

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

| Índices |
|--|
| Ementas – ordem alfabética |
| Ementas – ordem numérica |
| Índice do “CD” |

Tese 558

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, II, CP – AVÔ – CONFIGURAÇÃO.

O fato de o réu ser avô da vítima impõe, por si só, o reconhecimento da causa de aumento de pena do artigo 226, inciso II, do Código Penal, por se tratar de ascendente.

2

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
EGRÉGIA SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

Processo nº 0011901-79.2017.8.26.0127

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos do Apelação nº **0011901-79.2017.8.26.0127**, em que figura como réu **JOSÉ DO CARMO DE OLIVEIRA**, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, 255, § 1º, do RISTJ e 1.029 do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Superior Tribunal de Justiça, pelos motivos adiante aduzidos.

1.RESUMO DOS AUTOS.

JOSÉ DO CARMO DE OLIVEIRA foi processado e condenado como incurso nos artigos 217-A c. c. o 226, inciso II, do Código Penal, na forma do artigo 71, *caput*, do mesmo diploma legal, às penas de vinte e sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado (conforme sentença de fls. 138/149).

Irresignado, apelou da decisão, buscando a absolvição por insuficiência probatória, ou o abrandamento da dosimetria das penas (fls. 160/163).

Ofertadas as devidas contrarrazões (fls. 167/175), houve parecer da Douta Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 227/234).

Sobreveio decisão da Egrégia 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por votação unânime, deu parcial provimento ao apelo defensivo, para afastar a causa de aumento de pena contida no artigo 226, inciso II, do Código Penal, e reduzir a reprimenda para dezessete anos, nove meses

e dez dias de reclusão, mantida, no mais, a decisão condenatória de primeira instância (fls. 237/253).

O v. acórdão reduziu a reprimenda porque aplicou fator menor de exasperação da pena basilar e afastou a causa de aumento de pena do crime, por entender que não se configurou no caso em tela.

Eis o trecho da decisão com os fundamentos sobre a questão, ao tratar da terceira fase dosimétrica:

Na terceira e última fase da dosagem, não é o caso de reconhecimento da majorante contida no artigo 226, II, do Código Penal. Isto porque, embora o acusado seja avô da vítima, não restou suficientemente delineado que tivesse qualquer tipo de autoridade efetiva sobre ela, havendo, tão-somente, a notícia de que, às vezes, a ofendida escutava música com ele e ficava com seus irmãos no mesmo quintal dos avós, enquanto a genitora saía para trabalhar.

Assim decidindo, a Egrégia Corte Paulista contrariou e negou vigência ao disposto no **artigo 226, inciso II, do Código Penal**, autorizando a manifestação do presente inconformismo, com base na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, com a seguinte tese:

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL – CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 226, II, CP – AVÔ - CONFIGURAÇÃO. O fato de o réu ser avô da vítima impõe, por si só, o reconhecimento da causa de aumento de pena do artigo 226, inciso II, do Código Penal, por se tratar de ascendente. (TP 833)

2. CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL - ARTIGO 226, II, DO CÓDIGO PENAL.

O dispositivo em questão está assim redigido:

“Art. 226. A pena é aumentada:

(...)

*II – de metade, se o agente é **ascendente**, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela; (negritou-se e sublinhou-se).*

O dispositivo prevê o agravamento da pena nas hipóteses de delitos

contra a dignidade sexual perpetrados por pessoas que guardem relação próxima de parentesco com a vítima ou que, por qualquer outra razão, devam ter maior dever de vigilância ou respeito por esta.

Para tanto, o dispositivo já inicia sua redação prevendo hipóteses objetivas em que se deve reconhecer a causa de aumento da pena, relativas às relações próximas de parentesco, como no caso de ser o autor do delito ascendente da vítima, hipótese dos presentes autos.

Como ensina NELSON HUNGRIA:

“O fundamento da exasperação da pena, em qualquer das hipóteses previstas no texto legal, é evidente: o crime sexual, em tais hipóteses, é praticado por aqueles mesmos que tinham o dever de vigilância, guarda ou especial respeito para com a vítima (notadamente quando entre esta e o ofensor há vínculo de sangue). Há um intolerável abuso de relações domésticas, de intimidade, de confiança, de sujeição ou de autoridade, o que acresce a gravidade do crime e traduz maior perversidade do agente” (*Comentários ao Código Penal, vol. VIII, Ed. Forense, 4ª ed., 1959, p. 251*).

No caso em exame, **o próprio acórdão impugnado reconhece expressamente ser o acusado ascendente (avô) da vítima**, o que já bastava à incidência da respectiva causa de aumento de pena.

Ao reconhecer tal circunstância e, ainda assim, afastar a incidência da causa de aumento de pena, o aresto violou frontalmente o comando do dispositivo legal em comento, deixando de aplicar regra de efetivação de cânone medular da ciência penal – o da *proporcionalidade da pena*, mecanismo essencial para preservação da ordem jurídica, cuja negação prejudica a própria eficácia dissuasória do castigo penal.

O princípio da proporcionalidade da pena, que se torna efetivo apenas quando há correta aplicação das causas de atenuação ou exasperação das penas, compõe-se de dois elementos: a proibição de excesso e a **proibição de proteção insuficiente**, consubstanciando-se esse segundo componente na vedação de omissão, por parte do Estado, na salvaguarda de direitos fundamentais (vida, integridade física, patrimônio, etc.).

Não é outra a docência de J.J. GOMES CANOTILHO:

“O sentido mais geral da proibição de excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, relewa a proibição por defeito (*Untermassverbot*). Existe um

defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais.” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, 2003, 7ª ed., Almedina, pág. 273).

É válido concluir que o julgador deve considerar, negativa ou positivamente, todas as particularidades que envolvem, no caso concreto, a lesão a determinado bem jurídico penalmente tutelado, sem que possa desprezar circunstâncias que demonstrem maior lesividade do comportamento.

Daí porque a pena aplicada a cada caso concreto há de atender com precisão às circunstâncias reveladoras de maior reprovabilidade da conduta, especialmente quanto expressamente previstas em lei, como na hipótese do artigo 226, inciso II, do Código Penal, ora em exame.

No caso dos presentes autos, ao se valer da condição de **avô paterno da vítima**, com a qual inclusive convivia, pois residiam no mesmo terreno e eram próximos, ficando a vítima aos cuidados dos avós quase que diariamente, enquanto a mãe ia trabalhar (como se extrai do próprio acórdão), evidente que o réu agiu com maior reprovabilidade do que outros agentes de delitos dessa natureza, que não guardam relação de parentesco, autoridade ou coabitação com as vítimas, circunstância que exige a fixação de pena proporcional à conduta.

Nesse sentido, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL**. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. RÉU ASCENDENTE DA VÍTIMA.** (...) WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 5. Conforme o consignado na sentença, **o paciente é pai do genitor da vítima, tratando-se, portanto, de seu ascendente para fins do art. 226, II, do CP.** Oportuno destacar, ainda, que a condição de ascendente deve ser reconhecida mesmo que a filiação advenha da adoção, a teor do art. 227, § 6º, da Constituição da República, o que torna, de per si, despicienda a realização de exame de DNA para a comprovação do vínculo parental entre o agente e a vítima. Além disso, **dúvida não há acerca do papel de autoridade exercido pelo agente, o qual se valeu de sua condição de avô para**

submeter a menor a prática do ato libidinoso, enquanto ela pernoitava em sua casa, circunstância bastante para o reconhecimento da causa de aumento de pena. (...) 8. Writ não conhecido” (HC 410186/TO - HABEAS CORPUS 2017/0187114-4, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, j. em 24.05.2018, DJe de 30.05.2018) – negritou-se.

Em suma, forçoso concluir que, ao afastar a incidência da causa de aumento de pena, embora reconhecendo expressamente que o réu é ascendente da vítima (avô paterno), e com ela inclusive convivia e coabitava, o acórdão recorrido feriu os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, **contrariando e negando vigência ao artigo 226, inciso II, do Código Penal**, a justificar a irresignação manifestada pela presente via recursal.

3.DO PEDIDO.

Ante o exposto, demonstrada a contrariedade à lei federal (*artigo 226, inciso II, do Código Penal*), aguarda o Ministério Público do Estado de São Paulo seja **admitido e deferido o processamento** do presente recurso especial por essa Egrégia Presidência, a fim de que, submetido à elevada apreciação do Superior Tribunal de Justiça, mereça **conhecimento e provimento**, para parcial cassação do v. acórdão recorrido, reformando-se parcialmente a decisão, a fim de que **seja readequada a dosimetria das penas, mediante reconhecimento da incidência da causa de aumento de pena do artigo 226, inciso II, do Código Penal (réu ascendente), com consequente majoração da reprimenda** ao prudente critério da Egrégia Corte Superior em patamar condizente com todas as circunstâncias do fato.

São Paulo, 06 de agosto de 2021.

NELSON CÉSAR SANTOS PEIXOTO
PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO
SETOR DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS
(PORTARIA 11725/2018-PGJ – D.O.E. DE 01.09.2018)