



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000292666

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1505582-66.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RICARDO SANTOS JESUS DE PAULA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **"Rejeitaram a matéria preliminar e deram parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do apelante a 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Consideraram, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se *incontinenti*. V.U."**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores XISTO ALBARELLI RANGEL NETO (Presidente) E MARCELO GORDO.

São Paulo, 26 de março de 2025.

MOREIRA DA SILVA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal sem Revisão nº 1505582-66.2021.8.26.0002

Comarca de São Paulo

13ª Câmara de Direito Criminal

Voto nº 44.435

Apelação Criminal – Maus tratos – Sentença condenatória – Defesa do réu que, em preliminar, suscita a nulidade do processo, desde a apresentação da defesa preliminar, em razão de alegada deficiência de defesa técnica – Rejeição – Hipótese em que se mostra inidônea a afirmação, feita genericamente, da ocorrência de prejuízo para o acusado – No mérito, acenando com a atipicidade da conduta ou fragilidade probatória, pugna pela absolvição. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante da confissão, o afastamento da agravante da reincidência, a exclusão da agravante prevista no artigo 65, inciso II, alínea 'e', e o abrandamento do regime prisional – Admissibilidade parcial – Materialidade e autoria suficientemente demonstradas – Palavras da genitora da vítima assaz importantes e valiosas no esclarecimento dos fatos – Condenação bem fundamentada, com base em sólido e convincente acervo probatório – Motivação da conduta, digna de valoração negativa, que não constitui circunstância idônea para o agravamento da pena-base, porquanto, por si só, caracteriza elementar do tipo penal violado – Reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, agora compensada parcialmente com a multirreincidência, bem como caracterizada a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'e', do Código Penal – Elevação final adequada em face da idade da vítima – Impossibilidade de substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos ou de *sursis*, diante da ausência dos requisitos legais – Regime prisional semiaberto adequado. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido.

1. Ao relatório da r. sentença monocrática, acrescenta-se que **R. S. J. de P.**, por infração ao artigo 136, parágrafo 3º, do Código Penal, foi condenado à pena de 6 (seis) meses de

detenção, em regime inicial semiaberto.

Inconformado, recorre. Em preliminar, suscita a nulidade do processo, desde a apresentação da defesa preliminar, em face de alegada deficiência da defesa técnica. No mérito, acenando com a atipicidade da conduta ou fragilidade probatória ou ausência de dolo, pugna pela absolvição. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, o afastamento da agravante da reincidência, a exclusão da agravante prevista no artigo 65, inciso II, alínea 'e', e o abrandamento do regime prisional.

Regularmente processado o recurso, opina a d. Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

2. De proêmio, a preliminar arguida deve ser afastada.

Verifica-se dos autos que a ilustre defensora dativa participou regularmente da audiência de instrução e julgamento, bem como pleiteou, em Defesa Preliminar, a rejeição da denúncia e realizou questionamentos à testemunha (mídia audiovisual).

Outrossim, conforme bem pontuado pela d. Magistrada sentenciante, a contradita à testemunha, ao contrário do que

quer fazer crer a Defesa, *"não resultaria, na hipótese em exame, na dispensa da testemunha, cuja inquirição era imprescindível para o esclarecimento do fato em vista da pouca idade da vítima, que não pode ser indagada"* (fl. 270).

De mais a mais, é cediço que a ausência de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência somente será causa de nulidade se restar comprovada a ocorrência de prejuízo para o réu, consoante o comando normativo da Súmula 523 do Pretório Excelso.¹

Assim, cumpria à ilustre Defesa demonstrar a efetiva ocorrência de prejuízo, o que não cuidou de fazer, notadamente em face da norma do artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe: *"Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*. É a consagração do princípio *"pas de nullité sans grief"*.

Conforme asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, o princípio do prejuízo *"Constitui seguramente a viga-mestra do sistema de nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a*

1 - Súmula 523 do STF: "No processo-penal a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

correta aplicação do direito..."²

E acrescentam: "*Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: pas de nullité sans grief*".³

Convém observar que, no caso em exame, alegou-se genericamente a ocorrência de efetivo prejuízo, mas não se o demonstrou concretamente, de modo que descabida se mostra a pretensão no sentido de transformar o processo penal em um fim em si mesmo, quando, na verdade, guarda a condição de instrumento, de meio, do qual se vale o Estado, para a aplicação da lei e realização do Direito.

Apesar de não impugnado especificamente pela Defesa, cumpre esclarecer que a d. Magistrada determinou a indicação de Defensor para a apresentação de memoriais em razão de problemas de conexão da advogada plantonista durante as alegações finais orais do Ministério Público, fato esse que corrobora a inexistência de qualquer prejuízo ao acusado, ao conferir-lhe em toda a fase processual o direito

2 - As Nulidades no Processo Penal, São Paulo, Ed. RT, 3ª edição/2ª tiragem, p. 23.

3 - Ob. e pág. cit.

ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, ainda que não se tenha alegado pela Defesa, cumpre ressaltar que os fatos objeto deste processo ocorreram em 15/02/2021, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.344/2022. Desse modo, eventual aplicação retroativa da referida lei só poderia ocorrer em benefício do réu, o que não é o caso presente, uma vez que, à época do delito, o Juízo era competente para o julgamento do feito.

Assim, não há que se falar em nulidade do processo por incompetência absoluta do Juízo prolator da sentença. A retroatividade da lei penal mais gravosa é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição Federal. Portanto, deve ser preservada a r. sentença proferida pelo Juízo competente à época dos fatos.

Rejeita-se, pois, a arguição preliminar.

No mérito, o recurso comporta parcial provimento.

Emerge dos autos que o apelante foi processado e, ao final, condenado porque, nas circunstâncias de tempo e local descritas na denúncia, expôs a perigo a saúde de sua filha J. V. C. J. de P., então com 5 (cinco) anos de idade, que se encontrava sob sua

autoridade, guarda e vigilância, com a finalidade de educação e ensino, abusando dos meios de correção ou disciplina.

Segundo o apurado, o acusado estava separado da genitora da filha havia dois meses e, sem formalização judicial, ao visitá-la, ficou irritado em razão da vítima estar mentindo, subtraindo objetos e desafiando-o. Por isso, desferiu chineladas em suas nádegas e joelhos, agressões que seriam a título de correção e disciplina, ocasionando-lhe lesões de natureza leve.

Pois bem.

A materialidade do delito apresenta-se cumpridamente demonstrada, não apenas pelos boletins de ocorrência (fls. 3/4 e 5/7), laudo de exame de corpo de delito (fls. 14/15), senão também pela prova oral amealhada nos autos.

A autoria, por igual, emerge bem elucidada.

Na delegacia, o acusado confessou a autoria do delito. Relatou estar separado há três meses de M. C. C. de P., com quem tem uma filha de 5 (cinco) anos. Narrou que, durante uma visita, a criança passou a “dar trabalho”, mentindo e subtraindo objetos, motivo pelo qual solicitou à mãe que a buscasse. Contudo, M. não atendeu ao pedido. Diante da insistência da vítima em desafiá-lo, desferiu chineladas em suas nádegas e joelho, negando, no entanto, ter agredido o rosto da criança (fl. 13).

Em Juízo, o acusado teve decretada a revelia (fl. 252).

A confissão extrajudicial do apelante merece inteira credibilidade, mormente por encontrar plena e consistente ressonância nos demais elementos probantes amealhados nos autos, notadamente sob o pálio do contraditório (art. 197, CPP).

Oportuno recordar, a propósito, que a confissão *"... vale não pelo local em que é prestada, mas pela força de convencimento que nela se contém, pelo que não pode ser desprezada a extrajudicial, quando se harmoniza com a prova colhida na instrução"*⁴, como tem proclamado iterativamente a jurisprudência.

Assim é que a testemunha M. C. C. de P., genitora da vítima, relatou que, à época dos fatos, estava separada do acusado havia aproximadamente 2 (dois) meses. No dia dos acontecimentos, R. solicitou ver a filha, motivo pelo qual pediu que seu outro filho acompanhasse e permanecesse com a irmã durante tal período. Durante a visita, o acusado impediu qualquer contato seu com a criança, sendo que somente à noite conseguiu falar com a criança por chamada de vídeo, oportunidade em que notou que o rosto da filha estava machucado. Imediatamente, acionou um *Uber*, contatou a polícia e dirigiu-se até a residência do acusado, onde constatou as agressões, e, na sequência, registrou um boletim de ocorrência. Esclareceu que,

⁴ - RJTJ 90/497, 117/452, 118/517.

inicialmente, tomou ciência das agressões à filha por meio de uma mensagem enviada pelo próprio réu, na qual confessava ter dado duas "bofetadas" na criança, acompanhada de uma foto da menina encolhida na cama. Afirmou que R. não forneceu justificativa clara para a agressão, porém o filho, que estava presente no local, relatou que o motivo foi o fato de a criança ter esbarrado em algo dentro do carro. Em outra ocasião, o acusado agrediu a filha de forma tão severa que a menina chegou a urinar nas roupas. Asseverou que o réu sempre apresentou comportamento agressivo, tanto com ela quanto com a criança, relatando episódios anteriores de violência, como tapas no rosto. Mencionou que o acusado negava comida à filha, referindo-se à criança como "morta de fome", e que recentemente foi preso por agressões contra animais (mídia audiovisual).

Roborando mais ainda o acervo de provas, o laudo pericial acostado nos autos atestou que a vítima *"apresenta as seguintes lesões traumáticas recentes em tegumento de pele:(...) - Equimoses vermelho-arroxeadas em face e face anterior de joelho esquerdo"* e concluiu, *"que o periciando apresenta lesões corporais de natureza LEVE, salvo complicações futuras"*, ocasionadas por *"agente Contundente"* (fl. 15).

Portanto, ao contrário dos argumentos sustentados pela combativa Defesa, o elenco probatório permite concluir, seguramente, que o apelante expôs a vida e a saúde da criança a perigo

sob sua autoridade e vigilância, abusando dos meios de correção e disciplina, com o objetivo de educação e ensino, especialmente ao se considerar as palavras do ofendido em solo policial, o depoimento da testemunha obtido sob o crivo do contraditório, e a prova técnica ameahada nos autos.

E ainda, não há que se falar em atipicidade da conduta pela ausência do elemento normativo "expor a perigo a vida ou a saúde", pois as provas demonstraram claramente que a conduta do apelante gerou efetivo risco ao bem-estar da vítima, especialmente devido à sua tenra idade, ao agredi-la e causar-lhe lesões corporais, ainda que leves.

Há perfeita subsunção da conduta ao tipo penal previsto no artigo 136 do Código Penal. Para a configuração do delito, exige-se a vontade e a consciência na prática do ato, além da percepção do abuso cometido, sob pena de se excluir o dolo necessário à tipificação, em razão de erro de tipo. Ademais, o método de correção empregado pelo réu na repreensão da criança está em desacordo com as orientações pedagógicas atuais. O próprio acusado admitiu ter ultrapassado os limites do razoável, o que torna descabida a tese de atipicidade da conduta.

Outrossim, não prospera a alegação de que deveria ser aplicado o princípio da intervenção mínima, ou que os artigos 18-A e 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) seriam suficientes para tutelar a conduta, limitando-se às medidas cíveis e

administrativas previstas no artigo 18-B. Tal argumento é inadequado, pois o crime de maus-tratos previsto no Código Penal (art. 136) é norma especial em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destarte, suficientemente provadas a materialidade e a autoria resultantes das ações descritas na incoativa, cujas tipicidades - sob os aspectos objetivo e subjetivo -, antijuridicidades e culpabilidades encontram-se, igualmente, demonstradas, sem quaisquer causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, era mesmo inarredável o provimento condenatório, como bem proclamado pela eminente Magistrada sentenciante, cujas razões de decidir ficam aqui adotadas, exceto no tocante à pena.

Esta comporta reparo.

A propósito, a pena-base foi estabelecida na fração de 1/2 (metade) acima do patamar mínimo, em razão dos antecedentes ostentados pelo réu (proc. nº 0033772-23.2008.8.26.0050 – tráfico - fl. 196) e pela motivação da conduta, digna de valoração negativa.

Conquanto a primeira circunstância indique maior censurabilidade da conduta, a ensejar o incremento da pena-base, a teor do artigo 59 do Código Penal, observa-se que a “motivação da conduta, digna de valoração negativa”, por si só, não constitui elemento idôneo para a elevação da reprimenda, porquanto caracteriza a elementar do tipo penal violado, devendo, por isso, ser expungida do cálculo.

Assim, mantida apenas a circunstância judicial desfavorável relativa aos maus antecedentes, o aumento da pena-base será redimensionado para 1/6 (um sexto).

Na etapa seguinte, a atenuante da confissão espontânea, agora reconhecida, deverá ser parcialmente compensada com a multirreincidência (proc. nº 0001008-50.2016.8.26.0002 – desobediência; proc. nº 0052395-62.2013.8.26.0050 – roubo majorado; proc. nº 0009367-77.2017.8.26.0996 - roubo majorado; proc. nº 3001407-89.2012.8.26.0609 – furto – fls. 195/199), de modo que o acréscimo de 1/2 (metade) em decorrência da existência de duas agravantes – multirreincidência e a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'e', do Código Penal -, se mostrou, inclusive, benevolente.

Neste sentido, cite-se tese fixada durante a revisão do Tema 585 pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

"É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da

*individualização da pena e da proporcionalidade”.*⁵

Refuta-se, também, a tese defensiva de impossibilidade de incidência da agravante prevista na alínea 'e' do inciso II do artigo 61 do Código Penal, sob o argumento de ausência de pedido específico do Ministério Público ou descrição na denúncia. Diferentemente das causas de aumento de pena, que exigem descrição na peça acusatória para garantir o contraditório e a ampla defesa, as circunstâncias agravantes podem ser reconhecidas pelo julgador quando comprovadas nos autos, independentemente de constarem expressamente na denúncia.

Além disso, o fato de o crime ser praticado contra descendente não integra o próprio tipo penal de maus-tratos, mas configura circunstância agravante autônoma, não havendo impedimento legal para sua aplicação no caso concreto.

Na última etapa do cálculo, a pena foi corretamente aumentada em 1/3 (um terço), em virtude da majorante prevista no parágrafo 3º do artigo 136 do Código Penal, considerando que a conduta criminosa teve como vítima pessoa menor de 14 (quatorze) anos de idade.

Como corolário, a pena fica definitivamente estabelecida em 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, de todo proporcional, adequada e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

⁵ Em sessão eletrônica iniciada em 29/9/2021 e finalizada em 5/10/2021, a Terceira Seção, por unanimidade, afetou os REsp's 1.931.145/SP e 1.947.845/SP para revisão da tese firmada no Tema Repetitivo 585/STJ.

Cumpre salientar o descabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por expressa determinação legal, máxime porque, além do réu ostentar maus antecedentes e ser multirreincidente, inegável se afigura que o crime foi praticado mediante violência à pessoa (art. 44, I, CP).

Inviável, ainda, a concessão de *sursis*, diante da multirreincidência ostentada pelo réu (art. 77, I, CP).

No tocante ao regime prisional, malgrado os fatos não indiquem exacerbada gravidade e o *quantum* punitivo seja inferior a 4 anos, observa-se que o apelante ostenta inúmeras condenações criminais definitivas por crimes dolosos, como mencionado alhures, o que demonstra que as punições anteriormente por ele experimentadas não lhe proporcionaram a necessária conscientização, de nada valendo, portanto, a prevenção especial, sem nenhum efeito intimidativo no caso concreto, a fazer despontar a periculosidade do agente e a recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional semiaberto para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de suas repetidas condutas (arts. 33, § 3º e 59, CP).

3. Pelo exposto, **rejeitada** a matéria preliminar, **dá-se parcial provimento** ao recurso para reduzir a pena do apelante a 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de detenção, mantida, no mais, a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fundamentos. Consideram-se, desde já, prequestionadas as matérias debatidas no processo, para efeito de eventual manejo de recursos às Cortes Superiores. Comunique-se *incontinenti*.

RONALDO SÉRGIO MOREIRA DA SILVA
Relator