

### Abandono de incapaz - Situação de perigo - Configuração - Uso voluntário de drogas - Exclusão do dolo - Impossibilidade

Ementa: Apelação criminal. Abandono de incapaz. Ausência de dolo. Não cabimento. Situação de perigo configurada. Uso voluntário de drogas. Condenação mantida.

- O delito do art. 133 do Código Penal configura-se com a conduta de colocar o incapaz, que não sabe se defender, em situação de perigo de vida, em virtude do abandono e da violação do dever de zelar pela segurança dele.

- O uso de drogas voluntário não excluiu o dolo.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0637.10.008374-9/001 -  
Comarca de São Lourenço - Apelante: R.S. - Apelado:  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora:  
DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na

conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NÃO PROVER O RECURSO.

Belo Horizonte, 2 de julho de 2013. - *Denise Pinho da Costa Val* - Relatora.

#### Notas taquigráficas

DES.ª DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelação interposta por R.S. contra a sentença de f. 68/74, que julgou procedente a denúncia e a condenou nas sanções do art. 133, § 3º, inciso II, do Código Penal, à pena de 8 (oito) meses de detenção, no regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito.

Narra a denúncia que, no dia 7 de janeiro de 2010, a denunciada R.S. abandonou seu filho, com menos que um ano de idade, que se encontrava sob sua responsabilidade, incapaz de se defender dos riscos resultantes do abandono.

Consta da denúncia que a conselheira tutelar A. recebeu informações de um motoboy que passava pela rua de que o filho da denunciada estava engatinhando sozinho pela via pública, correndo risco de ser atropelado.

Após receber a informação, o conselheiro do Conselho Tutelar se deslocou até a residência da denunciada e, lá chegando, encontrou R. caída no chão, desacordada, sob o efeito de drogas, sendo que um de seus seios estava à mostra, e seu filho menor, que pouco tempo antes estava engatinhando pela via pública sozinho, naquele momento estava sobre a mãe, tentando sugar-lhe o seio.

Apurou-se que a residência da denunciada não possui mínimas condições de higiene, pois o imóvel estava imundo, em meio a muito lixo, com utensílios espalhados por todos os lugares e, ainda, com restos de comida estragada.

Por fim, consta da denúncia que, em seguida, o Conselho Tutelar apanhou a criança e a levou para um abrigo, e ela foi entregue aos seus avós paternos.

Assim, R.S. foi denunciada como incurso nas sanções do art. 133, § 3º, inciso II, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 09.02.2011 (f. 32/33), e o processo seguiu os seus trâmites legais, culminando com a sentença de f. 68/74, publicada em 09.10.2012 (f. 74), da qual a ré foi intimada pessoalmente, à f. 78.

Inconformada, a acusada interpôs recurso de apelação à f. 76. Em suas razões de f. 80/85, requer a sua absolvição por ausência de dolo, sob o argumento de que não agiu com vontade de abandonar a criança, mas ao consumir drogas perdeu o controle de si.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 86/92, pleiteando o não provimento do apelo e a manutenção, na íntegra, da sentença de primeiro grau.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador

Dr. Marco Antônio Lopes de Almeida, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 98/102).

É o breve relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Não foram arguidas nulidades nem se verificou a existência de alguma que mereça ser declarada de ofício.

A materialidade delitativa restou comprovada nos autos pelo boletim de ocorrência de f. 06/07 e pelo relatório de f. 10.

Em seu recurso, alega a apelante que não praticou o delito que lhe foi imputado porque, no dia dos fatos, estava sem condições de zelar pelos cuidados de seu filho, pois se encontrava sob o forte efeito do crack.

Alega a apelante, ainda, que, uma vez retirado o seu estado de consciência pela dependência química vivenciada, e seguindo a orientação da teoria finalista, é inviável se cogitar em conduta dolosa, diante da não ocorrência dos requisitos necessários à configuração do “dolo natural”.

Compulsando os autos, vejo que não assiste razão à sentenciada.

Dispõe o art. 133, § 3º, inciso II, do Código Penal que constitui o delito de abandono de incapaz:

Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

§ 3º As penas cominadas neste artigo aumentam-se de 1/3 (um terço):

[...]

II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

O referido tipo penal visa proteger o incapaz de se defender de situações de perigo, diante do abandono e da omissão de quem tem o dever legal de protegê-lo e zelar pela sua segurança.

Leciona com propriedade Cezar Roberto Bitencourt que o elemento subjetivo do delito de abandono de incapaz é:

o dolo de perigo, representado pela vontade e consciência de expor a vítima a perigo através do abandono. O dolo pode ser direto ou eventual. Nesse caso, o agente deve, pelo menos, aceitar o risco de perigo concreto para a incolumidade pessoal do abandonado.

Seria até desnecessário enfatizar que é indispensável que o sujeito ativo tenha plena consciência de seu dever de assistência, decorrente de uma das hipóteses relacionadas no tipo penal, quais sejam, cuidado, guarda, vigilância ou autoridade.

E completa o mestre que:

não há exigência de qualquer fim especial de agir, sendo equivocada a afirmação de que alguns doutrinadores de que esse tipo penal exige ‘dolo específico’. Se, contudo, houver, concretamente, a presença de um especial fim de agir, provavelmente irá configurar outro crime. (*Tratado de direito penal - parte especial 2 - 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 269.*)

Guilherme de Souza Nucci também expõe que o tipo penal do art. 133 não exige para a sua configuração

especial vontade de colocar o incapaz em perigo, bastando a conduta de largar a criança “ao léu, sem condições de se proteger sozinho” (*Código penal comentado. 9. ed. Editora Revista dos Tribunais, p. 645*).

No caso em tela, observa-se que R., na fase judicial (f. 25), declarou que estava dormindo com seu filho menor, mas o outro filho dela deixou a porta aberta e não viu a criança sair:

que a declarante estava dormindo com o filho mais novo, e o filho de oito anos saiu; que o filho deixou a porta aberta; que o filho mais novo da declarante acordou sem que a mesma percebesse e saiu para a rua pelo porta que estava aberta; que seus filhos maiores já estavam sob os cuidados da mãe da declarante, e somente o filho menor estava sob a responsabilidade da declarante; [...] que a declarante foi usuária de crack, mas está fazendo tratamento para parar e já vai fazer um ano que declarante não faz uso de tal droga.

Na fase judicial, R. apresentou nova versão dos fatos, declarando em seu interrogatório (f. 56) que a criança estava sob os seus cuidados, mas não possuía condições psicológicas para cuidar dela, pois é usuária de drogas e, quando faz uso de substância entorpecente, fica fora de si:

que havia feito uso de crack na noite anterior ao dia dos fatos; que, quando acabou o crack, não tendo dinheiro para comprar mais dessa droga, fez uso de um medicamento que o médico havia lhe prescrito; que, nessa condição, de drogada, seu ex-marido chegou e disse que ia deixar o menor para a interroganda tomar conta, pois o garoto havia passado a noite com os avós paternos; que a interroganda disse ao ex-marido que não tinha condições de cuidar do menor, mas ele não deu ouvidos e deixou a criança para a interroganda cuidar; que, sem condições de olhar a criança, ela acabou indo para a rua, onde foi encontrada pelo motoboy.

A conselheira tutelar A.S., que firmou o relatório de atendimento de f. 10, ao ser ouvida perante a autoridade policial, relatou que o Conselho Tutelar recebeu uma denúncia anônima, feita por um motoboy, de que havia um bebê engatinhando sozinho no meio da rua:

que o motoqueiro relatou que estava passando viu a criança no meio da rua, parou a moto e procurou saber de onde era a criança; que o motoqueiro foi informado por vizinhos onde a criança morava, deixou a criança lá e acionou o Conselho Tutelar; que a depoente foi até a casa com a psicóloga J. e encontrou muita comida estragada espalhada pela casa; que a mãe estava desacordada com o seio de fora no chão da sala; que sobre o seio dela tinha uma criança sugando o seio; [...] que existem outras denúncias de abandono de incapaz com relação à mãe e essas crianças (fase policial - f. 20).

Em juízo, à f. 52, a referida testemunha repetiu o mesmo depoimento prestado na fase inquisitiva.

Por sua vez, a genitora de R., L.M.G.S., informou, à f. 24, que a filha é usuária de crack e não cuida dos filhos por causa da droga; que eles estão sob os seus cuidados há bastante tempo, com exceção do mais novo, que, atualmente, mora com o seu avô paterno, acrescentando:

[...] que, na época do fato, a depoente cuidava dos cinco filhos mais velhos de R., mas o mais novo ainda estava com a

mesma; [...] que R. já não cuida de nenhum dos filhos, reside em casa separada de depoente, junto com o pai do filho mais novo; que a depoente proibiu R. de entrar em sua casa, mas a mesma vai visitar os filhos, ficando sempre no portão.

Em juízo, à f. 54, L.M. declarou que, na época dos fatos, R. era viciada em crack e que,

no entanto, tomava remédio forte, ministrado pela equipe médica da saúde mental, e ficava como se estivesse drogada; que, quando tomava o remédio, ela ficava com aqueles sintomas de drogada o dia todo.

O policial militar U.A.G., que compareceu à casa de R. juntamente com a conselheira tutelar A., informou, à f. 53, que adentrou a residência da ré, com fito de resgatar a criança colocada em situação de risco, ocasião em que percebeu que a casa estava 'um caos'; que a casa parecia um 'lixão', e que R. aparentava estar drogada.

Ora, restou satisfatoriamente demonstrado que R., de forma consciente e voluntária, abandonou seu filho pequeno, deixando de prestar-lhe a assistência necessária que requer uma criança de tenra idade.

Conforme relatado pelo policial U. e pela conselheira tutelar A., a residência de R. estava suja, desorganizada, havia comida estragada espalhada pelo chão, sem condições, portanto, de habitação para uma criança pequena.

Não há dúvida, ainda, que R. foi omissa nos cuidados com o seu filho pequeno, pois nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ela tinha o dever de garantir a segurança de seu filho menor, que estava sob o seus cuidados, zelando pela integridade física dele.

Observa-se que, ao reverso, preferindo se drogar a cuidar do filho pequeno, que estava sob a sua guarda, R. expôs o menor à situação de risco, pois abandonado, sem a vigilância devida e incapaz de defender-se dos perigos que o cercavam, a criança foi para a rua e somente não foi atropelada graças à ação de um motoqueiro que a recolheu.

A respeito do tema já decidiu este egrégio Tribunal:

Ementa: Apelação criminal. Abandono de incapaz. Relato de testemunhas presenciais. Suficiência. Perigo concreto para a incolumidade do abandonado. Intenção de abandonar caracterizada. Condenação mantida. - Ao abandonar um bebê de apenas oito meses de vida no chão de uma residência, sozinho, gerando perigo concreto para a incolumidade deste, a conduta da recorrente se amolda ao tipo descrito no art. 133 do CPB. (Apelação Criminal 1.0414.10.003619-6/001, Relator: Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 23.04.2013, publicação da súmula em 03.052013.)

Registro, ainda, que o fato de R. se encontrar drogada, no momento em que a criança escapou pela porta da rua, não tem o condão de afastar a responsabilidade da ré.

De acordo com o magistério de Guilherme de Souza Nucci:

É fortuita a embriaguez decorrente do acaso ou meramente accidental, quando o agente não tinha a menor ideia de que estava ingerindo entorpecente (porque foi ludibriado por terceiro, por exemplo) ou quando mistura o álcool com remédios que provocam reações indesejadas, potencializando o efeito da droga, sem estar devidamente alertado para isso. Exemplo típico dado por Antolisei é do operário que se embriaga inalando os vapores do álcool, presente na área de trabalho. Embriaguez decorrente de força maior é que se origina de eventos não controláveis pelo agente, tal como a pessoa que, submetida a um trote acadêmico violento, é amarrada e obrigada a ingerir, à força, substância entorpecente. Ambas, no fundo, são hipóteses fortuitas ou acidentais. Essa causa dá margem a uma excludente de culpabilidade se, por conta dessa ingestão forçada ou fortuita, o agente acaba praticando um injusto. É preciso, no entanto, que esteja totalmente incapacitado de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento por conta da embriaguez. (Código Penal comentado. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora do Tribunal, 2012, p. 303.)

Não ficou comprovado, no caso *sub judice*, que a ingestão de drogas pela ré foi decorrente de caso fortuito ou de força maior. E, o uso voluntário de substância entorpecente não serve para excluir o dolo.

Vê-se que a ré se drogou de forma voluntária, o que não excluiu a imputabilidade penal, nos termos do art. 28, inciso II, do Código Penal.

É incontroverso que R., ao se drogar, agiu com dolo de abandono, pois tinha plena consciência de que seu filho menor estava sob a sua guarda e cuidados, assumindo, portanto, o risco de colocar a criança em perigo, ao fazer uso de entorpecentes ou remédios.

Além do mais, não há evidências de que a ré seja viciada em crack, pois não se desincumbiu de demonstrar a sua condição de dependente química nos autos.

Dessa forma, improcede o pedido de absolvição por ausência de dolo.

Com efeito, em que pese o inconformismo do apelante, cumpre consignar que, diante do contexto fático e probatório trazido aos autos, a sentença monocrática não merece reparo, tendo, inclusive, aplicado de forma comedida e razoável a reprimenda ao caso em discussão.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de R.S., mantendo a sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas, na forma da sentença,  
É como voto.

DES.ª MÁRCIA MILANEZ - De acordo com a Relatora.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - De acordo com a Relatora.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

...