

Processo: 1.0109.15.000019-7/001
Relator: Des.(a) Sálvio Chaves
Relator do Acórdão: Des.(a) Sálvio Chaves
Data do Julgamento: 07/07/2021
Data da Publicação: 14/07/2021

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - DELITO DE MAUS TRATOS - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA OPERADA EM SENTENÇA - ART. 383 DO CPP - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA - DIRETO DE DEFESA ASSEGURADO - NULIDADE PARCIAL - NÃO CABIMENTO DE FIXAÇÃO DA PENA APÓS A DESCLASSIFICAÇÃO - LIMITES DA SENTENÇA A SER PROFERIDA - REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE APÓS O TRANSITO EM JULGADO DA DECISÃO DESCLASSIFICATÓRIA - ART. 74, §2º DO CPP - MÉRITO - CONDUTA CRIMINOSA - ART. 133, §3º DO CP - INVIABILIDADE DE SE PROFERIR UMA CONDENAÇÃO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SITUAÇÃO DE RISCO - ABSOLVIÇÃO QUE SE DECRETA.

- Não existe lugar para se cogitar em cerceamento de defesa, uma vez, que operada a desclassificação da conduta, a parte teve direito de recorrer, de questionar o tema, logo não resta caracterizada nulidade, na amplitude ventilada pela parte. Ademais, descabido o acolhimento da preliminar de nulidade erigida pela defesa na forma em que foi requerida seu acolhimento, isso porque a parte acusada se defendeu dos fatos descritos na denúncia, inclusive, de se notar que os fatos foram assegurados todos direitos processuais e constitucionais, em particular, os do contraditório e ampla defesa.

- Quando o elemento subjetivo do tipo penal não restar comprovado, ou seja, que a parte acusada tenha concretamente demonstrado vontade livre e consciente de abandonar sua filha menor, sendo que a criança não foi deixada desprotegida, mas sim dentro de seu lar, não se sabendo ao certo por quanto tempo isso ocorreu, a absolvição é de rigor. O artigo 133 do Código Penal pune apenas a conduta do indivíduo que concretamente abandona uma: "pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono".

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0109.15.000019-7/001 - COMARCA DE CAMPANHA - APELANTE(S): SIMONE ROCHA REIS DOS SANTOS - APELADO(A)(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. SÁLVIO CHAVES
RELATOR.

DES. SÁLVIO CHAVES (RELATOR)

VOTO

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra SIMONE ROCHA REIS DOS SANTOS, tendo-a como incurso nas iras do art. 136, §3º do CP, isso em virtude de fato ocorrido em 13/11/2014. Realizada a audiência para fins do contido no art. 89 da Lei 9.099/95, a acusada não compareceu, fls. 38/41.

Ao final, por intermédio da sentença de fls. 70/75, aplicado o contido no art. 383 do CPP, a ré foi condenada nas iras do art. 133, §3º, II do CP, aplica a pena de 06 seis meses e 20 dias de detenção, regime inicial aberto, a pena corporal foi substituída por uma restritiva de direitos. Assegurado o apelo em liberdade.

Intimações regulares.

Inconformada recorre a acusada, termo de fl.79, razões às fls. 80/83 oportunidade em que alega que o processo é nulo por cerceamento de defesa, na medida em que na sentença foi reconhecida a prática de um crime de competência da Justiça Comum, art. 133, §3º do CP, cuja pena máxima é de 03 anos.

Alega que a parte ré se defende dos fatos descritos na denúncia, nos termos da pe sa acusatória, que assim, a hipótese concreta   a prevista no art. 384 do CPP e não a contida no art. 383 de referido diploma legal, que deveria ter ocorrido o aditamento da denúncia, com posterior abertura de vista   Defesa, sendo nulo o processo.

Ato seguinte afirma que ficou evidenciado que a recorrente somente deixou sua filha pequena sozinha por curto espaço de tempo, pois saiu em busca de sua outra filha adolescente, de 16 anos de idade   época, que não tinha como deixar a crian sa com outra pessoa ou leva-la consigo, configurado o estado de necessidade a afastar a ilicitude do ato.

Requer ao final seja dado provimento ao recurso.

Contrarrazões ministeriais   s fls. 85/88 pelo conhecimento e não provimento do apelo.

Remetidos os autos para Turma Recursal do Juizado Especial, foi ofertada manifesta o ministerial pela nulidade da senten sa, ante a incompetência do Juízo para análise do caso, por ser crime comum.

Em julgamento realizado perante a Primeira Turma Recursal de Varginha, foi acolhida a preliminar de incompetência do Juizado Especial remetidos então os autos para esta Instância Revisora.

Manifesta o da d. Procuradoria-Geral de Justi sa, da lavra da i. Procuradora de Justi sa, Dra. Valéria Felipe Neves Silva,   s fls. 103/106, pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Submetido a julgamento o recurso aviado, esta Turma julgadora, por maioria, acolheu a preliminar suscitada pelo Desembargador Revisor, declarando a inexistência de recurso de apela o, propondo a remessa dos autos   Comarca de origem para que fossem tomadas as providências de direito, fls. 108/100-v.

Com o retorno dos autos   origem, por meio do despacho de fl. 115, foi dada vista   Defesa, que de imediato interpôs novo Recurso de Apela o, fls. 116/118.

As razões da Defesa estão encartadas   s fls. 116/118, ocasião em que reiterou as razões do seu recurso anterior, de fl. 80/83, conforme já disposto acima.

Contrarrazões apresentadas   s fls. 119/122, ocasião em que pleiteia pela rejei o da preliminar de nulidade e, no m rito, pelo não provimento do recurso.

Em seguida os autos aportaram neste e. TJMG, sendo distribuídos   relatoria do Desembargador Fortuna Grion, que por meio do despacho de fl. 129 determinou a redistribui o dos autos a este Magistrado, em razão de preven o.

Redistribui dos os autos, vieram-me conclusos.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justi sa,   s fls. 133/135, opinando pe so conhecimento e improvimento do recurso.

Este   o relatório. Decido.

Conheço do recurso.

Quanto a preliminar de nulidade do processo, cerceamento de defesa,   de se notar que a hipótese não   a contida no art. 384 do CPP, mas de fato a do art. 383 do CPP, uma vez que na denúncia consta expressamente que a acusada deixou sua filha menor de idade, que estava sob sua guarda, menor essa   época com 02 anos, sozinha no interior da residência, chorando e chamando pela mãe.

Logo, em momento algum foi dito que a acusada expôs a vida de sua filha a perigo de vida ou a sua saúde, por ter sido privada de alimenta o ou cuidados indispensáveis, que sujeitando a crian sa a qualquer tipo de trabalho, de abuso de meios de corre o ou disciplina, nada disso.

Assim, a hipótese descrita não se adequa ao contido no art. 136,  o do CP, que assim estabelece:

"Maus tratos - Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educa o, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimenta o ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de corre o ou disciplina: Pena - deten o, de dois meses a um ano, ou multa.

(...)  o - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime   praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos".

Por sua vez eis o que estabelece o art. 133 do CP, confira-se:

"Abandono de incapaz - Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - deten o, de seis meses a três anos. (...)  o - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: (...) II - se o agente   ascendente ou descendente, cônjuges, irmão, tutor ou curador da vítima".

Não existe lugar para se cogitar em cerceamento de defesa, uma vez, que operada a desclassifica o da conduta, a parte teve direito de recorrer, de questionar o tema, logo, não resta caracterizada nulidade, na amplitude ventilada pela parte.

Dando sequência, a nulidade consiste no fato de operada a desclassifica o, ter sido desde logo

fixada a pena, deveria ter sido aguardado o trânsito em julgado a respeito de dita desclassificação, em sequência, seria determinada a remessa dos autos para Justiça Comum, para somente então vir a ser imposta a respectiva pena. Nesse sentido, inclusive, já me posicionei anteriormente, conforme se vê a s fls. 109/109-v.

Assim, não prospera o acolhimento da preliminar de nulidade erigida pela Defesa na forma em que foi requerido seu acolhimento, isso porque a parte acusada se defendeu dos fatos descritos na denúncia, inclusive, não de se notar que a foram assegurados todos direitos processuais e constitucionais, em particular, os do contraditório e ampla defesa.

Operada a desclassificação da conduta para um crime comum, insista-se, deveria se aguardar o trânsito em julgado e após remeter os autos para o Juízo Competente, art. 74, §2º do CPP, eis o teor da norma legal: "Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri. (...) § 2º Se, iniciado o processo perante um juiz, houver desclassificação para infração da competência de outro, a este será remetido o processo, salvo se mais graduada for a jurisdição do primeiro, que, em tal caso, terá sua competência prorrogada".

Sobre a questão, eis os ensinamentos em situação processual análoga:

"Quando a desclassificação for para infração de menor potencial ofensivo (...) a competência passa a ser do Juizado Especial Criminal. Transitada em julgado a decisão desclassificatória, os autos serão remetidos ao juizado competente, onde será designada a audiência prevista nos arts. 70-76 da lei. Não há outra solução, pois a competência dos Juizados para as infrações de menor potencial ofensivo, por ser de ordem material e ter base constitucional absoluta" (Código de Processo Penal comentado, 12ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 914).

De se concluir que a sentença então apresentaria uma nulidade parcial, apenas quanto a fixação de pena e demais consequências, estando correta quanto à desclassificação operada.

De qualquer modo, tenho aqui uma solução que se mostra mais favorável à parte, isso não a absolvição.

Relendo os diplomas legais acima transcritos, percebe-se que a conduta atribuída à acusada na denúncia se amolda à que prevista no art. 133, §3º do CP, contudo, não vislumbro a viabilidade de se proferir uma condenação, já que não foi comprovado que a criança foi colocada em alguma situação de risco.

Não se cogitou o tempo em que a criança permaneceu sozinha, isso dentro de sua própria casa, cuja porta de acesso estava trancada, não se cogitou quais eram as condições do imóvel, ou seja, se local seria possível a criança ter acesso a janelas, instrumentos cortantes ou tóxicos, como facas, tesouras, produtos de limpeza, remédios ou correlatos, do tipo bebidas alcoólicas.

Entendo que o elemento subjetivo do tipo penal não restou comprovado, posto que a acusada não demonstrou vontade livre e consciente de abandonar sua filha menor, a criança não foi deixada desprotegida, mas sim dentro de seu lar, não se sabendo ao certo por quanto tempo isso ocorreu.

Com efeito, o art. 133, do Código Penal pune a conduta do indivíduo que concretamente abandona uma: "pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono".

Júlio Fabrini Mirabete ensina que o elemento subjetivo (dolo) do crime em questão: "Não a vontade de abandonar a vítima, ciente de que por ela é responsável e do perigo que pode correr (...). Nada impede a prática do crime com dolo eventual, quer porque o sujeito ativo está em dúvida quanto a seu dever de cuidar da vítima, quer por assumir o risco de causar-lhe o perigo" (Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2000. p. 749).

Pelo que, entendo que a menor não foi abandonada, mas deixada em sua casa por certo lapso de tempo, esse desconhecido, o que enseja a pretendida absolvição.

Neste sentido assim já decidiu esta col. 7ª Câmara Criminal:

"EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ABANDONO DE INCAPAZ - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO PERIGO CONCRETO - ATIPICIDADE - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. - O tipo penal previsto no art. 133 do CP não crime de perigo concreto, que exige a comprovação do risco (à vida ou à saúde) para a vítima, em virtude do abandono. - Ainda que evidenciado que a acusada, genitora da vítima (criança de tenra idade), tenha se ausentado temporariamente da residência deixando-a sozinha, se não houve comprovação de que tal conduta tenha gerado situação de perigo concreto para o menor, não se pode cogitar a prática do delito de abandono de incapaz". (TJMG - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0558.10.001124-3/001 - 7ª CÂMARA CRIMINAL - RELATOR: DES. CÁSSIO SALOMÁ; j. 24/07/2014).

Mediante tais considerações, REJEITO A PRELIMINAR e, no mérito, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para o fim de decretar a pretendida absolvição, com fulcro no art. 386, VII do CPP.

Custas pelo Estado.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ã como voto.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MARCÃLIO EUSTÃQUIO SANTOS - De acordo com o(a) Relator(a).

SÃMULA: "REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÃRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO."