



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000380480

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1520726-81.2021.8.26.0228, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes ELIZÂNGELA DE ALENCAR DA SILVA e ANDREW VINÍCIUS CONCEIÇÃO DA SILVA, é 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 do réu Andrew e deram provimento em parte ao recurso da ré Elizângela, nos termos do acórdão, V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CHRISTIANO JORGE (Presidente sem voto), RICARDO SALE JÚNIOR E GILDA ALVES BARBOSA DIODATTI.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

CONCEIÇÃO VENDEIRO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto: 330

Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal

Apelação: 1520726-81.2021.8.26.0228

Apelantes: Andrew Vinicius Conceição da Silva e Elizângela de Alencar da Silva

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Capital

APELAÇÃO CRIMINAL. Tribunal do Júri. Condenações por tentativa de homicídio triplamente qualificado e tentativa de homicídio por omissão. Vítima menor de 14 anos. Recursos Defensivos.

MÉRITO: Pretensão de novo julgamento. Alegações de que a decisão dos jurados se mostrou manifestamente contrária à prova dos autos: não ocorrência. Opção dos jurados pelo acolhimento das teses acusatórias quanto à qualificadora de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, em razão da idade (3 anos) em relação ao apelante e a omissão penalmente relevante pelo apelada (genitora da vítima). Soberania dos veredictos.

DOSIMETRIA.

Apelante Elizângela

Pena-base: aumento pelas circunstâncias (crime cometido na residência da vítima) e consequências do crime (desenvolvimento de doença incurável e incapacitante em uma criança de tenra idade). Fixação da pena-base em 9 anos e 6 meses de reclusão. Manutenção.

Segunda fase: aumento de 1/6 pela agravante do art. 61, inc. II, alínea “e”, do Código Penal. Alegação de bis in idem diante da condição de mãe, valorada para reconhecimento do crime comissivo por omissão.

Afastada a agravante do art. 61, inc. II, alínea e, do Código Penal (crime praticado contra descendente) que caracteriza “bis in idem”, pois elementar do crime comissivo por omissão (art. 121, “caput”, e § 4.º, c.c. o art. 13, § 2.º, alínea “a”, na forma do art. 14, inc. II, todos do Código Penal).

Terceira fase: redução de 1/3 pela tentativa, adequada diante do iter criminis percorrido. Aumento em 1/3 pelo art. 121, § 4.ª (final), do Código Penal (vítima menor de 14 anos). Alegação de bis in idem diante da condição de mãe, valorada para reconhecimento do crime comissivo por omissão, afastada.

Readequada a pena definitiva para 8 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.

Regime fechado: adequação, diante da pena total cominada, gravidade em concreto do crime e circunstâncias judiciais negativas na primeira fase.

Apelante Andrew

Pena-base: aumento pela culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, personalidade e conduta social do apelante. Afastamento pela personalidade e conduta social do apelante: não acolhido.

Segunda-fase: aumento pela agravante do art. 61, inc. II, alíneas “c” e “d” do Código Penal.

Terceira-fase: diminuição de 1/3 pela tentativa e aumento em 1/3 pelo art. 121, § 4.^a (final), do Código Penal (vítima menor de 14 anos). Pleito de exclusão da causa de aumento, diante do reconhecimento da qualificadora baseado na idade da vítima: não acolhido.

Pena definitiva de 28 anos de reclusão e 17 dias de reclusão.

Regime fechado: único cabível em razão do “quantum” de pena aplicado, gravidade em concreto do delito e quantidade de circunstâncias desfavoráveis valoradas na primeira fase da dosimetria.

RECURSO DO RÉU ANDREW NEGADO PROVIMENTO E DADO PROVIMENTO EM PARTE AO RECURSO DA RÉ ELIZÂNGELA, APENAS PARA EXCLUIR A AGRAVANTE (art. 61, inc. II, alínea e, do Código Penal) E READEQUAR A PENA PARA 8 ANOS, 5 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO.

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra sentença que, diante do quanto deliberado pelo Conselho de Sentença, condenou Andrew Vinicius Conceição da Silva à pena de 28 anos e 17 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por se achar incurso no art. 121, § 2.^o, incisos II, III e IV, e § 4.^o, na forma do art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, e Elizângela de Alencar da Silva à pena de 9 anos, 10 meses e seis dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, “caput”, e § 4.^o, c.c. o art. 13, § 2.^o, alínea “a”, na forma do art. 14, inc. II, todos do Código Penal (fls. 2106/2111).

Inconformada, a apelante Elizângela requereu (i) a anulação do julgamento, alegando que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, porque foi demonstrado que estava impossibilitada de agir para evitar as agressões ao filho e que buscou evitar o resultado morte, pelo que não cometeu omissão penalmente relevante e não ficou demonstrado seu dolo de matar. Subsidiariamente, pugnou pela reforma da dosimetria, a fim de que na primeira fase seja afastadas as circunstâncias desfavoráveis (ii) em razão do crime ter sido

cometido na residência da vítima e (iii) pelas consequências do crime, sob o argumento de que a gravidade do resultado foi aquém do esperado devido ao fato do crime ser tentado e, na segunda fase, (iv) o afastamento da agravante do art. 61, inc. II, alínea “e”, do CP, porque o fato da vítima ser filho da apelante constitui elemento do tipo comissivo por omissão, e o reconhecimento da relação de descendência como agravante configura *bis in idem*. Por fim, requereu (v) que na terceira fase seja afastada a causa de aumento do § 4.º do art. 121 (vítima menor de 14 anos), por se tratar de elemento constitutivo do crime omissivo e não pode servir de causa de aumento (fls. 2207/2221).

O apelante Andrew requereu (i) a submissão a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, ao argumento de que o acolhimento da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, baseado na idade desta (3 anos) contrariou a prova dos autos, e configura *bis in idem* com a causa de aumento do § 4.º do art. 121 do Código Penal. Subsidiariamente, requereu (ii) o afastamento da causa de aumento do § 4.º do art. 121 do Código Penal (vítima menor de 14 anos) e (iii) a reforma da primeira-fase da dosimetria, para afastar as circunstâncias desfavoráveis referente à personalidade, posto que a magistrada *a quo* se pautou em processo não transitado em julgado; e na conduta social, porque o fato do apelante não ter ocupação formal, se refere à sua condição social, e o de ser viciado em drogas a um problema de saúde pública, circunstâncias que não podem ser criminalizadas (fls. 2225/2232).

Os recursos foram contrarrazoados (fls. 2236/2277).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o parecer, manifestando-se pelo não provimento dos recursos (fls. 2293/2311).

A defesa da apelante Elizângela apresentou objeção ao julgamento virtual (fl. 2290).

É o relatório.

Os apelantes, conforme consta da denúncia:

“... no período compreendido, aproximadamente, entre os dias 24 e 27 de agosto de 2021, na Rua Antônio Sergio de Matos, 91, lote 62, Jaçanã, nesta cidade e comarca da Capital, ANDREW VINICIUS CONCEICAO DA SILVA, qualificado as fls. 19, com animus necandi, por motivo fútil, com emprego de meio cruel e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, tentou matar Pedro Henrique de Alencar da Silva, criança de três anos de idade, causando-lhe as lesões corporais que serão melhor descritas no laudo de exame de corpo de delito a ser oportunamente juntado aos autos, não alcançando a consumação do homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritas, **ELIZÂNGELA DE ALENCAR DA SILVA**, qualificada as fls. 07/08 e 152/153, na condição de mãe e tendo por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância em relação à criança **Pedro Henrique de Alencar da Silva**, concorreu para a prática do crime acima descrito, omitindo-se voluntária e conscientemente de ação que lhe era possível e exigível, uma vez que, sendo conhecedora das agressões que a criança sofria do padrasto e estando ainda presente no local e nos dias dos fatos, nada fez para evitá-las ou para afastar a vítima do nefasto convívio com **ANDREW**, permitindo que ele tentasse matá-la.” (fls. 300/301)

Narra a peça acusatória que:

“Conforme foi apurado, **ELIZÂNGELA DE ALENCAR DA SILVA** e **ANDREW VINICIUS CONCEICAO DA SILVA** conviviam maritalmente e residiam no imóvel situado no local acima apontado, juntamente com a criança **Pedro Henrique de Alencar da Silva**, à época com três anos de idade, filho de **ELIZÂNGELA**.

Em momentos diversos entre os dias 24 e 27 de agosto de 2021, o indiciado **ANDREW**, irritado com comportamentos tipicamente infantis de **Pedro**, tais como urinar ou defecar nas vestes ou demorar a ingerir alimentos, realizou sessões de agressões contra a criança, desferindo-lhe golpes contundentes e jogando violentamente seu corpo contra a parede e contra o chão, causando-lhe diversos ferimentos que constam do prontuário médico de fls. 185/206 e que serão melhor descritos no laudo de exame de corpo de delito que oportunamente será juntado aos autos, os quais apenas não geraram a morte de **Pedro** porque ele recebeu eficaz socorro médico.

As agressões praticadas por **ANDREW** contra **Pedro**, neste período, foram presenciadas pela genitora dele, a denunciada **ELIZANGELA**, que nada fez para proteger a criança, deixando de evitar que ela sofresse sucessivas agressões pelo indiciado, não buscando socorro policial ou de familiares e, ainda, permanecendo com **Pedro** no mesmo imóvel que **ANDREW**.

Ocorre que, no dia 27 de agosto de 2021, novamente irritado com o comportamento da vítima, que estaria demorando para comer um pão, **ANDREW** violentamente empurrou pedaços do alimento para dentro da garganta dela, deu-lhe uma chinelada na boca e novamente empurrou o pão para dentro da garganta, até que **Pedro** se engasgou e perdeu os sentidos. Imaginando que a criança estivesse morta, **ELIZANGELA** passou a gritar, alegando que a criança havia

se engasgado e omitindo as agressões perpetradas por ANDREW, assim chamando a atenção de populares que estavam nas imediações, o que ocasionou o socorro médico que evitou a morte de Pedro.

Desta forma, o crime de homicídio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, uma vez que a vítima recebeu eficaz socorro médico.

O crime foi praticado por motivo fútil, consistente no fato de ANDREW estar irritado com o comportamento tipicamente infantil da vítima.

Foi, ainda, praticado com emprego de meio cruel, pois o indiciado infligiu à criança intenso sofrimento físico, evidenciado pelas múltiplas lesões que lhe foram causadas, revelando, desta forma, uma brutalidade fora do comum e em contraste com o mais elementar sentimento de piedade.

Por fim, o crime foi praticado mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, que, por sua tenra idade e inferioridade física, não teve a menor chance de escapar dos golpes que lhe eram desferidos.

Por fim, o crime foi praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos.” (fls. 301/303).

O apelante Andrew foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2.º, incs. II, III, IV, e § 4.º c.c. o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, e a apelante Elizângela como incurso no artigo 121, § 2.º, incisos II, III, IV, e § 4.º, c.c. arts. 13, § 2.º, alínea “a”, e art. 14, inc. II, todos do Código Penal (fls. 624/641).

Elizângela interpôs recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia, requerendo a reforma desta para reconhecer a ausência de omissão penalmente relevante (art. 13, § 2.º, do Código Penal), desclassificar o crime imputado (homicídio doloso tentado) para lesão corporal e afastar as qualificadoras dos incisos II, III e IV do art. 121, § 2.º, do Código Penal (fls. 649 e 658/677).

Transitada em julgado a pronúncia quanto ao apelante, tendo em vista a interposição de recurso pela apelada, os autos foram desmembrados em relação a ela (fls. 716), para quem a ação penal passou a tramitar nos autos n.º 0000286-16.2023.8.26.0052 (em apenso).

Por v. Acórdão prolatado em 04.10.23, foi dado provimento em parte ao recurso em sentido estrito, por votação unânime, para afastar da imputação da apelada as qualificadoras dos incisos II, III e IV do art. 121, § 2.º, do Código Penal e levá-la a julgamento pelo Tribunal do Júri pelo art. 121, “caput”, e § 4.º, c.c. o art. 13, § 2.º, alínea “a”, e art. 14, inc. II, todos do Código Penal (fls.

773/788 do apenso).

Ante o provimento parcial do recurso, foi determinada a reunificação dos processos para julgamento conjunto dos acusados em plenário (fls. 807/808 do apenso).

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Egrégio Conselho de Sentença, por maioria, acolheu a tese acusatória e reconheceu que o apelante incorreu em homicídio tentado contra o enteado Pedro Henrique Alencar da Silva e que a apelante, cometeu homicídio tentado, por omissão penalmente relevante, contra a mesma vítima, filho dela (fls. 2102/2104).

Pretendem os apelantes a anulação da decisão dos jurados e a realização de novo julgamento pelo júri popular, alegando que as condenações foram contrárias à prova dos autos.

Os pleitos não comportam acolhimento.

A existência dos crimes está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01), pelo boletim de ocorrência (fls. 10/13) pelos laudos médicos (fls. 186/230 e 235/279), laudo de lesão corporal (fls. 617/619; 1966/1968 e 1984/1987) e pelo prontuário médico (fls. 949/1962), que atestaram as inúmeras de lesões corporais suportadas pela vítima, a natureza das lesões, o risco de morte que provocaram no ofendido e as consequências advindas delas, bem como pela prova oral colhida.

No que tange à autoria, a prova foi clara em apontar a conduta omissiva penalmente relevante de Elizângela.

Ouvida na fase policial, a apelada informou há um mês vivia maritalmente Andrew, com quem se relacionava há 5 meses. Disse que junto com o casal vivia Pedro, ora vítima, filho dela, oriundo de outro relacionamento. Relatou que na manhã do dia dos fatos, Pedro estava comendo pão, Andrew ficou irritado com o menino porque este brincava com o alimento ao invés de comer, então deu uma chinela no rosto do menino e o forçou a comer o pão, enfiando-o garganta abaixo da criança. Contou que, pouco depois, colocou Pedro para dormir, mas logo percebeu que ele estava “mole” e convulsionava. Então, juntamente com Andrew, levou Pedro até uma base da Polícia Militar para pedir ajuda. Os policiais tentaram reanimar o menino, mas não conseguiram. Diante disso, colocaram Pedro no carro do vizinho Marcos e o levaram até o Hospital São Luís Gonzaga. Neste, após uma tomografia, constataram que Pedro sofreu uma hemorragia cerebral e o transferiram para o Hospital Mandaqui, onde permaneceu intubado e aguardava cirurgia. Falou que, ao ser indagada pelos médicos e policiais acerca dos diversos hematomas que Pedro tinha pelo corpo, disse que eram devido a uma porta que havia caído sobre ele; o que não era verdade. Afirmou que Andrew a tinha mandado dar esta versão para justificar os hematomas e que estes eram decorrentes de agressões dele contra o

menino. Relatou que Andrew costumava agredir Pedro com socos e tapas e que, ainda naquela manhã, havia o jogado sobre a cama. Alegou que não comunicou as agressões às autoridades porque tinha medo de ser agredida por Andrew, posto que este já respondia a um processo por agressão à ex-companheira. Declarou, no entanto, que nunca havia sido agredida por Andrew. Informou que suspeitava estar grávida. Disse que resolveu contar a verdade sobre as agressões de Andrew a Pedro após ser exortada pelos policiais civis a “pensar primeiro no seu filho” e que desejava que Andrew pagasse pelo que fez (fls. 09).

Em juízo (fase de pronúncia), a apelada reafirmou que as agressões de Andrew contra o filho dela eram frequentes e que os hematomas e queimaduras existentes no corpo da criança eram produto destas agressões. Disse que Andrew queria tirar o menino das fraldas, por isso o agredia. Falou que pensou em denunciar o companheiro, mas não o fez porque ele a ameaçava, dizendo que já tinha tentado matar uma pessoa. Esclareceu, contudo, que nunca havia sido agredida por ele, o qual dizia que não iria agredi-la por suspeitar que estava grávida. Negou ter dito no Conselho Tutelar que revidaria qualquer agressão de Andrew. Afirmou, novamente, que nenhuma porta caiu sobre Pedro, e que falou isso no hospital a pedido de Andrew, que temia ser preso caso ela contasse das agressões dele ao enteado. Relatou que Andrew já havia agredido Pedro jogando-o contra a parede e contra a o chão e o queimado “acidentalmente” com cigarros (depoimento colhido por mídia – fls. 620/623).

Em plenário, a apelada tornou a alegar que deixou de agir para proteger o filho por temer ser agredida por Andrew (depoimento colhido por mídia – fls. 2121/2122).

Assim, vê-se que a apelante tentou afastar a responsabilidade que competia a ela na condição de genitora da vítima, em preservar sua integridade física e bem-estar, alegando que tinha medo do companheiro, apesar de nunca haver sido agredida por ele.

De fato, consoante a prova oral colhida, notadamente os depoimentos das assistentes sociais e da mãe da apelada, ficou demonstrado que apelada não era agredida fisicamente, não sofria ameaças e não estava proibida por Andrew de deixar o lar (depoimento colhido por mídia – fls. 2121/2122).

É certo ainda, que a Elizângela contava com o apoio familiar da mãe, que conforme afirmou em juízo, se dispôs a ficar com a guarda do neto, ao que aquela recusou.

Desta forma, não se sustenta o argumento de que a apelada estava impossibilitada de agir para evitar as agressões de Andrew contra o filho dela e que culminaram na tentativa de homicídio contra o infante.

Não se trata de uma “*ampliação excessiva do dever*”

legal de mãe”, como aduz a defesa da apelada, mas do dever mínimo de cuidado que se exige de uma mãe para com o filho de três anos de idade, posto que a própria apelada admitiu que presenciou inúmeras agressões praticadas por Andrew contra Pedro, sem nada fazer para impedi-las de prosseguir, ao passo que tentou isentar aquele das agressões, mentindo no hospital que se deviam a um acidente do doméstico sofrido pela criança, e somente relatou as agressões à autoridade policial após ser “sensibilizada” pelos policiais civis.

Assim, bem demonstrado o dolo do crime omissivo, consistente correspondente à vontade consciente de se abster do dever de cuidado e proteção ao filho, que contribuiu para a tentativa de homicídio perpetrada pelo apelante, não havendo que se falar em “ausência do dolo de matar” pela recorrente (fls. 2215/2216), posto que inexigível na espécie.

Ademais, restou controvertido o fato de que a apelada teria “agido para evitar o resultado morte”, pois o vizinho da residência em que ocorreram os fatos afirmou em plenário que agiu em socorro da criança após ouvir os gritos de Andrew e não dela (depoimento colhido por mídia – fls. 2121/2122).

Portanto, o acolhimento pelo Tribunal do Júri da acusação pela prática do crime de tentativa de homicídio, na forma omissiva, em face da apelada, não se mostrou manifestamente contrária à prova dos autos, mas alicerçada em consistentes evidências probatórias nesse sentido.

A autoria por parte do apelante Andrew foi amplamente demonstrada e sequer é contestada.

Entretanto, requer a desconstituição da decisão do Tribunal do Júri ao argumento de que o reconhecimento da qualificadora consistente no recurso que impossibilitou a defesa da vítima foi contrário à prova dos autos.

No caso, verifica-se que o Conselho de Sentença se pautou em consistente quadro probatório produzido em plenário para condenar o apelante Andrew por tentativa de homicídio contra o pequeno Pedro Henrique, reconhecendo, por unanimidade, a presença da qualificadora do art. 157, § 2.º, inc. IV, do Código Penal, considerando o fato da vítima ser uma criança de 3 anos de idade que, sem amparo de um adulto, não possuía quaisquer chances de se defender das agressões de um homem de 21 anos.

Como é sabido, diante da soberania dos veredictos conferida ao Tribunal do Júri pela Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c), somente se admite que o julgamento seja anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária, ou seja, inteiramente dissociada da prova dos autos.

Destarte, incabível a anulação da condenação quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova, que considerou a

vulnerabilidade da vítima como condição que impossibilitou sua defesa, não constituindo contrariedade somente porque o mérito da decisão diverge do interesse dos apelantes, pelo que deve ser mantido o veredicto, em obediência à soberania do Júri.

Assim, passa-se à análise das reprimendas impostas.

Quanto ao apelante Andrew, na primeira fase, atendendo ao disposto no art. 59 do Código Penal, a pena-base foi aumentada pela culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, personalidade e conduta social do sentenciado, nestes termos (fls. 2107): *“[...] entendo desfavorável ao réu a circunstância judicial referente à culpabilidade, esta entendida em seu sentido amplo, como a reprovação que a conduta ilícita e o seu autor merecem. E assim decido porque a prova pericial produzida demonstra que, além da lesão crânio encefálica, a vítima apresentava inúmeros hematomas e cicatrizes pelo corpo, algumas de data não recente, o que permite inferir que era alvo de violência física sistemática. Também é desfavorável ao réu a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime, que foi praticado em razão das relações de coabitação, no local no qual a vítima morava, isto é, no domicílio do ofendido, local em que, em tese, deveria servir de asilo e acolhimento e não de palco para o delito. É igualmente desfavorável ao réu a circunstância judicial referente às consequências do crime, que, no caso, ultrapassaram o resultado usualmente esperado, haja vista que o delito trouxe ao ofendido sequelas severas, encontrando-se a criança em estado vegetativo permanente e sem prognóstico de recuperação, conforme demonstram o laudo pericial complementar e a prova testemunhal produzidos. Reputo também desfavorável ao réu a circunstância judicial referente à personalidade do agente, que, na hipótese, mostra-se agressiva e violenta, conforme se infere das certidões de fls. 939/940, que demonstram que o réu, além deste processo, responde a outro processo criminal pela suposta prática de crime também com as elementares da violência e grave ameaça à pessoa. De igual sorte, é desfavorável ao réu a circunstância judicial referente à conduta social, que, no caso, mostra-se contrária aos anseios da sociedade. E assim concluo porque o réu não demonstrou ter ocupação lícita antes de ser preso neste processo, bem como porque os elementos de prova produzidos demonstram que o acusado faz uso de drogas ilícitas maconha e cocaína, há vários anos.”*. Assim, a pena-base foi fixada em 23 anos e 8 meses de reclusão.

O apelante requer o afastamento da circunstância judicial referente à personalidade, alegando que a Magistrada utilizou um processo criminal em andamento para embasar a majoração da pena base.

Verifica-se que, de fato, à época da sentença recorrida, o apelante figurava apenas como denunciado no proc. 1500393-98.2021.8.26.0005 da 2.^a Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Foro Regional V –

São Miguel Paulista (fls. 943/944).

É certo, ademais, que ações penais em andamento não podem ser usadas para aumentar a pena-base pela má personalidade do agente, consoante Súmula 44 do STJ: **“É vedada a utilização a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento para agravar a pena-base”**.

Observo, entretanto, que a Magistrada “a quo” não se pautou somente no processo criminal a que o apelante respondia para avaliar negativamente a personalidade dele, mas também na conduta violenta e agressiva evidenciada no cometimento do crime, pelo que não é o caso de afastamento da referida circunstância judicial.

Pretende, ainda, o recorrente, a reforma nesta fase da dosimetria para afastar o aumento pela conduta social, considerada desfavorável em razão do vício em drogas e da não comprovação de ocupação lícita.

Porém, não é o caso de afastamento, uma vez que a conjunção de tais fatores, vício em drogas e ausência de comprovação lícita, aliada à personalidade violenta do apelante, conforme já declinado, demonstram um comportamento socialmente reprovável, justificando o agravamento da pena.

Na segunda fase, a pena foi majorada em 1/3, levando em consideração que o crime foi praticado mediante meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima (art. 61, II, “c” e “d”, do Código Penal).

Na terceira fase, incidiu a causa de diminuição pela tentativa, sendo a pena reduzida de 1/3. A redução neste patamar foi adequada, diante do *iter criminis* percorrido, posto que a vítima permaneceu hospitalizada por longo período e correu risco de morte, pelo que o crime esteve próximo de se consumar.

Em seguida, a pena foi aumentada de 1/3, em decorrência da causa de aumento prevista no art. 121, § 4.º (última parte), do Código Penal.

Sustenta o apelante que a aplicação da agravante, que decorre da idade da vítima (menor de 14 anos), tem que ser afastada, posto que a circunstância do ofendido ser criança foi considerada para agravamento da pena na primeira fase, referente à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, o que configuraria *bis in idem*.

Ocorre que, como bem pontuado pela Douta Procuradoria (fls. 2310), a agravante tem objetivo diverso da qualificadora, pois, enquanto uma agravou a pena por uma circunstância que dificultou a defesa da vítima, outra o fez em razão da pessoa contra a qual é praticado.

Isto posto, inviável o pleito da defesa para que a causa de aumento seja afastada.

Assim, mantenho a pena definitiva do apelante em 28 anos e 17 dias de reclusão, como fixada.

O regime de cumprimento de pena inicialmente fechado é o único adequado, diante da quantidade de pena imposta, a hediondez do crime e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 2.º, “a” e § 3.º, do Código Penal.

Em relação à apelante, na primeira fase, em observância às disposições do art. 59 do Código Penal, a pena foi aumentada em razão das circunstâncias do crime, tendo por base o fato de que foi cometido no local em que a vítima residia com os sentenciados, e que “(...) *em tese, deveria servir de asilo e acolhimento e não de palco para o delito*” (fls. 2109).

Aduz a apelante que a circunstância do crime ter ocorrido na residência do ofendido não deve ser considerada para o aumento de pena, porque era o “único local possível” para o cometimento do crime e por ser o ambiente comum de mães de filhos, mormente durante a pandemia de COVID-19.

A jurisprudência reconhece que o crime praticado no interior da residência denota maior gravidade, o que justifica a exasperação da pena. O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que a prática do crime no lar da vítima, local onde as pessoas devem se sentir seguras, implica em uma resposta penal mais severa, considerando a gravidade concreta da conduta do agente.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. **A gravidade concreta da conduta foi devidamente evidenciada pelo Tribunal a quo, pois o delito foi cometido no interior da residência das vítimas, durante a madrugada, local que deveria proporcionar-lhes tranquilidade e segurança, o que evidencia a ousadia da ação criminosa dos pacientes. Precedentes.**2. É possível a valoração negativa das consequências do delito, nos crimes de natureza patrimonial, quando o valor econômico suportado pelas vítimas extrapola os parâmetros usuais. Precedentes.3. Nos termos das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, a pena-base foi exasperada em razão das graves

consequências impostas às vítimas, as quais tiveram que usar medicação específica para lidar com o abalo psicológico, em razão do medo gerado pelo crime. Tais circunstâncias não são inerentes às elementares do tipo penal de roubo e evidenciam consequência que desborda aquelas usuais do crime, demandando, portanto, resposta estatal enfática.4. Como se não bastasse, destacou o acórdão impugnado o fato de um dos pacientes ser sobrinho de uma das vítimas, o que evidencia, sobremaneira, a extrema ousadia da conduta, justificando, assim, a exasperação da pena-base.5. Não há se falar em qualquer constrangimento ilegal pela fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias, a qual encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte acerca do tema, tendo em vista a explicitação da gravidade concreta da conduta imputada aos pacientes. Em relação ao quantum de aumento de pena na primeira fase da dosimetria, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que os parâmetros para a exasperação da reprimenda devem observar o critério da discricionariedade juridicamente vinculada, a qual, por sua vez, está submetida os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da suficiência da reprovação e da prevenção ao crime. Por tais razões, não se admite a adoção de critério meramente matemático, atrelado apenas ao número de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Deve-se, na verdade, analisar os elementos que indiquem eventual gravidade concreta do delito, além das condições pessoais de cada agente, de forma que uma circunstância judicial desfavorável poderá receber mais desvalor que outra, exatamente em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no HC 796194/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca (1170), T5 - QUINTA TURMA, Data de Julgamento: 27/02/2023, Data de Publicação: 05/03/2023).

Além disso, o fato do crime ocorrido durante pandemia, quando a genitora deveria estar mais atenta à saúde do infante, justifica ainda mais a consideração da circunstância desfavorável.

Ainda na primeira fase, a pena basilar foi agravada em razão das consequências do crime, nestes termos: “***É igualmente desfavorável à ré a circunstância judicial referente às consequências do crime, que, no caso, ultrapassaram o resultado usualmente esperado, haja vista que o delito trouxe ao ofendido sequelas severas, encontrando-se a criança em estado vegetativo permanente e sem prognóstico de recuperação, conforme demonstram o laudo pericial complementar e a prova testemunhal produzidos.***” (fls. 2109)

Requer a apelada que tal circunstância judicial seja afastada, alegando que “***Se houve crime tentado, necessariamente o resultado ficou aquém do esperado pelos supostos autores do crime. Dizer num crime tentado que***

as consequências ultrapassaram o resultado esperado é admitir a inexistência de dolo de matar”, e que “Além disso, o crime imputado, tentativa de homicídio doloso, é grave. Ao prever sua pena, o Código Penal já considera essa gravidade do tipo, estabelecendo, assim, uma reprovabilidade muito superior a de outros crimes. Não há porque repetir a reprimenda pela mesma causa.” (fls. 2219)

O agravamento da pena-base pelas consequências do crime consiste na consideração das repercussões que a conduta delitiva teve sobre a vítima e se estas extrapolaram o resultado típico. Não se trata meramente de aferir se o resultado era “esperado” pelos autores, como aduz a defesa da recorrente.

No caso, a tentativa de homicídio perpetrada pelos apelantes gerou consequências irreversíveis para a vítima, que passou a sofrer de encefalopatia crônica não evolutiva, enfermidade incurável, que de acordo com o laudo do IML consiste em “(...) *um conjunto de desordens motoras de caráter permanente e não progressivo, que afeta a postura e o tônus muscular*” (fls. 1986).

Logo, a vítima, que antes do crime era uma criança plenamente saudável, foi interrompida em seu desenvolvimento normal, estando dependente de assistência de outros até para as atividades básicas, para o resto da vida.

O fato de os danos serem irreversíveis em uma criança de tenra idade extrapola em muito a gravidade típica prevista para o delito.

A consideração das consequências advindas para a vítima para o agravamento da pena-base foi de rigor, não comportando qualquer reparo.

Assim, a pena-base da ré foi fixada em 9 anos e 6 meses de reclusão, que deve ser mantida.

Na segunda fase, a reprimenda da apelada foi aumentada de 1/6 pela agravante do art. 61, inc. II, alínea “e”, do Código Penal, pois a vítima é filho (descendente) dela.

Argumenta a apelante que a condição de genitora da vítima é elemento do crime comissivo por omissão, de forma que o fato da vítima ser seu filho não autoriza a aplicação da agravante mencionada, por se tratar de *bis in idem*.

Com efeito, a omissão penalmente relevante dá-se por uma violação ao dever de cuidado, proteção e vigilância, que não se restringe aos pais em relação aos filhos. Por oportuno, me reporto ao ensinamento do eminente doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

“(...) a legislação impõe a várias pessoas o dever de cuidar, proteger e vigiar outras, tal como o faz com os pais em relação aos

filhos, com os tutores em relação aos tutelados, com os curadores em relação aos curatelados e até mesmo com o administrador de um presídio em relação aos presos. Assim, se um detento está gravemente enfermo e o administrador da cadeia, dolosa ou culposamente, deixa de lhe conferir tratamento adequado, pode responder por homicídio (...)." (Código Penal Comentado. Nucci, Guilherme de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

Porém, de fato, no caso em tela, o dever de cuidar e proteger decorre do fato de ser mãe, pelo que é elementar do crime comissivo por omissão.

Estabelece o art. 61 do Código Penal que:

“São circunstâncias que sempre agravam a pena, **quando não constituem** ou qualificam o crime” (g.n.)

Desta forma, a consideração da **agravante do art. 61, inc. II, alínea e, do Código Penal** (crime praticado contra descendente) caracteriza “bis in idem”, pois elementar do crime comissivo por omissão (art. 121, “caput”, e § 4.º, c.c. o art. 13, § 2.º, alínea “a”, na forma do art. 14, inc. II, todos do Código Penal), devendo ser **afastada**.

Na terceira fase, presente a causa de diminuição do art. 14, inc. II, do Código Penal, a pena da recorrente foi diminuída de 1/3.

O “quantum” de diminuição no mínimo legal foi adequado, ante a proximidade da consumação, conforme já explanado em relação ao apelante.

Na sequência, incidiu a majoração da pena pela causa de aumento do art. 121, § 4.º, do Código Penal.

Neste ponto, novamente, pleiteia a defesa a exclusão do aumento por *bis in idem*, ao argumento de que a idade da vítima já foi valorada para a condenação da apelada por crime comissivo por omissão.

Porém, considerando que os pais detêm o pátrio poder em relação até os 18 anos, a apelante deteria a posição de garantidora, para fins do art. 13, § 2.º, alínea “a” do Código Penal, ainda que a vítima contasse com mais de 14 anos.

Enfim, a circunstância da apelante haver incorrido em omissão penalmente relevante em relação ao filho não se confunde com o fato deste ser menor de 14 anos. Desta forma, não há que se falar em afastamento da causa de aumento por *bis in idem* como alegado.

A imposição do regime fechado para inicial cumprimento de pena, está de acordo com o quantum de pena imposto (pena superior



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a oito anos) e se revela compatível também com a gravidade concreta do crime praticado e pelas circunstâncias judiciais negativa valorada na primeira fase da dosimetria (artigo 33, do Código Penal).

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso do réu Andrew e dou provimento em parte ao recurso da apelante Rosângela, apenas para afastar a agravante (art. 61, inc. II, alínea “e”, do Código Penal) e readequar a pena para 8 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão.**

CONCEIÇÃO VENDEIRO

Relatora

documento com assinatura digital