

**Abandono de incapaz - Materialidade e autoria -
Comprovação - Dolo - Presença - Tipicidade
provada - Majoração - Víctima descendente da ré -
Condenação mantida - Pena corporal substituída
por restritiva de direitos - Provimento parcial**

Ementa: Apelação criminal. Abandono de incapaz majorado (art. 133, § 3º, II, do CP). Prescrição retroativa. Não configuração. Preliminar rejeitada. Inconstitucionalidade do art. 610, do Código de Processo Penal. Inocorrência. Atuação do Ministério Público em segunda instância como *custos legis*. Preliminar rejeitada. Materialidade e autoria comprovadas. Elemento subjetivo do tipo penal (dolo). Ocorrência. Intenção de abandonar caracterizada. Tipicidade provada. Condenação mantida. Substituição da pena privativa de liberdade. Preenchimento dos requisitos legais. Cabimento. Custas processuais. Isenção. Ré assistida por defensor público. Inteligência do

art. 10, inciso II, da Lei estadual nº 14.939/03. Recurso provido em parte.

- Não há falar em ocorrência de prescrição retroativa quando, mesmo não havendo recurso da acusação, o prazo a que se refere o inciso VI do art. 109 c/c o art. 115, ambos do Código Penal, não foi atingido pela soma dos tempos decorridos antes e após o termo suspensivo da ação penal.

- Preliminar rejeitada.

- Não há que se falar em inconstitucionalidade do art. 610 do Código de Processo Penal, uma vez que a atribuição de defesa da ordem jurídica foi conferida ao Ministério Público pela Constituição da República, conforme disposição do art. 127, *caput*, atuando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em segunda instância, como *custos legis*.

- Preliminar rejeitada.

- Configura o crime do art. 133 do Código Penal o ato de deixar ao desamparo pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do agente e por qualquer motivo sem condições de defender-se dos riscos resultantes do desamparo.

- Age dolosamente a mãe que deixa o filho sozinho em casa, caracterizando-se o dolo de perigo exigido pelo tipo penal do art. 133 do Código Penal.

- Presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos.

- Tratando-se a acusada de hipossuficiente, assistida por defensor público, deve ser isentada do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, II, da Lei estadual nº 14.939/03.

Recurso provido em parte.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0625.10.007534-4/001 -
Comarca de São João del-Rei - Apelante: Mãe de menor
- APELADO: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
- Víctima: Menor - Relator: DES. AGOSTINHO GOMES DE
AZEVEDO**

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 AS PRELIMINARES DEFENSIVAS E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de junho de 2014. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação aviado por genitora. em face da sentença de f. 133/141, que a condenou como incurso nas sanções do art. 133, § 3º, II, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto. A pena privativa de liberdade não foi substituída por penas restritivas de direitos.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que, em 12 de junho de 2010, por volta das 20h30min, na Rua [...], em Tiradentes-MG, a denunciada abandonou seu filho, de 8 (oito) meses de idade, que estava sob sua guarda, sendo ele incapaz de se defender dos riscos resultantes do abandono.

Consta da denúncia que, segundo restou apurado, a testemunha G.A.R. foi solicitada pela genitora da acusada a comparecer à residência da acusada, tendo em vista que seu neto se encontrava em casa sozinho. Chegando ao local, G. constatou que o menor impúbere estava quieto, porém apresentava dificuldades para respirar, tendo em vista que sofre de bronquite.

A denúncia foi recebida em 6 de agosto de 2010 (f. 30).

Citada em comparecimento pessoal ao juízo (f. 35), a acusada ofereceu resposta escrita à acusação (f. 37/38).

Durante a instrução, foram ouvidas quatro testemunhas (f. 112/115). Após, procedeu-se ao interrogatório da acusada (f. 116/117).

O Ministério Público apresentou alegações finais às f. 124/125-v.; e a Defesa, às f. 127/131.

A sentença foi publicada em cartório em 11 de novembro de 2013 (f. 142).

Inconformada, apelou a Defesa (f. 152), pretendendo, em síntese, a extinção da punibilidade pela prescrição ou, alternativamente, pela absolvição da acusada, pela inexistência de dolo em sua conduta. Subsidiariamente, pugnou pela redução da pena-base e pela isenção do pagamento das custas processuais (f. 153/161).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pela manutenção da sentença recorrida (f. 163/167).

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não provimento do recurso (f. 173/178).

É o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Preliminares:

A) Prescrição retroativa.

A Defesa pugna, preliminarmente, por que seja decretada a extinção da punibilidade, em face da ocorrência do fenômeno da prescrição.

Sem razão a Defesa!

Verifico que a acusada restou condenada a 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção (f. 139), pena que

atrai o prazo prescricional de 3 (três) anos, nos termos do art. 109, VI, do Código Penal.

Ocorre, ainda, que a condenada era menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime (f. 02 e 118), de modo que o prazo prescricional deve ser reduzido de metade, na forma do art. 115 do Código Penal, concretizando-se, portanto, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses.

Contudo, verifico que não prospera a alegação de que a prescrição ocorreu linearmente, da forma como defende a Defesa em suas razões recursais, desde que desconsiderou que, ocorrido o recebimento da denúncia em 6 de agosto de 2010 e suspensa a ação penal em 1º de setembro de 2011 (f. 58), aquele prazo deixou de transcorrer a partir de então.

Desse modo, ainda que somado o prazo decorrido até o termo suspensivo, com aquele que começou a fluir com a revogação do benefício da suspensão condicional do processo, em 11 de julho de 2013 (f. 91/92), até a publicação da sentença condenatória recorrível, em 11 de novembro de 2013 (f. 142), a hipótese, ainda assim, não contemplaria a ocorrência da prescrição.

Assim sendo, é de se prestigiar a alegação do Ministério Público, trazida em suas contrarrazões, de que não ocorrera a prescrição, ainda que o feito suspensivo não tenha sido abordado com a devida profundidade.

Portanto, rejeito a preliminar defensiva.

B) Nulidade processual: ofensa ao contraditório.

Preliminarmente, sustenta a apelante a absoluta nulidade do feito, em decorrência de ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, ante a manifestação do Órgão Ministerial em segunda instância, sem que igual oportunidade seja conferida à Defesa.

No entanto, tal alegação não merece prosperar, haja vista que, na instância recursal, a emissão de parecer pelo douto representante do *Parquet* representa sua atuação enquanto *custos legis*, e não como parte na ação, não havendo, portanto, contraditório a ser assegurado, uma vez que tal manifestação não possui natureza de ato da parte.

Não há falar, portanto, em inconstitucionalidade do art. 610 do Código de Processo Penal, uma vez que a atribuição de defesa da ordem jurídica foi conferida ao Ministério Público pela Constituição da República, conforme disposição do art. 127, *caput*.

Nesse sentido é a jurisprudência:

Penal. *Habeas corpus*. Art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03. Parecer oferecido pelo Ministério Público de segundo grau. Alegação de nulidade por falta de vista posterior dos autos à defesa. Inocorrência. Atuação como *custos legis*. Art. 610 do CPP (HC 127630/SP, 2009/0020008-2 T5, Quinta Turma, j. em 13.08.2009, DJe de 28.09.2009).

Processo penal. Parecer da Procuradoria de Justiça. Violação do princípio do contraditório. Não ocorrência. Tóxicos. Tráfico. Prova. Condenação. Absolvição ou desclassificação para o tipo penal de uso de drogas. Não cabimento. Liberdade

provisória. Impossibilidade. Isenção de custas. Cabimento (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0145.08.449148-2/001, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, DJ de 22.10.2009).

Dessa forma, importante salientar que o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça pode ser favorável a qualquer das partes, de maneira que tal manifestação não acarreta violação ao princípio da igualdade processual, conforme, equivocadamente, sustenta a douta Defensoria Pública.

Rejeito, também, essa preliminar defensiva.

Não tendo sido arguidas outras preliminares nem vislumbrando vícios na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito recursal.

A materialidade e a autoria do delito restaram devidamente demonstradas nos autos pelo Boletim de Ocorrência de f. 07/08, bem como pela prova oral colhida - em especial, diante da confissão judicial da apelante (f. 117) -, tanto é assim que a Defesa não traz a tese de negativa de autoria em suas razões recursais.

Cinge-se, inicialmente, o mérito do recurso à tese de ausência de dolo na conduta da acusada ou, pelo menos, na deficiência de provas quanto ao elemento subjetivo. A meu ver, todavia, a tese não encontra o necessário respaldo no caderno probatório.

A acusada, em interrogatório judicial, confessa a autoria do crime, nos seguintes termos:

que a depoente de fato estava se drogando na rua, tendo deixado seu filho em casa sozinho; que a mãe da depoente viu quando a depoente saiu para a rua; que atualmente o menor está com três anos, e está sob a guarda da mãe da declarante; que confirma o depoimento que prestou (f. 12); que a depoente está presa acusada de tráfico de drogas; que não responde a outros processos além de tráfico de drogas; que a mãe da depoente estava num bar próximo da casa da depoente, e a depoente avisou a sua mãe que estava saindo; que a depoente não quis dar droga para sua irmã, e ela ficou com raiva, 'jogando a mãe da depoente contra a depoente'; que a depoente disse para sua mãe que estava saindo e tinha deixando o filho em casa; que a mãe da depoente nada respondeu (f. 117).

A testemunha J.A.P., em depoimento confirmado em juízo à f. 113, confirmou o histórico do Boletim de Ocorrência de f. 07/08, em que registrou:

constantemente ele presencia a genitora deixar o filho de oito meses e sair para a rua, deixando-o sozinho, sem uma pessoa responsável para cuidar do mesmo. Hoje não foi diferença, digo, diferente, largou o filho e saiu, encontrou com a irmã, de 16 anos, e deu a desculpa de que o menino estava com uma babá. Comparecemos ao local onde se encontrava o G., sua esposa I. e a avó, sendo assim foi acionada a conselheira tutelar Regiane; que, de posse de um termo de entrega de responsabilidade, passou o menino para I., esposa do G., sendo assinado por mim e por ela [...] (f. 08).

No mesmo sentido é o depoimento da conselheira tutelar Regiane Ramalho. Veja-se:

que a depoente era e ainda é conselheira tutelar; que recebeu uma comunicação da Polícia de que a mãe tinha saído de casa e tinha deixado o filho de oito meses sozinho; que a depoente se deslocou para o local e constatou que realmente o filho estava em casa, sendo que a mãe da genitora já tinha chegado acompanhada de uma irmã dela; que a mãe da genitora estava visivelmente embriagada; que desta maneira a depoente entregou a guarda do menor para uma vizinha até que fosse decidido o destino da criança [...] (f. 114).

Corroborando a prova oral supramencionada, vieram aos autos o depoimento de G.A.R. Confira-se:

que o depoente é vizinho da genitora; que de fato os policiais foram até a casa da genitora, pois ela havia deixado o filho dela, com oito meses na época dos fatos, sozinho em casa [...] (f. 115).

Portanto, o conteúdo do inquérito policial, corroborando esses elementos de prova judicialmente produzidos, demonstra claramente que o filho da acusada foi por ela deixado em situação de perigo, abandonado à própria sorte.

Assim, a conduta, a meu ver, encontra-se provada à perfeição, inclusive no aspecto subjetivo.

O elemento subjetivo do tipo penal mostra-se claro na conduta praticada pela acusada, demonstrando vontade livre e consciente de abandonar o filho menor. O art. 133 do Código Penal pune a conduta de quem abandona "pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono".

Leciona Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*. 8. ed., 2008, p. 633):

abandonar quer dizer deixar só, sem a devida assistência. O abandono, nesse caso, não é imaterial, mas físico. Portanto, não é o caso de se enquadrar, nesta figura, o pai que deixa de dar alimentos ao filho menor, e sim aquele que larga criança ao léu, sem condições de se proteger sozinha.

Júlio Fabrini Mirabete ensina que o elemento subjetivo (dolo) do crime em questão:

é 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).

Portanto, para a configuração do delito de abandono de incapaz (art. 133 do Código Penal), basta que o agente direcione sua conduta no sentido de desamparar a vítima, de desprezá-la, ainda que momentaneamente. O tipo penal não reclama um específico elemento subjetivo. Nesse sentido é a lição José Henrique Pierangelli:

A conduta típica é abandonar, que significa deixar sem assistência, largar, desamparar, desprezar etc. Há abandono quando se coloca o sujeito passivo do crime em situação que acarreta privação, ainda que momentânea, dos cuidados

que lhe são devidos e dos quais tem necessidade (*Manual de direito penal. Parte Especial*. São Paulo: RT, 2005. p. 161/162).

Trata-se, assim, de crime de perigo, de natureza concreta, que se consuma com a simples exposição de pessoa incapaz a risco contra a sua integridade física. No presente caso, o filho era menor, contava apenas 8 (oito) meses de idade, incapaz, portanto, de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

Ora, é evidente que, ao deixar o filho de 8 (oito) meses sozinho em casa, a apelante aceitou o risco do perigo concreto para a incolumidade do abandonado, sendo indiferente o tempo em que o menino ficara sozinho.

Nesse sentido é a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Confira-se:

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 adequa ao tipo descrito no art. 133 do CPB (Apelação Criminal 1.0414.10.003619.6.001 - Rel. Furtado de Mendonça, 6º Câmara Criminal, j. em 23.04.2013, publ. em 03.05.2013).

Apelação criminal. Abandono de incapaz. Materialidade e autoria demonstradas. Ausência de dolo alegada. Descabimento. Condenação mantida. Redução da pena-base. Possibilidade. Reprimenda reestruturada e reduzida. Isenção de custas. Admissibilidade. Acusados assistidos pela Defensoria Pública. Recurso provido em parte. - Constatado que os pais deixaram o filho menor sozinho em casa, durante a madrugada, aceitando o risco de exposição da vítima a perigo concreto, resta caracterizado o dolo do crime de abandono de incapaz. - Reavaliadas as circunstâncias judiciais, sendo todas favoráveis aos réus, imperiosa a fixação da pena-base no mínimo legal. - Considerando que os apelantes são pobres no sentido legal, estando assistidos pela Defensoria Pública, cabível a isenção do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, inciso II, da Lei 14.939/03 (Apelação Criminal 1.0625.10.001568.8.001 - Rel. Nelson Missias de Moraes, 2º Câmara Criminal, j. em 11.10.2012, publ. em 22.10.2012).

Por sua vez, a majorante do inciso II do § 3º do art. 133 do Código Penal foi devidamente reconhecida, considerando que a acusada é mãe da vítima.

O fato, como se vê, é típico do art. 133, § 3º, II, do Código Penal.

Assim, mantenho a condenação imposta na sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Insurge-se a Defesa, também, quanto à valoração na análise das circunstâncias judiciais procedida na sentença recorrida.

De fato, não há justificativa para que a pena-base tenha sido fixada acima do mínimo legal, em 9 (nove) meses de detenção, uma vez que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, ao contrário do que entendeu

o duto Sentenciante, são, em sua grande maioria, favoráveis à apelante.

Diante de tal quadro de circunstâncias judiciais, entendo que não apenas cabe a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, mas que a pena-base deve restar fixada mais próxima do mínimo legal cominado.

Portanto, verifico haver um equívoco na sentença, pois duas das circunstâncias judiciais foram analisadas de forma equivocada: a culpabilidade e os antecedentes.

Ressalto que a culpabilidade, enquanto grau de reprovabilidade da conduta, não se mostrou elevada, estando dentro dos padrões de normalidade; e não há nos autos registro de antecedentes - entendidos estes como sentenças condenatórias transitadas em julgado que não caracterizem reincidência, de modo que a apelante deve ser considerada primária e de bons antecedentes.

Assim, não me resta outra saída senão reduzir a pena-base imposta à apelante, para fixá-la bem próxima do mínimo legal, já que somente a circunstância judicial motivo do crime lhe foi considerada corretamente desfavorável (f. 138).

Desse modo, redimensiono a pena-base para reduzi-la para 7 (sete) meses de detenção.

Já na segunda fase de aplicação da pena, diante das reconhecidas atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa, reduzo a pena-base em 1 (um) mês de detenção, alcançando o patamar provisório de 6 (seis) meses de detenção.

Na terceira fase de aplicação de pena, diante da majorante prevista no § 3º, II, do art. 133 do Código Penal, que reconheço presente, elevo a pena provisória em 1/3 (um terço), fazendo-a alcançar o *quantum* definitivo de 8 (oito) meses de detenção.

Nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, mantenho o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Nos termos do art. 44 do Código Penal, cujos requisitos a apelante preenche, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada no juízo da execução.

Finalmente, considerando que a apelante foi assistida por defensor público, deve ser isentada do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 10, II, da Lei estadual nº 14.939/03.

Mediante tais considerações, rejeito as preliminares defensivas e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a pena privativa de liberdade aplicada à apelante a oito (meses) de detenção, em regime aberto; substituir a pena privativa de liberdade por uma pena de prestação de serviços à comunidade, a se dar em instituição a ser definida no juízo da execução; e para isentá-la do pagamento das custas processuais, mantendo, quanto ao mais, todos os termos da r. sentença fustigada.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES e PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES DEFENSIVAS E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

...