido, o adolescente estava despido de culpa, e a desonra da família estava vingada pelo Estado.Lowenkron, em seu olhar antropológico atenta para o fato de que :

> A lei 11.106, de 28 de março de 2005, revogou o delito de ‘sedução de menores’,no qual a virgindade ainda permanecia como uma exigência para tipificação do crime.Manteve-se, no entanto, no Código Penal, o delito de ‘corrupção de menores’16, que consiste em praticar ato de libidinagem com menor entre 14 e 18 anos ainda não depravado, não corrompido moralmente17. “É corrupto quem já conhece os prazeres da carne, quem já

> perdeu a ingenuidade sexual" (Fragoso, HC, p. 26, op cit, in: Prado, 2006: 235, nota 8). Desse modo, a virgindade física desapareceu do texto da lei enquanto elemento de tipificação do crime e permanece apenas a exigência de virgindade moral. Claro que a virgindade física era protegida nas leis anteriores como signo de pureza das moças e claro que o desvirginamento ainda pode ser hoje um dado utilizado pelos operadores e intérpretes das leis para a caracterização da 'corrupção moral' da vítima, mas a ênfase foi deslocada, ao menos no texto legal, dos
> sinais físicos para o exame do 'estado moral' da pessoa ofendida. (2008, p. 14)

Apesar de haver previsão legal no revogado art. 224 acerca da presunção de violência, a discussão acerca da experiência sexual do menor estava sempre em pauta, sendo até mesmo tema de debates na jurisprudência. Questionava-se também uma posição acerca do caráter absoluto ou relativo da presunção, sendo neste espaço discutida a anteriormente referida experiencia sexual do menor.

A MORAL JURIDICA E A MORAL CRISTÃ

Nietzsche, em seu livro Genealogia da moral fala acerca da necessidade de identificarmos os nossos preconceitos morais e liga a moral ocidental ao cristianismo. Em suas palavras ele diz:

> Necessitamos de uma critica de valores morais, e antes de tudo deve discutir-se o valor destes valores , e por isso é de toda a necessidade conhecer as condições e os meios ambientes em que nasceram, em que se desenvolveram"(Genealogia da moral. Ediouro, p. 27)

Não é de todo fisiológico os discursos acerca do sexo. Em uma geração marcada pelo cristianismo, onde em alguns tribunais se jura com a mão sobre a Bíblia e em outros ela é largamente citada, seria ingênuo refletir que o tema sexo, enquanto pratica e representação, não tenha as marcas profundas de séculos de doutrinamento cristão. Assim a moral tem sua face enternecida na piedade cristã, sem se eximir da secular pratica da demonização do instinto sexual. Esta herança, arrastada no Brasil desde o tempo da colonização, ainda não abandonou a reflexão acerca dos costumes e não deve ser ignorada nesta discussão.

O ESTADO LAICO E A INFLUENCIA DO PENSAMENTO RELIGIOSO NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

As razões que se postulam para que se delimite uma idade de consentimento , em um estado laico, devem ter respaldo jurídico, quer seja dentro de um parecer voltado a preservação da saúde e do desenvolvimentismo da criança quer por outras razões que não sejam religiosas. A presença do pensamento religioso, no ordenamento jurídico do brasil , que se pretende um estado

laico, deve ser combatido em virtude da proteção do principio da isonomia, e da liberdade religiosa. A aplicação de uma norma jurídica que tem base religiosa dentro de um determinado seguimento causa constrangimento a outro seguimento que não compartilha de tal posição. Assim o estado laico deve ter parâmetros não religiosos para nortear esta discussão. São inúmeros exemplos que podem ser citados de resquícios de entendimento religiosos cristão no ordenamento brasileiro. Podemos dar inicio ao a exemplificação por meio do preambulo da Constituição Federal, cotando Deus como referencia no que diz respeito a proteção. A constituição que se pretendia livre das ditaduras evoca a mais antiga delas: a religiosa.

O direito codicista brasileiro desde sua origem foi marcado pelo pensamento religioso predominante no ocidente, como já dito, o cristianismo. É esta matriz que por séculos, fornece os parâmetros morais para o raciocínio jurídico, determinando elementos como ideia de família, crimes sexuais, demérito de praticas e representações como mulher honesta, adultério, rapto, moral e bons costumes,etc. Encontramos o direito brasileiro do período colonial submetido aos ditames da legislação portuguesa. Por esta razão, os elementos que marcam o direito português , também vem marcar o ordenamento penal brasileiro por séculos. No desenvolvimento histórico do direito brasileiro encontramos a tentativa de emancipação jurídica em face do pensamento religioso, esbarrando neste processo na renovação de representações que devem sua origem ao cristianismo. Assim ocorre nos ordenamentos filipinos, que na tentativa de se emancipar do direito canônico e do tribunal eclesiástico , apresenta um rol de crimes, mas que podem ser percebidos claramente como crimes que buscam na representação religiosa suas referencias. Assim a posse sexual é tratada nos termos medievais, onde a mulher recebe maior castigo que o homem , judeus, mouros e cristãos são colocados em lugares distintos , dentro da legislação penal. A mulher também recebe os traços de uma representação medieval, uma vez que é ela a representação da tentação da carne. A representação feminina está nos mais diversos lugares do texto filipino. Exemplo disso é a mulher virgem, a freira, a barregã etc. A valoração que estas mulheres sofrem tem origem e um sistema de valor medieval e cristão. O sexo, tratado fora dos padrões estatais/clericais é colocado na condição de crime, renovando as proibições cristãs, que numa dobra deleuziana de uma geração não é enxergada com tal. Assim, em gerações marcadas pela imposição do cristianismo, busca-se uma referencia fora dele, mas os costumes estão marcados por séculos nesta mesma referencia. Assim o fato valorado por uma geração, é valorado a partir de referencias cristãs, mesmo quando se tenta afastar a legislação penal do cristianismo dominante. Afasta-se assim o poder da igreja do estado, mas não os elementos valorativos na produção do direito penal da época. As demais ordenações também foram marcadas, e de forma mais acentuada ate, pelo cristianismo. Os ordenamentos filipinos, como produto da revisão das ordenações anteriores, vige no Brasil do ano de 1602 a 1830.

Assim o Brasil tem mais de 200 anos de uma legislação penal amplamente marcada pela religiosidade. Podemos por esta razão afirmar que há uma matriz favorável a reprodução do pensamento religioso cristão, mesmo que há intenção de emancipar-se dele. Na medida em que as reformas observam as novas realidades apresentadas nos tribunais brasileiros, no reconhecimento de institutos abandonados e em dispositivos sem referencia clara no mundo fático, como é o caso da mulher honesta, as modificações do texto legislativo traduzem o principio da intervenção mínima. Ou seja somente penalizam aquilo que é colocado como um bem jurídico penalmente relevante, e deixam de invadir a esfera intima do indivíduo. As relações de família são reduzidas aquilo que fazem parte das obrigações de manutenção de alimentos, e patrimoniais. A família romântica projetada nos termos da lei civil encontra guarida na ideia cristã de comunhão, e colide em uma simbiose com as conveniências patrimonialistas da sociedade de valores burgueses. Elementos presentes no direito alienígena e que influenciaram a construção do direito brasileiro encontra até mesmo o nome de deus. É o caso do Act of God (ato de deus), onde se interpreta forças superiores, naturais ou não, como a vontade de deus e por esta razão independente da vontade humana. Além de soar primitivo, paleolítico, e estar pintado com as cores da pedagogia do medo, denuncia em palavras diretas a presença do pensamento cristão. Em longos períodos onde o juiz se confundia com um pastor, e onde a Bíblia era a lei maior, como no caso do direito norte americano. Amplas comunidades que se pautavam na reflexão cristã, nos limites que antes de serem legais, deveriam ser cristãos, uma vez que se considerava a nação fundada como uma nação cristã. Um outro exemplo disso, é que na discussão a respeito da validade da prova encontramos a expressão fruits of the pousonous tree, ou seja frutos da arvore envenenada, em uma referencia ao texto do Evangelho de Mateus, onde Jesus Cristo diz que não se pode colher bons frutos de arvores maus. Deste modo, quando o texto legal faz referencia a moral e aos bons costumes, o contexto sócio-cultural refere-se aos costumes de uma comunidade marcada pelo cristianismo, e de uma moral, nos dizeres de Nietzsche como construída em referencias cristãs (Op. Cit.). Assim, por tempos a história do direito é também a história da moral, e que vale a redundante ressalva que estamos falando, em termos de ocidente, em uma moral cristã. Foi esta ideia de moral cristã que fixou na parede do STF um crucifixo.

O SEXO ENQUANTO PRATICA

A pratica sexual, dentro do discurso biológico, é o ato pelo qual o organismo promove sua reprodução e garante a perpetuação da espécie. Segundo Guyton (2010, p. 796):

> Conforme observado no homem, os pensamentos eróticos podem despertar o desejo sexual feminino, ajudando muito no desempenho do ato sexual feminino. ***Provavelmente, esse desejo baseia-se tanto na educação da pessoa quanto no***

> ***impulso fisiológico,*** embora o desejo sexual aumente proporcionalmente com o nível de secreção dos hormônios sexuais. (grifo nosso)

Assim a fisiologia aponta elementos tanto biológicos(impulso fisiológico) quanto culturais (educação) . O marco é relativizado dentro da discussão fisiológica do tema.O mecanismo biológico, em seu caminho de evolução garante o interesse pela pratica da reprodução por meio de estímulos corporais prazerosos, na maioria das espécies. Inúmeros fatores comandam o organismo durante a pratica dos atos sexuais, como por exemplo, a ação dos hormônios liberados, evidente na citação supra, antes e durante as copulas, modificando o comportamento do organismo que neste momento esta consciente ou inconscientemente a tentar a reprodução. Elementos comuns a diferentes espécies, filos , gêneros, ordens, e demais subdivisões da taxonomia ou sistemática da biologia, encontram estratégias naturais para promover a reprodução e consequente perpetuação da espécie. A atração do parceiro por meio de padrões, que remetem a elementos presentes na sobrevivência da espécie, como por exemplo um macho que apresenta condições simbólicas de proteger a fêmea, de alimentá-la, ou de participar no cuidado com os filhotes. Ou mesmo de submissão, como a pratica do sexo forçado, comum em muitas espécies, e muitas vezes fazendo parte dos instrumentos de dominação do grupo.

No que tange ao ser humano, e de acordo com Simpson (1989) este participa da família *homonidea*, do gênero *homo* e da espécie *sapiens*, (Principio da Taxonomia Animal) onde as características reprodutivas são o desenvolvimento de vida intrauterina, provocada pela copula macho-fêmea, por meio de penetração do sêmen masculino no interior das trompas de Falópio, e obtendo êxito na fecundação do óvulo está promovendo a geração de um novo ser. Esta é a analise biológica (e também construída, apesar da analise desta discussão não ter espaço neste trabalho, se distanciando de seu objeto), que é distinta da analise religiosa, onde em um polissilogismo, diz: o homem foi criado por deus, recebeu a mulher (sua fêmea) de deus, os limites do comportamento sexual também deste mesmo deus, as consequências do ato de reprodução como uma vontade de deus, as regras pormenorizadas enviadas por deus, o castigo ao descumprimento destas regras também vem de deus, e em muitas vezes e em diversos momentos históricos são os homens de deus que aplicam a sanção para este castigo. Este é o raciocínio que persegue o cristianismo e o judaísmo, em seus textos sagrados referenciais (antigo e novo testamento). É um raciocínio que segue um conjunto de elos, que interdependem para que as consequências pontuais existam. Se apagarmos o inicio desta múltipla premissa todo o resto da cadeia se desfaz. Assim, se o homem não foi criado por deus, consequentemente sua fêmea não foi lhe dada por deus, os limites de seu comportamento sexual não lhe foram dados por deus, o ato de reprodução não é uma vontade de deus, as sanções a estas transgressões não vem dele, e os castigos aplicados não tem legitimidade. Se problematizado um elo central, produz-se uma dialética dura entre as novas premissas e as

anteriores, gerando conflitos de sistemas de compreensão de mundo. É neste momento teórico que a discussão a respeito da idade de consentimento se encontra. Discute-se idade de consentimento em um momento que não se discute elementos anteriores fundamentais para que se conclua um raciocínio não revanchista.

A pratica sexual recebeu inúmeras representações na historia, em múltiplos significados tanto quanto foram os lugares e épocas habitados pelo ser humano. Assim , uma pratica promovida pelo organismo foi significada e ressignificada. No que concerne ao ocidente, as praticas sexuais foram marcadas pela representação do cristianismo durante a maior parte dos últimos 2000 anos. Isto não é uma regra absoluta, mas o recorte do direito brasileiro a que se prepõe este trabalho pode considerar esta influencia sem medo de reservas. Assim, os questionamentos são moderados pela majoritária compreensão cristã. O medievo é o período onde, na Europa, este pensamento cristão resignifica o sexo enquanto pratica. Esta resignificação vai de um extremo da moralidade policialesca ao jocoso desprezo das estruturas juridico-eclesiasticas que perseguiram a liberdade sexual, em uma colocação anacrônica. O contexto medieval pode ser exemplificado no fato de que o Coódigo Penal Frances mudou o titulo qu agrupava os crimes ligados a praticas sexuais de " crimes de luxúria" para "Atentado contra so costumes" como coloca Lowenkron:

> A revisão do Código Penal francês, em 1832, levou em conta esta outra violência, ao tentar definir uma ofensa sexual cuja coação não recorre à brutalidade e à força física direta. Criou-se a diferença entre violência física e moral uma nova unidade criminal foi constituída. *Foi inventado um novo título no Código para agrupar, pela primeira vez, o conjunto dos atos de ofensa e de violência sexuais, sob um único capítulo: ´os atentados contra os costumes´. Versão moderna dos antigos crimes de luxúria*, o novo título revela que a gravidade não estava mais no pecado, mas na ameaça à segurança e à ordem social.(2008, p. 11)

O período medieval teve como matriz de amadurecimento e crescimento para o cristianismo o território dos países europeus em especial. Estes territórios desembocam seus valores nos futuros territórios colonizados como é o caso do Brasil. Segundo Pimentel:

> O controle da sexualidade feito pela Igreja transformava em crime relações sexuais que não se inserissem nos preceitos cristãos e que não se voltassem para a procriação. O casamento, considerado disciplina dos instintos sexuais, sofria uma série de restrições e regulamentações impostas gradualmente pela Igreja (2007p. 37).

Dai o consequente desfecho da submissão as regras alienígenas inerentes ao comportamento sexual. Pontuando um dos objetivos específicos deste trabalho, as praticas sexuais foram policiadas, no território pós- colonização, por regras cristãs diretas e indiretas. Assim segundo Barros:

> De acordo com este horizonte teórico, a cultura (ou as diversas formações culturais) poderiam ser examinada no âmbito produzido pela relação interativa entre estes dois polos. Tanto os objetos culturais seriam produzidos _entre práticas e representações‘ como os sujeitos produtores e receptores da cultura circulariam entre estes dois polos, que de certo modo corresponderiam respectivamente aos

modos de fazer e aos modos de ver. (BARROS, 2009, p. 76)

A PRATICA SEXUAL VALORADA

A valoração de uma pratica ocorre em função dos referenciais culturais de uma determinada coletividade, uma vez que é o sentimento comum de valoração aprovativa ou reprovativa, reiterada e duradoura que referencia para as próximas gerações. Tal qual a referencia valorativa daquilo que foi sopesado, catalogado, e valorado como algo que recebe reprovação ou aprovação. No caso da valoração que apresenta reprovação, esta vai buscar em um sistema de valores mais complexo as suas referencias. Deste modo o proibido tem suas razões mais exigidas, carecendo de fundamentação, mesmo que seja na autoridade legitima de quem proíbe. No ocidente a valoração dos atos sexuais tem a marca expressa do cristianismo por dois milênios. No que se refere aos períodos que interessam a este trabalho, temos o medievo e a modernidade profundamente marcados pela normatização do cristianismo e consequentemente pela sua valoração das praticas sexuais. Assim no auge do discurso religioso, que coincide com o período medieval, o ato sexual é descrito com algo pecaminoso, ou seja, ligado a transgressão de regras. Apenas estava livre desta transgressão se estivesse ligado exclusivamente a concepção de um novo ser. Del Priore, em sua obra História do Amor no Brasil, faz referencia ao policiamento das praticas sexuais diversas, inclusive dentro do próprio matrimonio. Segundo Del Priore:

> Até então, o Ocidente cristão, e nele, o Brasil, vivia uma era de constrangimentos e recalques quase sem limites. Isso desde o momento da chegada dos portugueses ao nosso litoral, quando teólogos costumavam fulminar, de suas cátedras, tudo o que dissesse respeito ao corpo, recusando a noção de prazer e exaltando a virgindade. Essa ética sexual se impôs com maior ou menor rigor, dependendo de épocas e lugares, por muito tempo. E impregnou as mentalidades. Ao associar sexualidade e pecado — o que se fazia até meados do século passado —, essa ética sexual impedia que amor e sexo dessem as mãos.(Del Priore, p 2006)

Destarte, casais com matrimônios considerados legítimos tinham suas praticas sexuais policiadas pelos parentes, que por meio da valoração das praticas sexuais dentro dos parâmetros cristãos da época tinha determinadas posições de cópula como algo que poderia ser considerado como algo pecaminoso, e por consequência da presença do pensamento cristão nas leis da época, também criminoso. Assim o ato sexual, que por sua natureza é corriqueiro, quotidiano para casais estáveis ou casuais em qualquer época, pode, em dadas circunstancias, ser um crime/pecado. No período colonial brasileiro, a linha que separava o licito do ilícito era extremamente tênue. Assim um movimento de nádegas mais acalorado maculava uma relação entre um marido e uma esposa. Uma determinada posição sexual consagrava ao demônio e a lascívia o casal, e por conseguinte a condenação. Também foi valorada a idade para as praticas sexuais. Nos livros mais antigos que sevem como base para o cristianismo e para o judaísmo a idade para casamento e por consequência para a copula, estavam em harmonia. Dai também surge o discurso da ausência de virgindade como

algo que faz referencia ao sexo fora do casamento, e não ao sexo fora da idade. Para haver sexo, deveria haver casamento, ou seja o possuidor da nubente era o legitimo possuidor de sua virgindade. Não havendo virgindade, como coloca o texto do antigo testamento (Deuteronomio cap. 22 v. 13/17) havia a indução ao erro em negócio celebrado. A temática da virgindade estava contemplada na evolução dos códigos penais brasileiros nos artigos que tratavam de estupro, como bem atenta Lowenkron (p. 13)::

> Além disso, o CP de 1940 substituiu o antigo crime de´defloramento´, do CP de 1890, pelo crime de ´sedução de menores´15, de modo que o hímen deixou de ser um atestado exclusivo de pureza, que passou a ser avaliada a partir da totalidade da conduta da mulher. O bem jurídico tutelado, a partir do CP de 1940, deslocou-se da virgindade física para a virgindade moral.

Um outro ponto a ser considerado era que , mesmo informalmente, a mulher era objeto de maior policiamento, e consequente valoração em sua praticas sexuais, em comparação ao homem. Por consequência de sua posição de pertença no acervo patrimonial do pai ou do marido, estava reforçado o interesse pela manutenção de seu estado de donzela, transmitido na posse do ato de casamento. Lowenkron não descuida na discussão deste ponto, autorizada pela distancia que há entre a antropologia e a moral, afirmando que:

> A lei criminal tal qual foi desenvolvida durante muitos séculos e como se consolidou no século XIX endereçava-se ao comportamento sexual no interior de uma estrutura fundada em pressuposições patriarcais sobre a legitimidade da autoridade
> masculina sobre mulheres e crianças no interior da família). No Código Penal brasileiro de 1890, as ofensas sexuais, organizadas segundo esse modelo patriarcal hierárquico, eram reunidas no título ‘dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor’.
> De acordo com a linguagem patriarcal, entendia-se que a ofensa sexual que atingisse a mulher atingiria infalivelmente o seu tutor – pai ou marido. No caso de mulher casada, é de adultério cometido à força que é acusado o agressor, pois o prejuízo causado ao marido e à família era o principal a ser levado em conta. No caso de moça virgem, o crime era de ‘defloramento´, ou seja, o que determinava a gravidade do ato era o roubo da castidade, que era visto como fundamental para manutenção da honra das famílias.(Op. Cit. p. 15)

Não se pode negar que, após o medievo, quando os valores burgueses passaram fazer parte das famílias, mesmo que de segmento mais humilde, o policiamento das praticas sexuais estava voltado mais para as mulheres, na reiterada pratica de transmissão de uma boa mercadoria em uma negociação futura.

A PRODUÇÃO DA NORMA

A base para a codificação das proibições nas praticas sexuais do direito ocidental

encontra suas origens nos textos religiosos do cristianismo e consequentemente do judaísmo também. Assim, os livros do antigo testamento e novo testamento tiveram uma influencia muito grande na concepção da ideia de sexo e de sexualidade dentro do cristianismo que servira de atmosfera para o pensamento ocidental no que diz respeito a costumes e moralidade. Assim, a discussão e a respeito da moralidade aborda diversas temáticas no decorrer da produção histórica intelectual humana, em especial, do ocidente. Com o advento do cristianismo, e mais precisamente com a imposição do cristianismo como religião oficial de um vasto império, seus postulados a respeito da moral ganharam espaço. A matriz da moralidade cristã está na ideia judaica de que certos paradigmas comportamentais devem alcançar a esfera privada do indivíduo, tornando morais ou imorais comportamentos de sua intimidade. Aplica-se então a ideia cristã de sexo, de pratica sexual, de utilização dos corpos. Policia-se os corpos em nome de deus. Disciplinariza-se os corpos, como coloca Foucault (Apud Lowenkron, p. 09):

> Por que a sexualidade se tornou, a partir do século XIX, um campo cuja importância estratégica foi capital? Eu creio que, se a sexualidade foi importante, foi por uma porção de razões, mas em especial houve estas: de um lado, a sexualidade, enquanto comportamento exatamente corporal, depende de um controle disciplinar, individualizante, em forma de vigilância permanente (...); e depois, por outro lado, a sexualidade se insere e adquire efeito, por seus efeitos procriadores, em processos biológicos amplos que concernem não mais ao corpo do indivíduo mas a esse elemento, a essa unidade múltipla constituída pela população".

Na modernidade os diversos meios de comunicação social promovem a renovação desta representação de proibido, normatizando os comportamento, Zaffaroni e Pierangeli(1999, p. 61) colocam que:

> (...)Os meio de comunicação social de massa induzem pradrões de conduta sem que a população em geral perceba isso como controle social e sim como formas de recreação. Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a essa essência. **O controle social se exerce pois, através da família, da educação, da medicina, da religião,** dos partido políticos, dos meios massivos de comunicação, da tividade artística, da investigação cientifica.etc.

A norma então está produzida para os judeus em seus textos religiosos (que nem sempre foram apenas o antigo testamento, como por exemplo o talmude, e os ensinamentos das escolas rabínicas).Tais normas veterotestamentarias foram transportadas para o cristianismo por meio de um transplante literário que visava dar bases históricas e literárias para as crenças cristãs, uma vez que nascido do judaísmo, não pode dele se dissociar completamente. Conclui-se que regras cristãs sectárias, extremistas, são, na verdade regras judaicas deslocadas de sua realidade. Acerca da idade de consentimento, há um ponto inicial a ser considerado, uma vez que a contagem do ano judaico é diversa daquela computada no calendário gregoriano, inclusive na contagem dos dias para

computação do ano (354 dias e seis horas). Não há referencia a idade de consentimento nos livros jurídicos e de regramentos de costumes do antigo testamento. O chamado Pentateuco, a saber, os cinco primeiros livros do antigo testamento judaico, e conhecido por Torá, não fazem referencia a idade de consentimento. Os cinco livros, concebidos em momentos históricos diversos e analisados pela chamada alta critica como pertencentes a períodos intitulados por período Javista, Eloísta, Deuteronomista e Sacerdotal, fazem referencia a regramentos da vida privada e religiosa. Cada um deles marcado pela época em que foram escritos. Constituindo o conjunto de textos escritos que regram a conduta coletiva dos judeus por séculos, neles não há referencia a idade de consentimento sexual. O momento do consentimento é o momento das núpcias, e apenas estas autorizam a pratica sexual "abençoada", ou seja, permitida.

O transplante destes textos como referencia para o cristianismo vem do fato de que, de Jesus a São Paulo, utilizarem estes textos como referencia de regramento, mesmo que com uma releitura menos legalista. São estes textos base que, somados aos livros e epístolas do novo testamento(mesmo que com um Canon a definir-se no decorrer dos séculos seguentes) chegam ao período patrístico como base para discussões e delimitações de tema como o casamento e suas praticas.

Quando o cristianismo passa do status de movimento dissidente à religião oficialmente massificada, suas ideias e regramentos passam da condição de entendimento particular de mundo para regra cogente imposta pelo estado/igreja. Inicia-se a era do império da interpretação do cristianismo sobre os corpos.

A demonização da carne e suas praticas ganhou lei, tribunal e condenação que antecipavam as chamas do inferno pregado. Houve uma introjeção de culpa por seculos, que chega aos dias de hoje. A produção escrita da época, demonizando a carne (corpo) suas praticas (sexuais em especial) são o edifício cujas ruínas servem de alvenaria para proibições nos dias atuais.

O primeiro código penal em vigor no Brasil, as Ordenações Filipinas, como proposta de revisão das ordenações anteriores e apontando para o afastamento da igreja e do estado é, em uma leitura rápida, facilmente identificado como uma fonte jurídica de proibição fortemente marcado pelo pensamento cristão. É nele que surge a primeira referencia a idade de consentimento no ordenamento jurídico brasileiro. Assim consta no ordenamento Filipino

> E em cada hum dos casos sobreditos, se a mulher, com assi se houver o ajuntamento carnal, fôr menor de treze anos, ou sendo maior, se vier logo queixar e descobrir ás Justiças, havemos a ella por relevada de todas as penas, que pelo dito crime podia merecer.(Ordenações Filipinas Titulo XVII , 4, in: PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. São Paulo: revista Dos Tribunais, 2004.)

É para justificar as praticas sexuais em matrimônios com meninas de pouca idade

que o ordenamento filipino faz tal delimitação, não havendo qualquer ideia ou intenção de promover a defesa da adolescência, uma vez que esta concepção de fase de desenvolvimento sequer existia na época. Assim a vigência por mais de 200 anos dos ordenamentos filipinos trouxe ao Brasil uma referencia de media duração acerca da temática de que há uma idade onde a pratica sexual é possível sem que haja infração de qualquer regra. Mas esta pratica estava condicionada ao casamento entre os praticantes, em uma referencia direta as ideias cristãs a respeito do tema. Assim, na concepção de Reale de fato valorado e produtor de norma, a pratica de atos sexuais recebe a valoração de uma sociedade marcada pelo cristianismo, valora em função de um cristianismo proibidor, desnaturalizando o processo de conhecimento dos corpos. Esta reiterada valoração encontra sua cristalização na produção de uma norma que age de forma imperativa diante da coletividade, reprimindo a pratica que foi negativamente ou reprovada pela valoração da sociedade. Neste ponto há um problema na normatização do sexo no Brasil pelos ordenamentos filipinos. Não havia, por parte da população a valoração das praticas sexuais dentro daquilo que os ordenamentos filipinos proibiam. As pesquisas a cerca da sexualidade no período colonial aponta que a sexualidade nos trópicos corria em direção contraria àquilo que era regrado. Os calores aqui falavam mais alto. O que de fato houve foi um transplante de uma legislação alienígena, que não encontrava correspondência no desejo de regramento da comunidade a que se dirigia. O ordenamento impunha penas cruéis a praticas largamente exercitadas pela maioria da população, inclusive a eclesiástica. Assim as regras claramente religiosas não se legitimavam dentro da sociedade colonial. O pensamento de celibatários duvidosos arrastado durante milênios regrava no papel aquilo que se praticava diariamente.

Seguindo este caminho o Código penal de 1890 previa a violência ficta que se desenvolveu no seio do direito penal francês, como coloca Prado (Apud Lowenkron, p. 12):

> No Brasil, assim como na França, a primeira modalidade de ofensa sexual invisível pode ser caracterizada pela presunção de violência por menoridade. “A primeira legislação a prever a presunção de violência foi o Código de 1890, disciplinando no artigo 272 que a violência era ficta, quando o ato sexual fosse perpetrado contra menor de dezesseis anos” (Prado, 1006: 244). Com isso, qualquer relação sexual com alguém abaixo da idade delimitada por esta lei passou a ser classificada como ‘estupro’ (se o ato for cópula heterossexual vaginal e a vítima for do sexo feminino) ou ‘atentado violento ao pudor’ (se for qualquer outra forma de ‘ato libidinoso’ diverso da conjunção carnal, seja a vítima do sexo masculino oufeminino).

A INVENÇÃO DA REPRESENTAÇÃO

Em termos de direito comparado, encontramos inúmeras referencias a idade de consentimento, em razão das peculiaridades dos costumes locais. Em cada pais , ou estado, do pais onde haja liberdade legal para se determinar em face da legislação local a idade para o inicio das

praticas sexuais, há um histórico de elementos culturais que foram determinantes para que se tenha uma dada referencia. São representações que , nas palavras de Chartier:

> As representações do mundo social assim construída, embora aspirem a universalidade de um diagnostico fundado na razão, são sempre determinadas pelos interesses de grupo que as forjam. Daí, para cada caso, o necessário relacionamento dos discursos proferidos com a posição de quem os utiliza. (2002, p. 17)

Assim, o mapa da idade de consentimento no âmbito internacional encontra diferenças abissais. Há países onde a idade de consentimento coincide com a maioridade penal e civil, noutros, ela não existe. Ainda deve-se considerar o ponto que em inúmeros países a idade de consentimento esta diretamente relacionada com a idade comum para a celebração de casamentos, uma vez que esta sistematização impede que se criminalize o sexo em um casamento celebrado, como é o caso da India e de alguns países africanos e árabes.

Assim nos países onde se pode casar com crianças, grosso modo, pode haver relações sexuais entre os nubentes, fato este descriminalizado com a idade de consentimento estipulada na legislação deste território. Nos EUA, por exemplo, cada estado federado tem sua idade de consentimento, e é comum ser noticiadas pela mídia condenações sofridas por pessoas que desrespeitaram esta regra. No continente africano a idade de consentimento é marcada pela quase ausência de limites neste sentido. O sexo é direito do nubente, não interessando a idade que o outro venha ter no momento do ato.

Na Espanha a idade de consentimento, que era de 13 anos se tornou foco de discussões que apontam para uma reforma penal no sentido de eleva-la , e que foi fixada em 16 anos. Segundo dados da imprensa:

> O Governo espanhol vai aumentar a idade mínima de consentimento sexual de 13 para 16 anos, numa medida que pretende "evitar o abuso e em nenhum caso criminalizar relações".
> Fontes do Ministério da Saúde confirmaram a notícia avançada esta quarta-feira pelo jornal "El País", explicando que a reforma se insere num projeto de reforma do Código Penal, que deverá ser aprovado na próxima reunião do Conselho de Ministros, na sexta-feira.
> A medida responde assim a apelos de organizações internacionais, incluindo o Comité da ONU sobre os Direitos da Criança, que, já em 2007, recordou a Espanha que era um dos países com a idade de consentimento sexual mais baixa.
> Espanha é, depois do Vaticano, o país europeu com a idade de consentimento sexual mais baixa: respetivamente 13 e 12 anos.
> Segundo o projeto de texto, avançado pelo El Pais, um adulto que tenha relações sexuais com uma criança que ainda não tenha cumprido os 16, ainda que estas sejam consentidas, poderá ser condenado por "abusos" a uma pena de entre dois e seis anos de cadeia (que aumentará até 12 em caso de penetração).
> O texto prevê uma exceção: as relações sexuais consentidas com menores de 16 não serão delito "quando o autor seja uma pessoa próxima à vítima por idade e por grau de desenvolvimento ou maturidade". In: < http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=3402536>

As ultimas reformas estão dentro da atmosfera internacional de proteção a criança e ao adolescente, e como resposta politica ao combate a pedofilia. No México varia entre 12 e 18

anos. No chile 13 anos. No Japão a representação sexual de adolescentes é um fator cultural, com a pratica do Enjo Kosai oportunizam a pratica de sexo com adolescentes no Japão, onde a idade de consentimento varia entre 13 e 17 anos. O Governo da Inglaterra na data de 17 de novembro de 2013, rejeitou o pedido de diminuição da idade de consentimento de 16 para 15 anos. A proposta baseava-se na necessidade de fornecer produtos farmacêuticos para adolescentes que iniciavam sua vida sexual fora da faixa de consentimento, mas que estavam proibidos de comprar estes produtos livremente. Em seu pronunciamento o governo Britânico conclamou a sociedade para debater o tema. Segundo divulgado pela imprensa:

> Rejeitamos o pedido para diminuir a idade de consentimento", disse hoje um porta-voz do governo, que argumentou que o limite atual "está em vigor para proteger as crianças e não existem planos para mudá-lo".
> Dados oficiais revelam que até um terço de adolescentes deste país mantêm atualmente relações sexuais antes de ter completado a atual idade de consentimento de 16 anos.
> Ashton considerou que o rebaixamento da idade de consentimento tornaria mais fácil que os adolescentes de 15 anos que já mantêm relações sexuais "obtivessem assessoria sobre saúde sexual e métodos anticoncepcionais do Serviço de Saúde Público (NHS)". In: < http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2013/11/17/reino-unido-rejeita-diminuicao-da-idade-de-consentimento-sexual-para-15-anos.htm> Acessado em 13/12/2013.

A respeito da idade de consentimento para relações homossexuais, como no caso de Portugal, onde a idade de consentimento era d e18 anos mas, no caso de relações homossexuais, baixava para 16. A discussão entra no campo da orientação sexual. Assim evidencia-se diferentes matrizes. A verticalização dos direitos fundamentais traz para esta discussão o elemento da isonomia e não discriminações alem de colidir com o poder familiar, educação sexual, e vertentes de aplicação do principio da dignidade da pessoa humana. Discussões recentes acerca de gênero e de performance, trazem luz e novos problemas a esta discussão. Mas trata-las aqui foge do objetivo desse trabalho.

No caminho do amadurecimento da temática acerca de idade de consentimento, surge a discussão acerca da proteção da criança e do adolescente por meio da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Já a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em seu art 1ºda Parte 1, coloca os menores de 18 anos na condição de crianças. Apesar do exagero , esta referencia trouxe uma nova justificativa a ideia de idade de consentimento. Existindo um limite anterior, agora encontra nova justificativa que antes não existia. Assim a transição do discurso exculpante voltado para a viabilização do casamento e da virtude da mercadoria oferecida, da lugar ao discurso protecionista da infância e da adolescência, elevado a titulo de direitos humanos universais. Esta concepção chega ao ordenamento jurídico brasileiro por meiodo Código de Menores de 1979 e da lei 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente) onde por meio da sanção

aos crimes ligados a exploração e praticas de “corrupção” procura desencorajar e punir praticas voltadas a exploração sexual de adolescentes e crianças.

Um outro discurso agregado a problematização jurídica é o discurso médico, que se apropriando de saberes específicos, apresenta argumentos que estão limitados ao fisiologismo em suas conclusões.

FOUCAULT E A IDADE DE CONSENTIMENTO

A discussão mais acirrada acerca da idade de consentimento e que ganhou participação popular, mesmo que como ouvintes, ocorreu na França, e se deu por meio de um debate entre o filósofo Michel Foucault e Jean Danet . O debate acerca da idade de consentimento chegou a um nível de interesse popular tal que a transmissão deste debate, se tornou uma referencia nas discussões publicas de legislação penal. Ocorreu no ano de 1978. Era uma reação a uma petição endereçada ao parlamento francês no ano anterior que pedia a descriminalização do sexo consentido com menores de 15 anos. Não só participaram da petição Michel Foucault, mas outros pensadores contemporâneos como Alain Robbe-Grillet, André Glucksmann, Françoise Dolto, Guy Hocquenghem, Jacques Derrida, Jean Danet, Jean-Paul Sartre, Louis Althusser, Philippe Sollers, Roland Barthes e Simone de Beauvoir. O registro escrito deste debate, posteriormente publicado intitula-se La loi de la pudeur. A contradição apontada pelo debate estava pontuada no fato de adolescentes franceses de 13 anos serem responsáveis juridicamente por seus atos, e jovens com esta idade poderem ter acesso a anticoncepcionais, restando apenas proibido o consentimento para a pratica de atos sexuais...

AS JUSTIFICAÇÕES DE UMA IDADE DE CONSENTIMENTO

Apesar de nascer desta matriz de discussão, a recepção da ideia de uma idade de consentimento encontrou nas novas gerações que a receberam, a necessidade de justificativa. Então, em face de novas necessidades e modelos, como por exemplo a proteção da criança e do adolescente, e mais recentemente do combate e punição a pedofilia, as discussões foram tomando forma e robustez em outra direção. Noutros termos, apesar de fundadas historicamente em dados elementos, hoje algumas abordagens se pautam em outros discursos, que por sua vez tem sua validade embasados em outra pauta. Neste trabalho, com o fito de esclarecer o apoio ao bom tom do combate a violência sexual e exploração de crianças e adolescentes, não é possível ser omisso quanto a necessidade de se ter um parâmetro para tal temática, como é o caso da idade biológica e cronológica. O que se pretende não é rechaçar esta temática ou desconsidere a importância desta discussão , mas relativizar a discussão quando os padrões estabelecidos são tomados por base dentro do pensamento cristão, em valorização a um estado laico.

O COMBATE A PEDOFILIA

Com a finalidade de combater a pedofilia, é necessário que haja um limite claramente estipulado para que se torne possível a aplicação da reprimenda para aqueles que tenham praticado crimes sexuais contra crianças. Assim, em conclusão lógica, é necessário que se tenha uma definição do objeto da proteção, a saber, do que é uma criança. Anteriormente colocado como o segredo das famílias e a vergonha a se esconder do publico, as praticas de pedofilia ocorridas dentro dos seio das famílias contava com a desproteção legal, e com a supremacia da verdade dos adultos em face das alegações raras de uma criança que sofrera abusos. A sociedade patriarcal estava, por meio da família onde o homem tinha o domínio de tudo, ate mesmo da disciplina mais dura, fechada para uma consciência coletiva. E até mesmo esta consciência ainda não havia invadido a intimidade das famílias para denunciar o que acontecia as escondidas. Com o combate a pedofilia elevado a interesse coletivo, com a visibilidade que os casos ganham no mundo atual, onde a informação é disseminada automaticamente por meios digitais, o quadro mudou. Não é apenas os pais , agora, os responsáveis pela proteção dos interesses e da incolumidade física e psíquica dos filhos. Há todo um conjunto de mecanismos estatais e não governamentais voltados para a fiscalização e denuncia dos crimes sexuais contra vulneráveis. O que era antes tratado como um problema de cunho familiar, entre primos, irmão ou mesmos ascendentes e descendentes, agora é tratado como uma patologia com pena em direito cominada. O conselho tutelar, o Ministério Público e tantos outro que, em face da obrigação legal de agir, produzem visibilidade para inúmeros casos de que passariam em brancas nuvens, sem grandes consequências.

A pedofilia deve ser distinguida do abuso sexual de crianças e adolescentes pelo fato de ser uma patologia , devidamente identificada pelo CID 10 item F65.4. Esta distinção é colcada por França, quando em dois momento trata acerca dos temas pedofilia e abuso sexual em crianças nos seus respectivos lugares , dentro de sua obra. Sobre o abuso sexual cometido contra crianças diz:

> Um problema que vem infelizmente aumentando dia a dia é o abuso sexual contra cnanças. Mesmo que os dados estatísticos se mostrem baixos, é fato que eles estão subestimados em virtude das ameaças que os autores fazem aos menores para não denunciarem, o próprio medo das vítimas de que os pais saibam ou a compreensão de que aquilo não era coisa anormal. Mais doloroso ainda é saber que a maior ocorrência desses abusos é no próprio lar da criança. Define-se abuso sexual infantil como toda e qualquer exploração do menor peio adulto que tenha por finalidade direta ou indireta a obtenção do prazer lascívio. Esse abuso manifestasse de muitas formas,, como: carícias nos genitais das crianças, solicitação para que elas as façam nos adultos, contato bucogenitai do autor com a vítima ou vice-versa, coitos incompletos anovaginaís, ou mesmo exibição dos genitais dos adultos, masturbação na presença das cnanças ou exibição de matenal pornográfico a elas.

> No exame clínico, há certas manifestações da cnança vítima de abuso sexual que devem ser levadas em conta: mudança brusca de comportamento com relação aos amigos, medo de determinadas pessoas ou lugares, recusa ao exame, resposta pronta e imediata negando ter sido tocada por adulto, uso de expressões ligadas ao ato sexual, insinuações sobre práticas sexuais ou determinados indivíduos, entre outros. Todavia, em casos suspeitos de atos libidinosos em cnanças pequenas, nunca confirmar um diagnóstico pela simples presença de eritemas e pequenos edemas ou escoriações.(FRANÇA,2008, p. 238)

E ao tratar acerca da pedofilia o mesmo autor colca que :

> E uma perversão sexual que se apresenta pela predileção erótica por crianças, indo desde os atos obscenos até a prática de manifestações libidinosas, denotando graves comprometimentos
> psíquicos e morais dos seus autores. É mais comum entre indivíduos do sexo masculino com graves problemas de relacionamento sexual, na maiona das vezes por serem portadores de complexo ou sentimento de inferioridade. São quase sempre portadores de personalidade tímida, que se sentem impotentes e incapazes de obter satisfação sexual com mulheres adultas. Geralmente, são portadores de distúrbios emocionais que dificultam um relacionamento sexual normal. Há até os que se aproveitam da condição de membros ou participantes de entidades respeitáveis que tratam de problemas dos menores. Quando em indivíduos de baixa renda, estes distúrbios quase sempre vêm acompanhados do uso de bebidas alcoólicas e em muitos casos são de contatos incestuosos envolvendo filhos, enteados ou parentes próximos. Na maiona dos casos, a cnança é ameaçada, submetendo-se a estes atos, temendo represália do adulto. Essa relação pode ser hetero- ou homossexual. Nos dias atuais vem-se verificando um aumento assustador dessa anomalia, algumas delas associadas aos maus-tratos às crianças. Há uma verdadeira indústria de confecção de álbuns com crianças despidas que são avidamente compulsados ou em sites na Internet visitados por esses pervertidos. (Op. Cit p. 247)

Mas até mesmo a ideia do pedifilo é historicamente construída e o iter desta construção tem importância neste trabalho. Assim, Lowenkron, tratando acerca da patologização do criminoso e de sua posterior mostruolização, apresenta, em apertada síntese que:

> A transformação do criminoso sexual em anormal não é um fenômeno recente, mas sofreu algumas modificações, produzindo novas modalidades de anomalia. Desde que a reflexão do direito penal passou a se dar em torno da noção de 'risco', com atenção à reincidência e à periculosidade, unida a uma psicologização dos atos criminosos, verifica-se uma crescente proliferação de classificações dos agressores sexuais para melhor analisar os comportamentos e melhor detectar os perigos. Nesse contexto, emerge não apenas um novo tipo de criminoso, mas de monstro humano: o pedófilo.(2008, p. 21)

A identidade do pedoofilo como o individuo afeito a praticas sexuais com crianças não é um dado antigo, criminalizado de longas datas, mas recente na história da humanidade. A autorização de atos sexuais com jovens de pouca idade estava presente na Roma , como colca xxx em sua obra História da Vida Privada. Sobre a historicidade da identidade do pedófilo acrescente Lowenkron:

> A primeira reflexão psicológica do estuprador de crianças, segundo Vigarello(1998), aparece no fim do século XIX, a partir da surpresa e do interesse provocadospor processos contra clérigos ou professores. Como explicar a violência

> desses homens cultos? Passa a haver, então, o reconhecimento de um desejo particular direcionado a crianças. Mas a palavra pedofilia ainda não aparece em 1880, longe disso. Essa perversidade moral distinta aparece ligada ao alcoolismo, à degenerescência, ao descontrole sexual ou à loucura. Apenas em 1925 é que a psiquiatria do século XX adota a designação 'pedófilo'. No entanto, o termo será popularizado e vulgarizado pelo uso comum somente a partir da última década doséculo XX. (Op. Cit. P. 21)

Um dos parâmetros escolhidos para esta finalidade é o desenvolvimento cronológico do indivíduo, ou seja, a idade. O desenvolvimento do corpo para a iniciação sexual é de suma importância. Colidem ai o discurso jurídico e médico, por razões de proteção e de saúde, estando afastados os motivos religiosos em um estado laico. Em termos fisiológicos :

> Conforme observado no homem, os pensamentos eróticos podem despertar o desejo sexual feminino, ajudando muito no desempenho do ato sexual feminino. Provavelmente**, esse desejo baseia-se tanto na educação da pessoa quanto no impulso fisiológico**,(grifo nosso) embora o desejo sexual aumente proporcionalmente com o nível de secreção dos hormônios sexuais. O desejo também se modifica durante o mês sexual, atingindo seu pico perto da época da ovulação, talvez devido aos elevados níveis de secreção estrogênica durante o período pré-ovulatório.(GUYTON, A.C.; HALL, J.E. Tratado de Fisiologia Médica. 11ª ed. Rio de Janeiro, Elsevier Ed., 2006, p. 796)

Assim, elementos como a carga hormonal, que prepara o corpo feminino e masculino para a vida sexual despontam na puberdade, e em função do contexto cultural em que este individuo se desenvolve pode ocorrer a catalisação do processo. Assim:

> Durante a meninice, os estrogênios só são secretados em diminutas quantidades, porém, após a puberdade, a quantidade de estrogênios secretada sob a influência dos hormônios gonadotrópicos hipofisários sofre aumento de cerca de 20 vezes ou mais. Nessa ocasião, os órgãos sexuais femininos transformam-se e passam a adquirir as características da mulher adulta. Os ovários, as trompas de Falópio, o útero e a vagina aumentam de tamanho várias vezes. Além disso, a genitália externa aumenta com a deposição de gordura no monte de Vênus e nos grandes lábios e com o aumento dos pequenos lábios.(Op. Cot. p. 790/791)

Conclui-se que em termos fisiológicos é a transformação hormonal produzida pelos estrógenos que aponta se o organismo está apto a reproduzir, ou seja, a copular. O conhecimento fisiológico aponta a ação dos hormônios na transformação do corpo, somado a elementos do meio cultural como determinantes.

UMA PRESUNÇÃO QUE NÃO PODE SER ABSOLUTA

A natureza de uma presunção é incompatível com o caráter absoluto do que se presume. Se é presumido consequentemente, não é conhecido de todo, ou em todos os elementos. Em uma definição Houasis, Apud Passos(2012, p.06) define presunção como "O ato de presumir *que* significa que se admite algo como verdadeiro em razão de indícios e aparências, e não em fatos

comprovados”. Mas podendo ser conhecido, ou melhor compreendido a presunção pode ser vencida e ser construída em seu lugar uma certeza , ou evidencias de certeza. Assim a persecução e elucidação dos fatos não pode ser tolhida por uma presunção cristalizada. Segundo Nucci(2010, p. 829-830)

> Pode-se argumentar, num primeiro momento, ter a lei 12015/2009, ao criar o tipo penal do art. 217 A, sem nenhuma menção a presunção de violência, provocado a eliminação do debate acerca do grau de incapacidade para a compreensão do ato sexual. Em outros termos, a vulnerabilidade seria absoluta. Ter relações sexuais com menor de 14 anos seria sempre estupro.. Assim não pensamos. A alteração da forma típica da descrição do estupro da pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva , mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido a simples inovação da redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tão pouco os debates havidos , há anos, nas cortes brasileiroas, ao menos em relação a presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos. (...) Ora é preciso considerar então se esta vulnerabilidade é absoluta(não admitindo prova em contrario) ou relativa(admitindo prova em contrario) . partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo das definições de criança e adolescente. Perdemos uma oportunidade impar para equiparar os conceitos co m o estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente , quem é maior de 12 anos. Logo a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta quando se tratar de criança(menor de 12 anos) mas relativa ao cuidar do adolescente(maior de 12 anos) Desse modo continuamos a sustentar ser viavem debater a capacidade de consentimento de quem possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável. Havendo prova de plena capacidade de entendimento da relação sexual, (ex. Pessoa prostituida) não tendo violência ou grave ameaça, real, nem mesmo qualquer forma de pagamento, , o que poderia configurar o crime do art. 218 B , o fato pode ser atípico ou comportar desclassificação. Entretanto manter relação sexual com pessoa menor de 12 anos com ciência disso, provoca o surgimento da tipificação do art 217 A, de modo absoluto, sem admissão de prova em contrario.

A presunção de violência absoluta impressa nos casos de relações sexuais ou outro ato libidinoso com menor de 14 anos encontra resistência no fato de que não é impossível ou raro que adolescentes com 13 anos tenham iniciado suas atividades sexuais. A premissa que justifica o peso da palavra da vitima de crimes sexuais que diz que os atos sexuais praticados longe de olhos de possíveis testemunhas pode ser utilizado para enxergar que as escondidas também ocorrem fatos que , se considerados, desmontam a ideia de presunção absoluta de violência. Bittencourt, tratando do tema enfatiza:

> Essa pretensão do legislador fica muito clara quando se observa que, na definição do estupro de vulnerável, ignorando o enunciado incriminador do artigo 213, adotou as elementares do revogado crime de sedução “ter conjunção carnal” (antigo art. 217) e substituiu a violência ou grave ameaça reais, do crime de estupro, pela condição de vulnerável do ofendido, qual seja, menor de quatorze anos (caput) ou deficiente mental (§ 1º), e cominando pena de oito a quinze anos de reclusão, nada mais é do que uma presunção implícita de violência. Essa presunção implícita, inconfessadamente utilizada pelo legislador, não afasta aquela discussão

> sobre a sua relatividade, naquela linha de que a mudança do rótulo não altera a substância. Reconhecendo a relatividade da presunção de violência contida no revogado artigo 224, no mesmo acórdão, prosseguiu o ministro Marco Aurélio: "Nos nossos dias não há crianças, mas moças com doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definidos a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes podem advir" (In: O conceito de vulnerabilidade e a violência implícita, disponível em< http://www.conjur.com.br/2012-jun-19/cezar-bitencourt-conceito-vulnerabilidade-violencia-implicita>

Com isto, este raciocínio não aponta para a direção de justificar a escolha de um menor de 14 anos para praticas sexuais, mas aponta para considerar a exceção como algo que dever ser melhor analisado, antes da aplicação da letra fria da lei. Os casos encontrados dentro da realidade, que por mais que esteja mascarada revela a presença comum de menores de 14 travestidos de pessoas em pleno exercício da idade de consentimento. Em continuidade de tratamento do tema Bittencourt sublinha que:

> Embora se tenha utilizado outra técnica legislativa, qual seja, suprimir a previsão expressa da presunção de violência, certamente, a interpretação mais racional deve seguir o mesmo caminho que vinha trilhando a orientação do STF, qual seja, examinar caso a caso, para se constatar, in concreto, as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea. Nessas condições, é impossível não concordar com a conclusão paradigmática do ministro Marco Aurélio: "A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança". (Ibdem)

Com a precocidade cada vez mais acelerada do desenvolvimento sexual, aliado ao fato de termos a exposição livre de informações acerca do sexo, não é difícil encontrar o tema sexo entre adolescentes menores de 14 anos. Alem da discussão acerca do tema, a apreciação de material pornográfico promove a consciência do próprio corpo. Uma vez que um adulto não pode ser forçado por um menor de 14 anos, ao menos em tese, verifica-se que é possível optar por não ter relações sexuais com um menor, haja vista de haver, para todas as idades a disponibilidade de sexo com adultos. Ou seja, é razoável dizer que quem mantem relações sexuais com um menor de 14 anos tem a opção de ter relações sexuais com um maio de 14 anos, em face da liberalidade sexual dos dias atuais.

Em contraponto, nem sempre que se tem, no caso concreto , relações sexuais com um menor de 14 anos, é porque foi isso que se quis fazer. Como discutido no tópico voltado para o erro de tipo, pode haver indução ao erro. Daí resta espaço para ser discutida a absoluta presunção. Dada a presunção sempre *a priori*, esta carece da observação da experiencia para se confirmar. Este

momento de observação, possível no caso concreto, pode revelar que é possível a relativização desta presunção.

Há ainda dois pontos s serem discutidos acerca da presunção de violência:se a violência é física e sua presunção é absoluta ou se a violência é psíquica e esta presunção é absoluta. Nucci coloca que:

> Com razão, que o nascimento do novel tipo penal não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. "Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência - se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade. Enquanto o Estatuto da Criança e do Adolescente proclama ser adolescente o maior de 12 anos, a proteção ao menor de 14 anos continua rígida. Cremos já devesse ser tempo de unificar esse entendimento e estender ao maior de 12 anos a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais. Porém, assim não tendo sido feito, permanece válido o debate acerca da relatividade da vulnerabilidade do adolescente, vale dizer, do maior de 12 anos e menor de 14. A proteção à criança (menor e 12 anos), segundo nosso entendimento, ainda merece ser considerada absoluta no cenário sexual" (Crimes contra a dignidade sexual, RT, São Paulo, 2009, p. 37-38).

.

Assim conceituar a violência como sendo o uso da força para se vencer a resistência, ou para promover a agressão de terceiros, ou tolher sua defesa, é identificar que é necessário um elemento de superioridade que promova esta submissão. Deve-se então analisar se houve submissão psicológica, ou física. Ou se no lugar delas houve vontade. A partir dai a discussão entra em águas negras da natureza que o processo civilizatório tem negado. Mas ainda assim, a sexualidade na infância, e na adolescência foi , desde o século passado objeto de discussão nos ramos da psicologia. Neste ponto, é de se acovardar este trabalho respeitando as brumas que separam o mundo das bruxas do mundo dos príncipes e princesas, e assim escapar da fogueira absolutamente presumida. E é necessário que se faça a distinção entre vulnerabilidade relativa ou absoluta e presunção relativa ou absoluta de vulnerabilidade. No primeiro caso não há presunção, e sim o ionconteste fato de que há vulnerabilidade , restando perceber o grau desta. Ou seja, se é relativa ou absoluta. O grau desta vulnerabilidade é quantificado, e reconhece Bittencourt que em uma mesma faixa etária pode haver graus diferentes de vulnerabilidade. No segundo caso, a presunção absoluta admite-se indiscutivelmente que a vitima é vulnerável *(iure et iure*), sem que se discuta prova em

contrario. Na presunção relativa a vitima pode ser ou não vulnerável. Concatenando as ideias Bittencourt coloca que:

> Em outros termos, pode ocorrer, por exemplo, que se trate de presunção absoluta de vulnerabilidade, mas que o exame in concreto das circunstâncias demonstrem que, a despeito de não se poder discutir a presunção (ou já superada esta), a vulnerabilidade que o caso apresenta é de relativa intensidade; por outro lado, na hipótese do artigo 218-B, por exemplo, se reconhece que estamos diante de uma presunção relativa, mas o exame concreto demonstra que a vulnerabilidade constatada é absoluta, isto é, completa, apresenta-se em seu grau máximo! Com efeito, embora pareça, à primeira vista, um simples jogo de palavras, procuramos demonstrar que são realidades absolutamente distintas e, mais que isso: podem coincidir presunção absoluta com vulnerabilidade relativa e presunção relativa com vulnerabilidade absoluta, sem que isso represente nenhum paradoxo. Dito de outra forma, uma coisa não implica em outra, ou seja, cada situação casuística exige a realização de duplo juízo valorativo, um sobre a natureza da presunção e outro sobre ou grau ou intensidade da própria vulnerabilidade.(Op. Cit.)

E continua:

> Certamente, quando o legislador previu o estupro de vulnerável, sem tipificar o "constrangimento carnal", mas tão somente a prática sexual com menor de 14 anos ou deficiente ou enfermo mental, considerou como sujeito passivo alguém absolutamente vulnerável, ou seja, portador de vulnerabilidade máxima, extrema, superlativa mesmo. A suavidade da conduta tipificada — ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso — contrastante com a pena cominada (oito a quinze anos de reclusão), indiscutivelmente, se destina a "violência sexual" contra vítima altamente vulnerável. E é natural que assim seja! Mas a realidade prática pode não se apresentar com toda essa gravidade, ainda que se revele intolerável e, por isso mesmo, também grave e merecedora da proteção penal. É possível, em outros termos, que tenhamos, in concreto, uma vulnerabilidade relativa, mesmo em sujeitos com idade ou deficiências previstas nesse dispositivo legal, ou seja, que por circunstâncias ou peculiaridades pessoais ou particulares não é de todo vulnerável, isto é, não pode ser considerado absolutamente vulnerável.(Op. Cit)

Alem da discussão jurídica a abordagem antropológica identifica que ideia de presunção de vulnerabilidade é um ponto preservado dentro as discussões do século passado, como coloca Lowenkron:
:

> Enquanto as bases naturais que serviam de justificativa para a dominação dos homens sobre as mulheres foram fervorosamente questionadas e estremecidas por um verdadeiro "terremoto" conceitual e político que é inseparável da trajetória do movimento feminista, outras assimetrias permaneceram bastante naturalizadas, como é o caso da *pressuposição de vulnerabilidade essencial* de crianças e de adolescentes. (2008 p. 04)

E ainda Lowenkron :

> Uma vez que outras assimetrias (como a de gênero e a de raça) foram objetos de lutas políticas por desessencialização, a 'criança' tem o seu lugar sacralizado fortalecido, devido a uma pressuposição de vulnerabilidade 'natural'. Sendo assim, dentre as diversas formas de relações assimétricas, o tema da 'violência contra crianças'7 adquire uma gravidade específica e alarmante a partir do final do século XX. Esse tema, por sua vez, será desmembrado em diferentes modalidades ou categorias, como "negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (art. 227 da CF/88). Dentre essas diversas categorias de 'violência contra criança', parece-me que o tema do 'abuso sexual' (que é configurado em qualquer relação sexual envolvendo 'criança' com 'adulto', mesmo que não haja coerção física) é considerado o caso mais dramático.(2008, p. 05)

CONJUNÇÃO CARNAL E ATO LIBIDINOSO

Carne e libido. Escrevendo e discutindo estes temas nos dias hodiernos dentro de um trabalho de conclusão de curso não se pode perceber a atmosfera da época em que estes termos foram forjado e de como a violência e a morte acompanhavam estas discussões. Pode-se afirmar, em uma análise histórica que as penas persentes são amenizações de penas passadas (como a fogueira e a tortura que a precedia).A conjunção carnal , discutida no contexto do medievo, estava para o antagonismo do espiritual. Ou seja, a carne era o oposto aquilo que era desejado como virtuoso, ou seja o espirito. A conjunção carnal era discutida quando se discutia pecado, mesmo dentro do matrimonio. A carne pecava e por esta razão era castigada. Discutir o castigo não cabe no presente trabalho uma vez que a teoria da pena necessita de espaço para ser discutida em seu corpo mínimo.

Mas vale a ressalva que o policiamento era sempre do corpo alheio. A naturalidade dos próprios corpos era disfarçada, e perdoada. Assim, com a amenização das penas, a discussão deixa de avançar. A conjunção carnal e o ato libidinoso que eram condenados a morte recebe novas penas, mais humanizadas (se é possível humanizar uma pena para os crimes promovidos pelos parâmetros que negam os mecanismos naturais do corpo), mas a discussão a respeito do crime em si está estagnada. A carne, tópico entusiasmado em púlpitos e altares de igrejas, tem em suas práticas a valoração inconsciente de gerações sepultadas, mas cujas vozes ecoam no inconsciente coletivo. Arquétipos de virtude e de pecado/crime são reescritos em formas aceitáveis para os dias atuais. A conjunção carnal ou seja o sexo, era proibido nas mais diversas modalidades nos ordenamentos filipinos. Não se poderia ter relações sexuais com mouros e judeus por razões gritantemente religiosas, não se poderia ter relações sexuais com um freira, baseando-se na mesma razão. O toque entre os corpos ressignificados pelo pensamento religioso estava, à época, proibido pela jura do fogo do inferno.

O ato libidinoso, ou seja voltado a libido, mais por ser libidinoso do que pelas configurações em que acontecia, estava fadado ao mesmo lago de fogo, antecipado em penas tipificadas nos ordenamentos e nos tribunais da inquisição. Se era libidinoso porque era carnal, se era carnal , não era espiritual, e por fim era condenado. O ato libidinoso era utilizado também para tipificar crimes que , segundo o entendimento religioso e baseado em cartas paulinas, ia de encontro a natureza do homem. Assim, a conjunção carnal era o ato sexual entre um homem e uma mulher. Mas atos sexuais entre homens tinham o condão de serem duplamente colocados como pecaminosos , uma vez que , diferente dos gregos, o pensamento judaico condenada desde os primevos textos a pratica de atos homossexuais. Assim para uma melhor delimitação o ato sexual entre dois homens ou duas mulheres não era confundido com conjunção carnal, mas com ato libidinoso, e este entendimento

alcançou os textos penal ate o ano da reforma penal trazida pela lei 12.015/2009. a lei 12.015/2009 trouxe o entendimento que a relação sexual anal não era considerada conjunção, mas ato libidinoso, atentado violento ao pudor. Esta delimitação sofreu uma flexibilização quando o entendimento extraído da reforma penal promovida pela lei 12.015/2009 possibilita entender que o homem também pode sofrer violência sexual, assim como a mulher, entendimento que antes da publicação da lei não poderia ser alcançado, pelo rigor do principio da legalidade penal.

Com o objetivo te traçar linhas seguras para o direito penal, a ampla discussão histórica a respeito de elementos como vontade, conduta, ação, etc, tomam forma analiticamente demonstradas como rígidas. A este trabalho interessa analisar o elemento conduta e vontade. No que diz respeito a conduta a evolução da teoria do direito penal aponta a conduta como a ação humana penalmente relevante e que tem em sua consumação a pratica de um crime..

ERRO DE TIPO E IDADE DE CONSENTIMENTO

Ser induzido ao erro pela compleição física do menor que se apresenta como alguém que já tem idade para emancipar-se no uso do corpo é uma circunstancia muito comum dentro dos inquéritos e processo criminais. Há de ser analisar , neste ponto do trabalho, em que medida a afirmação de idade suficiente para tornar atípica a conduta promovida pelo ato sexual pode ser questionada pela vulnerabilidade da consciência daquilo que se pratica, face a inexperiência do adolescente, ou em que medida a compleição física apresentada pela suposta vitima vem demonstrar que o agente foi induzido a erro.

É de se considerar que a reiterada pratica de declarar idade superior àquela que realmente tem, em face da difícil verificação da veracidade do alegado nas circunstancias de ensaios ao acasalamento, por si só não exclui a responsabilidade do agente quando este tem outros meios de visualizar a idade insuficiente ou de perceber que há uma margem possível que provoque a insegurança quanto a autorização legal para tal. Quando o menor, durante as conversas que se seguem ao conhecimento mutuo que antecede as praticas sexuais, alega que tem idade suficiente, a saber, é maior de 14 anos, esta a inserir no conhecimento que leva ao julgamento das acoes pelo entendimento pessoal, um elemento de erro. Questionando a idade de seu interlocutor, esta o agente a expressar preocupação com o mandamento legal. O limite legal não esta sendo ignorado, ou tratado com menoscabo. Busca-se na resposta a autorização ou a proibição do estado aos próximos passos.

VULNERABILIDADE

Uma adolescente maior de 14 anos pode, facilmente, não ter experiencia sexual ou educação sexual suficiente para que tenha uma relação sexual segura e consciente. Nestes termos, é possível que um adolescente tenha relações sexuais sem consequências penais, ou seja, com 14 anos completos, e não disponha de instrução suficiente para se proteger de doenças sexualmente transmissíveis, ou mesmo a gravidez na adolescência. Com uma gama diversa de doenças sexualmente transmissíveis, e que nem sempre podem ser prevenidas como o uso do preservativo, verifica-se que a exposição de um adolescente ao numero médio de informações que está exposto na escola, no seio da família, ou mesmo na mídia. Assim, uma das preocupações acerca da exposição prematura de um adolescente aos atos sexuais é que este venha a sofrer com o contagio de DSTs. A idade de consentimento não garante que esta consciência esteja presente. Assim a vulnerabilidade, em termos de plena consciência do que se faz em todas as suas consequências pode ser relativizada após completa a idade de consentimento. Além disso, com uma menor possibilidade de ser atemorizado, um adolescente menor de 14 anos pode ser intimidado, a ponto de não declarar sua oposição a pratica de qualquer ato sexual ou libidinoso que queiram praticar com o mesmo. Doutro lado, dizer que um adolescente menor de 14 anos é completamente inconsciente do que se trata o ato sexual, é no mínimo ingenuidade de que sustenta esta posição, em dias em que a informação chega aos indivíduos sem os devidos filtros promovidos anteriormente pela família e pela escola. Na construção da ideia de vulnerabilidade considerou-se que esta existe em termos psíquicos, físicos, econômicos etc. Assim, Em um mesmo indivíduo, em diferentes fases de sua vida, pode haver diferentes vulnerabilidades. No que concerne a idade de consentimento como marco autorizatório para a pratica de atos sexuais, as considerações que se levantam são relativas a consciência das consequências daquilo que esta a se praticar. E também são físicas , uma vez que, em regra, esta fisicamente impossibilitado de reagir ou se opor fisicamente a coação.

Capez, exemplificando, sem pretensão de propor *numero clausus*, Mirabete coloca como casos de vulnerabilidade a idade avançada, a pouca idade, doenças mentais incapacitantes .

DOLO EVENTUAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Há discussões acerca da incidência de dolo eventual de um determinado agente que mantendo relações sexuais ou outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal com um menor de 14r anos, mas que aparentava ter 14 ou mais idade, este agiu com dolo eventual, pois seria possível prever a possibilidade de se tratar de um menor de 14 anos, mas diante da possibilidade assumiu o risco de produzir o resultado. A produção de certeza comporta analise documental, o que nem sempre é possível ao agente. Ter a certeza que a suposta vitima tem a idade que declara só e garantidas quando a mesma vem apresentar documento incontestável de se verificar que a idade

cronológica que a mesma declara é a idade registrada em, documento oficial. Entendimento diverso tem a jurisprudência quando trata da duvida quanto a idade como um indicio do dolo eventual, onde o agente assume o risco de produzir um resultado naturalístico antijurídico. Exemplo é o voto do Ministro Sydney Sanches no HC 72.947:

> "Além disso, como sintetiza a feliz ementa do emérito Des. Hoeppner Dutra, é predominante o entendimento de que 'a simples dúvida, ou incerteza do acusando quanto à menoridade da vítima do estupro não exclui o delito, pois a hipótese configura o dolo eventual, que é o bastante para que a presunção de violência subsista'". (HC 72.947, voto do ministro Sydney Sanches, transcrevendo o trecho de parecer da PGR).Disponivel em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/Temas_penais.pdf>

EXAME DE CORPO DE DELITO

Na produção de elementos que possibilitam visualizar a materialidade daquilo que se imputa a um acusado em um processo penal , cujo crime deixa vestígios, recebe especial atenção o exame de corpo de delito. Com o fito de produzir elementos que determinem se houve um determinado crime, a apreciação dos elementos que deixam vestígios, no corpo de delito, o corpo e os elementos deixados no corpo são examinados nos casos de crimes contra a dignidade sexual.

O exame sexológico, onde se verifica se há vestígios do crime que se investiga. No caso do estupro de vulnerável, o exame em questão verifica se houve conjunção carnal. Como é mais comum que este tipo de conduta ocorra com adolescentes do sexo feminino, se verifica que até mesmo o exame de corpo de delito esta voltado mais para ao exame da genitália feminina, como o rompimento do hímen, a cicatrização recente ou antiga do hímen, os sinais da ostio, e a presença de fosfatase ácida prostática (PAP) no canal vaginal ou na vulva e e suas adjacências. Com a reforma da lei 12.015/09, a presença de sinais na região anal passa a ter importância, mesmo que a melhor bibliografia não venha ainda a produzir neste sentido. Nos melhores manuais de medicina legal há a omissão acerca do abuso sexual de um menor masculino, em face de sua raridade e a fuga do paradigma que coloca o feminino como objeto titular deste tipo de conduta. Assim a própria produção escrita da medicina legal dialoga com a representação do feminino violado. A invisível ressonância da virgindade das filhas, das esposas, de Maria, o sangue que clama por sangue e vingança, em sua primitividade camuflada pelo melhor discurso racional e médico. O negócio é maculado em seu objeto, e por essa razão deve receber reparação. Assim, este discurso histórico chega aos dias atuais como fragmentos, justificados em outras bases, e como dizia Umberto Eco, "montanhas de conhecimentos se perdem na sucessão de abismos que é a história humana". Este discurso tem seus fragmentos resignificados em outras bases, que em analise denunciam a historicidade de sua construção. Estas resignificações atravessam os fato, ou seja a idade em que

ocorreu o ato sexual; também afetam a valoração, que tem seu fundamento modificado em face de novos valores sustentados pela sociedade dos dias atuais; a norma é reformada para se adequar melhor a uma leitura social do proibido; a prova e suas produções estão na mesa esteira. Então, por mais que se diga que idade de consentimento alcança menores masculino e feminino, é verdadeira a afirmação que a incidência da norma contempla a representação do feminino. A prova do fato analisa a vagina, em sua fisiologia e anatomia. Nas páginas de autores clássicos como França, encontramos em um rápido folhear fotografias analíticas de vulvas, desenhos que pormenorizam os elementos da genitália feminina, mas não a masculina. Há uma nova realidade a ser analisada em termos de sexologia forense que ainda não tem espaço nas obras após a reforma de 2009. É de menor ocorrência mas não inexistente a pratica sexual com menores masculinos.

A importância de se discutir prova, com relação a idade de consentimento repousa no fato de que , tradicionalmente se coloca que a prova tem valor superior a confissão. A confissão, como se extrai das experiências penais históricas pode ser forjada por forças que estão desvinculadas a realidade dos fatos. É a prova que confirma ou nega os fatos alegados pela acusação e pela defesa. Não é diferente na investigação e no processo que busca elucidar a materialidade e autoria de uma conjunção carnal ocorrida fora da chamada idade de consentimento. A produção da prova é fundamental, e em especial a prova pericial. Neste caso, o exame de corpo de delito vai analisar os vestígios deixados na vitima, ou seja, os vestígios deixados na conjunção carnal com um menor de 14 anos. Como esta idade é coincidente com a pouca experiência sexual da vitima há uma valorização, no caso feminino, da presença do hímen em suas peculiaridades, como sinalizador da conjunção. Se o hímen é complacente ou não, se foi rompido ou não, se a rotura é completa ou parcial, ou mesmo se é antiga ou recente, se há cicatrização que aponte para esta antiguidade ou negue-a. Todos estes elementos estarão, na analise dos autos, ligando ou afastando a vitima do acusado.

Assim, em um processo onde o estupro de vulnerável consta como crime praticado, o exame de corpo de delito vem dar voz ao corpo humano, revelando elementos da fisiologia, da anatomia, da bioquímica, mas sempre orientados àquilo que se quer saber acerca da pratica. Ou seja elementos revelados pela fisiologia e anatomia são coagidos a testemunhar apenas o conveniente, mas talvez se pudessem falar mais no processo, estes poderiam contribuir mais do que se espera deles.

Um problema que persiste é saber se há resposta satisfatória para a questão que argui qual o valor social violado quando a membrana se rompe dentro de uma contagem gregoriana de dias, meses, anos e horas. Esta contagem é gregoriana em mais de um sentido. É de se verificar que a indignação social que produz uma norma é aquela que insistentemente atravessa gerações a ponto

de se solidificar como uma referencia os valores de uma determinada sociedade mesmo que , pelo menos, dentro de um período de média duração.Assim, na ideia de produção de norma, só se justifica elevar uma valoração a status de norma quando esta tem seus efeitos recepcionados não apenas pela geração que a produziu, mas também por outras que lhe são imediatas. A convivência entre estas gerações ou a convivência entre os valores de gerações distintas promove o debate acerca do tema em litigio. Persiste a desconfiança acera do homem de toga, veste por demais semelhante a uma indumentaria sacerdotal, que se debruça sobre o processo, e se este está livre do fantasma do intervencionismo religioso no estado sepultado pela proposta de um estado laico. Resta verificar se o processo confuso descrito por Kafka, onde não se sabe exatamente por que, por quem se é julgado está a acontecer. A construção das leis e de julgamentos pode permanecer escuro, se não expostos ao questionamento. Considerando-se um Papa infalível, considera-se seu calendário, o gregoriano, também infalível. Os últimos minutos da vigésima terceira hora, do trigésimo dia, do décimo segundo mês do décimo terceiro ano da existência de um menor separam o sagrado e o profano, como no templo de Jerusalém, no Yom Kippur. A mitra do sumo sacerdote penetra o santo dos santos, enquanto o sangue do sacrifício suja as adjacências do templo. O templo judaico, no templo do corpo. Ambos adorados. Ambos com dia certo para o sacrifício. Mas deus está satisfeito, pois o seu calendário foi cumprido, e ele sorri nas entrelinhas da lei.

A CONTAGEM DO TEMPO

14 anos no calendário gregoriano é a referencia ocidental a idade em questão. Não se deve subestimar uma breve analise do tempo enquanto referencia da segurança jurídica em fatos que tem como consequência a subtração do mesmo tempo na vida do acusado. E de se verificar que esta ideia de tempo, foi como o resto construída dentro de uma dada historicidade. Assim, a discussão acerca do tempo, suas contagens e referencias culturais é discutir, pontualmente a questão tempo. A idade é um tempo que se concretiza dentro de uma dada contagem. Como a referencia do calendário gregoriano é o movimento de translação do planeta, evidente fica que a translação da terra em redor do sol está a participar da idade de consentimento, no lugar de uma mais lógica e própria idade fisiológica do indivíduo. Na idade fisiológica não há limites claros, mas elementos diversos a serem considerados. Posto isto, é de se reconhecer a dança cósmica do acasalamento entre o deus cristão, a terra e o sol, que culmina com a cópula, ou lhe permite. Ou deve-se dar espaço para a fisiologia falar, e assim flexibilizar o imperativo religioso.

PREVENÇÃO PENAL E IDADE DE CONSENTIMENTO

Entende-se por prevenção penal a ideia que , visando justificar a existência da pena, da a esta ultima o condão de causar receio ao indivíduo quando este, conhecendo as penas colimadas pela lei, pensa em transgredi-la. Ou seja, é a prevenção causada pela pedagogia do medo em termos de legislação penal. Para não passar em brancas nuvens, é de se ressaltar que o conceito de pena encontra diversas definições para o termo em sua evolução filosófica. Assim a ideia de prevenção penal é uma delas.

No tocante ao combate aos crimes sexuais as penas cominadas tem, dentro de uma perspectiva de politica criminal, o condão de promover a prevenção penal. É dizer que a pena aplica ao caso concreto causa medo, é o exemplo do castigado para que se previna novas transgressões. É o transporte direto do castigo para o campo teórico, em termos mais eufêmicos. É na construção teórica que justifique a presença do castigo, ou seja da pena, que surgiu a necessidade de teorizar a prevenção penal. É neste contexto de politica criminal que a pena para o crime de estupor de vulnerável se encontra. Como um herdeiro direto da pena anterior, e obedecendo as mesmas razões lógicas de sua composição, a pena para o crime de estupro de vulnerável é a de reclusão de 8 a 15 amos. Ou seja é uma pena distante de beneficio como a transação penal, o sursis processual, a conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos ou mesmo sua conversão em pena pecuniária. Assim o condenado terá, se cumprida a reprimenda, uma pena onde sua liberdade individual será subtraída. O regime inicial, como a pena não é inferior a 8 anos é o regime fechado. A progressão de regime varia em função de elementos diversos encontrado no caso concreto. É uma pena dura, uma reprimenda sem leveza, como descrita por Foucault. Subtraindo o indivíduo de sua normalidade, da família, da convivência com uma sociedade saudável para ser segregado junto com pessoas dos mais variados níveis de periculosidade.

Esta pena, quando se diz referente ao uso da violência para a pratica do ato, não é de toda cruel, e pode ate mesmo ser considerada proporcional a ofensa a um ente ou ao individual dentro de sua própria perspectiva. Mas se considerada dentro da perspectiva da relativização de uma presunção, ou seja, se presumida é ainda relativa, não sendo de todo conhecida como verdadeira a violência usada, e podendo não existir, a pena soa como dura, desproporcional, e sem razão dentro do raciocínio final desta pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar, com o final da pesquisa que a idade de consentimento é um marco historicamente construído em bases diversas. Estas bases são colocadas dentro daquilo que se julga estrategicamente importante para cada época.

Em termos de direito comparado, percebemos que o discurso de combate a pedofilia está promovendo um consenso internacional com relação a necessidade de haver uma referencia etária para o combate a pedofilia e aos crimes sexuais.

No que concerne a presença de deias religiosas no ordenamento jurídico brasileiro, estas inda se encontram presentes, face a resquícios facilmente identificados em institutos jurídicos diversos, dentre estes a politização e disciplinarização do sexo em função do pensamento de virtude cristã.

A referencia da fisiologia é para a discussão da idade de consentimento uma contribuição importante que relativiza o marco da idade de consentimento em bases especialmente voltadas a fisiologia humana.

A discussão que relativiza a ideia de presunção de violência não é uma discussão nova, e deve ser oxigenada para se verificar os elementos do caso concreto.

A doutrina majoritária, ao lado da jurisprudência dominante nos tribunais, acompanha em cópia perfeita, as com sequencias da reforma penal promovida pela lei 12.015/09.A exceção a este caso aventa a discussão da relativização da presunção de violência como o nó górdio da questão.

Em suma, este trabalho alcança dentro dos limites propostos por um trabalho de conclusão de graduação, razoável discussão acerca da temática escolhida, em face da rarefeita bibliografia encontrada a disposição de compra e pesquisa.

Assim, dentro do que se propôs, a pesquisa lançou questionamentos a pontos da temática em questão, evidenciando que este debate não pode se restringir ao jurídico, mas deve contemplar o histórico e a realidade fisiológica do ser humano

REFERÊNCIAS

BARROS, José D´assunção. O Campo da História .Petrópolis: Vozes, 2009.

CASTRO, Flavia Lages de. História do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CHARTIER, Roger. A História Cultural entre práticas e representações. Trad.Maria Manuela Galhardo. Instituto de Cultura Portuguesa, 1985.

DE GEORGE G. Simpson Princípios de Taxonomia Animal. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989

DEL PRIORE, Mary. História do amor no Brasil 2. ed. . São Paulo : Contexto, 2006.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade. Vol 1. A vontade do saber. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. Rio de Janeiro,: Koogan, 2008.

GUYTON, Arthur C. Tratado de Fisiologia Médica. 9ª Ed. Guanabara Koogan.

LOWENKRON, Laura. Sexualidade e (Menor)idade: Estratégias de controle social em diferentes escalas. Rio de Janeiro: Ufrj, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. A genealogia da Moral . Rio de Janeiro: Ediouro.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Soza. Manual de Direito Penal. São Paulo: RT, 2010.

PASSOS, Ana Beatriz Guimarães. Absoluta ou relativa: Como o STF interpreta a presunção de violência. São Paulo: Sbdp, 2012.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil. São Paulo: revista Dos Tribunais, 2004.

PIMENTEL, Helen Ulhoa. A ambiguidade da moral colonial: casamento , sexualidade, normas e transgressões. Brasília: FACE, 2007.

ZAFARONNI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: RT, 2004.

ANEXOS

Texto de La loi de la pudeur.
La loi de la pudeur

«La loi de la pudeur» (entretien avec J. Danet, avocat au barreau de Nantes, P; Hahn, journaliste à Gai Pied, et G. Hocquenghem, Dialogues, France-Culture, 4 avril 1978), Recherches, no 37: Fous d'enfance, avril 1979, pp. 69-82.
Dits Ecrits III texte n° 263

Le Parement travaillait à la révision des dispositions du Code pénal concernant la sexualité et l'enfance. La Commission de réforme du Code pénal avait consulté M. Foucault, lui-même très attentif aux thèses conflictuelles soutenues par les différents mouvements de libération: les femmes voulaient la criminalisation du viol, les homosexuels, la décriminalisation de l'homosexualité; lesbiennes et pédophiles s'affrontaient comme ils s'affrontaient aux psychanalystes sur la notion de danger arrachée à la sexualité. M. Foucault défendit devant la Commission certains des arguments de la «Lettre ouverte sur la révision de la loi sur les délits sexuels concernant les mineurs». Finalement, en juin 1978, le Sénat votait la suppression de la discrimination entre actes homosexuels et hétérosexuels. L'attentat à la pudeur sans violence à l'égard d'un mineur de moins de quinze ans, quel que soit son sexe, était correctionnalisé, alors qu'il était jusque-là passible des assises.

Guy Hocquenghem, écrivain, fondateur du Front homosexuel d'action révolutionnaire (F.H.A.R.), avait pris à l'automne 1977, avec René Scherer, professeur au département de philosophie de Vincennes, l'initiative d'une «Lettre ouverte sur la révision de la loi sur les délits sexuels concernant les mineurs», signée notamment par Françoise Dolto, psychanalyste d'enfants et chrétienne. Cette lettre demandait une révision radicale du droit en matière sexuelle et de législation de l'enfance.

M. Foucault: Si nous avons tous les trois accepté de participer à cette émission (il y a maintenant plusieurs mois que le principe en avait été acquis), c'est pour la raison suivante. Une évolution assez large, assez massive, et qui, aux premiers regards, semblait irréversible, pouvait faire espérer que le régime légal imposé aux pratiques sexuelles de nos contemporains allait enfin se détendre et se disloquer. Régime qui n'est pas si ancien, puisque le Code pénal de 1810 ne disait pas grand-chose

sur la sexualité, comme si la sexualité ne devait pas relever de la loi; et c'est simplement au courant du XIXe siècle, et au XXe surtout, à l'époque de Pétain et au moment de l'amendement Mirguet (1960) *, que la législation de la sexualité est devenue de plus en plus pesante. Mais on peut constater, depuis une dizaine d'années, dans les moeurs, dans l'opinion, un mouvement pour faire évoluer ce régime légal. On a même réuni une Commission de réforme du droit pénal qui avait, qui a toujours pour tâche de rédiger à nouveau un certain nombre des articles fondamentaux du Code pénal. Et cette commission a effectivement admis, avec, je dois dire, beaucoup de sérieux, non seulement la possibilité, mais la nécessité de changer la plupart des articles qui régissent, dans la législation actuelle, le comportement sexuel.

* L'amendement Mirguet du 18 juillet 1960 augmente les peines prévues pour l'outrage public à la pudeur entre personnes du même sexe Journal officiel, no 51, 19 juillet 1960, p. 1981).

Cette commission, qui siège maintenant depuis plusieurs mois, a envisagé cette réforme sur la législation sexuelle au cours du mois de mai et juin derniers. Et je crois que les propositions qu'elle comptait faire étaient ce qu'on peut appeler libérales *. Or il semble bien que, depuis un certain nombre de mois, un mouvement en sens inverse est en train de se dessiner, un mouvement qui est inquiétant. D'abord, parce qu'il ne se produit pas seulement en France. Regardez ce qui se passe, par exemple, aux États-Unis, avec la campagne qu'Anita Bryant a menée contre les homosexuels, qui est allée jusqu'à friser l'appel au meurtre. C'est un phénomène que l'on peut constater en France. Mais, en France, on le constate à travers un certain nombre de faits particuliers, ponctuels, dont on parlera tout à l'heure (Jean Danet et Guy Hocquenghem en donneront certainement des exemples), mais qui semblent indiquer que, d'une part, dans la pratique policière et, d'autre part, dans la jurisprudence, on en revient plutôt à des positions fermes, des positions dures, des positions strictes. Et ce mouvement que l'on constate dans la pratique policière et judiciaire est malheureusement appuyé bien souvent par des campagnes de presse, ou par un système d'informations mené dans la presse. C'est donc dans cette situation, mouvement global qui tend vers le libéralisme, et puis phénomène de retour, contrecoup, coup de frein, peut-être même amorce du processus inverse, que nous devons discuter ce soir.

G. Hocquenghem: Il y a maintenant six mois, nous avons lancé une pétition qui demandait l'abrogation d'un certain nombre d'articles de loi, notamment ceux qui répriment les rapports entre majeurs et mineurs, ainsi que ceux qui répriment l'incitation de mineurs à la débauche et la décriminalisation des rapports entre majeurs et mineurs en dessous de quinze ans.

* C'est à partir de ces propositions qu'a été réalisée la réforme des articles 330-331. Les articles 330-333 du Code pénal concernent les attentats aux moeurs. Les articles 330 et 331 traitent de l'outrage public à la pudeur et de l'attentat à la pudeur sans violence contre mineurs.

L'alinéa 2 de l'article 330 sanctionne plus sévèrement l'outrage public à la pudeur contre nature entre personnes du même sexe (amendement Mirguet).

L'article 331 concerne la protection des mineurs de moins de quinze ans contre les attentats à la pudeur sans violence:

– 1er alinéa: «L'attentat à la pudeur de l'un ou l'autre sexe est puni de réclusion de cinq à dix ans depuis l'ordonnance du 8 février 1945»;

– 2e alinéa: «Les actes homosexuels -impudiques ou contre nature -avec mineur de moins de vingt et un ans sont punis d'une peine de prison de six mois à trois ans et d'une amende» (alors que la majorité hétérosexuelle est de quinze ans).

La loi du 5 juillet 1974 abaisse la majorité civile et politique à dix-huit ans et la majorité homosexuelle à dix-huit ans.

Les articles 332-333 traitent des crimes ou actes de violence (viol) à l'encontre des individus majeurs ou mineurs.

Beaucoup de gens l'ont signée, des gens qui se recrutent dans tout l'éventail politique, qui vont du Parti communiste à Mme Dolto. C'est donc une pétition qui a été signée par beaucoup de gens qui ne sont ni suspects d'être eux-mêmes particulièrement pédophiles, ni même suspects d'être des extravagants du point de vue politique. Nous avions l'impression qu'un certain mouvement se dessinait, et ce mouvement était confirmé par les documents que nous avions pu voir de la Commission de réforme du Code pénal. Ce que nous constatons aujourd'hui, donc, c'est que non seulement ce genre de mouvement est un petit peu une illusion libérale, qu'en fait il ne correspond pas à une transformation profonde dans la jurisprudence, dans le juger, ou dans la façon même d'instruire une affaire. Mais, en plus, au niveau de l'opinion, et de l'opinion proprement dite, c'est-à-dire des journaux, des radios, des télévisions, etc., c'est plutôt l'inverse qui semble s'amorcer, avec

de nouveaux arguments. Ces nouveaux arguments tournent essentiellement autour de l'enfance, c'est-à-dire autour de l'exploitation de la sensibilité populaire, la sensibilité de l'opinion et son horreur spontanée pour tout ce qui a trait au sexe quand c'est lié à l'enfant. Ainsi, un article du Nouvel Observateur commence par un chapeau disant que «la pornographie à l'égard de l'enfance est le dernier cauchemar américain et sans doute le plus terrible d'un pays sans doute fertile en scandales». Que la pornographie enfantine soit le plus terrible des scandales actuels, la disproportion même entre le sujet évoqué, la pornographie enfantine, même pas la prostitution, et l'immensité des drames et des répressions que peuvent subir par exemple les Noirs aux États-Unis saute aux yeux. Toute cette campagne sur la pornographie, sur la prostitution, sur tous ces phénomènes sociaux qui de toute façon sont sujets à discussion (personne, ici, ne songe à se faire le paladin de la pornographie ou de la prostitution enfantine) ne sert en fait qu'à en arriver à cette question essentielle: c'est encore pis quand les enfants sont consentants, c'est encore bien pis si ça n'est ni pornographique ni payé, etc. C'est-à-dire que tout le contexte criminalisant ne sert qu'à dégager le noyau de l'accusation: vous voulez faire l'amour avec des enfants consentants. Il ne sert qu'à souligner l'interdit traditionnel, et à le souligner d'une nouvelle manière, avec de nouveaux arguments, l'interdit traditionnel sur les rapports sexuels consentants sans violence, sans argent, sans aucune forme de prostitution, qui peuvent exister entre des majeurs et des mineurs.

J. Danet: On sait déjà que certains psychiatres considèrent que les rapports entre les enfants et les adultes sont toujours traumatisants. Et que, s'ils n'en gardent pas le souvenir, c'est que c'est dans leur inconscient, mais de toute façon ils sont marqués à jamais, ils deviendront caractériels. Donc, ce qui se prépare avec l'intervention des psychiatres au tribunal, c'est une manipulation du consentement des soi-disantes victimes, c'est une manipulation du consentement des enfants, c'est une manipulation de leur parole. Et puis il y a une utilisation, assez récente me semble-t-il, des textes répressifs, qu'il convient de noter parce que, peut-être, elle servira de tactique provisoire à la justice pour combler des manques. En effet, dans les institutions disciplinaires traditionnelles, la prison, l'école, l'asile, les infirmiers, les instituteurs suivaient un règlement très strict, la hiérarchie était toute proche, qui les surveillait en permanence, tout autant finalement qu'elle surveille les enfants ou les fous; par contre, dans les nouvelles instances de contrôle social, le contrôle par la hiérarchie est beaucoup plus difficile; et on peut se demander si on ne va pas assister à une utilisation des textes de droit commun: excitation de mineur à la débauche, par exemple, contre les travailleurs sociaux, les éducateurs. Et je remarque au passage que Villerot * est éducateur, que Gallien était médecin, même si les faits ne s'étaient pas déroulés pendant qu'il exerçait sa profession. Qu'en 1976, à Nantes, a eu lieu un procès d'un éducateur qui était accusé d'excitation de mineurs à la débauche

pour avoir fourni des contraceptifs aux garçons et aux filles dont il avait la charge. Donc, le droit commun servirait cette fois pour réprimer les éducateurs, les travailleurs sociaux qui ne feraient pas leur travail de contrôle social comme le désirent leurs hiérarchies respectives. Déjà, de 1830 à 1860, on voit les arrêts s'acharner littéralement sur les instituteurs, à tel point que certaines décisions de justice disent explicitement que l'article 334 ** du Code pénal sur l'incitation de mineurs à la débauche s'applique à certaines personnes, précisant entre parenthèses l'instituteur par exemple, alors que l'affaire en question ne concernait pas un instituteur.

* Gilbert Villerot publie dans le même numéro de la revue Recherches (pp. 167212) le dossier de son inculpation en 1977 pour «attentat à la pudeur sans violence sur mineur de quinze ans» transformée par la cour en «violences à enfant», délit moins grave sur le plan pénal pour lequel il fur condamné à un an de prison.

** L'objet initial de cet article était d'atteindre les proxénètes: «Celui qui s'entremet dans l'intérêt des passions des autres et non de ses passions personnelles». «Cependant, déclarait en 1851 la cour d'Angers, quand il s'agit de faits qui révoltent la nature [...], la loi doit s'appliquer dans son esprit à pareil cas [...] à l'instituteur par exemple qui excite des mineurs du même sexe à commettre sur sa personne des actes immoraux.» La loi du 6 août 1942 précise et confirme cette extension.

C'est dire à quel point tous ces textes finalement sont à la recherche des lieux par où pourraient bien s'introduire les pervers qui vont corrompre la jeunesse. C'est ça, l'obsession des juges. Ils n'ont pas réussi à définir les perversions. Ce sera la médecine et la psychiatrie qui le feront à leur place. Au milieu du XIXe siècle il leur vient une obsession: et si le pervers était partout? et on va commencer à les traquer dans les institutions les plus dangereuses, à risque, les populations à risque, avant l'époque où l'expression a été inventée. Actuellement, si on a pu croire pendant un temps que les textes de loi allaient reculer, c'est non pas parce qu'on pensait que la période était libérale, mais parce qu'on savait que des contrôles plus subtils allaient se mettre en place sur la sexualité. Et que peut-être l'apparente liberté qui camouflait ces contrôles sociaux plus souples, plus diffus allait entraîner une mise hors champ du juridique, du pénal. Ça n'est pas toujours nécessairement le cas, et on peut bien penser que des lois répressives traditionnelles fonctionneront ensemble avec des contrôles beaucoup plus subtils, une forme de la sexologie telle qu'on n'en a pas connue et qui investirait toutes les institutions, y compris scolaires.

M. Foucault: Il me semble en effet qu'on arrive là à un point qui est important. S'il est vrai qu'on est

à une mutation, il n'est pas vrai sans doute que cette mutation sera favorable à un allègement réel de la législation sur la sexualité. Jean Danet l'a indiqué, pendant tout le XIXe siècle s'est accumulée petit à petit, non sans beaucoup de difficultés, une législation très pesante. 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. Pratiquement, chaque fois qu'il fallait justifier une intervention législative dans le domaine de la sexualité, on invoquait le droit de la pudeur. Et on peut dire que toute la législation sur la sexualité, telle qu'elle a été mise en place depuis le XIXe siècle en France, est un ensemble de lois sur la pudeur. Il est certain que cet appareil législatif, qui visait un objet non défini, n'était jamais utilisé que dans des cas considérés comme tactiquement utiles. Il y a eu en effet toute la campagne contre les instituteurs. Il y a eu à un moment donné une utilisation contre le clergé. Il y a eu une utilisation de cette législation pour régler les phénomènes de prostitution d'enfants, qui ont été si importants dans tout le XIXe siècle, entre 1830 et 1880. Maintenant, on se rend bien compte que cet instrument, qui a pour lui l'avantage de la souplesse, puisque son objet n'est pas défini, ne peut pourtant pas subsister ainsi dès lors que ces notions de pudeur, d'outrage, d'attentat appartiennent à un système de valeurs, de culture, de discours; dans l'explosion pornographique et les profits qu'elle induit, dans toute cette nouvelle atmosphère, il n'est plus possible d'employer ces mots et de faire fonctionner la loi sur ces bases. Mais ce qui se dessine, et c'est pourquoi je crois qu'il était important, en effet, de parler du problème des enfants, ce qui se dessine, c'est un nouveau système pénal, un nouveau système législatif qui se donnera pour fonction non pas tellement de punir ce qui serait infraction à ces lois générales de la pudeur que de protéger des populations ou des parties de populations considérées comme particulièrement fragiles. C'est-à-dire que le législateur ne justifiera pas les mesures qu'il propose en disant: «Il faut défendre la pudeur universelle de l'humanité»; mais il dira: «Il y a des gens pour qui la sexualité des autres peut devenir un danger permanent.» Ainsi, les enfants, qui peuvent se trouver aux prises avec une sexualité adulte qui leur sera étrangère, et qui risque fort de leur être nuisible. De là une législation faisant appel à cette notion de population fragile, de populations à haut risque comme on dit, et à tout un savoir psychiatrique ou psychologique imbibé d'une psychanalyse de bonne ou de mauvaise qualité, peu importe au fond; et cela donnera aux psychiatres le droit d'intervenir deux fois. Premièrement, en termes généraux, pour dire: oui, bien sûr, la sexualité de l'enfant existe, ne revenons plus à ces vieilles chimères qui nous faisaient croire que l'enfant était pur et ne savait pas ce que c'est que la sexualité. Mais nous autres psychologues, ou psychanalystes, ou psychiatres, pédagogues, nous savons parfaitement que la sexualité de l'enfant est une sexualité spécifique, qui a ses formes

propres, qui a ses temps de maturation, qui a ses moments forts, qui a ses pulsions spécifiques, qui a ses latences également. Cette sexualité de l'enfant est une terre qui a sa géographie propre où l'adulte ne doit pas pénétrer. Terre vierge, terre sexuelle certainement, mais terre qui doit garder sa virginité. Il interviendra donc comme caution, comme garant de cette spécifité de la sexualité enfantine, pour la protéger. Et d'autre part, dans chaque cas particulier, il dira: voilà qu'un adulte est venu mêler sa sexualité à la sexualité de l'enfant. Peut-être l'enfant avec sa sexualité propre a pu désirer cet adulte, peut-être même a-t-il consenti, peut-être même a-t-il fait les premiers pas. On admettra que c'est lui qui a séduit l'adulte; mais nous autres, avec notre savoir psychologique, nous savons parfaitement que même l'enfant séducteur risque et même dans tous les cas va subir un certain dommage et un traumatisme du fait qu'il aura eu affaire à un adulte. Par conséquent, il faut protéger l'enfant de ses propres désirs, dès lors que ses désirs l'orienteraient vers l'adulte. C'est le psychiatre qui pourra dire: «Je peux prédire qu'un traumatisme de telle ou telle importance va se produire à la suite de tel ou tel type de rapports.» C'est par conséquent, à l'intérieur du nouveau cadre législatif destiné essentiellement à protéger certaines fractions fragiles de la population, l'instauration d'un pouvoir médical, qui sera fondé sur une conception de la sexualité, et surtout des rapports de la sexualité enfantine et adulte, qui est entièrement contestable.

G. Hocquenghem: Il y a tout un mélange de notions qui permettent de fabriquer cette notion de crime, ou d'attentat à la pudeur, un mélange très complexe sur lequel on n'a pas le temps ici de disserter longuement, mais qui comprend à la fois des interdits religieux sur la sodomie, à la fois des données complètement nouvelles comme celles auxquelles Michel Foucault a fait allusion, sur ce qu'on croit savoir de la totale étrangeté de l'univers enfantin et de l'univers adulte. Mais l'évolution globale, indiscutablement, maintenant, c'est non seulement de fabriquer un type de crime qui est tout simplement le rapport érotique ou sensuel entre un enfant et un adulte, mais, d'autre part, puisque ça peut s'isoler sous la forme d'un crime, de créer une certaine catégorie de la population définie par le fait qu'elle s'adonne à ces plaisirs-là. Alors, il existe une catégorie particulière de pervers, au sens propre, de monstres qui ont comme but dans la vie de pratiquer le sexe avec les enfants. Ils deviennent d'ailleurs des pervers et des monstres isolables, puisque le crime en tant que tel est reconnu et constitué, et désormais renforcé par tout l'arsenal psychanalytique et sociologique. On est en train de nous fabriquer de toutes pièces un type de criminel, et un criminel qui est tellement horrible à concevoir que son crime, à la limite, se passe de toute explication, de toute victime. Un peu à la façon dont fonctionne cette espèce de monstre juridique, ce terme d'attentat sans violences: un attentat commis sans violence, improuvable de toute façon, qui ne laisse aucune trace, puisque l'anuscope lui-même est incapable de retrouver la

moindre petite blessure qui légitimerait d'une façon ou d'une autre la notion de violence. L'outrage public à la pudeur d'une certaine façon réalise aussi cela, dans la mesure où, comme chacun sait, l'outrage en question n'a pas du tout besoin d'un public pour être constitué. Dans le cas de l'attentat sans violence, celui où on n'a pu vraiment rien trouver, rien de rien de rien, zéro, dans ce cas-là, le criminel est simplement criminel parce qu'il est criminel, parce qu'il a ces goûts-là. Ce qu'on pourrait appeler traditionnellement un crime d'opinion. Voyez le cas Paradjanov. Quand une délégation est arrivée à Paris voir le représentant de l'ambassade de l'U.R.S.S. pour porter une protestation, le représentant de l'U.R.S.S. lui a répondu: «Vous ne savez pas, au fait, pourquoi il est condamné: il est condamné pour viol d'enfant.» Ce représentant lisait la presse, il savait bien que ce terme fait plus peur que n'importe quel autre. La constitution de ce nouveau type de criminel, la constitution de cet individu assez pervers pour faire une chose qui s'était toujours faite jusqu'à présent sans que personne ait cru bon d'y mettre son nez, c'est une démarche extrêmement grave au point de vue politique. Même si elle n'a pas atteint les dimensions qu'ont eues les campagnes contre les terroristes, ce sont néanmoins plusieurs centaines d'affaires par an qui passent devant les tribunaux. Et cette campagne dit qu'une certaine partie de la population doit désormais être considérée a priori comme criminelle, peut-être pourchassée dans des opérations du type «Aidez la police», et ça été le cas pour Villerot. Le rapport de gendarmerie note avec intérêt que la population a participé à la recherche, que les voitures ont recherché le satyre. En quelque sorte, le mouvement se nourrit de lui-même. Le crime s'évanouit, personne ne se préoccupe plus de savoir s'il y a eu en fait un crime ou non, si quelqu'un a été lésé ou non. Personne ne se préoccupe même plus de savoir s'il y a eu une victime. Le crime se nourrit totalement de lui-même par la chasse à l'homme, par l'identification, l'isolement de la catégorie d'individus considérés comme les pédophiles. Il aboutit à cette forme d'appel au lynchage que représentent aujourd'hui certains articles de presse.

J. Danet : Il est certain que les avocats qui défendent ces affaires ont énormément de problèmes. Mais c'est précisément ces problèmes sur lesquels je voudrais faire une remarque. Dans des affaires comme celle de Croissant * ou d'avocats de terroristes, les avocats étaient considérés immédiatement comme de dangereux complices des terroristes. Tout ce qui touchait de près ou de loin à la chose était complice. Un peu de la même façon, le problème de la défense de quelqu'un qui est inculpé pour attentat aux moeurs avec un mineur, en province notamment, est extrêmement grave, parce que beaucoup d'avocats ne peuvent tout simplement pas prendre cette défense, évitent de le faire, préfèrent être commis d'office. Car, d'une certaine façon, quiconque défend un pédophile peut être soupçonné d'on ne sait quelle obscure sympathie pour cette cause-là, obscure sympathie dont les juges entre eux pensent toujours: s'il les défend, c'est qu'il n'est pas tellement contre lui-

même, au fond.

* Voir supra, no 210.

Fait grave, que je cite un peu en riant, mais qui est connu par tous ceux qui ont eu affaire à la justice et en province et à Paris pour ces affaires-là: il est extrêmement difficile, et pour l'avocat de défendre cette affaire, et même à la limite de trouver un avocat qui accepte de la défendre. Un avocat pourra défendre très facilement un truand, un meurtrier qui a dix vieilles dames sur le dos. Ça n'a aucune importance. Mais défendre quelqu'un qui a effleuré la bite d'un gamin pendant une seconde, ça, c'est un vrai problème. Ça fait partie de l'ensemble qui se constitue autour de ce nouveau criminel, l'adulte pratiquant les rapports érotiques avec l'enfance.

Je m'excuse de faire référence encore une fois à l'histoire, mais je crois qu'en cette matière elle bégaie un petit peu, et qu'on peut se référer utilement à ce qui s'est passé au XIXe et au début du XXe. On a vu, lorsqu'une lettre ouverte à la commission de réforme du Code pénal a été publiée et que des signatures ont été mises au bas de cette lettre, on a vu un certain nombre de psychologues, de sexologues, de psychiatres venir signer cette lettre. Ils demandaient donc une décriminalisation de l'attentat à la pudeur sur mineur de quinze ans, un régime différent pour les attentats à la pudeur sur les mineurs de quinze à dix-huit ans, une suppression des outrages publics, etc.

Mais ce n'est pas parce que des psychiatres, des psychologues venaient réclamer un aggiornamento de la loi sur ce point qu'ils étaient plutôt aux côtés de ceux qui subissent ces répressions. Je veux dire que ce n'est pas parce qu'on lutte contre un pouvoir, en l'occurrence le pouvoir légal, qu'on est aux côtés de ceux qui le subissent. Un exemple historique pour le prouver, c'est l'exemple de l'Allemagne où, dès le XIXe siècle, dès 1870, tout un mouvement a protesté contre une loi qui, elle, visait tous les homosexuels, le paragraphe 175 du Code pénal allemand. Ce n'était même pas un délit d'habitude, il n'y avait pas besoin d'être un homosexuel reconnu, un seul acte homosexuel suffisait, quel qu'il soit. Alors, tout un mouvement s'est mis en place, et qui était composé d'homosexuels mais aussi de médecins, de psychiatres qui venaient réclamer l'abrogation de ce texte de loi. Or, quand on lit la littérature que publiaient ces médecins et ces psychiatres, on est absolument convaincu qu'ils n'attendaient qu'une chose, de l'abrogation de ce texte de loi, pouvoir s'emparer eux-mêmes des pervers et pour pouvoir les traiter avec tout le savoir qu'ils prétendaient avoir acquis depuis 1860 environ. Avec Morel, le Traité des dégénérescences *, c'est la mise en place de toute la nosographie sur les perversions; et ces psychiatres réclamaient en fait qu'on leur

livre les pervers, que le droit renonce à connaître de la pudeur, lui qui en parle si mal, de façon si peu scientifique, et qu'enfin ils puissent traiter au cas par cas peut-être de façon moins agressive, peut-être de façon moins systématique, moins aveugle que la loi; mais qu'ils puissent dire au cas par cas qui est coupable, ou plutôt qui est malade, et décider en toute tranquillité des mesures à prendre. Alors je ne dis pas que les choses se reproduisent de la même façon, mais il est intéressant de voir comment deux instances peuvent être en concurrence pour s'emparer de cette population de pervers.

M. Foucault: Je ne vais cetainement pas résumer tout ce qui a été dit. Je crois qu'Hocquenghem a bien montré ce qui était en train de naître actuellement vis-à-vis de ces couches de population qu'il faut protéger. D'un côté, il y a une enfance qui par sa nature même est en danger, et qu'on doit protéger contre tout danger possible avant même par conséquent tout acte ou toute attaque éventuelle. Et puis en face, on va avoir des individus dangereux, et les individus dangereux, ça va être évidemment l'adulte en général, de sorte que, dans le nouveau dispositif qui est en train de se mettre en place, la sexualité va prendre une tout autre allure que celle qu'elle avait autrefois. Autrefois, les lois interdisaient un certain nombre d'actes, actes d'ailleurs d'autant plus nombreux qu'on n'arrivait pas très bien à savoir ce qu'ils étaient, mais enfin c'était bien à des actes que la loi s'en prenait. On condamnait des formes de conduite. Maintenant, ce qu'on est en train de définir, et ce qui, par conséquent, va se trouver fondé par l'intervention et de la loi, et du juge, et du médecin, ce sont des individus dangereux. On va avoir une société de dangers, avec, d'un côté, ceux qui sont mis en danger et, d'un autre côté, ceux qui sont porteurs de danger. Et la sexualité ne sera plus une conduite avec certaines interdictions précises; mais la sexualité, ça va devenir une espèce de danger qui rôde, une sorte de fantôme omniprésent, fantôme qui va se jouer entre hommes et femmes, entre enfants et adultes, et éventuellement entre adultes entre eux, etc. La sexualité va devenir cette menace dans toutes les relations sociales, dans tous les rapports d'âges, dans tous les rapports d'individus.

* Morel (B.-A.), Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales de l'espèce humaine, et des causes qui produisent ces variétés maladives, Paris, Baillière, 1857.

C'est là sur cette ombre, sur ce fantôme, sur cette peur que le pouvoir essaiera d'avoir prise par une législation apparemment généreuse et en tout cas générale; et grâce à une série d'interventions ponctuelles qui seront celles, vraisemblablement, des institutions judiciaires appuyées sur les institutions médicales. Et on aura là tout un nouveau régime de contrôle de la sexualité; mais que, dans la seconde moitié du XXe siècle, elle soit certes décriminalisée, mais pour apparaître sous la

forme d'un danger, et d'un danger universel, c'est là un changement considérable. Je dirais que c'est là le danger.

DÉBAT

P. Hahn: Je voulais simplement évoquer un ouvrage qui est paru il y a déjà une dizaine d'années, mais qui me paraît dans le contexte actuel assez important. Il s'agit d'un ouvrage sur la personnalité des exhibitionnistes. D'une part, donc, il y a cette classification qui aboutit à exclure un certain type d'exhibitionnistes de ce que j'appellerais le système de rééducation psychanalyste, et, d'autre part, cela consiste en fait à revenir, mais sous des formes assez différentes, en apparence à la notion de criminel-né. Je voudrais simplement citer cette phrase du livre parce qu'elle me paraît significative et je dirai pourquoi ensuite: «La perversion exhibitionniste -il s'agit d'une catégorie de pervers exhibitionnistes -, la perversion exhibitionniste répond ici à un phénomène d'amputation radicale d'une partie de l'instinctuel et cette amputation se fait à un stade qui n'est ni génital ou pas génital de l'évolution sexuelle, mais en ce lieu encore mystérieux où personnalité et instinct me semblent potentiels.»

Oui, on en revient à la notion de criminel-né selon Lombroso *, que l'auteur avait lui-même cité auparavant. Il s'agit au fond de quelque chose qui est là avant la naissance, qui serait dans l'embryon; et si je parle de l'embryon, c'est parce qu'à l'heure actuelle on assiste à un retour en force de certaines méthodes, sous des formes peut-être nouvelles: des méthodes telles que la psycho-chirurgie où, par exemple, on opère des homosexuels du cerveau, on opère des pédophiles du cerveau, on opère des violeurs du cerveau. D'un autre côté se pratiquent des manipulations génétiques, on en a vraiment la preuve, encore récemment, en Allemagne de l'Est notamment. Tout ça me paraît en fait très inquiétant. Certes, c'est de la pure répression.

* Lombroso (C.), L'Homme criminel, criminel-né, fou moral, épileptique. Étude anthropologique et médico-légale (trad, Regnier et Bounet), Paris, F, Alcan, 1887, 2 vol.

Mais, d'un autre côté, ça témoigne aussi d'une certaine utilisation de la critique de la psychanalyse dans un sens tout à fait, je dirais entre guillemets, réactionnaire.

L'expert auteur de ce texte que je viens de citer, s'appelle Jacques Stephani, psychiatre à Bordeaux (contribution à l'étude de la personnalité exhibitionniste). L'expert dit textuellement que le juge doit

agir comme un élément dans un processus de rééducation thérapeutique, sauf dans le cas extrême où le sujet est considéré comme irréducable. C'est le fou moral, le criminel-né de Lombroso.

En effet, cette idée que la législation, l'appareil judiciaire, le système pénal, la médecine elle-même doivent s'en prendre essentiellement à des dangers, à des individus dangereux plutôt qu'à des actes date à peu près de Lombroso, et donc il n'est pas du tout étonnant qu'on retrouve la thématique de Lombroso actuellement. La société a à se défendre contre les individus dangereux. Il y a des individus dangereux par nature, par hérédité, par code génétique, etc.

Question: Je voulais simplement demander à Guy Hocquenghem qui nous a brossé un tableau de quelques exemples actuels en matière de répression de ce type d'actes, comment on peut envisager un certain nombre d'alliances pour lutter sur ce plan. Les alliés naturels de ce type de mouvements, qui sont, disons, les groupements progressistes, ont quelques réticences à se mêler de ces affaires. Des mouvements comme le mouvement des femmes focalisent leur militantisme sur des problèmes tels que le viol, et en fait réussissent à accroître la pénalisation de ces affaires-là.

G. Hocquenghem: Nous avons fait très attention dans le texte de la «Lettre ouverte au Code pénal». Nous avons pris bien soin de parler exclusivement de l'attentat à la pudeur sans violence et d'incitation de mineur à la débauche. Nous avons pris extrêmement soin de ne pas, d'aucune manière, aborder le problème du viol, qui est totalement différent. Maintenant, je suis d'accord avec toi sur une chose, c'est qu'on a tous vu cette émission sur le viol à la télévision, qu'on a tous été choqués par les réactions qu'elle a suscitées en France, allant jusqu'à des coups de téléphone exigeant la castration chimique des violeurs. Il y a deux problèmes. Il y a le problème du viol proprement dit sur lequel les mouvements féministes et les femmes en général se sont parfaitement bien exprimés, mais il y a l'autre problème des réactions au niveau de l'opinion. On déclenche des effets secondaires de chasse à l'homme, de lynchage ou de mobilisation morale.

J. Danet: Je voudrais ajouter quelque chose en réponse à la même question. Quand nous disons que le problème du consentement est tout à fait central dans les affaires de pédophilie, nous ne disons pas que le consentement est toujours là, bien entendu. Mais, et c'est là où on peut dissocier l'attitude de la justice dans le cas du viol et dans le cas de la pédophilie, dans le cas du viol, les juges considèrent qu'il y a une présomption de consentement de la part de la femme, et qu'il y a à démontrer le contraire. Alors qu'en matière de pédophilie, c'est l'inverse. On considère qu'il y a une présomption de non-consentement, une présomption de violence, même dans le cas où on n'a pas pu

inculper d'attentat à la pudeur avec violence; dans le cas où on s'est rabattu sur le texte de l'attentat à la pudeur sans violence, c'est-à-dire du plaisir consenti. Parce qu'attentat à la pudeur sans violence, il faut bien dire que c'est la traduction répressive et juridique du plaisir consenti. Il faut bien voir comment on manipule le système des preuves; de façon inverse dans le cas du viol de femmes et dans le cas de l'attentat à la pudeur pédophile.

Question: L'opinion, y compris l'opinion éclairée comme celle des médecins de l'Institut de sexologie, demande à quel âge il y a un consentement certain. C'est un gros problème.

M. Foucault: (...) Oui, c'est difficile de fixer des barrières. Une chose est le consentement, une autre est la possibilité pour un enfant d'être cru lorsque, parlant de ses rapports sexuels ou de son affection, de sa tendresse, ou de ses contacts (l'adjectif sexuel est souvent gênant là-dedans, car il ne correspond pas à la réalité), autre chose donc est la capacité que l'on reconnaît à l'enfant d'expliquer ce qu'il en est de ses sentiments, ce qu'il en a été de son aventure, et la crédibilité qu'on lui accorde. Or, quant aux enfants, on leur suppose une sexualité qui ne peut jamais se porter vers un adulte, et d'un. Deuxièmement, on suppose qu'ils ne sont pas capables de dire sur eux-mêmes, d'être suffisamment lucides sur eux-mêmes. Qu'ils n'ont pas suffisamment la capacité d'expression pour expliquer ce qu'il en est. Donc, on ne les croit pas. On les croit non susceptibles de sexualité et on ne les croit pas susceptibles d'en parler. Mais après tout, écouter un enfant, l'entendre parler, l'entendre expliquer quels ont été effectivement ses rapports avec quelqu'un, adulte ou pas, pourvu qu'on écoute avec suffisamment de sympathie, doit pouvoir permettre d'établir à peu près quel a été le régime de violence ou de consentement auquel il a été soumis. Aller supposer que du moment qu'il est un enfant on ne peut pas expliquer ce qu'il en est, que du moment qu'il est un enfant il ne peut pas être consentant: il y là deux abus qui sont intolérables, inacceptables.

Question: Si vous étiez le législateur, vous ne fixeriez aucune limite et vous laisseriez aux juges le soin d'apprécier s'il y a eu ce qu'on appelle en droit un vice du consentement, s'il y a eu manoeuvre dolosive? est-ce là votre pensée?

M. Foucault: De toute façon, une barrière d'âge fixée par la loi n'a pas beaucoup de sens. Encore une fois, on peut faire confiance à l'enfant pour dire si oui ou non il a subi une violence. Après tout, un juge d'instruction du Syndicat de la magistrature, qui était un libéral, m'a dit, un jour où nous parlions de cette question-là: «Après tout, il y a des filles de dix-huit ans qui sont pratiquement obligées de faire l'amour avec leur père ou leur beau-père; elles ont beau avoir dix-huit ans, c'est un

système de contrainte qui est intolérable.» Et qu'elles éprouvent d'ailleurs comme intolérable, à condition du moins qu'on veuille bien les écouter et les mettre dans des conditions telles qu'elles puissent le dire.

G. Hocquenghem: D'une part, on n'a pas du tout mis dans ce texte de limite d'âge. Nous ne nous considérons pas de toute manière comme des législateurs, mais simplement comme un mouvement d'opinion qui demande l'abrogation d'un certain nombre de textes législatifs. Sans en fabriquer de nouveaux, ce qui n'est pas notre rôle. Quant à cette question du consentement, je préfère les termes qu'a employés Michel Foucault: écouter ce que dit l'enfant et lui accorder un certain crédit. Cette notion de consentement est de toute façon piégée. Il est certain que la forme juridique d'un consentement intersexuel est un non-sens. Personne ne signe un contrat avant de faire l'amour.

M. Foucault: C'est une notion contractuelle.

G. Hocquenghem: C'est une notion purement contractuelle. Quand nous disons que les enfants sont «consentants» dans ces cas-là, nous voulons simplement dire ceci: en tout cas, il n'y a pas eu de violences ou de manoeuvres organisées pour leur arracher les rapports affectifs ou érotiques. Point important, d'autant plus important pour les enfants qu'effectivement obtenir devant un juge l'organisation d'une cérémonie où les enfants viendraient dire s'ils ont été effectivement consentants, c'est une victoire ambiguë. L'affirmation publique du consentement à de tels actes est extrêmement difficile, on l'a constaté. Tout le monde, les juges, les médecins, l'accusé savent que l'enfant était consentant, mais personne n'en parle parce que de toute façon il n'y a pas moyen d'en faire état. Ce n'est pas simplement l'effet d'une interdiction de la loi; c'est une impossibilité réelle à traduire un rapport très complet entre un enfant et un adulte. Relation qui est progressive, qui est longue, qui passe par toutes sortes de détours, qui ne sont pas du ment sexuels, par toutes sortes de types de contacts affectifs. La traduire en termes de consentement juridique est une absurdité. De toute façon, si on écoute ce que dit l'enfant, et s'il dit: «Je voulais bien», ça n'a pas la valeur juridique d'un consentement. Mais je me méfie aussi beaucoup de cette reconnaissance formelle de consentement du mineur, parce que je sais qu'on ne l'obtiendra jamais et qu'elle est en fait vide de sens.<