



ISSN: 2230-9926

Available online at <http://www.journalijdr.com>

# IJDR

International Journal of Development Research

Vol. 11, Issue, 11, pp. 51714-51722, November, 2021

<https://doi.org/10.37118/ijdr.23252.11.2021>



RESEARCH ARTICLE

OPEN ACCESS

## ESTUPRO: A PROPEDÊUTICA HISTÓRICO-MUNDIAL, BEM COMO A PREOCUPANTE DELIMITAÇÃO ATUAL E PROPOSTA COMPARATIVA COM O DIREITO PENAL FRANCÊS

\*Marcelo Moreira Gonçalves

Advogado militante; Bacharel em Curso de Direito pela Faculdade Quirinópolis (FAQUI); Brasil

### ARTICLE INFO

#### Article History:

Received 28<sup>th</sup> August, 2021

Received in revised form

20<sup>th</sup> September, 2021

Accepted 14<sup>th</sup> October, 2021

Published online 28<sup>th</sup> November, 2021

#### Key Words:

Estupro. Estupro Na História. Direito Penal Comparado: Brasil vs. França. Período de Segurança Francês.

#### \*Corresponding author:

Marcelo Moreira Gonçalves

### ABSTRACT

Julga-se importante a temática trabalhada pelo fato de que há recentes alterações legislativas, v.g., quando houve a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor e a mais recente alteração operada pela lei nº 13.718/18, com a inserção dos crimes de importunação sexual, vingança pornográfica e a divulgação de cenas de estupro. Propõe-se, além disso, no decorrer do manuscrito, identificar o *gap*, ou seja, os elevados números de ocorrências de crimes desta natureza, além da lacuna que existe sobre trabalhos nacionais analisando um instrumento importante utilizado no sistema penal francês: período de segurança. Valendo-se, como método, de pesquisa comparativa e de revisão bibliográfica, levantamento de dados e questionamentos para que ao final o leitor saiba com propriedade sobre a delimitação não tão somente atual, como também histórica, legal, internacional e aplicada sobre a temática “estupro” em termos gerais.

Copyright © 2021, Marcelo Moreira Gonçalves. This is an open access article distributed under the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Citation: Marcelo Moreira Gonçalves. “Estupro: a propedêutica histórico-mundial, bem como a preocupante delimitação atual e proposta comparativa com o direito penal francês”, *International Journal of Development Research*, 11, (11), 51714-51722.

## INTRODUCTION

*Ab initio*, ao se fazer uma análise conglobada no que concerne ao crime de estupro notar-se-á caracteres que o distinguem, peculiarmente, de qualquer outro tipo penal e, diga-se mais, de qualquer outro fato social por seus contornos de ordem não tão somente legais, como também psicológica, sociológica, moral, filosófica e de política criminal, além de ilações históricas porquanto desde os povos antigos e as civilizações mais rudes até as atuais e modernas que com distinta resiliência ou repúdio se tratam sobre tal crime, como restará demonstrado no transcorrer deste manuscrito. Deveras, como se afirmava Néelson Hungria (1958, p. 94), argumentando que pretenderam outrora criar uma ciência própria com acunha “sexologia criminal” pela tamanha pertinência deste assunto e de pesquisas sobre o mesmo. É importante, ainda, ressaltar seus vários contrastes e vetores legais — ora prós ora contras — na ordem interna brasileira, quer seja em períodos autoritários, de cunho totalitário e de governança ao bel prazer ditatorial, quer seja em períodos de democratização aonde de encontro com as anteriores retóricas o poder estatal por meio de suas leis protege e garante os direitos inerentes a todos enquanto cidadãos; contudo, o que se destaca e merece maior ênfase é sua atual delimitação, nacional e internacional, e o que muito preocupa, sobremaneira ao Estado social especialmente enquanto fiscal da boa ordem social, são os elevados

números de casos que de maneira reiterada e deletéria se tem todos os dias. Com precisão que lhe é peculiar Foucault já articulava que “para cada crime, sua lei; para cada criminoso, sua pena”; mas e quando tais proposições de nada influem no sentido de se fazer diminuir os números de crimes desta ordem que acometem, de forma inexorável e indelével, cada vez mais pessoas?

De seu turno, porém, apesar de existirem vários trabalhos e manuscritos sobre este crime, ao se analisar vários ordenamentos (tais como alguns que foram trabalhados nesta pesquisa: Alemanha Nazista, Irã, Noruega, Argentina, Japão e França) destaca-se o Francês, por conta de um instrumento de transcendental importância, por este utilizado, *videlicet*: período de segurança. O qual o presente trabalho dedica atenção especial ao fazer sua devida explanação, principalmente por não haver trabalho nacional analisando tal ferramenta francesa, tanto quanto peculiar e averiguação de sua (in) compatibilidade com o ordenamento brasileiro, bem como analisando a (des) necessidade de utilização da resposta estatal por meio de mecanismos punitivos. Antes de se adentrar em uma análise aprofundada e em elucubrações técnicas sobre o crime de estupro se faz mister tentar localizar, historicamente, a origem desta conduta. Explorando sobre este assunto, Néelson Hungria ao tratar sobre suas generalidades traça em linhas gerais a sua origem pré-histórica mencionando que: o pudor foi uma ferramenta precípua que a mulher se viu na necessidade vital de utilizar “para não sucumbir a uma

*ingrata vis*” (HUNGRIA, 1958, p.90), leia-se “*ingrata vis*” como força ofensiva, ou seja, primitivamente a mulher se utilizou do pudor para somente se entregar aquele homem cujo seu livre arbítrio assim lhe aprovesse, ou somente para aquele que fosse a sua predileção. O pudor a que se refere o autor está correlacionado diretamente com a utilização de vestimentas colimando ocultar as partes íntimas antes descobertas e, por conseguinte, na proteção contra ataques de outros machos porquanto estes não teriam a sua vista, a não ser se a mulher se despiu tais partes. Contudo, malograda foi tal iniciativa, pois “Ocultar é fornecer alimento à curiosidade e ao desejo”, e o resultado foi o inverso, alimentou-se a concupiscência masculina primitiva, pois as belas curvas que a mulher ostenta se fizeram mais visíveis do que nunca e aumentou-se a excitação pela via do mistério (HUNGRIA, 1958, p. 91). Ainda, a título introdutório, Cesare Lombroso (2007, p. 141) em sua obra colossal “O Homem delinquente” ao analisar os caracteres que se repetem entre os perfis dos estupradores averiguou que de modo quase que padronizado e com constância, por meio de estatísticas e conjecturas, que “Muitos estupradores têm os lábios grossos, cabelos abundantes e negros, olhos brilhantes, voz rouca, alento vivaz, frequentemente semi-impotentes e semi-alienados, de genitália atrofiada ou hipertrofiada, crânio anômalo, dotados muitas vezes de cretinice e raquitismo”.

**Historiografia do Tema:** Desde os povos e as civilizações mais desenvolvidas até os povos bárbaros e mais rudes que povoaram a Terra que o crime de estupro toma lugar de importante enfoque e destaque, considerando que sempre houve a tentativa de que tal conduta fosse reprimida de forma máxima, isto é, quase sempre como conduta desviante de natureza grave e contrária aos valores imperantes em praticamente todas as ordenações e do mesmo modo ao direito pré-existente, quer seja o natural. A princípio, analisando de qual maneira era seu tratamento em tempos remotos observa-se que, referente ao povo Hebreu a tratativa alusiva ao estupro era, segundo Deuteronômio 22:28,29, *in fine*:

se um homem achar uma moça virgem, que não esta desposada, e a pegar, e se deitar com ela, e forem apanhados, então, o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e, uma vez que a humilhou, lhe será por mulher; não a poderá mandá-la embora durante a sua vida (BÍBLIA SAGRADA, 2012, p. 215)

Neste contexto, moça desposada é aquela prometida em casamento, e neste caso, quem com ela se relacionar de forma extraconjugal incorreria na temida e funesta pena capital; entretanto se está não fosse desposada incumbiria ao autor apenas o pagamento de 50 ciclos de prata (atuais 37.900,00 reais) e a consequente reparação da turbacão causada a sua família (HUNGRIA, 1958, p. 103). Noutra giro, entre os povos egípcios, gregos, romanos, bem como na Idade Média e nas Ordenações Filipinas a conduta de estupro — termo genérico, pois, em momento oportuno serão trabalhadas as minúcias e pormenores referentes às terminologias — era punida de forma extremamente severa. Em Roma com mutilação, enas demais com a pena capital (HUNGRIA, 1958, p. 103). De outra parte, agora especificamente no Brasil, interessantes foram as disposições trazidas pelo primeiro Código Penal Brasileiro — o denominado Código criminal do Império de 1830 —, o qual em seu capítulo II elegeu como rubrica marginal: “DOS CRIMES CONTRA A SEGURANÇA DA HONRA” — a legislação alemã em épocas mais ou menos similar taxou como rubrica: “CRIMES E DELITOS CONTRA A LIBERDADE SEXUAL E O SENTIMENTO MORAL” (LISZT, 2006, p.111) —, e sem emissão de juízos de valor, seguindo o que outrora fora previsto no art. 219, do referido código, o qual em seu preceito primário previa o crime de defloramento com a seguinte redação (BRASIL, 1830): “deflorar mulher virgem, menor de dezesseis anos”<sup>1</sup> Haja vista que em seguida, em seu preceito secundário, tratou de estabelecer a

seguinte pena (BRASIL, 1830): “de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a três anos, e de dotar a esta.”, por fim, e ainda mais incitante e controverso é o que fora delineado em seguida: “Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas [*sic*]”.

**Resumidamente:** o crime de defloração era crime próprio quanto ao sujeito passivo, ao passo que somente uma pessoa do sexo feminino e menor de dezesseis anos poderia ser sujeito passivo do crime; a locução empregada pelo tipo “desterro”, era uma pena que obrigava o réu a permanecer no local, pela sua interpretação etimológica. Destarte, o réu era obrigado a permanecer fora da comarca aonde residia a vítima de um a três anos (pena em abstrato) — o desterro podia implicar no afastamento para fora do lugar do delito ou da principal residência do réu, conforme assevera Francisco de Assis Toledo (1994, p. 59) —, cominando, conjuntamente, a incidência de pena de multa (dote para com a mulher). E, por último, tratou o art.219 de prever uma causa que isentasse o agente da pena (não se discutirá aqui a sua natureza jurídica): o casamento com a vítima. Enfim, nas mais variadas ordenações existiram vários contrastes no decorrer de toda a história, variando de país para país e de ordenamento para ordenamento. E no Brasil não foi diferente. No que tange ao crime de estupro (em sua modalidade conjunção carnal propriamente dita), o Código Penal de 1830, ainda previa, em seu art. 222, *mutatis mutandis*, a definição basilar que ainda se tem, e que é aplicada em nosso ordenamento (como um dos núcleos do tipo) a conjunção carnal, a chamada *cupula secundum naturam*, ou seja, a intromissão do pênis na cavidade vaginal, mediante o uso de violência ou grave ameaça, *verbis*:

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta.

Penas - de prisão por um mês a dois anos (BRASIL, 1830).

A cúpula carnal, *introductio penis intra vas*, praticada mediante violência (*vis corporalis*) ou grave ameaça (*vis compulsiva*), nos ditames repressivos de 1830, somente poderia configurar o delito em apreço se no caso em análise figurasse como sujeito ativo e passivo, homem e mulher, respectivamente, ou seja, somente o homem podia estuprar uma mulher e a mesma recíproca não era verdadeira. Sem embargos, a atenção especial a que chamamos o legente a refletir é quanto a previsão (de uma espécie de privilegiadora): “se a violentada for prostituta” (BRASIL, 1830); caso este em que havia uma redução significativa de *quorum* da pena mínima e máxima em abstrato:

- Mulher honesta: 3 (três) a 12 (doze) anos;
- Mulher prostituta: 1 (um) mês a 2 (dois) anos.

Indaga-se: a sociedade atual se desvencilhou e desimpregnou totalmente desta máxima extremamente bizarra?

Em um primeiro momento já é satisfatório que nos dias atuais exista igualdade formal, ou seja, perante a lei e ante a sua previsão legal atual é objetiva a regra de tratamento ora aplicada ao homem, ora à mulher. Porém, ao mesmo tempo é deprimente assistir à desigualdade real da qual a sociedade padece. Volta-se então a dicotomia: igualdade formal x desigualdade real. Entretanto, é necessário que se analise de forma técnico-científica a questão. Pois bem, ainda referente ao que foi previsto no art.222 supracitado, previa o art. 225 que (BRASIL, 1830): “Não haverão as penas dos três artigos antecedentes os réus, que casarem com as ofendidas.”; como tal previsão engloba o art. 222, de modo que, sem prejuízo das especificidades previstas nos arts. 219 e 221 aplicam-se a causa de extinção de punibilidade: *subsequence matrimonium*, consoante elucidada Hungria (1958, p. 105). Pasmem, legalmente a mudança de paradigma no ordenamento jurídico brasileiro somente se deu em face da entrada em vigor da lei nº 11.106/05, pois, anteriormente, o casamento era elencado como uma das causas taxativas de extinção da punibilidade previstas no art. 107 do atual código penal.

<sup>1</sup> O critério etário adotado se assemelha ao adotado pela lei Belga, que atualmente, em seu código penal (art.353) estabelece que o infrator será condenado a penas de dez a quinze anos, se o menor tiver menos de dezesseis anos de idade.

Corroborando ao que foi supramencionado, veja como era prelecionado, vênua concessa, de forma esdrúxula pelo emérito doutrinador Paulo José da Costa Jr., *ipsis litteris*:

Discute-se sobre se o marido pode ser sujeito ativo de estupro. Quer-nos parecer que não, pois o estupro pressupõe cúpula ilícita, e a prestação sexual é dever recíproco dos cônjuges. Estará, pois, o marido exercitando um seu direito, se o fizer regularmente (COSTA JR. 2008, p. 607).

Tais ensinamentos, como podem ser constatados pela citação, eram do ano de 2008, ou seja, era defendido (e assim era o pensamento da sociedade) apenas há 10 anos que o marido ao “estuprar” sua mulher estaria abarcado pelo invólucro protetivo e de isenção de uma causa exclusão de ilicitude: exercício regular de um direito. Ponto em que concordamos com Nelson Hungria (1958) ao tratar sobre o homicídio passional que, *mutatis mutandis*, dá base filosófica e estrutural para tratarmos sobre as relações de “sentimento” envoltas na questão do crime, sendo impossível cogitar em um matrimônio, que pressupõe amor, haver violência e oposição à força da predominância masculina, pois, o amor é nobre, é ternura, é santidade, é auto-sacrifício, sentimentos totalmente antagônicos a posse carnal selvagem mediante instintos sexuais irracionais e egoísticos, o amor não se senta no banco dos réus — qualificativos positivos e negativos coletados da obra salutar de Nelson Hungria.

De mais a mais, apesar das críticas que, *a posteriori*, serão feitas, previa código penal de 1890, em seu art. 269 (BRASIL, 1890): “Chama-se estupro o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não”. Em um primeiro momento, o que se pode notar em uma análise comparativa entre o código de 1830 e o de 1890, é que o legislador ordinário passou a se preocupar com a parcimônia, ao reconhecer, ou melhor, igualar, a situação de uma *virgo intacta* e uma mulher com experiência sexual. Divisão extremamente esdrúxula e totalmente incompatível com um Estado que preze pela dignidade da pessoa humana como uma de suas máximas e especialmente em face da igualdade de tratamento (isonomia) entre ambos os sexos. Não obstante, ainda volta o legislador, a cometer tamanha atecnia legislativa de se incluir na tutela penal a expressão “honesta”, pois além da hipocrisia de se ter expressamente previsto uma especificidade de tratamento empregando este tipo de adjetivo, acabar por trazer para àquela que vende seu corpo, *marafona que mercandaja o corpo*, tamanho desvalor que esta, ainda que não o fosse, se sentiria tamanha libertina, como se pode notar (BRASIL, 1890): “art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena - de prisão celular por um a seis anos. § 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena - de prisão celular por seis meses a dois anos[sic]”. O código republicano de 90 ainda reservava mais alguns artigos para dispor sobre o estupro (art.266 à 269) em seu capítulo I que consignava a rubrica “Da violência Carnal”; sendo imprópria a denominação do capítulo, como já pontuava à época Galdino Siqueira (1924), argumentando que não há propriamente em todos os tipos descritos neste capítulo a utilização de violência carnal (e.g., art.266,§1º), sendo interessante observar que esse código já bifurcava a figura do atentado violento ao pudor com o estupro (que no código de 40 passaram a figurar como um crime *uno*); considerava-se, a título de complementação, atentado contra o pudor, segundo Galdino Siqueira (1924, p.423) “Esses actos podem assumir as formas mais variadas, tantas quantas a imaginação erótica póde conceber[sic]”.

Nesta linha de raciocínio, observamos o quão paradoxal era o código Republicano, pois, na figura do atentado violento ao pudor (art. 266, *caput*) podia ter como sujeito ativo e passivo tanto homem quanto mulher, enquanto no estupro, contudo, somente era considerado como tal quando um homem abusava de uma mulher mediante o emprego de violência. Ainda referente a *virgo intacta*, colacionaremos abaixo ementa jurisprudencial datada em 1994 que relata e expressa, literalmente, a maneira como a sociedade enxergava e como os tribunais entendiam e decidiam os casos que julgavam sobre o estupro com relação ao fator virgindade:

**Ementa oficial:** Crime contra os costumes. Estupro. Revelando o auto de exame de corpo de delito que as vítimas são virgens e nada informando sobre a circunstância de serem possuidoras de hímen complacente ou tolerável, não há que se falar em crime de estupro consumado. Se não há introdução do membro viril ou se ocorre simples contato superficial dos órgãos genitais, deverá ser reconhecida a tentativa de estupro (JUAREZ, 1996, p. 60).

O que não é de se espantar pelo que já foi exposto no tecer deste texto, contudo, em termos objetivos não existe a necessidade prática de se diferenciar uma mulher virgem para fins de caracterização ou descaracterização do crime de estupro, pois o que está sendo tutelado pelo tipo, nos dias atuais, é o livre-arbítrio e a livre determinação sexual do indivíduo, sem distinção alguma. Além de que não deve se existir necessidade real de se diferenciar ambas as situações, sendo totalmente contra preceitos basilares e pilares de todo regime jurídico demasiadamente defendido pela própria Carta Magna brasileira. Em suma, ainda referente ao panorama brasileiro: do código penal Republicano de 1890 ao código penal de 1940 houve no Brasil (1932) o chamado código de transição, ou melhor, a denominada Consolidação das Leis Penais, que passou a fazer o papel de Código Penal até o advento do código de 1940, pois, diferentemente de seu antecessor — o Imperial, que serviu inclusive de espelho para praticamente todos os

países da América latina — o Republicano não obteve o mesmo êxito e com o transcorrer de breves 3 (três) anos já se cogitava na possibilidade de alterá-lo (TOLEDO, 1994, p. 60). *Prima face*, o teor da consolidação das leis penais — vale destacar: de autoria do Desembargador Vicente Piragibe —, guisa do art. 269, conceituava estupro nos seguintes termos:

Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mlher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os all'esthesicos e narcóticos [sic] (TOLEDO, 1994, p 65).

A exegese a ser feita sobre este dispositivo deve se realizar a luz do período ermo em que se encontrava não tão somente o país como também o mundo que se encontrava em plena segunda guerra mundial, e que no Brasil, mesmo após a aboliçãoa escravatura e a independência do País (1888-1889, respectivamente), mantinha-se, nesta consolidação. Dessarte, constava em lei, como se apercebe, que a violência sexual ainda era praticada somente na relação do homem fazendo sucumbir a mulher, englobando pela rubrica “violência” a utilização de meios que fazem com que a mulher se torne incapaz, que atualmente se insere na proteção de incapazes. Enriquecendo esta pesquisa considera-se pertinente destacar algo que, não raras às vezes, muito se discute na doutrina quanto a um requisito peculiar que não existe no ordenamento brasileiro: ejaculação como elemento caracterizador do momento consumativo do estupro; mas, aliás, porque tal levantamento é feito? Uma das possíveis explicações pode ser fundada aproximadamente no século XVIII, quando os tribunais por meio de jurisprudências tentaram abrandar as severas e desproporcionais penas da Carolina, taxando além dos requisitos legais, um elemento *sine qua non* para a consumação do crime de estupro: *emissio seminis* (LISZT, 2006, p.115). Em última análise, quanto à perspectiva e envergadura do crime de estupro e seus desdobramentos passa-se a analisar diplomas penais aplicados, hodiernamente, em alguns países do mundo. Um dos ordenamentos jurídicos bastante peculiar e extremamente rigoroso é o que rege o país do Irã, porém por sua língua oficial ser o Persa antigo é dificilmente traduzido em sua totalidade. Entretanto, em um site Iraniano, publicado por Somaye Rad (2018), com título (traduzido) “métodos de aplicação da lei de estupro”, delimita o autor que na república Islâmica do Irã, nos termos do artigo 82 do código penal, o crime de estupro é punido com pena de morte — assim como também é no Japão (v.g., crime de “assalto” com estupro a mulher, que incorre na sanção de trabalho vitalício, e se de tal conduta resultar

morte a pena é de morte, art. 241), aonde existe a tão sonhada pena de trabalho vitalício arquitetada por Beccaria<sup>2</sup> –, e ainda relata que como prova do crime de estupro é possível tanto a apresentação de 4 testemunhas pela vítima ou o agente confessar 4 vezes perante o juiz que foi ele quem praticou o dito delito. E mais, em outra publicação também nacional do Irã, ressalta-se que o estupro significa: “relações sexuais sem consentimento de uma mulher e usando violência e conquista”, de todo modo, não se considera estupro aquele entre marido e mulher, assim como outrora era no ordenamento brasileiro em tempos não tão remotos.

Por sua vez, outro polêmico comando normativo que já se existiu ao longo da história foi o germânico, que no período da Alemanha nazista, extraindo ideias do Estados da União Americana, aplicava pena de assexualização para aqueles criminosos e que, segundo Nelson Hungria (1958, p.98) eram “reincidentes e perigosos”. E continua o autor, em sua *magnum opus*, que tal castração, imposta pela lei de 1933, imposta por Hitler, previa a castração coercitiva de tais criminosos reincidentes e perigosos conforme fora delineado, e também daqueles, ainda que não reincidentes, que tenham praticado homicídio por motivos sexuais, o que não logrou muito êxito. Aproveitando-nos do parêntese aberto pela tecitura do parágrafo anterior, no ponto em que se refere a Alemanha do período de guerra, discorreremos em breves linhas sobre tensão alemã — soviética no cenário da segunda guerra mundial, com foco nos crimes sexuais em massa praticados nesse período. Deveras, é sabido na historiografia mundial o relevante papel da União Soviética na luta contra o exercito alemão de Hitler em seu avanço por todo continente Europeu, como deixa entrever as vastas obras sobre o tema, das quais destacamos “A guerra não tem rosto de mulher”, que revela o lado obscuro da guerra que não é contado — assuntos que não cabem neste pequeno *paper*, porém é interessante para a presente pesquisa as nuances dos crimes sexuais horrendos (que destacarão a relevância deste estudo que elaboramos) praticados pelos “heróis mundiais” soviéticos. Vejamos um dos relatos colhidos por Svetlana Aleksievitch, de um soldado Russo:

Estávamos avançando...Os primeiros povoados alemães... Éramos jovens. Fortes. Estávamos havia quatro anos sem mulheres. Nas adegas havia vinho. Petiscos. Capturamos umas moças alemãs e... Dez homens estupravam uma. Não havia mulheres o suficiente, a população havia fugido do Exército soviético, pegamos as jovens. Meninas... Uns doze, treze anos... Se choravam, batíamos nelas, enfiávamos algo na sua boca. Elas sentiam dor e achávamos engraçado. Agora não entendo como pude... Um rapaz de família intelectual... Mas fui eu...A única coisa que temíamos era que nossas meninas soubessem. Nossas enfermeiras. Na frente delas tínhamos vergonha... (ALEKSIEVITCH, 2016, p. 25).

Como pode ser visualizado na citação alhures esses soldados soviéticos estavam 4 (quatro) anos sem mulheres e haviam estupros em massa, por desejo exacerbado ou barbárie (neste caso são sinônimos), e para se saciar capturavam civis alemãs, neste exemplo, mulheres alemãs, *rectius* crianças alemãs de 12 a 13 anos e 10 homens a estupravam; mesmo que havia certa repugnância e reprimenda por partedo Estado, tal prática se repetiu muitas e muitas vezes no avanço soviético ao território alemão nos limiares da segunda guerra mundial, vejamos outro recorte de Svetlana Aleksievitch, em a guerra não tem rosto de mulher:

Guerra é guerra. Não é teatro...Mandaram o destacamento se posicionar em formação em uma clareira, fizemos um círculo. E no meio estavam Micha K. e Kólia M., nossos rapazes. Micha era um batedor ousado, tocava sanfona. Ninguém cantava melhor do que Kólia...Passaram muito tempo lendo o veredito: em um vilarejo

tinham exigido duas garrafas de samogón,e à noite... estupraram duas meninas da casa... E em outro vilarejo pegaram um sobretudo, uma máquina de costura de um camponês, e trocaram por bebida com os vizinhos... Condenaram ao fuzilamento. A sentença era definitiva e inapelável. Quem ia fuzilar? O destacamento ficou em silêncio... Quem? Silêncio... O próprio comandante cumpriu a sentença... (ALEKSIEVITCH, 2016, p. 28).

Por fim, para que não alonguemos está explanação histórica sobre o estupro no cenário mundial pretérito, ainda na obra citada, podemos confirmar que tal horripilante ocorrido (considerado o maior estupro em massa ocorrido na história da humanidade — por isso a relevância de delongarmos um pouco neste colóquio literário, o que não é estranho também ao cenário da 1ª guerra mundial, como afirma Nelson Hungria (1958), ao discorrer sobre a legitimidade do aborto de gravidez decorrente de violação sexual não consentida, analisando assim o cenário preocupante desta hipótese na primeira grande guerra), que se traduzia em uma verdadeira lei prática de guerra, *in verbis*:

Um dos nossos oficiais se apaixonou por uma garota alemã...A notícia chegou aos superiores... Ele foi degradado e mandado para a retaguarda. Se tivesse estuprado... É... Claro, acontecia... Em nossa terra se escreve pouco sobre isso, mas é a lei da guerra. Os homens ficavam tantos anos sem mulheres e, claro, havia o ódio. Entrávamos em uma cidadezinha ou vila: os primeiros três dias eram saque e... Em segredo, óbvio... Você entende... Mas passados os três dias já era possível ir até para o tribunal. Num acesso de raiva. Mas por três dias bebiam e... Só que naquele caso era amor. O próprio oficial admitiu na seção especial: amor. Claro que isso era traição. Se apaixonar por uma alemã, pela filha ou esposa de um inimigo? Era... E... Bem, resumindo, tomaram as fotografias, o endereço dela. Claro... (ALEKSIEVITCH, 2016, p. 274)

Chegava-se ao extremo de repudiar e rebaixar de patente oficiais por ter se apaixonado por alemãs sanção não acarretada para aqueles que estupravam as mesmas, além de outras barbáries acessórias aplicadas a estas, como por exemplo a colocação de explosivos nos órgãos genitais femininos e garotas sendo estupradas durante todo uma noite, por soviéticos que faziam fila para abusar das jovens:

Eu me lembro... Claro, lembro de uma alemã estuprada. Ela estava deitada nua, com uma granada enfiada no meio das pernas... Agora dá vergonha, mas na época eu não sentia vergonha. Os sentimentos mudavam, claro. Sentíamos uma coisa nos primeiros dias e outra coisa depois... E alguns meses depois... Para nós no batalhão... Cinco jovens alemãs vieram falar com nosso comandante. Elas choravam. O ginecologista examinou: elas tinham feridas lá. Feridas rasgadas. Todas as calcinhas ensanguentadas... Tinham sido estupradas por toda a noite. Os soldados faziam fila... Não grave... Desligue o gravador... É verdade! É tudo verdade! Mandaram o batalhão entrar em formação... Disseram para as garotas alemãs: vão lá e procurem, se vocês reconhecerem alguém, fuzilamos na hora. Nem olhamos para a patente. Temos vergonha! Mas elas sentaram e choraram. Não queriam... Não queriam mais sangue. Foi o que disseram... Então deram uma bisnaga de pão para cada uma. Claro, tudo isso é a guerra... Claro... (ALEKSIEVITCH, 2016, p. 274 - 275).

Com relação aos ordenamentos jurídicos existentes mundo afora outra lei penal que se destaca com relação aos crimes sexuais é a Norueguesa, do qual ulteriormente poderia o ordenamento pátrio brasileiro buscar alguma inovação perspicaz. Encontra-se consignado no capítulo 26, intitulado com a seguinte rubrica: Ofensas sexuais; compreendendo prolixamente da seção 291 a 320, sobre os quais doravante serão tecidos alguns breves comentários:

<sup>2</sup> Para maiores detalhes acesse o site do emérito doutrinador Luiz Régis Prado. Disponível em: [http://www.professorregisprado.com/resources/Legisla%C3%A7%C3%A3o\\_comparada/CPjapon%C3%A](http://www.professorregisprado.com/resources/Legisla%C3%A7%C3%A3o_comparada/CPjapon%C3%A) As.pdf. Acesso em: 02 set. 2018.

O código penal norueguês, em seu parágrafo 291, capitulado como “violência”, pune com prisão de até 10 anos aquele que<sup>3</sup>:

- Adquirir atividade sexual através de violência ou comportamento ameaçador;
- Ter relações sexuais com alguém que é inconsciente ou por outras razões, incapaz de se opor a ação, ou;
- Por violência ou comportamento ameaçador, alguém faz relações sexuais com outra pessoa ou realiza atos que correspondam ao ato sexual consigo mesmo.

Como se pode observar, com supedâneo no vigente código penal brasileiro, as condutas narradas como caracterizadoras do crime sexual, nota-se o simples emprego de violência ou comportamento ameaçador (leia-se como ameaça) já é necessário para que se haja a reprimenda penal, por outro lado, assemelhando-se à figura equiparada de estupro de vulnerável (art. 217-A, §1º, CP) tem-se a previsão normativa norueguesa recortada no item “b” retro citado. Posteriormente, ao final, serão elencados os motivos de tais apontamentos sobre o código penal norueguês. No Brasil, como se sabe, é completamente vedada pela Carta Constituinte Maior a pena de cunho perpétuo e a pena de morte (esta última, excepcionalmente, em caso de guerra). O que não pode ser dito com relação a outro país não tão distante, ou melhor, bastante próximo, a Argentina. Haja vista que existe a possibilidade de ser aplicada a prisão perpétua para alguns crimes, sendo que uma das hipóteses de aplicação é para os casos de estupro com resultado morte. Segundo o que consta no art. 124 do código penal Argentino, *ipsis litteris*: “reclusão ou prisão perpétua serão impostas, quando, nos casos dos artigos 119 e 120, resultar a morte da pessoa ofendida” (LEYES-AR, tradução nossa). Como se pode notar, pelo artigo supramencionado, que se imporá prisão perpétua se o crime de estupro resultar em morte da pessoa ofendida; os artigos 119 e 120, os quais constam na descrição do tipo, sendo que a figura principal do art.119, punindo com pena de 6 meses a 4 anos (pena esta relativamente baixa, pois no Brasil a pena imposta para esta hipótese é de 8 a 15, para estupro de vulnerável, prevista no 217-A, CP; enquanto no código penal italiano, pune-se com pena de 3 a 10 anos, quando a vítima não houver completado 14 anos, segundo o art. 519) com o seguinte preceito primário:

A pessoa que abusa sexualmente de uma pessoa quando esta for menor de treze (13) anos de idade ou quando há violência, ameaça, abuso coercivo ou intimidação de uma relação de dependência, autoridade ou de poder, ou se aproveitando-se da vítima que por qualquer motivo não podia consentir livremente na ação (LEYES-AR, tradução nossa)

Por outro lado, o art. 120, também do código penal nacional Argentino, comina a pena de 3 a 6 anos para a seguinte conduta:

Será punido com pena de prisão ou reclusão de três a seis anos aquele que pratique algumas das ações previstas no segundo ou terceiro parágrafo do artigo 119.º com uma pessoa menor de dezesseis anos, aproveitando-se de sua imaturidade sexual, devido à maioria dos idade do autor, sua relação de preeminência em relação à vítima, ou qualquer outra circunstância equivalente, desde que não resulte em um crime mais severamente punido. (LEYES-AR, tradução nossa).

**Panorama Legislativo Mundial Comparado: Direito Penal Francês:** Von Liszt (2006, p.113) já nos alertava “As intuições relativas à atitude do poder repressivo do Estado em face das ofensas contra a moralidade tem passado em diversas épocas e entre diversos povos por numerosas transformações. [*sic*]”.

Destarte, as atitudes tomadas pelo Estado devem acompanhar as transformações e as exigências sociais no exato momento em que se encontram, sob pena de incorrer em incompatibilidade entre os principais fatores fundadores de uma ordem social harmônica: povo e Estado. Considerando que em seu papel detidamente balizado pelo legislativo, executivo e judiciário, que em uma consideração ampla são, também no Brasil, repletas de variáveis as tentativas estatais de se conter determinada conduta social reprovável, não tão somente legislando, mas também administrando e empregando verbas públicas no sentido de campanhas informativas e de mudança do pensamento inconsciente vigente a respeito dos valores morais imperantes. Ao passo que irrisórias se tornam aquelas — atitudes estatais — que divergem do pensamento e do *modus vivendi* popular, porquanto estes estão de forma constante e a toda época se diversificando e exigem do Estado a adaptação jurídico-social do ordenamento para além das medidas já adotadas, sob pena de se recorrer em implicações tendentes a serem inócuas por não proteger, não efetivamente, a liberdade sexual, sobre todo o prisma protetivo que deve ser patrocinado no sentido de resguardar a dignidade sexual de todos os indivíduos.

Indaga-se: para que se faça cessar e se perfaça a proteção da dignidade e da liberdade sexual de escolha seria necessário recorrer a institutos penais, desde que legais, de exceção? Tais como o direito penal do inimigo? Em remato, é proposto para que se possa enfrentar o crime de estupro, assim como é no crime de organização criminosa por conta de suas astúcias práticas de grande proporção que aclamam uma tratativa diversa da ordinária: o chamado direito penal do inimigo, pois, evidentemente não se pode olvidar que o direito ordinário nos dias atuais não consegue por si só solucionar a problemática. Seria dizer: “nem mesmo a *ultima ratio* consegue frenar tal processo, é necessário um “*plus*”. No que se refere à dúvida arquitetada, o direito penal do inimigo separa de um lado: o chamado o imputado-cidadão e, de outro, o imputado-inimigo, sendo que o último é aquele cujo desvalor o persegue e é merecedor de maiores penalidades, já o primeiro satisfeito estaria — tanto a sociedade como também estado — com a imputação mediante as “vias normais”. O direito penal do inimigo deve ser aplicado a legislação da seguinte forma (MONTROYA, 2007, p. 67):

- O adiantamento da punição;
- Punir atos tidos como mera preparação;
- Colocar como centro de resposta do tipo a periculosidade do indivíduo;
- Recorrer a institutos de exceção (desde que legais).

Mais uma vez, sem emissão de juízo de valor próprio, não seriam viáveis tais implicações, como ocorrem, por exemplo, nos crimes em que a preparação é punível ainda assim são praticados; e frente à tamanha problemática o fato de apenas tratá-lo como “inimigo” não será suficiente para que se faça cessar, ao menos em um número considerável, os casos de estupro, como abaixo será fundamentado. É importante ressaltar, porém, que tal exposição não se pauta em mera especulação, pois, nos últimos tempos, estão ocorrendo reiterados casos de estupro (inclusive de menores), em número alarmante e demasiadamente preocupante, segundo pesquisa publicada pelo (IPEA), segundo publicação da revista BBC NEWS BRASIL, no interessantíssimo artigo ESTUPRO NO BRASIL: VÍTIMAS, AUTORES, FATORES SITUACIONAIS E EVOLUÇÃO NO SISTEMA DE SAÚDE ENTRE 2011 E 2014. Deve se ter em mente que 70% das vítimas de estupro são crianças e adolescentes, sendo que destes, mais de 15% dos acontecidos, relatados pelos Ministério da Saúde, envolviam mais de um agressor; ainda, na mesma direção, em uma publicação feita pelo jornal Folha de São Paulo, em 2017, lê-se que o “Brasil tem 12 assassinatos de mulheres e 135 estupros por dia, mostra balanço”. Estes dados são preocupantes e requerem posicionamento Estatal diligente afim de instaurar medidas de intervenção. Na mesma publicação supramencionada, a Folha de São Paulo, espelhado em dados colhidos no anuário Brasileiro da Segurança pública, anexou o número de estupros que acometem as vítimas no Brasil anualmente, sendo que em 2016 foram registrados cerca de 49.497, sendo por

<sup>3</sup> Trata-se de livre tradução, porquanto o texto originário é de autoria oficial norueguesa e por consequência está em seu idioma nacional, o que dificulta, em alguns pontos a sua assimilação por completo. Para consultar o texto na íntegra, disponível em: [https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28/KAPITTEL\\_2-10#KAPITTEL\\_2-10](https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2005-05-20-28/KAPITTEL_2-10#KAPITTEL_2-10). Acesso em: 01 set. 2018

hora, aproximadamente, 6 estupro. Sem mencionar os altíssimos índices de cifra negra inerente a essa natureza de crimes. Como se pode notar, evidentemente, é necessário urgente mudança nos paradigmas (lembrando que mudanças pontuais não alteram paradigmas) ou recorrendo, assim como no direito penal francês, o qual será tratado a seguir, na absoluta persecução de crimes desta natureza; o que é unívoco de se ressaltar é que não há como um Estado se estagnar e nada fazer frente à alarmante problemática e números tão elevados. No Código Penal francês de 1998 em sua seção III, traduzido ao espanhol<sup>2</sup>, traz como capitulação “De lãs agresiones sexuales” (das agressões sexuais: e remetem aos artigos 222-23 a 222-22).

#### Em seu primeiro artigo é expresso:

Constituem uma agressão sexual qualquer ataque sexual cometido com violência, coerção, ameaça ou por surpresa. Quando as agressões sexuais são cometidas no estrangeiro contra um menor por um francês ou por uma pessoa que habitualmente reside em território francês, a lei francesa será aplicada por derrogação do segundo parágrafo do artigo 113-6 e as disposições não serão aplicáveis o disposto no segundo inciso do artigo 113-8. (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Em síntese, o artigo em pauta conceitua o que vem a ser uma agressão sexual, a definindo como qualquer forma de atentado sexual praticado com violência, coação, ameaça ou por surpresa. O que realmente nos interessa aqui, para fins de compreensão da proposta, é a sua conceituação, entretanto, bastante interessante é a regra de extensão de território por equiparação, pois, preceitua que quando as agressões sexuais forem praticadas, ainda que no estrangeiro, em face de um menor, desde que praticado por um francês ou por pessoa que de maneira habitual resida em território francês, aplicar-se-á lei francesa por derrogação. Enfim, chegando ao cerne da questão, que alhures fora chamada, da necessidade de se punir com maior rigor o crime de estupro no Brasil, a propósito veja a punição acarretada no código penal francês, *in fine*:

Parágrafo 1: Da violação dos artigos 222-23 a 222-26

222-23. Qualquer ato de penetração sexual, de qualquer natureza, cometido em outra pessoa com violência, coerção, ameaça ou surpresa constitui uma violação. A violação será punida com quinze anos de reclusão criminal. (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Como se pode notar a pena acarretada ao crime de estupro nas condições que houver penetração sexual com o emprego de violência, coação, ameaça ou por surpresa, de qualquer natureza que seja a penetração sexual, incorre na pena de 15 anos de reclusão criminal. A correspondência legislativa brasileira que se pode eleger a título comparativo seria o previsto no art. 213 do CP, porém deve-se reparar o preceito secundário:

- Brasil: 6 a 10 anos de reclusão;
- França: 15 anos.

E mais, o Código Penal francês não traz preceito secundário ponderável, ou analisável, ao passo que não há *quorum* mínimo e máximo a ser meditado para sua aplicação no caso em concreto. No que pese a esse tipo de previsão, por um lado pode-se afirmar que é prejudicial tamanho rigor, pois não seria mais uma pena em abstrato que está prevista no tipo, mas sim uma pena concreta a ser aplicada friamente *in casu* sem a ponderação de juízo de valores, exegética e toda a estrutura de dosimetria apenatória realizada. Sem embargos não se pode olvidar, evidentemente, que além da maior segurança jurídica estaria por concretizado o magistério de Beccaria que preconizava brilhantemente que: “...não se pode duvidar que no espírito daquele que medita um crime, o conhecimento e a certeza das penas, ponham freio à eloquência das paixões.” (BECCARIA, 2017, p. 23). Em primeiro lugar, justificam-se os apontamentos feitos até aqui com base no Código Penal francês, comparando-o ao brasileiro pelo fato de que já é o momento de dar um basta a

impunidade das agressões, colocando no espírito daquele que ousar estupro outro, o temor e ainda em cada um a certeza de que tão atroz quanto a sua conduta será a sua pena. A respeito disso, tamanha técnica foi empregada pelo legislador francês ao trazer um rol de causas que elevam o *quorum* da pena a ser aplicada (neste caso se assemelham a uma majorante ou crime autônomo), a propósito:

- Artigo 222-24. A violação será punida com vinte anos de reclusão criminal: 1º Quando tiver causado mutilação ou incapacidade permanente;
- 2º Quando for cometido em uma criança com menos de quinze anos de idade;
- 3º Quando tiver sido cometido contra uma pessoa cuja especial vulnerabilidade, devido à sua idade, doença, deficiência, incapacidade física ou mental ou a seu estágio de gestação, seja aparente ou conhecida pelo autor;
- 4º Quando tiver sido cometido por ascendente legítimo, natural ou adotivo, ou por qualquer outra pessoa com autoridade sobre a vítima;
- 5º Quando uma pessoa cometeu, abusando da autoridade conferida por suas funções;
- 6º Quando tiver sido cometido por várias pessoas atuando na qualidade de autor ou cúmplice;
- 7º Quando tiver sido cometido com o uso ou ameaça de arma;
- 8º Quando a vítima tiver contactado o autor, graças à utilização de uma rede de telecomunicações para a divulgação de mensagens destinadas a um público não determinado;
- 9º Quando houver sido cometido por causa da orientação sexual da vítima. (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Como se pode notar são vários os resultados taxados e apenados com 20 anos de reclusão, o que não surpreende frente aos seguintes artigos; mas antes de citá-los, deve-se meditar quanto à rigidez — que em um primeiro momento aparenta ser além do razoável, todavia ainda válida — aplicada a esse crime: 222-31. A tentativa dos delitos previstos nos artigos 222-27 a 222-30 será castigada com as mesmas penas. (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Aquele que não trepida em tentar estupro outrem não deve a legislação trepidar do mesmo modo frente a ele. Seria dizer: autor, a sua intenção era de violentar sexualmente outrem, então será apenado com a mesma pena independentemente se consumado ou não o crime. É claro se pode criticar quanto à proporcionalidade, com base na retórica clássica de que não é merecedor de igual penalidade, pelo juízo de reprovabilidade, aquele que não tem como consumado o seu intento, porém o próprio ordenamento jurídico brasileiro não é totalmente contra tal dicção, como se nota na própria previsão legal do art. 13, parágrafo único: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a mesma pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

Por sua vez, ainda mais severa é a pena acarretada ao crime de estupro com resultado morte, apenado no ordenamento jurídico brasileiro com pena de 12 a 30 anos (art. 213, §2º). E nem de outro modo poderia o ser. Contudo, no que tange ao direito francês:

222-25. A violação será punida com trinta anos de reclusão criminal quando tiver causado a morte da vítima. Os dois primeiros parágrafos do artigo 132-23, relativos ao período de segurança, serão aplicáveis à infração prevista neste artigo. (LEGIFRANCE, tradução nossa). De mais a mais, existe também a possibilidade de ser imposta ao acusado pena perpétua quando houver violação (estupro) com o uso suplicios e barbárie por parte do agente, cominada com o seguinte texto:

222-26. A violação será punida com pena de prisão perpétua quando for precedida, acompanhada ou seguida de tortura ou atos de barbárie. Os dois primeiros parágrafos do artigo 132-23, relativos ao período de garantia, serão aplicáveis à infração prevista neste artigo. (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Antes de adentrar especificamente na pena cominada se faz mister explicar o que vem a ser a alusão feita pelo artigo supra, ao prever “Os dois primeiros parágrafos do artigo 132-23, relativos ao período

de garantia, serão aplicáveis à infração prevista neste artigo”, em consonância com o artigo 132-23, o período de seguridade é uma espécie de fixação de decurso de tempo em que, a depender do crime, não poderá o condenado gozar de vantagens que poderiam ser auferidas no desenvolvimento da sentença, ou seja, no seu decorrer não poderia haver concessão de liberdade provisória, por exemplo. Inclusive, neste interim, estabelece o artigo 132-23, a saber:

Em caso de condenação a uma pena privativa de liberdade sem suspensão condicional, cuja duração seja igual ou superior a dez anos, impostas por infrações especificamente previstas em lei, a pessoa condenada não poderá beneficiar, por um período de segurança, das disposições relativas a suspensão ou ao fracionamento da pena, o regime aberto, permissão a saída, asemi- liberdade e a liberdade condicional. A duração do período de segurança será metade da pena ou, se for uma condenação criminal em perpetuidade, dezoito anos de prisão. Não obstante, o tribunal assize ou tribunal poderá, por deliberação especial, ou aumentar essa duração a dois terços da pena, ou se for uma sentença criminal à prisão perpétua, a vinte anos, ou decidir sua redução. Nos demais casos, a imposição de uma pena privativa de liberdade de duração superior a cinco anos, sem suspensão condicional, o tribunal pode fixar um período de segurança durante o qual a pessoa condenada não poderá beneficiar-se de nenhuma das modalidades de execução da pena mencionadas no primeiro parágrafo. A duração deste período de segurança não poderá exceder dois terços da pena imposta ou vinte e dois anos no caso de condenação reclusão criminal de perpetuidade. As reduções de pena acordadas durante o período de segurança só serão impostas a parte da penalidade que exceder a sua duração. (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Dessarte, esta implementação legislativa surge no momento em que a França passava por uma reestruturação jurídica, máxime com a extinção da pena de morte (em 1.981 fora abolida), pois, fora pensada e estruturada como uma medida necessária para neutralizar o agressor por longo prazo e evitar, por consectário, a reiteração da prática delitiva. Tal medida adotada no direito penal francês é criticável não tão somente mundo afora, como também pela ordem interna, quer seja ela uma medida demasiadamente extensiva do cumprimento da pena, quer não. Pode-se observar, que nos casos em que houver condenados a pena privativa de liberdade, sem suspensão da pena (SURSIS), no qual a duração exceda ou seja igual a 10 (dez) anos, o condenado não poderá se beneficiar, durante tal período, de liberdade condicional, suspensão e progressão para regime aberto, calculado com base na divisão do *quorum* da pena, sendo que há uma exceção, pois nos casos em que houver condenados à prisão perpétua o período se afixará em 18 (dezoito) anos. O principal objetivo desta medida, como fica implícito na tecitura dos comentários retro, é o de garantir que as partes do julgamento tenham algum tempo de detenção, ou seja, propõe-se com isso que haja uma real garantia de que haverá efetivamente um tempo gasto com uma detenção. E, ainda mais, pois o período de seguridade francês cinge-se com uma divisão metodológica, por um lado o período de seguridade social obrigatório e facultativo que, como se extrai do artigo 132-23, será obrigatório e de imposição automática nas penas iguais ou maiores que 10 anos e, nesta hipótese, o período será calculado na metade da pena imposta na sentença — Nicolas Dupond defendia que não deveria ser a metade, mas sim a 2/3 da pena — ou os 18 anos, já mencionados, para prisões de cunho perpétuo, aumentada até 22 anos se for julgado necessário, além de existir o facultativo (opcional) para penas maiores que 5 anos (neste caso, não poderá exceder 2/3 da pena imposta), permitindo a imposição de tal período ainda que o crime *ratio essendi* da condenação não esteja na lista dos crimes abrangidos. Gize-se a regra de que a redução pode ser feita sem limitação, enquanto a sua majoração somente até o limite de 2/3 como parâmetro, (CARRERAS-VINCIGUEIRA, 2016). Cogitar sobre a possibilidade de incrementação desta medida não é discussão travada apenas em solo francês. Em Gales e na Inglaterra existe a “Tarifa”, período em que determinada pessoa não gozará, assim como na França, de medidas libertatórias; entretanto, temos a Bélgica como um dos países que está a tentar implementar em seu território

tal modalidade de sentença incompreensível, sendo debatido desde 2011 a inserção deste mecanismo, após ser concedida liberdade condicional a Michelle Martin e esta ter cometido uma atrocidade. É criticada doutrinariamente por consistir em uma resposta fácil a questões difíceis; o que não parece, pela literalidade da crítica, ser um mal, em última análise poderia ser um mal necessário, pois, é exatamente o que o Estado e a sociedade busca: uma resposta que seja fácil para um problema de difícil solução. Destaca (fulano) em seu artigo que esta medida Francesa é importante para as (três) figuras do processo, quer seja: para o tribunal; partes civis (ofendido); dos condenados. Respectivamente, o magistrado já dava a sentença sabendo que está não seria cumprida, dando agora a certeza de que pelo menos parte dela será, por outrolado o ofendido se livra de seu alçoz e com isso possibilita que a parte se reconstrua e não tenha mais medo de em qualquer “esquina” esbarrar com o condenado, por fim, o condenado terá a certeza de que em tal dia, exato, sairá. Outrossim, mister se faz destacar ainda as linhas gerais sobre este instituto para que se possa entender este em sua complexa estruturação sistêmica. O objetivo deste instituto é a infalibilidade da pena, não permitindo com que ninguém possa reivindicar qualquer medida de individualização, e surgindo não apenas como conseguinte necessário apenas da extirpação da pena de morte, mas também teve seus desdobramentos colocados em pauta após a publicação em programa de TV mencionando que a França tem medo, como título do assassinato perpetrado por um prisioneiro que gozava de uma benesse legal libertatória. Do mesmo modo, imperioso é ressaltar que muito se discutiu na doutrina francesa qual seria enfim a natureza jurídica do período de segurança, ora defendia-se que seria uma medida de segurança, ora uma medida em conjunto com a sentença. Veio então a Corte de Cassação Francesa e colocou fim a este impasse; decidiu ser uma modalidade de execução da sentença não uma penalidade nem tampouco uma medida de segurança. Em uma pesquisa holística por nós realizada, visualiza-se que as sentenças incompreensíveis, que em parte divergem do período de segurança, é uma medida que apesar de controversa é adotada no Reino Unido. Introduzida por Lord Blunkett (na época secretário de casa no parlamento do Reino Unido) consistem do mesmo modo em período de proteção pública — os chamados internacionalmente de IPPS — foram inseridos para “deter infratores graves, a maioria criminosos sexuais, que eram vistos como um risco para o público” (EDKINS, 2017)<sup>4</sup>.

A menção a tal instituto se justifica pelo fato de que em princípio o condenado tido como perigoso receberia uma “Tarifa”, ou seja, período em que estaria o em regime fechado e não haveria gozo de liberdades condicionais, entretanto, caso necessário o fosse, poderia, caso representasse uma ameaça para a sociedade, haver a condenação a uma prisão não perpétua mas sem duração certa, pré-definida, com base em estudos e avaliações (também feitas após a condenação a sentença incompreensível) anuais e audiências com tal fito. Apesar de ter sido extinta em 2012 pelo governo da Coalização, porém, o principal fator de ter sido extirpada do direito inglês fora o fato de não ter havido a devida incrementação de critérios para somente encarcerar os merecedores reais deste gravame (EDKINS, 2017). Passemos então a uma análise jurisprudencial de uma decisão (recurso contra sentença prolatada decretando a imposição de um período de segurança) proferida pela corte francesa, caso em específico em que o réu, Sr. René, havia praticado estupro e tentativa de homicídio contra a vítima, situação em que a defesa buscava em grau de recurso rever decisão anteriormente proferida, veja no inteiro teor:

#### Em Nome do Povo Francês

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CÂMARA CRIMINAL, em audiência pública realizada no Palácio da Justiça em Paris, no dia 16 de dezembro de mil novecentos e noventa e oito, proferiu a

<sup>4</sup>Disponível em: <https://www.newstatesman.com/politics/uk/2017/08/im-blame-blunketts-indefinite-prison-sentences-and-thousands-still-locked>. Acessado em: 29 ago. 2018.

seguinte sentença: Sobre o relatório do Conselheiro GUILLOUX, as observações de Me ROGER, advogado no Tribunal, e as conclusões do advogado-geral LAUNAY Decidindo sobre o recurso interposto por:

- X ... René,

contra o acórdão do Tribunal Geral de Justiça do SEINE-MARITIME, de 7 de abril de 1998, que, em prisão preventiva, o sentenciou à prisão perpétua por um período de segurança de 22 anos e a proibição, por 10 anos, de direitos civis, civis e familiares por estupro e tentativa de homicídio concomitante cometido com reincidência;

Dada a memória produzida;

No âmbito do único fundamento de recurso, alegando violação dos artigos 7 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos, 112-1 e 132-23 do Código Penal, 702-2 e 593 do Código de Processo Penal, falta base legal e violação da lei; "no que se refere ao acórdão recorrido proferido em 7 de Abril de 1998, na repressão dos fatos cometidos em 19 de Agosto de 1991, para fixar aos 22 anos a duração do período de segurança de prisão perpétua imposta a René X

... por estupro e tentativa de homicídio, as disposições do artigo 132-23 do Código Penal, mais rigorosas do que as do artigo 720-2 do Código de Processo Penal aplicável na data dos

"Considerando que, nos termos do Artigo 112-1 do Código Penal, apenas as sentenças que são legalmente aplicáveis na data em que os fatos constitutivos de uma infração foram cometidos, podem ser pronunciadas, exceto quando as novas disposições forem menos severas do que as disposições antigas, que, neste caso, o Tribunal eo júri condenou René X... a prisão perpétua, estendendo a duração do período de segurança para 22 anos, nos termos do artigo 132-23 do Código Penal. Código Penal: de acordo com o artigo 720-2 do antigo Código de Processo Penal em vigor na época, a duração do período de garantia, quando tal sentença foi proferida, não poderia ser prorrogado mais de 18 anos, para que o Tribunal de Justiça tenha violado os textos referidos por meio

Considerando que, contrariamente ao que é alegado, as disposições mais brandas do artigo 132-23 do Código Penal aplicam-se, neste caso, a fatos anteriores a 1 de Março de 1994; Que, de fato, sob o antigo artigo 720-2 do Código de Processo Penal, o Tribunal de Justiça poderia estender a duração do período de segurança até 30 anos se fosse uma condenação prisão por homicídio, quando tiver precedido, acompanhado ou seguido outro crime;

Portanto, é certo que, conforme permitido pelo Artigo 132-23 do Código Penal, o Tribunal de Justiça estendeu a duração do período de segurança para 22anos;

E considerando que o processo é legal e a sentença foi legalmente aplicada aos fatos declarados constantes pelo Tribunal e pelo júri;

DESPEDE o apelo;

Assim julgado e pronunciado pelo Tribunal de Cassação, câmara criminal, em sua audiência pública, o dia, mês e ano nele;

Encontravam-se presentes nos debates e na reunião: Sr. Gomez Presidente, Sr. Guilloux Conselheiro Relator, Sr. Massé de Bombes, Sr<sup>a</sup> Baillot, MM. Os conselheiros Gall, Pelletier, Palisse da Câmara, consultor do referendo Sassoust;

Conselheiro Geral: Sr. Launay; Funcionário da Câmara: Sra. Krawiec;

Em fé do que este acórdão foi assinado pelo Presidente, pelo Relator e pelo Secretário da Câmara; (LEGIFRANCE, tradução nossa)

Resumidamente<sup>5</sup>, delimitou-se o que vem a ser o "período de seguridade" francês, para que enfim se possa mais uma vez indagar ao legente: é preciso que no Brasil seja criado instituto similar a esse para que somente assim se possa expurgar esta alarmante, e crescente, problemática social?

## CONCLUSÃO

Antes de se responder ao questionamento, é preciso repisar aqui alguns conceitos. Como já foi mencionado alhures, segundo dados coletados, foi constatada uma média de 49.497 pessoas estupradas anualmente, número esse ainda bastante inferior ao que realmente acomete inúmeras vítimas. Porém, sem embargos, não se pode olvidar que o Estado se preocupa com essa situação, por exemplo, o PL 5452/16, que se converteu na lei nº 13.718/18, se atendo a novas modalidades de "abuso sexual", o citado projeto de lei, e posterior conversão em lei, presidido por deputadas mulheres, passara-se a tipificar algumas situações, tais como:

- Crime de divulgação de cenas de estupro;
- Aumento de pena para estupros coletivos;
- Novo crime: Importunação sexual;
- Estabelece pena para estupro corretivo;
- Aumento de pena (de metade a dois terços) se do crime resulta em gravidez;
- Aumento de pena nos casos em que haja transmissão de doenças sexualmente transmissíveis (de um terço a dois terços).

Como se pode notar, pelas várias alterações operadas<sup>8</sup>, que há uma preocupação sim com o crime de estupro e as novas modalidades deste crime, v.g., o caso em que tomou destaque do homem que se masturbou em transporte público e ejaculou em uma mulher - pois, foi a partir deste caso em questão que se verificou a necessidade de criação de um novo tipo penal, considerando que a contravenção penal que a conduta se encaixava era desproporcional ao praticado, assim como também o crime de estupro do mesmo modo era desproporcional, visto que a pena era muito alta e não seria razoável equiparar tal conduta com o previsto, logo, havia tamanho *gap*, que fazia com que houvesse casos que ora beneficiavam o autor, ora totalmente o prejudicavam -, Nucci (2016, p. 864) ressaltava, e em seu magistério já preconizava quanto a necessidade de criação de um tipo penal intermediário, desde 2016 em sua obra, mencionando a discrepância de alguns caso *in concreto*, "há situações visivelmente intermediárias, superiores, em gravidade, à contravenção penal (art. 61, LCP), mas inferiores ao crime de estupro (art. 213, CP)".

Tais proposições convidam a refletir: mesmo com algumas alterações pontuais e criação de novos tipos penais, haverá redução de maneira significativa dos números de casos de estupro?

Antes de entrar no mérito da questão preferia-se que outra fosse a discussão. Michel Foucault (2010, p.164) destaca em sua obra que no início do século XVII convencionava-se chamar a correta disciplina de arte do bom adestramento, mencionando que o poder disciplinar não é aquele direcionado à apropriação, nem tão pouco a retirar algo, mas sim de adestrar para que com o "bom adestramento" se aproprie e se retire. Pela citação feita pode-se inferir que, *mutatis mutandis*, devidamente repensado para se compatibilizar com um Estado democrático de Direito, o poder disciplinar pode ser uma excelente

5 Para aquele que desejarem se aprofundar no instituto e no direito francês, acessem ao site, e conseguiram encontrar constituições, jurisprudências, relações administrativas, e vários outros temas de extrema avalia: disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/>. Acesso em: 29 ago. 2018.

ferramenta para o combate dos delitos, pois a *priori* se buscaria a valorização não do caráter punitivo da pena (retirando o indivíduo da sociedade) se apropriando deste como forma de proliferar exemplo e espalhar em todos aqueles que pensarem em praticar crimes, em seu espírito inspirando temor, mas sim o colocando em condições dignas para que neste seja agora inspirando boas condutas para o seu posterior retorno à sociedade e, por consequente, o retirando das mazelas dos delitos. Mas a realidade brasileira não é compatível hodiernamente com tais proposições. Aqui justifica-se o apontamento feito sobre o código penal nórdico (observe que a pena para o crime de estupro é menor do que a acarretada no Brasil e ainda assim este é por vezes considerado o país das pessoas mais felizes, e que, infelizmente acometido pelos mais elevados números de estupro que, contudo, é praticado apenas por imigrantes e refugiados que assolam um dos melhores países nórdicos de se viver). Mas o que isso significa? Que a pena por si só não é um fator que diminuirá significativamente os casos de estupro, alarmantes, em todo o país. O que não justifica, do mesmo modo, o argumento de que são os instintos que determinam a satisfação da libido a todo preço, pois o povo nórdico, como assevera Cláudio de Cicco (2010, p.90), já há muito teve de ser convertido e civilizado (aproximadamente no século V) pela igreja católica por meio da criação da instituição “cavalaria” por serem totalmente adeptos da força acima de tudo e de todos e que vistos sob a ótica atual extrai-se que tal povo se desvencilhou por completo de tais instintos de selvageria. Dessarte, infelizmente, analisando todos os resultados e apontamentos feitos, acredita-se que, sem trepidar, que não, não será suficiente. Não obstante a isso, sim, fará com que mais pessoas sejam punidas e haverá maior exasperação para alguns casos e que no espírito de pessoas fracas fará com que pensem e reflitam sobre tal punição, porém nos espíritos fortes, daqueles que são frios ao ponto de crerem na falta de efetividade do sistema como um todo, não excitarão em cometer novamente tamanhas atrocidades.

Assim foi no direito penal francês (o que justifica os apontamentos feitos sobre seu sistema repressivo) ao buscar não tão somente a tipificação de novas condutas e maiores penas, mas sim colimar na efetividade do sistema penal para alguns crimes como o de estupro, instituindo o novo (de 1978) instituto “período de segurança”, visando ao adiamento das benesses concedidas pelo sistema. E assim poderia fazer o Brasil, como foi feito com os crimes hediondos, (v.g., passando a prever que para progressão de regime é necessário cumprir 2/5, e se reincidente em crimes hediondos 3/5). Um dos possíveis argumentos que seria colocado em contraposição a este instituto poderia ser a individualização da pena, porém tal dicção não vingará, considerando que poderia sim haver a individualização, mesmo que postergada, diferida, pois as “restrições” feitas somente são impostas ao período de segurança que for determinado na sentença; após cessado esse período plenamente será possível o condenado auferir seus devidos benefícios.

De fato, contudo, não seria necessário recorrer a tanto, ou seja, não é preciso que se analise o que acima fora mencionado, pois é notável em todo o ordenamento a resiliência de comandos ordinários moldando-se a ordem constitucional. Sendo que a individualização da pena pode ser plenamente realizada; dessa forma, quando o juiz se deparar com um caso em concreto que exija a devida individualização, fundada na especificidade do caso poderá, indistintamente e sem parâmetro, diminuir o referido<sup>9</sup> E mais, pela aporte que vos relato, poder-se-ia raciocinar no sentido de se colocar em pauta: a libido, no sentido de seus instintos sexuais, nos dias atuais, atende ao seu caráter primário (preservar a espécie) ou secundário (satisfação da posse carnal)? Para mais detalhes conceituais consulte: Artur Cristiano ARANTES, Fundamentos da medicina legal para o acadêmico de direito, p.214. período de segurança, e ainda se verá preso às amarras do limite máximo instituído legalmente de 2/3 da pena para a exasperação, o que demanda maior raciocínio, análises e pesquisas, porém é algo a ser refletido.

## REFERÊNCIAS

- ARANTES, Artur Cristiano. Fundamentos da medicina legal para o acadêmico de direito. 2ª Ed.. Franca: Lemos e Cruz, 2017.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 3ª ed. – 6ª tiragem. – São Paulo: Ed. CI Edjur, 2017.
- BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Carvalho. 2º ed. ver. Atual.. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2012.
- BRASIL. Câmara aprova crime de importunação sexual e aumenta pena para estupro coletivo. Senado federal, poder legislativo, Brasília, DF, 13 mar. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/camara- aprova-crime-de-importunacao-sexual-e-aumenta-pena-para-estupro-coletivo>. Acesso em: 27 ago. 2018.
- CARRERAS-VIGUEIRAS, Jéssica. O period de segurança: principios, mecanismos e questões. Disponível em: <http://ribaut-pasqualini.avocat.fr/index.php?post/2016/10/31/La-periode-de-surete-principes-mecanismes-et- problematiques>. Acesso em: 01 set. 2018.
- COSTA JR., Paulo José da. Curso de Direito Penal. 9º ed. rev. e atual.. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.
- DE CICO, Cláudio. História do pensamento jurídico e da filosofia do direito. 5º ed..São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- EDKINS, Geórgia. “I’m to blame”: Blunkett’s indefinite prison sentences and the thousands still locked up without hope. Disponível em: <https://www.newstatesman.com/politics/uk/2017/08/im-blame-blunketts-indefinite-prison-sentences-and-thousands-still-locked>. Acessado em: 29 ago. 2018.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; trad. Raquel Ramalhte. 38 ed.. Rio de Janeiro: Ed Vozes, 2010.
- HUNGRIA, Néelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

\*\*\*\*\*