

A LACUNA LEGISLATIVA DA LEI Nº 12.012/2009 NO CASO DE ESTUPRO NA DATA DO ANIVERSÁRIO DE QUATORZE ANOS DA VÍTIMA

Eliana Lopes de Lima¹

Jeferson dos Reis Pessoa Júnior²

RESUMO

Esta pesquisa tem por objetivo descrever a lacuna da Lei nº 12.015/2009 no caso estupro cometido no dia do aniversário de catorze anos da vítima. O objeto é exatamente a disparidade na aplicação da pena, decorrente da referida lacuna, destarte a sua relevância no ordenamento jurídico, até que ponto ela lesa o sistema, podendo o caso ser julgado de forma contrária. Para tanto, expõe resultados de um estudo bibliográfico, ressaltando os conceitos e penas das modalidades de estupro, concluindo-se pela necessidade de ajuste do texto legislativo para suprir a referida lacuna.

Palavras-chave: Crime de estupro. Praticado na data de aniversário de quatorze anos da vítima. Lacuna.

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo analisar a lacuna da Lei nº 12.015/09, que se refere aos crimes cometidos contra a liberdade sexual, em relação ao crime de estupro praticado no dia do aniversário de catorze anos da vítima, eis que, a pena do crime desse crime praticado na referida data, pode ser mais branda do que a pena aplicada ao crime cometido um dia antes ou um dia depois do referido aniversário, denotando disparidade injustificável na pena.

O presente estudo realizou-se por meio de revisão bibliográfica com caráter qualitativo, analisando a evolução histórica do tratamento dado pelo legislador aos crimes sexuais, bem como o posicionamento de doutrinadores do direito e jurisprudência, identificando os pontos centrais da discussão sobre a lacuna legislativa, abordando os conceitos e penas aplicáveis às modalidades de estupro e soluções nos casos práticos, para a omissão do legislador.

A motivação pessoal para o estudo do tema se deu pelo fato de ter sofrido abuso sexual quando menor de quatorze anos, bem como pela grande importância do tema para o ordenamento jurídico, sendo necessário debate visando solucionar a

¹Eliana Lopes de Lima. Acadêmica do Centro Universitário de Várzea Grande – UNIVAG. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Da disciplina TCC II, Turma Dir13/1AM. E-mail – elianalopes@hotmail.com.

² Professor do UNIVAG – Centro Universitário de Várzea Grande e Analista Judiciário do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESDUD/UNIRONDON. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso. E-mail: jefersonpjuniior@gmail.com

lacuna, haja vista, que a ausência de uma lei coerente, que não permita disparidade da pena, causa dano à coletividade possibilitando tratamento benéfico aos agentes da conduta delituosa.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES SEXUAIS

Na época em que o Brasil ainda era um Império foi sancionado pelo Imperador Dom Pedro I, a primeira regulamentação de lei para previsão de crimes penais, intitulado como Código Criminal do Império do Brasil (BRASIL, 1830), que para os crimes sexuais previa o seguinte:

CAPITULO II: Dos Crimes Contra a Segurança da Honra

SECÇÃO I: ESTUPRO

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezessete anos.

Penas - de desterro para fora da comarca, em que residir a deflorada, por um a três anos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Naquela época, o que os crimes sexuais estavam inseridos no capítulo dos crimes contra a segurança da honra e, pasmem, caso o estuprador se casasse com a vítima, estaria extinta a sua punibilidade, resolvendo a questão criminal do agressor e fadando a vítima a conviver com seu agressor sob o mesmo teto por toda a vida.

Constata-se que naquela época, os crimes contra dignidade sexual tutelavam a liberdade do corpo e da honra, portanto, visava-se mais a moral mais do que a integridade física da vítima. Outro ponto curioso, é que a lei protegia apenas a mulher virgem, deixando desprotegidas as mulheres em situações diversas.

O código de 1830 foi substituído pelo Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890), que passou a prever a seguinte proteção:

Art. 266. Atentar contra o pudor de pessoa de um, ou de outro sexo, por meio de violências ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral:

Pena - de prisão celular por um a seis anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorrerá aquele que corromper pessoa de menor idade, praticando com ela ou contra ela atos de libidinagem.

Vislumbra-se que o texto de 1890 ainda preservava pela honra e moralidade, trazendo em sua escrita a proteção da segurança da honra e da honestidade da família, porém com um avanço nas questões sexuais, vez que, previa o atentado violento ao pudor para pessoa de qualquer sexo. As mudanças na redação da lei em

relação aos crimes sexuais foram expressas, porém, sua intitulação ainda se manteve inadequada.

Não obstante, tratou de cuidar ainda de a hipótese do crime ser praticado contra menor de idade, tendo o cuidado de proteger aqueles que, em razão da menoridade, não detinham condições de apresentar defesa, nem tampouco o discernimento para optar pelo ingresso precoce na vida sexual.

Outra inovação que se deu foi quando o legislador incluiu a possibilidade da ser considerado crime a pratica de atentado violento ao pudor em pessoa de qualquer sexo, seguindo o princípio da igualdade, conhecido hoje também como princípio da isonomia, que, no entanto, só foi positivado na Constituição de 1891 (BRASIL, 1891). Percebe-se que, já naquela época, o legislador vislumbrou a necessidade de acolher a todos, protegendo qualquer pessoa no tocante aos crimes sexuais.

No ano de 1940, foi editado o Decreto Lei n.º 2.848 de 07 de dezembro de 1940 - atual Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1891), alterando o título anterior para: “Dos Crimes Contra os Costumes”, Subclasses: “Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual”, “Da Sedução e da Corrupção de Menores”, “Do Rapto”, “Do Lenocínio e do tráfico de Pessoas” e “do Ultraje Público ao Pudor”.

A expressão “Dos Crimes Contra os Costumes”, comparada com os tempos atuais, ainda clamava por mudança, haja vista que o legislador utilizou um título que deveria demonstrar a proteção contra a prática de crime sexuais, porém a terminologia “contra os costumes”, produzia de imediato a impressão que decorre o artigo um desvio conduta comportamental e não da prática de crime contra a dignidade sexual, mas moral.

Entretanto, o título dos crimes contra os costumes do Código Penal (BRASIL, 1940) permaneceu vigente até o ano de 2009 quando sua redação foi alterada com a edição da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009), que alterou não apenas o título, mas enfatizou com mais clareza o bem jurídico a ser tutelado, transformando o Título anterior que era nominado “Dos crimes contra os costumes”, para “Dos crimes contra a Dignidade Sexual”.

A novel legislação modificou consideravelmente os conceitos e definições dos crimes contra a dignidade sexual, conforme se verá nos capítulos seguintes.

2 DO ESTUPRO – ART. 213, CAPUT DO CÓDIGO PENAL

Inicialmente, o atual código penal brasileiro, prevê tem a seguinte previsão sobre o crime de estupro em sua modalidade simples: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos” (BRASIL, 2009).

2.1 ASPECTOS DA NOVA REDAÇÃO DO ESTUPRO SIMPLES

A antiga redação do referido artigo, previa como estupro somente a conjunção carnal, que se concretizava com a cópula vaginica³ forçada por violência ou grave ameaça. Os demais atos libidinosos praticados por violência ou grave ameaça, estavam elencados no artigo 214, previstos à época, como sendo o crime de “Atentado violento ao Pudor” (BRASIL, 1940), que foi revogado pela nova lei.

A nova redação do artigo 2013 (BRASIL, 2009), uniu no crime de estupro ambas as condutas, ou seja, conjunção carnal e atos libidinosos praticados com violência ou grave ameaça.

Com a unificação dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em artigo único, o legislador apaziguou a inconsistência do crime praticado em desfavor do sexo masculino, uma vez que qualquer ato libidinoso cometido era considerado atentado violento ao pudor, mesmo se houvesse a penetração do pênis no ânus.

Desta forma, o novo conceito de estupro passa a amparar todos os atos cometidos com violência ou grave ameaça para satisfação de lascívia sexual, ou seja, conjunção carnal ou atos libidinosos, revelando considerável avanço pois agora tanto homens como mulheres podem ser vítimas desse crime, o que de não ocorria na redação anterior, quando só mulheres podiam ser vítimas de estupro, pois somente com elas era possível a conjunção carnal.

Convém ressaltar, que a revogação do artigo 214 (BRASIL, 2009), não provocou a chamada *abolitio criminis*⁴, eis que a conduta que antes estava prescrita no referido artigo, continuou sendo prevista como crime, contudo, agora no art. 2013 do Código Penal (BRASIL, 2009), portanto, a prática de atos libidinosos mediante

³ O ato sexual; ou seja, a penetração do pênis na vagina, coito, copulação.

⁴ Uma das formas de *Novatio legis*, é uma forma de tornar atípica penalmente uma conduta até então proibida pela lei penal, gera como consequência a cassação imediata da execução e dos efeitos penais da sentença condenatória.

violência ou grave ameaça continuou sendo crime, contudo, agora com o nome de “estupro” e não mais “atentado violento ao pudor”.

2.2 DA IDADE DA VÍTIMA NA NOVA REDAÇÃO DO ESTUPRO SIMPLES

Deve-se registrar ainda, que ante a ausência de previsão expressa com relação à idade da vítima para configurar o crime do art. 213, caput do Código Penal (BRASIL, 1940), mas fazendo-se uma comparação entre os artigos 213, §1º e o art. 217-A, que serão analisados nos próximos capítulos, conclui-se que a vítima do art. 213, caput, só pode ser aquela que tenha 18 (dezoito) anos ou mais, ressalvadas as hipóteses de vulnerabilidade por equiparação previstas no §1º do art. 217-A.

Nesse sentido, Cleber Masson leciona que “se a vítima não apresente qualquer outra causa de vulnerabilidade para fins sexuais, incidirá em relação ao estupro simples, vítima com idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos: estupro simples” (MASSON, 2017, p. 22).

Portanto, a pena cominada àquele que pratica estupro vítima com 18 (dezoito) anos completos ou mais, é a reclusão de 06 (seis) à 10 (dez) anos.

3 DO ESTUPRO QUALIFICADO – ART. 213, §1º DO CÓDIGO PENAL

Enquanto o art. 213, *caput* do Código Penal traz a penalidade para quem pratica estupro contra o maior de 18 (dezoito) anos que não se enquadra no conceito de vulnerável por equiparação, o seu §1º (BRASIL, 2009) traz uma qualificadora para quem pratica o crime contra menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) anos. A referida qualificadora tem a seguinte redação: “§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos”.

O parágrafo primeiro do artigo supra estabelece estupro qualificado quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos. Para o presente trabalho, o que nos importa é a qualificadora relativa à idade da vítima. Note que o texto da lei é bastante claro ao elencar que a pena será de 08 (oito) à 12 (doze) anos

3.1 DA IDADE DA VÍTIMA NO ESTUPRO SIMPLES E QUALIFICADO

Se no art. 213, caput do Código Penal (BRASIL, 1940), conforme já dito, a pena de quem pratica estupro contra vítima maior de 18 (dezoito) anos, será apenado com reclusão de 06 (seis) à 10 (dez) anos, no caso do §1º traz que aquele pratica estupro menor de 18 (dezoito) anos, receberá uma pena mais severa, qual seja, de 08 (oito) à 12 (doze) anos de reclusão.

Cabe ressaltar o posicionamento do doutrinador Cleber Masson:

A relevância da idade da vítima é uma das falhas existente na sistemática implantada no Código Penal pela Lei 12.015/2009, pois se a vítima for menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos: estupro qualificado. (CP, art. 213 § 1º, in fine); e vítima menor de 14 (catorze) anos: estupro de vulnerável (CP, art. 217-A). (MASSON, 2017, p. 22).

Dessa forma, tem-se que se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, e maior de 14 (quatorze) anos, a pena será mais pesada do que aquele estupro em que a vítima possuiu 18 (dezoito) anos completos ou mais, de modo que, se o crime for cometido na véspera do aniversário de 18 (dezoito) anos, a pena será de 08 (oito) a 12 (doze), consoante §1º, mas se for praticado no dia do aniversário de 18 (dezoito) anos da vítima, a pena será de 06 (seis) à 10 (dez) anos.

4 ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

Neste diapasão, o artigo 217-A do Código Penal (BRASIL, 2009) traz como inovação o estupro de vulnerável, quando o agente ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Vejamos o texto do referido artigo: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos” (BECKER, 2017, p. 471).

Cabe ainda mencionar o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990), traz a seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

[...]

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão,

punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (BECKER, 2017, p. 930).

Nota-se que o conceito de vulnerável em razão da idade, ultrapassa o conceito de criança, eis que não é somente a criança que é elencada como vulnerável, mas também o adolescente que tenha menos de 14 (quatorze) anos, ou seja, até a véspera de seu aniversário de 14 (quatorze) anos.

De acordo com o autor Cleber Masson:

Em primeiro momento qualquer pessoa, pode ser vítima de estupro. Entretanto se a vítima for menor de 14 (catorze) anos, ou pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato, ou qualquer outra causa não oferecer resistência estará caracterizado o crime mais grave, o de estupro de vulnerável, definido no art. 217-A. (MASSON, 2017, p. 22).

O autor Rogério Sanches encara a questão da seguinte forma: O artigo 217-A, tipifica o crime estupro de vulnerável, substituindo o regime anterior da presunção de violência, contra criança ou adolescente menor de 14 (catorze) anos, deste modo o advento da lei 12.015/09, destacou a vulnerabilidade sem ingressar no mérito da violência, grave ameaça ou presunção. (SANCHES, 2017, p. 499)

Por consequência disso o STJ, firmou o entendimento no sentido de afastar pretensões para apurar de forma concreta a vulnerabilidade, julgou o seguinte:

“Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos; o consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime⁵

Assim, aquele que pratica estupro de vulnerável por idade, receberá uma pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

5 PARA O ESTUPRO COMETIDO NO DIA DO ANIVERSÁRIO DA VÍTIMA DE CATORZE ANOS.

Toda mudança traz consigo uma carga positiva e outra negativa. No tocante à Lei nº 12.015/2009 o ponto negativo foi a lacuna para o estupro cometido no dia do 14º aniversário da vítima, eis que nesse dia ela já não é mais menor de 14 (quatorze), como também não é maior de 14 (quatorze), mas sua idade no dia do 14º aniversário é igual a 14 (quatorze).

⁵ REsp 1.480.881/PI, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 10/09/2015.

A questão é que se a vítima tem menos de 14 (quatorze) anos, a pena do agente será de 08 (oito) à 15 (quinze) anos de reclusão, enquanto se a vítima tem mais de 14 (quatorze) a pena seria de 08 (oito) a 12 (doze) anos de reclusão, contudo, e se o crime for praticado no dia do aniversário de 14 (quatorze) anos da vítima, ou seja, no dia em que ela possui idade igual 14 (quatorze), qual seria a pena do agente?

Esse é o ponto central deste trabalho, pois, como se vê, de regra não se poderia aplicar a pena do Art. 213, §1º e nem mesmo do art. 217-A, eis que nenhum dos dois abarca especificamente a idade igual a quatorze.

Sobre essa lacuna, o eminente doutrinador Fernando Capez, pronuncia que:

Verifique-se por derradeiro que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que o crime for praticado contra a vítima no dia do seu aniversário, não haverá o delito do art. 217-A, nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo (CAPEZ, 2012. p. 83).

Da forma como está a redação da lei o legislador conceituou o ato sexual forçado no dia do 14º aniversário da vítima, como merecendo uma pena menor do que o ato praticado no dia seguinte. Nesse sentido, acentua o Promotor de Justiça André Estefam:

Remanescem, então, duas possibilidades: considerar a subsunção ao estupro qualificador (art. 213, §1º) ou ao estupro de vulnerável (art. 217-A). A pena menor cominada ao primeiro revela que, por analogia 'in bonam partem', somente pode ser essa a solução" (ESTEFAM, 2011, p. 152).

Dessa forma, a lacuna abre uma janela para uma condenação moderada, tendo em vista brecha para um crime não especificado em lei. Cabe ainda ressaltar que se busca aplicação da lei justa e não em piorar a punição do réu.

Logo quando o estupro for cometido no dia do aniversário de catorze anos o crime não se enquadra no artigo de estupro de vulnerável, que expressa taxativamente em seu texto o requisito "menor de catorze", mas também não se adapta no estupro qualificado, pois esse, expressa em seu caput como requisito ser menor de dezoito anos e "maior de catorze anos".

Caberia nessa situação a imposição do crime de estupro simples, causando uma disparidade na aplicação da pena, haja vista que os crimes supracitados exigem como requisitos ser maior ou menor que catorze anos. Percebe-se que a lei

consideraria o crime de estupro praticado no décimo quarto aniversário da vítima menos grave do que o estupro de vulnerável e que o estupro qualificado, sendo para um a diferença de um dia antes; para o outro um dia depois.

Em casos como este, a Lei de Introdução ao Direito ao Código Civil - Decreto Lei 4657/42 traz em seu artigo 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 1942), que em caso de omissão deverá o juiz solucionar o problema por meio de analogia, costumes ou princípios gerais do direito.

Ocorre que, em matéria de Direito Penal, a analogia deve ser usada com parcimônia. Na verdade, em contraste com o princípio da taxatividade, a analogia não pode ser utilizada para prejudicar o acusado, mas tão somente para beneficiá-lo. Nesse sentido, aduzi o doutrinador Rene Ariel Dotti:

O princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica outra: a da necessidade da prévia lei ser escrita. O princípio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*⁶ veda a incriminação através do costume e proíbe a aplicação analógica de normas incriminadoras. (DOTTI, 2012, p.136).

Assim, nota-se um conflito de princípios decorrente da lacuna legislativa. Sobre as lacunas, ensina Savigny que:

O Direito, dada a sua força orgânica, sempre completaria a si mesmo, por já conter, explicita ou implicitamente, a solução de todas as relações sociais possíveis presentes ou futuras. A concepção de Savigny, contudo, logo revelou sua falha, pois se é verdade que o sistema jurídico sempre comporta um elastecimento para abranger hipóteses não expressamente previstas, por outro lado esse elastecimento não chega a ponto de abarcar todas as situações possíveis. (BOBBIO, 1997, p.140)

Na concepção de Tércio Ferraz Junior:

Os problemas das lacunas se dão pelo traço que determine a racionalidade do discurso como um todo, ele deve ser procurado no seu caráter de discurso *fundamentante*. Como vimos, entretanto, o modo dessa fundamentação é, no caso, duplo, manifestando uma ambiguidade estrutural. (JUNIOR, 1997, p. 122).

Na verdade, essa ambiguidade na interpretação, implica no risco, pois, de um lado existe a razão, que engloba a aplicabilidade de sentença por meio de princípios e analogias. Do outro existe o sistema pautado na norma, cumprindo os objetivos a que se propõe.

⁶ O princípio da legalidade criminal pode ser visto sob quatro dimensões. **Nullum crimen, nulla poena sine lege** praevia: não há crime nem pena sem lei prévia, ou seja, sem lei anterior ao fato. É a chamada "anterioridade da lei penal".

Ressalta-se a importância de relacionar a problemática das lacunas com a criação do direito, afim de comprovar que ausência de uma lei clara, implica na questão da interpretação, imputando ao julgador toda a responsabilidade de julgamento.

Segundo Maria Helena Diniz:

O problema da lacuna é captado, em primeiro lugar, como um problema de lacuna da lei. A expressão “lacunas da lei” indica uma diferenciação entre lei e direito. A medida, entretanto, que se reduz o direito a lei, tal diferença desaparece e o termo “lacuna do direito” é assimilado ao da “lacuna da lei” (DINIZ, 1981, p 03).

Juarez Freitas, defini o sistema jurídico:

Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada tipicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando as antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa e implicitamente na constituição. (FREITAS, 1999, p.63)

Entretanto a lacuna da lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2009), mais que uma lacuna de conflito, trata-se de uma lacuna axiológica, pois exige a interpretação do magistrado, a busca de princípios, costumes e analogias e sua aplicabilidade causa insatisfação por se tratar de uma norma injusta.

Para Norberto Bobbio ao falar da completude do ordenamento jurídico define:

Por completude entende-se a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso. Uma vez que a falta de uma norma se chama geralmente “lacuna”, completude significa “falta de lacuna” Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema. (BOBBIO. 1997. p. 137)

Partindo desse pressuposto, se uma lei regula que o crime de estupro de vulnerável é praticado em desfavor de menor de catorze anos e estupro qualificado em desfavor de menor de dezoito e maior de catorze, logo, exclui do seu rol crime de estupro praticado no dia do aniversário de catorze anos, sendo o mesmo enquadrado no crime de estupro simples, causando imensa disparidade na aplicação da pena, haja vista, se o sistema jurídico não é completo, pleno se torna o mesmo vazio, pela existência de tais lacunas.

Ainda sobre o posicionamento de Bobbio:

Uma vez que essas lacunas derivam não de consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas da comparação entre ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, forem chamadas de “ideológicas” para distingui-las daquelas que se encontra no ordenamento jurídico como ele é, e que se

pode chamar de reais. Sendo as lacunas ideológica são lacunas de iure condendo⁷ as lacunas reais são e iure condito⁸ (BOBBIO, 1997, p.140)

Entretanto são as lacunas reais que trazem maior relevância à aplicabilidade da lei, pois estas comprovam que o sistema jurídico não é completo. Pois a lacuna própria é aquela que está inserida dentro do sistema real, e a lacuna impropria trata-se de como o sistema ideal deveria ser. Logo, vale dizer que, a lacuna da lei nº 12.015/09 (BRASIL, 2009), é real.

Afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

Quando a sociedade atravessa uma fase de profundas mudanças, assim como admitiu Norberto Bobbio, a ciência do direito precisa estabelecer novos e chegados contatos com as Ciências Sociais superando-se a formação jurídica com sua organização sobre base corporativa disciplinar de compartimentos estanques. (JÚNIOR, 1997, p.18)

Pois bem, essa sensibilidade para mudança sem perder de vista as exigências da racionalidade é uma das mais importantes características de Norberto Bobbio e a lição mais profunda que podemos extrair de seu pensamento.

Percebe-se que nos casos das falhas legislativas, a responsabilidade de interpretação de uma lei recai exclusivamente ao magistrado. Interpretar a lei, a lacuna, a tipificação, a aplicação de analogia, a interpretação dos princípios e quais deles devem ser priorizados.

Quanto ao princípio da legalidade não tem como prerrogativa somente a demanda de lei justa, além da materialidade no que aduz o tipo do crime, está ligado ainda a aplicação da pena, alcançando o princípio da reserva legal e o da proibição da analogia para criar tipos penais. (TONELLO. 2003, p. 58)

Sobre a solução para a referida lacuna, vejamos o posicionamento de alguns doutrinadores sobre o crime de estupro cometido no dia do aniversário de 14 (catorze) anos.

Fernando Capez entende que o legislador cometeu um lapso, pois no caso do crime ser cometido no dia do aniversário de catorze anos, tal delito não poderá não ser tipificado como estupro simples nem tampouco estupro qualificado, haja vista que não atende os requisitos de nenhum deles. (CAPEZ, 2012, p. 83)

No entanto, ao abordar o tema, Damásio de Jesus, defende que a prática do crime cometido no dia do décimo quarto aniversário, devera incorrer no artigo de

⁷ Do direito a ser estabelecido.

⁸ Do direito já estabelecido, nos moldes do direito vigente/ constituído; o mesmo que direito adquirido.

estupro qualificado conforme previsão do (art. 213 § 1º), podendo ainda o magistrado se pautar no (art. 215) que prevê violação sexual, excluindo a possibilidade da aplicação do estupro simples (JESUS, 2012, P160)

Na visão de Cleber Masson, quando houver consentimento da vítima no dia em que ela completa catorze anos, inexistindo a violência nem grave ameaça, requisitos exigidos para a configuração do crime, o autor da conduta não terá cometido crime algum, pois no caso em tela não se enquadra no crime estupro de vulnerável, que tem como exigência ser menor de catorze anos e nem no crime de estupro qualificado. Havendo o consentimento da vítima neste dia, não haverá crime, mas um fato atípico.

Voltamos a ressaltar, que os conflitos entre os princípios e a lei omissa, somente terá solução para quando da lacuna existir a alteração da lei incluindo no texto do artigo 217-A a inclusão do crime de estupro de vulnerável como menor de catorze ou catorze anos completos, pois interpretar é aplicar lei existente e não criar o novo, mas corrigir o que não tem previsão legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir este trabalho sobre a lacuna da lei para o crime de estupro praticado no dia do aniversário de 14 (catorze) anos, percebe-se que prevaleceu a divergência, pois não há unidade no posicionamento doutrinário relativo ao tema.

Permaneceu a discordância sobre qual seria a tipificação do crime cometido neste dia, entretanto o ponto de vista em comum é que a lacuna existe, é real e concreta.

A análise sobre as lacunas no ordenamento jurídico é de suma relevância, bem como, não cabe ao magistrado assumir a responsabilidade de solucionar o conflito jurídico causado pela desídia do legislador, que ao editar uma lei com incongruências, ocasionou dúvida na interpretação da lei e por meio desta falha legislativa, propicia disparidade na aplicação da pena.

Após análise da lacuna e das soluções sugeridas pela doutrina, e à vista da corrente de o crime cometido no dia do décimo quarto aniversário configura-se estupro simples por não atender os requisitos do artigo de estupro de vulnerável, me posiciono com a corrente de que o crime deve ser enquadrado como estupro qualificado, me alinhando ao posicionamento de Damásio de Jesus.

Não obstante, a melhor solução ao problema apresentado, seria a alteração do texto legal do art. 217-A do Código Penal, para que o estupro de vulnerável seja considerado quando a vítima tenha até quatorze anos completos, suprimindo a lacuna e eliminar as dificuldades no sistema causadas por ela.

REFERÊNCIAS

BECKER, Carmem. **Vade Mecum**. Florianópolis: Podium, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado Direito Penal 4**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dezembro de 1940

BRASIL. Decreto-Lei 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brazil.

BRASIL. Decreto-Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e Adolescente, ECA. 1990.

BRASIL. Decreto-Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009. Dos Crimes Contra Dignidade Sexuais. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual Direito Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2017

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DOTTI, Rene Ariel. **Direito penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

ESTEFAM, André. **Direito Penal 3**. São Paulo. Saraiva, 2011.

GILBERTO, Viera Cotrim. **Direito e Legislação: Introdução ao Direito**. 20ª. Ed. Reformulada, 1997.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. **Manual de Projetos de Pesquisa Científica**. 2. ed. São Paulo: Avercamp, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 17ª ed. Rio de Janeiro Impetus, 2015

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **Direito, Retórica e Comunicação** 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral vol.1**. – 11ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2017.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

OTOYAMA, Shozo. **Cidadania e Cultura Brasileira**. São Paulo. Editora da Universidade de São Paulo.

REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**. 2ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1992.