



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Registro: 2025.0000320929

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1522764-95.2021.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante FATIMA APARECIDA DE SOUZA KOLOSOSKI, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao apelo defensivo. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ ANTONIO CARDOSO (Presidente) E FREDDY LOURENÇO RUIZ COSTA.

São Paulo, 31 de março de 2025.

AIRTON VIEIRA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Apelação Criminal n. 1522764-95.2021.8.26.0477

Apelante: Fatima Aparecida de Souza Kolososki

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Origem: 2ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande

MM. Juiz de Direito: Eduardo Ruivo Nicolau

Voto n. 12.846

APELAÇÃO. CRIME DE ABANDONO DE INCAPAZ. (1) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. (2) PALAVRA DA TESTEMUNHA ARROLADA PELA ACUSAÇÃO. CONSELHEIRA TUTELAR. VALIDADE. INDÍCIOS. (3) CRIME PREVISTO NO ART. 133, §3º, II, DO CÓDIGO PENAL. (4) FUNDAMENTAÇÃO "PER RELATIONEM". CONDENAÇÃO. (5) DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. (6) RÉ ASCENDENTE DO MENOR. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. (7) REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO MANTIDA. (8) IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de abandono de incapaz. Circunstâncias do caso concreto comprovam o dolo adequado à espécie.

2. A testemunha arrolada pela acusação cuidou de referendar a fala da vítima, a evidenciar, a mais não poder, que a sua versão, de fato, retratou fielmente o ocorrido. E os fatos narrados na denúncia estão em consonância com o Relatório Informativo do Conselho Tutelar Sul – Praia Grande. Os indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra. Validade da utilização dos indícios como prova da autoria criminosa. Precedentes do STF (AP 470/MG – Pleno – Voto Min. CEZAR PELUSO – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 1.218/1.220 e AP 470/MG – Pleno – Voto Min. LUIZ FUX – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência – Volume 225 – Tomo II – pág. 838/842).

3. Crime de abandono de incapaz. O crime previsto no art. 133, "caput", do Código Penal, consiste em abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. A causa de aumento prevista no §3º, II, do mesmo artigo, é reconhecida quando o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima. O crime consuma-se quando a vítima está em situação de perigo concreto, independentemente de causar dano físico. O dolo da conduta da ré é patente, não havendo espaço para a sua absolvição. A situação de abandono de incapaz por si só é um risco para o infante,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

independentemente da ocorrência de lesões, tratando-se de um crime de perigo concreto. Doutrina de Guilherme de Souza Nucci, Rogério Sanches Cunha e Júlio Fabbrini Mirabete. E não só. Inexistindo dúvida que a ré abandonou o seu filho, pessoa que estava sob o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, configurado está o crime de abandono de incapaz, previsto no art. 133, §3º, II, do Código Penal. Precedentes do STJ (HC 875.770/DF – Rel. Min. Daniela Teixeira - Quinta Turma – j. em 10/12/2024 – Dje de 16/12/2024 e AgRg no HC 809.426/DF – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz - Sexta Turma – j. em 15/5/2023 - Dje de 18/5/2023).

4. A remissão feita pelo Magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a Pareceres do Ministério Público ou, ainda, às informações prestadas por Órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir, tal como se verifica na espécie. Fundamentação "per relationem". Inexistência de afronta à norma constitucional insculpida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes do STF (RHC 221.785-AgR/RS – Rel. Min. NUNES MARQUES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023; ARE 1.370.438-ED/PR – Rel. Min. GILMAR MENDES – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023; HC 222.534-AgR/RS – Rel. Min. LUIZ FUX – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023; HC 210.700-AgR/DF – Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022; HC 186.720-AgR/SP – Rel. Min. ROSA WEBER – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022; HC 213.388-AgR/RS – Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022 e HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

5. Dosimetria da pena. Pena-base fixada no mínimo legal. Possibilidade. O Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Inteligência do art. 59, "caput", do Código Penal.

6. Inexistindo dúvida de que a ré era ascendente do menor, configurada está a causa de aumento prevista no art. 133, §3º, II, do Código Penal.

7. Ante a quantidade de pena imposta, nos termos do art. 33, §2º, "c", e §3º, do Código Penal, o regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade foi o aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, a ser pago a entidade designada pelo Juízo da execução, o adequado para a espécie (inteligência do art. 44, I, II e III, do Código Penal).

8. Improvimento do recurso defensivo.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

VOTO

Fatima Aparecida de Souza Kolososki foi denunciada como incurso no art. 133, §3º, II, do Código Penal (fls. 45/47) e ao final se viu condenada, nos termos em que denunciada, à pena de 08 (oito) meses de detenção, regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, a ser pago a entidade designada pelo Juízo da execução (fls. 146/148).

Recorreu a defesa da ré **Fatima Aparecida** pleiteando a sua absolvição por insuficiência de provas (fls. 157/161).

O **Ministério Público do Estado de São Paulo** ofereceu contrarrazões de apelação, pugnando pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença na forma em que proferida (fls. 167/169).

A **Procuradoria-Geral de Justiça** opinou pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 182/185).

É o relatório que se acresce ao da sentença.

Nego provimento ao apelo defensivo.

A ré **Fatima Aparecida** foi denunciada como incurso no art. 133, §3º, II, do Código Penal, nos seguintes termos:

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 28 de setembro de 2021, nesta cidade e comarca de Praia Grande, **FATIMA APARECIDA DE SOUZA KOLOSOSKI**, qualificada a fls.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

04, abandonou seu filho, Vinícius Kolososki, nascido aos 03 de maio de 2006, então com 15 anos, tratando-se de descendente a quem a denunciada deveria providenciar os cuidados devidos, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

Segundo foi apurado, na data já citada, após um desentendimento por conta de um pedido de limpeza da caixa de esgoto, o que foi recusado pelo adolescente, a denunciada o expulsou de casa. O ofendido compareceu até o Conselho Tutelar e relatou o ocorrido. A conselheira Roberta Souza Santos de Brito compareceu junto à residência da indiciada e esta disse que não mais aceitaria seu filho em casa, porque ele dava “muito trabalho”.

O adolescente ficou sob os cuidados do Conselho Tutelar que o encaminhou para acolhimento emergencial, conforme fls. 36/37.

Diante do exposto DENUNCIO a Vossa Excelência, **FATIMA APARECIDA DE SOUZA KOLOSOSKI** como incurso no art. 133, c.c. §3º, inciso II, do Código Penal e requeiro uma vez recebida e registrada esta, citação, resposta à acusação, oitiva da testemunha abaixo arrolada e interrogatório, prosseguindo-se o feito nos termos do art. 394, §1º, inciso I, e seguintes do Código de Processo Penal até final condenação.

[...].” (fls. 45/47).

Pois bem.

A materialidade criminosa está consubstanciada no boletim de ocorrência (fls. 04/05), nos demais documentos juntados aos autos e na prova oral judicial (fls. 126/127 – mídia audiovisual).

A autoria criminosa é indubitosa e deve ser imputada à ré **Fatima Aparecida** que, em solo policial, não foi localizada para prestar declarações (fls. 19 e 40/41). Em Juízo, não foi ouvida porque, apesar de citada a fls. 104 e intimada a fls. 123, não compareceu na audiência, tendo a Origem decretado a sua revelia (fls. 126/127). Mas, ver-se-á, a prova oral judicial permite a manutenção da condenação da ré.

Isto porque, em Juízo, a testemunha arrolada pela acusação, **Roberta Souza**, então Conselheira Tutelar, contou que, no dia dos fatos, a vítima compareceu no Conselho Tutelar dizendo que a sua genitora a colocara para fora da residência por causa de um desentendimento. A vítima alegou que não tinha para onde ir. Conversou com a ré e ela dizia que a vítima não a

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

obedecia e não a respeitava. A ré ainda pontuou que havia muito conflito entre elas e que a vítima estava ingerindo bebida alcoólica e usando drogas. A ré também afirmou que não tinha condições de ficar com o seu filho. Foi até a residência da tia e da madrinha da vítima, mas elas se recusaram a ficar com a indigitada vítima. Deu abrigo de emergência ao adolescente. Não foi a primeira vez que ocorreu esse tipo de situação com a vítima (fls. 126/127 – mídia audiovisual).

Digo eu.

Verifica-se que a ré, apesar de regularmente citada e intimada, deixou de comparecer em Juízo, sendo decretada a sua revelia. A testemunha arrolada pela acusação cuidou de referendar a fala da vítima, a evidenciar, a mais não poder, que a sua versão, de fato, retratou fielmente o ocorrido. E os fatos narrados na denúncia, estão em consonância com o Relatório Informativo do Conselho Tutelar Sul – Praia Grande (fls. 36/37). Abrir mão, dar de ombros para esse tipo de prova, sob os mais variados pretextos, todos ao arrepio da Lei, da Doutrina e mesmo da Jurisprudência mais comprometidas com o rigor científico, é lançar à vala absolutória aqueles que não estão a merecer o descaso estatal. Trago, para este fim, por todos, o ensinamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Senhores Ministros, suponho que os votos que me antecederam, começando pelo do ilustre relator e do eminente revisor, foram, em relação aos fatos que se discutem nestes dois itens, exaustivamente examinados do ângulo da prova e do ponto de vista jurídico, assim como os votos que o acompanharam, alguns dos quais – até por questão de gentileza para com os colegas - foram abreviados, mas creio que, pelo volume dos votos escritos, também foram exaustivos. Tal é a razão por que, Senhor Presidente, embora eu tenha voto escrito, que não chega a corresponder ao cartapácio dos eminentes relator e revisor, mas que é suficiente para justificar minha convicção a respeito dos fatos, não o vou ler. Vou apenas, Senhor Presidente, fazer comentários sobre alguns aspectos que me parecem relevantes na condução do julgamento, sobretudo a respeito da fundamentação dos votos proferidos e, também, das razões pelas quais meu voto chega a determinadas conclusões.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Vou partir, Senhor Presidente, porque acho que isso não foi diretamente versado, embora indiretamente o tivesse sido, da conveniência de relembrar tema muito importante nesta causa e que é a questão dos 'indícios' ou da chamada 'prova indiciária'. E, também, porque a palavra 'indício', no direito positivo de que se trata, o processual penal, é polissêmica.

O termo comporta, aí, três sentidos. Aparece com o significado de 'suspeita', ou 'dados de suspeita', por exemplo, nos arts. 126, 134 e 312 do Código de Processo Penal. Aparece, ainda, agora como sinônimo de 'indicações', no art. 290, §1º, *b*. Mas, sobretudo, é considerado meio ou modalidade de prova, ou seja, espécie da classe dos documentos (de *docere*, ensinar), no seu sentido mais geral, como tudo aquilo que nos ensina alguma coisa sobre o passado, isto é, meio de reconstituição historiográfica dos fatos mediante o mesmo tipo de atividade lógica que desenvolve o historiador. A atividade lógica do juiz a respeito da existência dos fatos, no processo, em nada difere daquela que exerce um historiador no seu ofício. A diferença está apenas em que o juiz tem limitações legais, das quais o historiador é livre. Perante novos documentos ou revisão dos primitivos, o historiador pode, por exemplo, mudar suas hipóteses sobre o passado, mas o juiz, uma vez formado seu convencimento e explicitado na sentença, já nada pode fazer a respeito, ainda quando se convença de ter errado.

O indício como meio de prova está definido no art. 239 do Código de Processo Penal. E a definição que ali consta é, na substância, correta. Indício, em direito processual, é o que a velha doutrina chamava de prova indireta ou crítico-lógica, em contraposição à prova chamada direta ou histórico-representativa.

Enquanto a testemunha, como exemplo dessa segunda espécie de prova, relata diretamente fato importante ou relevante para o julgamento da causa, dando-o a conhecer de maneira imediata pela narração, o indício parte de fato já provado, de cuja existência o juiz remonta, por raciocínio baseado em regra de experiência, à existência de um fato incerto que também é relevante para a causa.

Isso é o que, na definição legal, se traduz da menção a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato que deve ser provado, autoriza, por indução, concluir-se pela existência desse. Tal é o sentido que deve ser emprestado à norma, não obstante seu texto se refira a 'outra circunstância'.

Na verdade, o indício prova, de maneira indireta, o fato objeto da pesquisa probatória. Nisso, está toda a gente de acordo. E a maneira indireta pela qual ele atua no raciocínio e na convicção do juiz consiste, precisamente, na mecânica muito conhecida do processo lógico indutivo, segundo a qual a inteligência passa, por força da observação daquilo que acontece ordinariamente – coisa que os juristas gostam de referir como *id quod plerumque accidit* – da verificação ou prova de um fato, à convicção da existência de outro fato que comumente se lhe segue na ordem lógica. Trata-se, no fundo, de formular, com base na observação da repetição da ocorrência de fatos inter-relacionados e idênticos que compõem a experiência, um juízo ou uma proposição de caráter geral que, ditada pela lógica indutiva, afirme como regra a constância da relação entre esses fatos, ou seja, os fatos se sucedem comumente, quando a mesma situação típica se repita.

E, aqui, dois exemplos corriqueiros ajudam a entender. Se imaginarmos, por exemplo, um acidente de trânsito em que tenha

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

havido abalroamento pela parte traseira de um dos veículos, enquanto seja fato conhecido e provado, a experiência cotidiana revela que comportamento de alguma forma culposos se infere *daqueloutro* fato provado. Por quê? Porque, de regra, segundo a observação empírica, é isso que, de um modo ou de outro, acontece. Quem abalroa por trás, ou não mantinha a distância regulamentar e, portanto, há aí comportamento imprudente, ou estava distraído, e o comportamento foi negligente, ou deu-se falha mecânica que, por negligência na revisão, lhe atribui também igual forma de culpa. E pode até cogitar-se de imperícia na condução do veículo.

É claro que, excepcionalmente – e por isso é causa que está fora do ordinário, é causa extraordinária -, pode acontecer que o veículo da frente tenha sofrido súbita frenagem e encetado marcha à ré. Mas isso é fato raro e, por isso mesmo, tem que ser provado como exceção. Então, digo que, se, por exemplo, está provada nos autos a existência de determinado fato que, segundo a experiência, deva levar à convicção da existência de outro, não se precisa indagar se a acusação produziu, ou não, a prova do fato que se infere à existência do fato provado – cuja prova já está feita. Se há algum fato extraordinário alegado, capaz de ilidir essa relação de constância entre os fatos, sua demonstração compete à defesa que alegue o fato extraordinário.

O segundo exemplo, que acho até mais apropriado, está em que, se alguém que não aparece nos documentos oficiais como credor de certa importância, vai recebê-la clandestinamente, nos fundos de uma agência bancária, em dinheiro vivo, provindo de outra agência, onde foi descontado cheque do qual o sacador e o tomador foram a mesma pessoa, para se justificar, perante os registros contábeis oficiais, como forma de pagamento a fornecedores, evidentemente temos um fato provado que nos leva, pela observação, por regra de experiência, à conclusão de que esse comportamento é ilícito. Por quê? Porque pelo menos eu não conheço nenhuma pessoa que, sendo credora, receba o crédito dessa forma. Nunca ouvi dizer que credor costume ir a banco para receber, por si ou interposta pessoa, alta importância que, sacada num procedimento inusitado mas regular – porque o emitente do cheque pode endossá-lo tornando-se, ao mesmo tempo, sacador e tomador -, é paga a alguém que esteja à margem dos registros do crédito. Nunca vi coisa semelhante. O credor recebe pelas vias normais, porque é jurídica e reconhecidamente credor.

Então, se o fato do recebimento nessas circunstâncias clandestinas, por si ou interposta pessoa, está provado, a acusação não precisa fazer prova da existência de comportamento ilícito, porque isso é o que se infere da experiência e, como tal, é fato provado por indício.

Por que são importantes essas observações? Porque, no sistema processual, e não apenas no sistema processual penal, a eficácia retórica dos indícios ou da prova indiciária é a mesma da eficácia das provas diretas ou histórico-representativas.

Eu não vou cansar Vossas Excelências, chamando à colação, a respeito, a doutrina, que é corriqueira entre nós, mas gostaria de acentuar, para deixar mais claro, que Espínola Filho, por exemplo, já acentuava que não existe nenhuma hierarquia entre as provas, entre as diretas e os indícios. Mas vou mais longe. Frederico Marques, o grande Frederico Marques, era muito incisivo. E dizia textualmente:

O valor probante dos indícios e presunções (...) [conceitos que ele equiparava], no sistema de livre convencimento que o

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas. Tampouco deixa dúvida, a propósito, a doutrina atual. O segundo ponto, Senhor Presidente, é que, por disposição expressa do Código de Processo Civil - se não me falha a memória, o art. 334, I -, os fatos chamados públicos e notórios independem de prova. Ninguém precisa fazer prova, em juízo, de que Brasília é a capital do Brasil. Ninguém precisa fazer prova em juízo de que o senhor João Paulo Cunha era presidente da Câmara dos Deputados à época dos fatos. São fatos públicos e notórios que correspondem a quê? Àquele patrimônio permanente de conhecimento do homem de cultura média, numa sociedade determinada, em certa época histórica, como a nossa. Daí por que a referência, por exemplo, a declarações que hajam sido prestadas a jornais, sem desmentido, a relatórios de comissões do Congresso Nacional, etc., enquanto fontes que não se equiparam a testemunhas, que devem vir a juízo para ser ouvidas em contraditório, são, no fundo, afirmações revestidas de caráter documental estrito e podem, assim, ser invocadas pelo julgador, porque têm por objeto a existência de fatos públicos e notórios. Aliás, as defesas, com todo o direito, e, mais do que com direito, com grande habilidade, juntaram, nos memoriais, vários documentos que não foram submetidos ao contraditório, na fundada esperança de que o julgador os leve em conta." (STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. CEZAR PELUSO** – j. em 28/08/12 – Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág. 1.218/1.220);

"Com efeito, a atividade probatória sempre foi tradicionalmente ligada ao conceito de *verdade*, como se constatava na *summa divisio* que por séculos separou o processo civil e o processo penal, relacionando-os, respectivamente, às noções de verdade formal e de verdade material. Na filosofia do conhecimento, adotava-se a concepção de verdade como correspondência.

Nesse contexto, a função da prova no processo era bem definida. Seu papel seria o de transportar para o processo a verdade absoluta que ocorrera na vida dos litigantes. Daí dizer-se que a prova era concebida apenas em sua *função demonstrativa* (cf. TARUFFO, Michele. 'Funzione della prova: la funzione dimostrativa', in Rivista di Diritto Processuale, 1997).

O apego ferrenho a esta concepção gera a compreensão de que uma condenação no processo só pode decorrer da verdade dita 'real' e da (pretensa) certeza absoluta do juiz a respeito dos fatos. Com essa tendência, veio também o correlato desprestígio da prova indiciária, a *circumstantial evidence* de que falam os anglo-americanos, embora, como será exposto a seguir, o Supremo Tribunal Federal possua há décadas jurisprudência consolidada no sentido de que os indícios, como meio de provas que são, podem levar a uma condenação criminal.

Contemporaneamente, chegou-se à generalizada aceitação de que a verdade (indevidamente qualificada como 'absoluta', 'material' ou 'real') é algo inatingível pela compreensão humana, por isso que, no afã de se obter a solução jurídica concreta, o aplicador do Direito deve guiar-se pelo foco na argumentação, na persuasão, e nas inúmeras interações que o contraditório atual, compreendido como direito de influir eficazmente no resultado final do processo, permite aos litigantes, com se depreende da doutrina de Antonio do Passo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Cabral (Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, N° 2, aprilegiugno, 2005, passim).

Assim, a prova deve ser, atualmente, concebida em sua *função persuasiva*, de permitir, através do debate, a argumentação em torno dos elementos probatórios trazidos aos autos, e o incentivo a um debate franco para a formação do convencimento dos sujeitos do processo. O que importa para o juízo é a denominada verdade suficiente constante dos autos; na esteira da velha parêmia *quod non est in actis, non est in mundo*. Resgata-se a importância que sempre tiveram, no contexto das provas produzidas, os indícios, que podem, sim, pela argumentação das partes e do juízo em torno das circunstâncias fáticas comprovadas, apontarem para uma conclusão segura e correta.

Essa função *persuasiva* da prova é a que mais bem se coaduna com o sistema do *livre convencimento motivado* ou da *persuasão racional*, previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, pelo qual o magistrado avalia livremente os elementos probatórios colhidos na instrução, mas tem a obrigação de fundamentar sua decisão, indicando expressamente suas razões de decidir.

Aliás, o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, assim a definindo no art. 239: *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*.

Sobre esse elemento de convicção, Giovanni Leone nos brinda com magistral explicação:

Presunção é a indução da existência de um fato desconhecido pela existência de um fato conhecido, supondo-se que deva ser verdadeiro para o caso concreto aquilo que ordinariamente sói ser para a maior parte dos casos nos quais aquele fato acontece.

(...)

A presunção é legal (*praesumptio iuris seu legis*) se a ilação do conhecido ao desconhecido é feita pela lei; por outro lado, a presunção é do homem (*praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis*) se a ilação é feita pelo juiz, constituindo, portanto, uma operação mental do juiz.

(...)

No Direito Processual Penal não existem, de regra, ficções e presunções legais (...). Existe, ao contrário, a possibilidade de inclusão, no processo penal, como em qualquer outro processo, das presunções *hominis*.

A expressão máxima da presunção *hominis* é dada pela prova indiciária.

(Tradução livre do texto: *Presunzione è "l'induzione della esistenza di un fatto ignoto da quella di un fatto noto, sul presupposto che debba essere vero per il caso concreto ciò che ordinariamente suole essere vero per la maggior parte dei casi in cui quello rientra". (...) La presunzione è legale (praesumptio iuris seu legis) se la illazione dal noto all'ignoto è fatta dalla legge; ovvero dell'uomo (praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis) se la illazione è fatta dal giudice, costituendo pertanto una operazione mentale del giudice. (...) Nel diritto processuale penale non esistono, di regola, finzioni e presunzioni legali (...). Trovano invece possibilità di inserimento nel processo penale,*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

come in ogni altro processo, le presunzioni hominis. L'espressione massima dela presunzione hominis è data dalle prove indiziarie.)

(LEONE, Giovanni. *Trattato di Diritto Processuale Penale*. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).

No mesmo sentido, Nicola Malatesta, para quem, pela prova indiciária, alcança-se determinada conclusão sobre um episódio através de um processo lógicoconstrutivo; mais precisamente: *'o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade'* (MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236).

Assim é que, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, o julgador pode, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.

Aliás, a força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória. (cf. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91).

Neste sentido, este Egrégio Plenário, em época recente, decidiu que *'indícios e presunções, analisados à luz do princípio do livre convencimento, quando fortes, seguros, indutivos e não contrariados por contraindícios ou por prova direta, podem autorizar o juízo de culpa do agente'* (AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011). Idêntica a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, cabendo a referência aos seguintes julgados:

'O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções hominis ou facti, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do ius puniendi, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como "a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162).'

(HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012)

CONDENAÇÃO - BASE. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.

(HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009).

Em idêntico sentido: HC nº 83.542, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004; HC nº 83.348, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Primeira Turma, julgado em 21/10/2003.

As digressões ora engendradas se justificam porque, nesses delitos

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

3ª Câmara de Direito Criminal

econômicos e sofisticados, unem-se as forças das provas diretas e dos indícios.

No Direito Comparado, no qual se abeberam nossos juristas, também se perfilha entendimento semelhante. Assim é que a utilização da prova indiciária para embasar a sentença penal condenatória é admitida, v. g., em Portugal, cujo Supremo Tribunal de Justiça já decidiu:

'IV - A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V - Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI - A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar interrelacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII - O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexo preciso, directo, segundo as regras da experiência.'

(Portugal, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 07P1416, nº convencional JST000, nº do documento SJ200707110014163, relator Armindo Monteiro, data do acórdão 11/07/2007).

Consectariamente, o quadro probatório dos autos, composto das provas orais, documentais e periciais são suficientes para lastrear uma decisão justa e atenta às garantias penais e processuais.

Advirta-se que a presunção de não culpabilidade somente atua como um *peso* em favor do acusado no momento da prolação da sentença de mérito. É dizer: se, para a sentença absolutória, existe um relaxamento na formação da convicção e na fundamentação do juiz, na sentença condenatória, deve o magistrado romper esta força ou peso estabelecido pelo ordenamento em sentido contrário. Em suma: a presunção de não culpabilidade pode ser ilidida até mesmo por indícios que apontem a real probabilidade da configuração da conduta criminosa. A condenação, na esteira do quanto já exposto, não necessita basear-se em verdades absolutas, por isso que os indícios podem ter, **no conjunto probatório**, robustez suficiente para que se pronuncie um juízo condenatório.

O critério de que a condenação tenha que provir de uma convicção formada para 'além da dúvida razoável' **não impõe que qualquer mínima ou remota possibilidade aventada pelo acusado já impeça que se chegue a um juízo condenatório**. Toda vez que as dúvidas que surjam das alegações de defesa e das provas favoráveis à versão dos acusados não forem razoáveis, não forem críveis diante das demais provas, pode haver condenação. Lembremos que a presunção de não culpabilidade não transforma o critério da 'dúvida razoável' em 'certeza absoluta'.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Nesse cenário, caberá ao magistrado criminal confrontar as versões de acusação e defesa com o contexto probatório, verificando se são verossímeis as alegações de parte a parte diante do cotejo com a prova colhida. Ao Ministério Público caberá avançar nas provas ao ponto ótimo em que o conjunto probatório seja suficiente para levar a Corte a uma conclusão intensa o bastante para que não haja dúvida, ou que esta seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja 'irrazoável', inacreditável ou inverossímil.

Nesse contexto, a defesa deve trazer argumentos devidamente provados que infirmem as ilações articuladas pela acusação. A simples negativa genérica é incapaz de desconstruir o itinerário lógico que leva *prima facie* à condenação. Como é de sabença geral, a prova do álibi incumbe ao réu, nos termos do que dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal ('*A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]*'). Assim também a remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo de rigor consignar os seguintes arestos:

EMENTA: - PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JÚRI: SOBERANIA. CF, ART. 5º, XXXVIII. CPP, ART. 593, III, d. ÁLIBI: ÔNUS DA PROVA. CPP, ART. 156. I. - A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri não exclui a recorribilidade de suas decisões, quando manifestamente contrárias à prova dos autos (CPP, art. 593, III, d). Provido o recurso, o réu será submetido a novo julgamento pelo Júri. II. - **Cabe à defesa a produção de prova da ocorrência de álibi que aproveite ao réu (CPP, art. 156).** III. - HC indeferido. (HC 70742, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/08/1994, DJ 30-06-2000)

EMENTA: HABEAS CORPUS - ÁLIBI - CIRCUNSTÂNCIA INVOCADA APÓS A CONDENÇÃO - CONTRADIÇÃO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DESSA MATÉRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - ORDEM DENEGADA. - **O álibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo réu a quem seu reconhecimento aproveita.** - O habeas corpus não constitui sede processualmente adequada ao reconhecimento do álibi se este se revela incompatível com a prova produzida, sob o crivo do contraditório, no procedimento penal. - É lícita a audiência de instrução quando, ausente o Advogado constituído, que fora regularmente intimado de sua realização, vem o réu a ser assistido por defensor dativo designado pelo Juiz processante. (HC 68964, Relator Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 17/12/1991, DJ 22-04-1994).

A lição é idêntica em sede doutrinária. Tratando do álibi, preleciona Damásio de Jesus que '*[q]uem alega deve prová-lo, sob pena de confissão*' (Código de Processo Penal anotado. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Ora, se a prova deve ser compreendida em sua função *persuasiva*, é na argumentação do processo que se deve buscar o convencimento necessário aos magistrados para o teste probatório às alegações das partes. E um conjunto probatório seguro, cuja elaboração, decorrente do debate processual, seja apta a reconstruir os fatos da vida e apontar para a ocorrência dos fatos alegados pelo Ministério Público, é o suficiente para extirpar qualquer 'dúvida razoável' que as

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

alegações de defesa tentavam impingir na convicção do julgador."
(STF – AP 470/MG – Pleno – Voto **Min. LUIZ FUX** – j. em 28/08/12 –
Revista Trimestral de Jurisprudência, Volume 225, Tomo II, pág.
838/842).

Logo, de rigor a manutenção da condenação da ré pela prática do crime previsto no art. 133, §3º, II, do Código Penal, não cabendo a sua absolvição, conforme pretendido pela defesa.

Explico.

O crime de abandono de incapaz está previsto no art. 133, §3º, II, do Código Penal e possui a seguinte redação:

"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 - detenção, de seis meses a três anos.

§1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

§3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;

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

III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos."

Como se verifica da leitura do dispositivo, o crime tipificado no art. 133, "caput", do Código Penal, consiste no abandono de pessoa que esteja sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade da pessoa acusada, e que, por qualquer motivo, veja-se incapaz de se defender dos riscos resultantes do referido abandono. O que, no caso sob luzes, à evidência, ocorreu, ante a conduta da ré em relação à vítima, seu filho, então com 15 anos de idade, que foi colocado para fora da sua casa, sem ter para onde ir.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

No caso, constata-se, de forma indubitosa, ter a ré praticado o crime de abandono de incapaz pelo qual, corretamente, viu-se condenada na sentença, não havendo falar-se na inexistência de prova, como postulado por sua defesa em suas razões recursais. Muito bem se provou nos autos que ela, agindo como agiu, cometeu o crime descrito na denúncia, isoladíssima nos autos a versão apresentada pela ré por ocasião da apresentação da sua apelação, na qual negou as imputações.

Aliás, ao contrário do entendimento defensivo, constou no Relatório Informativo do Conselho Tutelar Sul – Praia Grande:

"Excelentíssima Senhora:

Venho através deste informar na data de 28/09/2021 às 10h30 o adolescente procurou o Conselho Tutelar relatando que a genitora expulsou ele de casa pois tiveram um desentendimento por causa que ela pediu para limpar a caixa de esgoto, ele se negou a fazer, onde iniciaram uma discussão. Adolescente relata que existe um grande conflito com a genitora que nunca se deram bem. Segundo ele, foi criado pela avó materna desde bebê. Em janeiro de 2021 a avó faleceu e o mesmo foi morar com a genitora, porém nunca tiveram um bom convívio.

Esta conselheira foi até a residência e a genitora relatou que Vinícius não segue regras, que sai, faz o que quer. Segundo ela, ele está usando drogas, está bebendo e fumando cigarro. Que a convivência estacada vez mais complicada. Que ele fica brigando e respondendo [sic].

A genitora disse que não quer mais o adolescente e que se tiver que responder judicialmente, sem problemas pois não aguenta mais a situação.

Fui até a residência da tia Rosana, a mesma relatou que não tem condições de ficar com o sobrinho pois já cuida de uma neta e de uma bisneta.

Fui no serviço da madrinha Tereza, e também informou que não pode ficar pois mora de 'favor' na casa da tia do afilhado, a Sra. Rosana.

Tentei ligar algumas vezes para a irmã Kelly, porém o telefone só chama.

Mediante os fatos solicitei Acolhimento Emergencial para o adolescente em tela.

Sem mais para o momento, coloco-me à disposição para maiores esclarecimentos." (fls. 36/37).

No mesmo sentido, a testemunha arrolada pela acusação, em Juízo, confirmou, com riqueza de detalhes, os fatos narrados na denúncia e afirmou, sem sombra de dúvida, que a ré foi a autora da ação criminosa, tendo

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

declarado que, de fato, em uma oportunidade, a vítima compareceu no Conselho Tutelar dizendo que a sua genitora o colocara para fora da residência por causa de um desentendimento entre elas e alegou que não tinha pra onde ir. Assim sendo, conversou com a ré e ela disse que havia muito conflito entre a vítima e ela, afirmando, ainda, que não tinha condições de ficar com o seu filho. Diante de tal situação, deu abrigo de emergência ao adolescente (fls. 126/127 – mídia audiovisual).

Ora, o dolo da conduta da ré é patente, não havendo espaço para absolvição conforme pretendido. A situação de abandono de incapaz por si só é um risco para o infante, independentemente da ocorrência de lesões, tratando-se de um crime de perigo concreto, conforme leciona **Guilherme de Souza Nucci**:

"[...] o tipo penal do artigo 133 não exige para a sua configuração especial vontade de colocar o incapaz em perigo, bastando a conduta de deixar a criança ao léu, sem condições de se proteger sozinha."
(Código Penal Comentado, 14ª Edição, Editora Forense, 2014).

No mesmo sentido, **Rogério Sanches Cunha** leciona:

"o crime de perigo dispensa a efetiva lesão, configurando-se com a simples exposição do bem jurídico a perigo."
(Manual de Direito Penal, parte geral, 4ª ed., 2016).

Ainda sobre o tema, **Júlio Fabbrini Mirabete**:

"[...] em regra, é praticado por omissão, deixando o sujeito ativo de prestar os cuidados que o incapaz necessita, ao se afastar da casa em que reside, podendo o abandono ser temporário ou definitivo. [...] Como crime de perigo concreto, o abandono de incapaz está consumado com o risco corrido pelo ofendido."
(Manual de Direito Penal, Parte Especial, vol. 2, Ed. Atlas, 17ª ed. rev. atual., 2000).

E não só.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Inexistindo dúvida de que a ré era ascendente do menor, configurada está a causa de aumento prevista no art. 133, §3º, II, do Código Penal.

Portanto, tendo em vista que a ré abandonou o seu filho, pessoa que estava sob o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, configurado está o crime de abandono de incapaz, previsto no art. 133, §3º, II, do Código Penal. Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ABANDONO DE INCAPAZ. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE CONSIGNADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PERIGO CONCRETO PRESENTE. ELEMENTOS SUBJETIVO DO TIPO EVIDENCIADO. INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXCEPCIONAL DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Caso em exame 1. Habeas corpus impetrado em favor de paciente condenada por abandono de incapaz, previsto no art. 133, §3º, inciso II, do Código Penal, à pena de 1 ano, 3 meses e 3 dias de detenção, substituída por restritivas de direitos, com alegação de ausência de elementos caracterizadores do crime. A defesa alega constrangimento ilegal, argumentando que o tipo penal exige dolo de perigo e a criação de situação efetiva e concreta de perigo ao incapaz.

II. Questão em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se o habeas corpus pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, e se há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

3. A defesa questiona a caracterização do crime de abandono de incapaz, alegando ausência de dolo de perigo e de situação concreta de risco.

III. Razões de decidir 4. O habeas corpus não é admitido como substitutivo de recurso próprio ou revisão criminal, salvo em casos de flagrante ilegalidade.

5. O crime de abandono de incapaz é de perigo concreto, exigindo demonstração dolo de perigo e risco efetivo ao bem jurídico tutelado.

6. As instâncias ordinárias consignaram a presença de autoria e materialidade delitiva, com base em depoimentos e provas que indicam situação de perigo concreto, indicando que a paciente, de forma deliberada e não excepcional, deixou as filhas menores sozinhas e desassistidas, expondo-as a situação de risco que resultou em violência sexual, conforme apurado em ação penal, configura-se o perigo concreto exigido pelo tipo penal.

7. Para acolher o pedido da defesa de absolvição por atipicidade da

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

conduta, seria necessário o reexame de provas, providência inviável na via estreita do habeas corpus.

8. O habeas corpus não se afigura via adequada para a apreciação de alegações que requeiram a absolvição ou a desclassificação de condutas imputadas, haja vista a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório. (AgRg no HC n. 805.692/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 28/8/2023.).

IV. Dispositivo 9. Ordem não conhecida."

(STJ - HC 875.770/DF – **Rel. Min. Daniela Teixeira** - Quinta Turma – j. em 10/12/2024 – DJe de 16/12/2024);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ABANDONO DE INCAPAZ. BEM JURÍDICO TUTELADO. OFENSIVIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PERIGO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É consolidado o entendimento doutrinário de que o crime de abandono de incapaz (art. 133 do CP) é de perigo concreto, não bastando, portanto, a mera potencialidade abstrata de risco ao bem jurídico tutelado pela norma penal, mas a demonstração que ele foi concretamente ameaçado, ainda que não tenha chegado a ocorrer dano efetivo. Doutrina.

2. Na espécie, a sentença, após uma análise minuciosa dos elementos fático-probatórios colacionados aos autos, ao contrário do alegado pela defesa, apontou elementos concretos que efetivamente evidenciam a existência de perigo concreto para as crianças, pois "os réus eram usuários de drogas e por muitas vezes, passavam noites se drogando, sem energias mínimas para cuidarem das vítimas, ainda em tenra idade", bem como "deixavam seus quatro filhos em casa, desvigiados, e não lhes proviam alimentação e educação escolar adequadas", motivo pelo qual "as crianças eram constantemente trocadas de escolas e não chegavam a concluir o ano letivo", além de "não apresenta[rem] desenvolvimento corporal sequer compatível com a idade". Essa conclusão foi posteriormente chancelada pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação, de modo que não identifique nenhuma ilegalidade pelo qual estaria sendo vítima a paciente no que concerne à tese ora ventilada.

3. Qualquer outra solução que não a adotada pela instância ordinária implicaria o revolvimento do material fático-probatório amealhado ao processo, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

4. Agravo regimental não provido."

(STJ - AgRg no HC 809.426/DF – **Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz** - Sexta Turma – j. em 15/5/2023 - DJe de 18/5/2023).

Logo, de rigor a manutenção da sentença penal condenatória, que deu pela responsabilidade da ré pela prática do crime previsto no art. 133, §3º, II, do Código Penal. Nesse sentido, ademais, a referida sentença:

"[...]
É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FUNDAMENTO e DECIDO.

A ação é procedente.

A **materialidade** do delito encontra-se demonstrada pelo boletim de ocorrência (fl. 04/05), relatório informativo (fl. 36/37) e prova oral colhida.

A **autoria** é certa.

A **ré Fátima** não foi ouvida em solo policial e, em juízo, não compareceu à audiência, razão pela qual foi decretada a sua revelia.

A **testemunha Roberta**, ex-conselheira tutelar, em juízo (fl. 126/127) disse que o menor compareceu no Conselho Tutelar relatando que sua mãe o colocou para fora de casa em razão de desentendimentos e discussões. Ele disse que não tinha para onde ir na ocasião. A mãe do menor disse que ele não a obedecia e saía de casa para beber e usar drogas. Ela informou que a convivência de ambos estava muito difícil e temia sofrer agressões. Conversou com a madrinha e a tia da menor, as quais disseram que não tinham condições de ficar com ele. Ele foi acolhido no abrigo e não se recorda o tempo em que permaneceu no local. O menor já tinha histórico de conflitos com a mãe no Conselho Tutelar. Tem conhecimento de que o menor não queria residir com os familiares. Lembra que a mãe do menor relatou que ele voltou a morar com ela, mas não sabe o período. Ele não respeitava regras, por isso os desentendimentos.

Como se vê, o conjunto probatório é firme no sentido de que a ré colocou a vítima para fora de casa em virtude de conflitos constantes entre ambos, além de relatar ao Conselho Tutelar não querer mais conviver com o adolescente (fl. 36/37). Com isso, a vítima foi acolhida emergencialmente, pois não foram localizados familiares interessados em abrigar o menor.

Demonstrado, portanto, o dolo da acusada de abandonar seu filho, de rigor a procedência da ação penal.

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na denúncia para CONDENAR a ré **FATIMA APARECIDA DE SOUZA KOLOSOSKI** como incurso no **art. 133, parágrafo 3º, inciso II, do Código Penal**.

[...]" (fls. 146/148).

Vai daí que se reputa incensurável a sentença, que merece subsistir pelos seus próprios fundamentos, de fato e de direito, aos quais, para se evitar tautologia, reporto-me, fazendo-o consoante o permissivo do art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A propósito, trago entendimento, do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que dá plena legitimidade jurídico-constitucional em situações, como aqui, em que adotei a técnica da motivação "per relationem":

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. **ADMISSIBILIDADE DA**

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. **A utilização da técnica da fundamentação per relationem não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição da República.**

2. Agravo interno desprovido."

(STF – RHC 221.785-AgR/RS – **Rel. Min. NUNES MARQUES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 07/03/2023);

"Embargos de declaração no recurso extraordinário com agravo. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, nos termos do art. 1.024, §3º, CPC. 2. Direito Processual Civil. Competência. Ação possessória. 3. **Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Tema 339 da repercussão geral. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Motivação per relationem. Validade. Precedentes.** 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento."

(STF – ARE 1.370.438-ED/PR – **Rel. Min. GILMAR MENDES** – Segunda Turma – j. em 22/02/2023 – DJe de 28/02/2023);

"AGRAVO INTERNO NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. ARTIGO 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADES PROCESSUAIS. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO ENGENDRADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. REITERAÇÃO DAS RAZÕES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

[...]

3. **A motivação per relationem é técnica de fundamentação de decisão judicial admitida pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: HC 170.762-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 29/11/2019; HC 176.085-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 4/12/2019.**

[...]

10. Agravo interno desprovido."

(STF – HC 222.534-AgR/RS – **Rel. Min. LUIZ FUX** – Primeira Turma – j. em 13/02/2023 – DJe de 17/02/2023);

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA PRISÃO. REMISSÃO ÀS PREMISSAS DA DECISÃO CONSTRITIVA ORIGINÁRIA. **MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES.**

[...]

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

sentido de que a técnica fundamentação per relationem não viola o art. 93, inc. IX, da Constituição da República.

3. Agravo regimental ao qual se nega provimento."

(STF – HC 210.700-AgR/DF – **Rel. Min. ANDRÉ MENDONÇA** – Segunda Turma – j. em 08/08/2022 – DJe de 09/09/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM.** VALIDADE. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA.

[...]

3. Da leitura dos fundamentos do acórdão objurgado, constato explicitados os motivos de decidir, circunstância que afasta o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido (art. 93, IX, da Lei Maior). A disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugere lesão à norma do texto republicano.

4. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada quanto à regularidade da fundamentação per relationem como técnica de motivação das decisões judiciais. Precedentes.

[...]

9. Agravo regimental conhecido e não provido."

(STF – HC 186.720-AgR/SP – **Rel. Min. ROSA WEBER** – Primeira Turma – j. em 29/08/2022 – DJe de 31/08/2022);

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A PRONÚNCIA DO PACIENTE. MATÉRIAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE ENFRENTADAS. **USO DA FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(STF – HC 213.388-AgR/RS – **Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES** – Primeira Turma – j. em 27/04/2022 – DJe de 28/04/2022);

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. CERCEAMENTO DE DEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FATOS E PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU ABUSO DE PODER. **DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.** PRISÃO PREVENTIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

4. A técnica da "fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

Mendes). Ademais, o STF já decidiu que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[...]"

(STF – HC 207.155-AgR/PR – Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Primeira Turma – j. em 14/12/2021 – DJe de 07/02/2022).

Certa a condenação da ré, passo à sua pena.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, 06 (seis) meses de detenção.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Por fim, reconhecida a causa de aumento prevista no art. 133, §3º, II, do Código Penal (ré ascendente do menor), a pena foi exasperada para 08 (oito) meses de detenção.

Passo ao regime prisional.

O regime prisional estabelecido para a ré foi o aberto, mercê da inexistência de circunstâncias judiciais desabonadoras e ante a sua primariedade, segundo previsão do art. 33, §2º, "c" e §3º, do Código Penal.

A pena privativa de liberdade foi substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário-mínimo, a ser pago a entidade designada pelo Juízo da execução, o adequado para a espécie (inteligência do art. 44, I, II e III, do Código Penal).

Mais não se precisa dizer.

Com essas considerações, **nego provimento ao apelo**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
3ª Câmara de Direito Criminal

defensivo.

É como voto.

Desembargador AIRTON VIEIRA
Relator