



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000949902

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0004782-85.2017.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que é apelante o apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO SALE JÚNIOR (Presidente) E CLÁUDIO MARQUES.

São Paulo, 20 de novembro de 2020.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal nº 0004782-85.2017.8.26.0024 – Processo digital
3ª Vara Judicial da Comarca de Andradina

Apelante:

Apelado: Ministério Público

Magistrado sentenciante: Dr. Victor Gavazzi Cesar

Voto nº 13103

ABANDONO DE INCAPAZ e ABANDONO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA – Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Declarações da vítima corroboradas pelos depoimentos das testemunhas e pela prova técnica (relatórios psicossociais e congêneres), tudo em harmonia com o conjunto probatório. Escusas do réu isoladas – Erro quando a ilicitude dos fatos não evidenciado – Condenação mantida.

PENA e REGIME DE CUMPRIMENTO – Bases nos patamares – Inviável o reconhecimento da confissão espontânea. Apelante que infirmou as imputações – Causa de aumento do artigo 133, § 3º, II do Código Penal (1/3) – Regime aberto – Substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária) – Apelo desprovido.

Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de fls. 457/475, cujo relatório se adota, que julgou procedente em parte a ação penal e condenou _____ como incurso nos artigos 90 da Lei nº 13.146/2015, c.c. 133, § 3º, II, c.c. 69 do Código Penal, ao cumprimento de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo; e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto; ambas substituídas por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 (um) salário-mínimo; absolvendo _____ das mesmas imputações, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal. Custas *ex lege*, observada a gratuidade judiciária concedida.

Inconformado, o réu apelou pugnando 1) a absolvição com fulcro no artigo 386, III e VII, do Código de Processo Penal, destacando a ocorrência de erro sobre a ilicitude do fato (CP, artigo 21); ou, subsidiariamente, 2) a redução das penas aos mínimos; e 3) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (fls. 484/487).

O recurso foi regularmente processado e contrariado (fls. 492/495).

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (fls. 521/530).

É o relatório.

A irresignação não comporta acolhida.

Restou comprovado que em data incerta, mas entre o ano de 2015 e 24 de novembro de 2016, na rua Espanha, nº 849, na cidade e comarca de Andradina, abandonou sua filha J.C.S.S., de 17 anos de idade, de quem possuía a guarda, sendo que esta era incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, pois acometida de deficiência mental (retardo mental moderado e esquizofrenia).

E, entre 24 de novembro de 2016 a 16 de março de 2018, na avenida Goiás, nº 1.269, na cidade de Selvíria, comarca de Três Lagoas/MS, abandonou sua filha J.C.S.S., pessoa acometida de deficiência mental, na casa de saúde “*Grande Família da Neide*”.

Segundo a acusação, é genitor da vítima e, à época dos fatos, detinha sua guarda a era responsável pelos seus cuidados. Entre 2015 e 24.11.2016, o apelante não ministrava os remédios controlados diários para a vítima, portadora de esquizofrenia; em razão da negligência, o estado de saúde mental de J.C.S.S. se

deteriorou, passando ela a perambular pela cidade e a se prostituir em troca de álcool e drogas, sem que seu o réu a retirasse dessa condição. Posteriormente, a vítima foi internada em casa de saúde na cidade de Selvíria/MS e, desde então, nunca a visitou, abandonando-a naquela instituição.

A materialidade está consubstanciada no Ofício nº 047/2016/CREAS (fls. 03/16), ofícios da Prefeitura Municipal de Andradina (fls. 21 e 33), relatórios técnicos de acompanhamento do CREAS (fls. 39/49 e 82/86), informativo CREAS (fls. 57/60), boletim de ocorrência (fls. 91/92), relatório de investigação (fl. 94), atestado da casa de saúde “*Casa Grande Família da Neide*” (fl. 101), relatório social APAE (fls. 120/122), relatório final (fls. 124/126), ofício APAE (fls. 131/133) e na prova oral.

A autoria, igualmente, é incontroversa.

infirmou as imputações. É genitor de J.C.S.S., a qual está “*em um abrigo*”. Não se recorda em que cidade sua filha está internada há dois anos, muito embora tenha sido responsável pela sua admissão na casa de saúde. *Olerita* é sua genitora e se recusou a ficar responsável pela vítima, pois já foi agredida por ela. A ofendida “*tem problema mental*”, cujo nome não sabe informar. Conversava com a filha por telefone, mas perdeu o contato da “*mulher do abrigo*” (mídia digital – fl. 516).

A versão do apelante não se sustenta.

Isso porque a ofendida J.C.S.S. declarou que era cuidada pela avó paterna e poi , seu pai. Residia na cidade de Andradina. Foi abandonada em uma casa de saúde no Mato Grosso do Sul; não mantém contato com seus familiares, pois era constantemente agredida pelo apelante e corrê. Quando residia com seu genitor, ficava

“solta” e costuma “fugir de casa para ficar na rua”. Atualmente, está sob os cuidados da “Mãe”. Seu genitor e avó costumavam “beber” com frequência. Nenhum de seus familiares lhe visitou desde sua internação. A mãe de J.C.S.S. está presa por aliciar adolescentes “para sexo”. Não sabe quem arca com os gastos financeiros da clínica, mas acredita que “é coisa do governo” (mídia digital – fl. 516).

Não se deslembre que a palavra da vítima nos crimes de abandono de incapaz e do Estatuto da Pessoa com Deficiência merece especial valor, sobretudo quando coerente e harmônica com os relatos dos assistentes sociais e demais profissionais responsáveis pelos seus cuidados, como *in casu*.

Veja-se:

A assistente social [redacted] esclareceu que trabalhava no CREAS e passou a atender J.C.S.S.. Segundo soube, a vítima já havia passado por acolhimento institucional, mas, à época, estava em situação de rua; além disso, havia diversas denúncias de prostituição e consumo de substâncias entorpecentes. Realizou uma visita técnica à residência da avó paterna da vítima, mas não teve contato com o genitor. A ofendida vivia em “situação de risco” e, oficialmente, residia com *Olerita* – a qual não ministrava os medicamentos de uso contínuo corretamente (mídia digital – fl. 516).

[redacted] funcionária do conselho tutelar, relatou que J.C.S.S. procurou a instituição para solicitar ajuda, pois “não queria voltar para casa”. Pelo que soube, a vítima residia com a avó – [redacted] – e costumavam ter vários desentendimentos por conta de tarefas domésticas que J.C.S.S. se recusava a fazer. Ainda, sempre que *Olerita* saía de casa para trabalhar, fazia com que a vítima ficasse do lado externo e não tinha permissão para ingressar no imóvel. O réu se negou a assumir os cuidados da vítima, pois teria sido agredido por ela durante

uma briga. A ofendida costumeiramente “*dormia com moradores de rua na praça*” (mídia digital – fl. 516).

E não é só. A título de argumentação, tão somente como vetor à confirmação da lisura e firmeza dos depoimentos prestados pelas testemunhas, os relatórios técnicos de acompanhamento e demais documentos juntados aos autos atestam a deficiência mental que acomete a vítima e detalham a situação de negligência e abandono por ela suportada, *litteris*:

(...) Este Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS através do segmento de proteção social especial para pessoas com deficiência e suas famílias realiza acompanhamento à adolescente devido situação de vulnerabilidade, especialmente negligência e abandono. Ao realizar as ações de acompanhamento do caso, podemos observar que J(...), pessoa com deficiência intelectual (CID F.71 – Retardo Mental Moderado e CID F.20 – Esquizofrenia), reside com o genitor – Sr. Claudenor Ferreira Santos –, visto que a genitora, Sra. Érika Cristiane Souza Santos encontra-se detida, devido cometer aliciamento de menores em meados de 2013, segundo relato do Sr. Claudenor. Tal fato ocasionou, no mencionado ano, o acolhimento institucional de J(...) e sua irmã, sendo posteriormente a guarda destinada ao genitor, permanecendo até os dias de hoje. J(...) foi acompanhada durante tempo considerável no Ambulatório de Saúde Mental do município, sendo receitado psicotrópicos de uso contínuo (Risperidona e Depakene). Ademais, também foi inserida e acompanhada na APAE, porém

*foi solicitado pelo seu genitor o desligamento na instituição supracitada, que posteriormente procedeu com a matrícula da mesma escola regular do município, porém a adolescente não se adaptou, ameaçando a professora com faca, ocasionando em sua suspensão. Desde então, J(...) não tem frequentado o ensino regular. Ocorre que atualmente este caso no CREAS estava arquivado, uma vez que, havíamos compreendido que Jéssica estava residindo com o genitor e madrasta, fazendo uso correto dos psicotrópicos, encontrava-se satisfatoriamente bem, ademais, o genitor havia sido devidamente orientado quanto às suas responsabilidades orientado de inseri-la em nova instituição escolar e administrar corretamente os remédios necessários à sua saúde mental. Outro fato importante era de que o núcleo familiar estava residindo em assentamento do MST, pertencente ao município de Murutinga do Sul, sendo necessário que tais ações fossem realizadas pela política de assistência social daquele município. **Pois bem, no mês de janeiro deste presente ano, J(...) compareceu a este equipamento, aparentando agressividade, confusão mental, verbalizações desconexas e sem linearidade, isto é, possivelmente sem fazer uso dos psicotrópicos corretamente, com o risco iminente de surto. A adolescente afirmou veementemente que não residiria mais com o genitor, que no momento, havia se mudado para outro assentamento no município de Marabá-SP, e que, permaneceria em situação de rua, uma vez que não aceitou***

nenhuma das sugestões de permanecer com algum familiar extenso, demonstrando desejo de retornar à vida de institucionalização ou situação de rua. Nesse sentido, “das ameaças” e permanecer em situação de rua, **há suspeitas e relatos de técnico deste equipamento que já a atenderam em outra oportunidade de que J(...) permanece perambulando pela cidade e faz programas em troca substâncias psicoativas (bebidas alcoólicas e maconha).** Sendo assim, esta equipe técnica solicitou intervenções do Conselho Tutelar, a fim de acompanhá-la ao retorno para a residência da avó paterna, local onde Sr. encontrava-se, no entanto, **J(...) não permaneceu no local, e o genitor não demonstrou interesse em protegê-la, sendo oportuno o registro de um Boletim de Ocorrência visto o abandono de incapaz (segue cópia em anexo).** (...) **Na perspectiva do genitor, a solução se dá no fato que no dia 07/02/2016 J(...) completará 18 anos, e o mesmo já não se responsabilizará mais sobre a mesma (...).** Desde que está em Andradina, J(...) permanece perambulando durante o dia se dirige diariamente às sedes do Abrigo Municipal Jail Brasil da Silva, da APAE e do CREAS (essas as quais temos conhecimentos), além de permanecer na praça da igreja São Sebastião, na Rodoviária e na praça Central. Aparece higiene comprometida, com vestimentas sujas, possivelmente sem tomar banho e, ainda, nesta semana J(...) apareceu neste equipamento com o cabelo cortado de forma

grosseira e irregular (várias falhas). Questionada a respeito do cabelo, disse que o corte foi feito por terceiros. (fls. 04/07 – grifos nossos).

*(...) cabe lembrar que conforme relatórios anteriores encaminhados a esta Promotoria de Justiça, J(...) encontrava-se em total negligências e omissão do genitor, comparecendo a este equipamento diariamente, expressando agressividade e comportamentos disfuncionais, sempre questionada sobre o uso correto dos psicotrópicos, afirmava que estava sendo ministrado pela avó paterna – Sra. Olerita, que estava responsável pela mesma, no entanto, tal fato não era verídico, visto que **no dia 24/10/2016, em possível surto psicótico, a adolescente agrediu fisicamente a Sra. como também destruiu parte da residência, originando desta forma sua detenção em flagrante delito, permanecendo na Penitenciária Feminina de Tupi Paulista até a data de 10/11/2016.** No dia 11/11/2016 a adolescente compareceu a este equipamento voluntariamente, demonstrando intensa alegria e euforia. Verbalizou sobre o período em que esteve em reclusão, onde permanece sem o uso dos psicotrópicos. Extremamente compreensível o fato de que J(...) não assimilou a gravidade dos fatos, como também sobre ter permanecido em Penitenciária, vez que a mesma não medicada nesse período (cerca de três semanas, no mínimo). Demonstrou negação sobre retornar a conviver com a avó – Sra. porém referente a residir com o genitor, Sr.*

não demonstrou resistência, alegando que caso o mesmo viesse buscá-la, aceitara mudar-se com o genitor para o Assentamento em que está atualmente. Sendo assim, efetuamos contato telefônico com a Sra. _____ a fim de lhe informar sobre o alvará de soltura da neta, e a situação atual da mesma, no entanto, fomos recebidos com muita indiferença e resistência, sendo que a idosa verbalizou que não mais receberia a neta, uma vez que a mesma a “mataria” (sic) e que não gostaria de saber de nenhuma informação da adolescente. Posteriormente, efetuamos diversas tentativas de contato telefônico com o genitor de J(...), e em todos os momentos o mesmo NÃO nos atendeu. Foi possível somente contato com a companheira do Sr. _____ – Sra. _____ que comportou-se com excessiva agressividade (tendo, inclusive, proferido palavras de baixo calão à técnica deste equipamento), alegando que o companheiro estava trabalhando e não nos poderia atender, ademais que já sabia nos informar sobre a decisão do mesmo, ou seja, Sr. _____ não receberia a filha, e que se isso ocorresse, ou ele a “mataria, ou ela mataria algum deles” (sic), desligando o telefone de imediato (...) Procedemos, deste forma, discussão da situação com a coordenadora e advogada deste equipamento, a fim de elaborarmos alternativas cabíveis e viáveis à situação de abandono da jovem, que necessita de cuidados especiais, uma vez que a família da mesma demonstra intensa resistência e impossibilidade de

recebe-la, compreendemos que atualmente seu acolhimento na residência para incapazes – “Casa Acolhedora da _____ no município de Selvíria/MS, seria o mais satisfatório e EMERGENCIAL, vez que a jovem não tem para onde ir (foi concedida medida protetiva de urgência em favor da avó, proibindo _____ de voltar à residência e se aproximar da família – doc. Anexo; e o genitor negligencia – HÁ ANOS – os cuidados com a filha que é portadora de deficiência intelectual e doença mental (...) Por fim, tentamos mais uma vez o contato com o genitor, sem sucesso novamente, pois ele não atende às insistentes ligações deste equipamento e, mesmo a madrasta de J(...) estando ciente da atual situação da enteada e ter recebido o recado deixado e pedido de retorno do genitor, o Sr. _____ não retornou ao CREAS para saber notícias da filha (fls. 57/60 – grifos nossos)

(...) é imprescindível informar que mesmo com diversas orientações referentes à importância e necessidade de manter contato e visitar J(...) na instituição mencionada, o genitor desde o dia do acolhimento da filha, NUNCA a visitou, tampouco efetuou contatos telefônicos a fim de obter informações da mesma (...) (fls. 82/86 – grifo nosso).

De outra banda, a corré

– avó da vítima – disse ter sido agredida por J.C.S.S., ao tentar apartar uma briga da ofendida com sua irmã. Ficou responsável pelos

cuidados da vítima até sua internação. e a interroganda não entrevistaram ou deram assistência à internação da vítima, a qual foi inteiramente providenciada pela “*menina do CREAS*” (mídia digital – fl. 516).

Pois bem.

Como é cediço, o abandono de incapaz é crime de perigo concreto, ou seja, a realização do verbo do núcleo do tipo – abandonar – exige a comprovação, para sua configuração, de um risco efetivo, real e concreto para a vida ou a saúde do abandonado face ao abandono.

Sobre o tema, afirma Bitencourt, com inegável propriedade:

O abandono, por si só, não realiza a figura típica, sendo indispensável que dele resulte um perigo concreto para a vida ou a saúde do abandonado. Trata-se, pois, de perigo concreto, que precisa ser comprovado. Assim, ainda que exista o abandono, se o perigo não se concretizar, quer pela intervenção imediata de terceiro, quer pela superação do abandonado, quer por qualquer outra razão, não se poderá falar em crime. (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 545).

In casu, verifica-se que as provas coligidas aos autos demonstraram, *quantum satis*, a tipicidade da conduta e a responsabilidade criminal do réu, pois é irrefutável que abandonou sua filha J.C.S.S., pessoa com deficiência e com 17 anos de idade, completamente incapaz de se defender dos riscos resultantes de tal

conduta.

Além disso, também é irrefutável a prática do crime do artigo 90 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, pois – como mencionado alhures – abandonou a vítima a sua própria sorte em casa de saúde destinada a deficientes mentais, não tendo realizado qualquer visita ao longo dos dois anos que a ofendida esteve internada, não havendo que se falar em ausência de dolo.

Sobre o tema, com acuidade jurídica Guilherme de Souza Nucci pontua:

(...) abandonar significa desamparar, desistir de algo ou alguém com ânimo definitivo. Volta-se a conduta ao deficiente, sob responsabilidade do agente. Há figura similar no Estatuto do Idoso (art. 98). É preciso cautela na interpretação desse tipo, pois o abandono é situação permanente, duradoura e definitiva. E mais, o agente precisa algum laço de parentesco que o obrigue a cuidar do deficiente. Além disso, há que se analisar a espécie de deficiência e o que ela provoca em matéria de prejuízo direto ou colateral à família. Pode ser que a pessoa deficiente fique mais bem instalada em local apropriado para lidar com a sua situação. Por outro lado, a família pode ser tão carente quanto o deficiente, não podendo mantê-lo, porque este precisa de cuidados especiais diuturnamente. (...) (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: Vol. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 443).

Em suma, a prova colhida é suficiente e segura para demonstrar a responsabilidade penal de pelos crimes dos

artigos 90 da Lei nº 13.146/2015, c.c. 133, § 3º, II, do Código Penal, restando descabida a alegação de erro sobre a ilicitude do fato (CP, artigo 21), sobretudo porque – dos inúmeros relatórios técnicos juntados aos autos – se verifica que o réu foi alertado repetidas vezes sobre a ilegalidade de sua conduta pelas assistentes sociais, psicólogas e demais profissionais do CREAS e órgãos congêneres, quedando-se inerte quanto sua responsabilidade sobre J.C.S.S.

Passa-se à dosimetria da pena.

As bases de ambos os crimes foram estabelecidas nos mínimos de 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa (abandono de pessoa com deficiência); e 06 (seis) meses de detenção (abandono de incapaz), sem alterações na segunda etapa.

Nesse ponto, oportuno ressaltar que o apelante – ao revés do sustentado – não admitiu a prática dos crimes, limitando-se a justificar suas condutas e afirmar que a vítima residia consigo antes de ser internada. Além disso, asseverou ter sido responsável pela internação de sua filha na casa de saúde, o que – consoante exposto nos relatórios técnicos acima transcritos – não corresponde à realidade dos fatos.

Na terceira fase, a intermediária do delito de abandono de incapaz foi elevada em 1/3 (um terço) em razão da causa de aumento do inciso II do § 3º do artigo 133 do Código Penal – vez que o réu é genitor da vítima – resultando definitiva em **08 (oito) meses de detenção**. As penas do crime do Estatuto da Pessoa com Deficiência, à mingua de outras modificadoras, resultaram definitivas em **06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo**.

Consigne-se que, ainda que os crimes tenham sido praticados em concurso material (CP, artigo 69) – adequadamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reconhecido na sentença – as sanções não são cumuladas, pois distintas as espécies de pena privativa de liberdade (reclusão e detenção).

Correto o regime **aberto**, para ambos os delitos, diante do *quantum* da pena e primariedade do apelante (CP, artigo 33, § 2º, c).

Por fim, preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal e considerada a pena privativa de liberdade em sua total (01 ano e 02 meses), houve a substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de 01 (um) salário-mínimo.

Ex positis, **nega-se provimento** ao recurso.

GILBERTO FERREIRA DA CRUZ

Relator