



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000385339

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1500440-45.2024.8.26.0659, da Comarca de Vinhedo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelada MARCELLA SAGULA DELAMANO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FARTO SALLES (Presidente) E ZORZI ROCHA.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

TEIXEIRA DE FREITAS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal 1500440-45.2024.8.26.0659

Apelante: Assistente da Acusação C. L. D.

Apelados: Ministério Público do Estado de São Paulo e M. S. D.

Comarca: Vinhedo

Magistrado: Evaristo Souza da Silva

Voto 11322

Ementa. Apelação Criminal. Maus tratos. Artigo 136, § terceiro, do Código Penal. Sentença absolutória. Recurso do assistente da acusação. Condenação. Descabimento. Conjunto probatório frágil. Exposição a perigo de vida ou saúde não demonstrada. Elementares do tipo não preenchidas. Dúvida quanto ao dolo. Sentença mantida. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação, interposto por **C. L. D.**, contra a sentença (fls. 254/259), que julgou improcedente a ação penal e absolveu **M. S. D.** da imputação que lhe foi feita como incurso no artigo 136, § terceiro, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Por suas razões, a assistente da acusação pleiteou a condenação da ré, alegando que a sentença desconsiderou o peso dos testemunhos e laudo existentes no processo e que há provas para condená-la pelo crime de maus tratos contra o seu próprio filho (fls. 264/270).

O recurso foi bem processado, com contrariedade oferecida pelo Ministério Público e pela Defesa (fls. 280/282 e 284/291).

Em seguida, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do apelo (fls. 309/315).

Decorrido o prazo para que as partes se manifestassem acerca de eventual oposição ao julgamento virtual, nos termos do artigo primeiro da Resolução 549/2011, com redação estabelecida pela Resolução 772/2017, ambas do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não houve oposição a essa forma de julgamento.

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Consta na peça inicial acusatória e no seu aditamento que, em 22 de setembro de 2023, em horário incerto, na Clínica CEIVI, localizada na Avenida Páscoa Zanetti Trevisan, 479, no Jardim Itália, na Cidade e Comarca de Vinhedo, M. S. D. expôs a perigo a saúde de pessoa sob sua autoridade, a saber, C. L. D., seu filho de nove anos de idade, para fim de educação, abusando de meios de correção e disciplina.

Segundo narrado, a vítima C é autista e possui paralisia cerebral, sendo acompanhada pela Instituição CEIVE, desde o final do ano de 2021.

Na data dos fatos, a acusada foi buscar o seu filho na clínica, porém, como ele se comportava de modo a demonstrar que não queria acompanhá-la, desferiu um tapa em seu rosto, como forma de corrigi-lo, provocando-lhe as lesões corporais descrita no exame indireto (fls. 32/42).

Esses são os fatos.

É forçoso consignar que não há prova da materialidade delitiva e tampouco da autoria.

Em Juízo, J. L. D. (pai da vítima) disse que soube dos fatos um pouco antes da realização de uma devolutiva da clínica. Eles ligaram antecipando a devolutiva em virtude da ocorrência, que se deu numa sexta-feira. E, pelo que contaram, o seu filho se desequilibrou e se apoiou e ela reativamente desferiu um tapa com muita força, visto pela Clínica. E deu um stress danado e ela disse que estava cansada e não aguentava mais e, pelo que contaram, ela foi embora. Na segunda feira, ela voltou para outra sessão e também tentaram fazer acolhimento e ela se desequilibrou novamente e mais uma vez o deixou sozinho e foi embora e disse que tinha vontade de matá-lo. E foi embora o que gerou repulsa da clínica e após acionou Conselho Tutelar e tudo mais está nos laudos. Tais atitudes não foram isoladas. Na Delegacia, foi ouvido, quando um terceiro, foram muitas mentiras, que ela alegava. Ela tem problema de bipolaridade e não está curada. Nesse dia, houve muita agressividade, ela não tem controle emocional e assim entrou com as medidas cabíveis. A guarda pende de julgamento e obteve uma decisão unilateral. Disse que depois que seu filho foi morar consigo e sua nova família composta de outros dois

filhos está feliz. Afirmou que antes dessa ocorrência notou outros episódios. O seu filho tem o lado direito paralisado e, por isso, não consegue realizar todas as atividades e acredita que seu filho era uma “moeda de troca”. Após os fatos, ela nunca mais procurou a clínica ou escola. No período pós divórcio, a criança teve perdas expressivas, puxava o cabelo dos colegas, isso no seu ponto de vista é esgotamento psicológico. Há muita busca patrimonial envolvida em nome do filho. E se ficar em convívio com ela será uma estatística. Viveu com esse fantasma por seis anos e bastante emocionado chorou. Afirmou que comprava os remédios e nesse dia específico pediu para ela deixar na portaria ela foi relutante e na malinha tinha um creme e teve que as pressas contatar o médico para conseguir a medicação que ele necessita. Após os fatos, está com a guarda unilateral e houve autorização de visitas em finais de semana alternados sem pernoite. Questionado sobre a participação da genitora nas atividades do filho, respondeu que como ela não tem equilíbrio emocional é bom que ela não participe do acompanhamento. Ela não participa de nada. A agressão narrada na denúncia foi relatada pela Gisele e Andreza. Viu e teve acesso as imagens.

Em Juízo, a depoente Gisele Mariele Bucatte, coordenadora da Instituição CEIVI, disse que quando os fatos aconteceram a vítima já era acompanhada pela clínica há um certo tempo. A mãe solicitou a troca de clínica, deixando uma de Valinhos e iniciou o tratamento, tendo havido algumas faltas, quem levava a criança era a mãe e avó materna dele. Afirmou que antes desses fatos, quando o C. via a mãe ele sorria e depois tinha um comportamento disruptivo. No dia, ele abriu um sorriso, jogou a lancheira e se jogou no chão e tais fatos também aconteceu em outras oportunidades. Na época, o pai tinha o contato com a clínica, mas não fazia o trajeto. Atualmente a criança ainda frequenta a clínica diariamente, há uma terapeuta na escola com ele e vai a clínica todo o dia. Hoje quem o leva é a baba. Na escola quem o leva é o pai ou a madrasta. Narrou que nesse dia a terapeuta e mãe conversaram rapidamente e ele se levantou quando então deu um tapa na mãe e ela revidou com um tapa. Em outras ocasiões parecia que ela encostava nele. Não presenciou o tapa, quem presenciou foi a terapeuta e a recepcionista. Na data dos fatos, a mãe ficou bastante brava, dizendo que ninguém podia bater nela e ficou sabendo no último horário e conversaram internamente e agendaram uma reunião

familiar, primeiramente com a mãe e depois com o pai. A reunião familiar foi conduzida pela supervisora Andreza do caso a mãe esteve presente e já chegou bastante preocupada e na reunião disse que gostaria que fosse trocada a terapeuta. A reunião foi muito breve. Segundo a terapeuta, ela estava nervosa, preocupada, não dava mais conta e não tinha mais o direito de estar com ele e se promettesse não teria como cumprir. Antes dos fatos ela pediu para trocar a terapeuta que ficava em casa e foi aceito e no segundo momento não aceitou porque não havia vínculo da terapeuta com a criança. Acredita que após a troca da guarda a condição terapêutica evoluiu. Sobre a criança em questão tem reuniões semanais com os técnicos. O C. é um paciente comprometido, tem três patologias e ao comparar o desenvolvimento entende que está correto pela frequência ativa da criança e para as condições dele. Qualquer tipo de alteração registra e envia para a família para todos os casos, seja machucado, batida, alergia. No dia da reunião estava numa reunião externa e somente viu a acusada saindo da clínica. A genitora teve algumas faltas, mas estava presente e ativa no tratamento do filho. Nunca questionou a acusada sobre o incidente e depois desse dia ela acabou se desvinculando da clínica.

Em Juízo, Andreza de Castro da Rocha Costa disse que, desde 2022, era supervisora do caso do menor. Antes desses fatos, houve dois incidentes seja por hematomas que verificavam e reportavam e um dia antes da situação ele se jogou no chão e teve a sensação de que ela teria levantado ele pela orelha, isso chamou a atenção e teve isso e todo mundo viu e teve a certeza. Ele estava com a terapeuta Raquel com quem muito vínculo. Está fazendo o relato pelo relatado. Ela abriu a porta ele olha para a mãe sorri, quando chega mais perto ele joga a lancheira e se joga no chão, a terapeuta vira para pegar a lancheira e quando volta esta tentando pega-lo do chão e ele não levanta e nesse meio tempo a mãe tenta tirar algumas dúvidas e quando as duas pedem para ele levantar ele dá um tapa nela e logo em seguida ela dá uma tapa no rosto dele, todo mundo viu, a secretaria, as pessoas que estavam presentes. Ela disse para o filho que ele não iria bater nela e não era assim. Foi tudo muito rápido, aconteceu e ela saiu levando a criança. Conduziu a reunião, há orientações constantes e havia feito uma reunião uma semana antes porque a criança se jogava ao chão e como chegou essa situação e junto com a sua coordenação marcou a reunião. A mãe trouxe na fala dela que estava exausta, havia

questão financeira em que o pai não cumpria o determinado e também de saúde mental e estava abrindo mão do filho e podia acionar os órgãos e falar com o genitor. Disse que entendia o cansaço em razão do grau de severidade da criança, a conversa foi rápida ela se emocionou e saiu alterada e foram as últimas falas dela e não teve mais contatos com ela. O menor continua sendo assistido pela clínica e na transição da guarda ele ficou uma semana sem ir, em razão da dinâmica familiar. Sempre registra os hematomas, as vezes existe situações dele brincado, hoje a frequência é maior e ele está mais disposto e há avanço. Não tem como relatar os hematomas anteriores e nem presenciou queimadura ou olho roxo. No dia do acolhimento ela disse eu estou exausta, cansada e não aguento mais e sinto que tudo esta desmoronando e não aguento mais segurar, lembra também que um amigo do C. também tinha passado por processo parecido e a guarda seria retirada e ela seria internada em razão de saúde mental. Sentiu uma exaustão emocional pesada justificada em razão da condição clínica da criança. Esclareceu que a primeira reunião foi sobre a criança jogar-se ao chão e outra que enquanto ele estava dentro do carro tentava agredir a mãe e estava traçando estratégias um esquema terapêutico alternativo e diminuir riscos. A genitora era receptiva nas orientações. A criança além do CID tem outro relacionado a dificuldade de linguagem e fala que é muito prejudicada, a leitura é no comportamento e tentou lembrar estratégias já utilizadas, nunca presenciou agressão. Havia uma ajudante que ficava com ele. Quando conversou a acusada sentiu que ela estava fora de si, sempre a viram muito arrumada, bem e nesse dia ela estava fora de si (espécie de burn out).

Em Juízo, Denise Maria Ferreira declarou que era mãe atípica. O seu filho fazia terapia na Clínica de Valinhos, oportunidade em que teve contato com a ré, que era quem levava a vítima para atendimentos. O ofendido aparentava estar sempre bem cuidado. A ré parecia uma mãe preocupada e ativa, buscando o melhor para o filho. Nunca presenciou qualquer atitude agressiva da ré para a com a vítima.

Em Juízo, Tatiana Leite de Carvalho disse que conheceu a ré e a vítima na escola e, posteriormente, tornaram-se amigas, tendo convivido mais de perto durante a pandemia. A depoente é professora há 25 (vinte e cinco) anos da rede pública. A acusada sempre foi uma pessoa comprometida e

zelosa com a educação e as terapias de seu filho e nunca presenciou algo desabonador.

Em Juízo, Márcia Pereira da Silva disse que era psicóloga. Iniciou tratamento com acusada em 2015, com diagnóstico de bipolaridade, que restou descartado em 2018, pois ausentes fatos que indicassem tal patologia. Constatou-se depressão, ansiedade, dependência emocional e após o tratamento houve evolução. No início do tratamento, M. era bastante reativa, cujas características eram da família. Ela estava em ambiente abusivo por causa da família (original e formada) e em determinado período acabou interrompendo o tratamento, voltando posteriormente quando o abuso já estava bastante exacerbado. A acusada tinha receio de não ser boa mãe e não entregar ao filho o que ele precisava, todavia ela tem condições plenas de exercer a maternidade. Após o divórcio da acusada, ela passou a temer que o filho se machucasse e o ex-marido utilizasse isso contra ela. Pararam a psicoterapia em 2024, quando se tornaram mais próximas.

Em Juízo, Grazielli Bressanin Rodrigues disse que era recepcionista da Clínica CEIVI e trabalhava no local há dois anos e também realizava outras tarefas administrativas. Nesse dia, viu o revide da acusada com tapa no rosto da criança. Nada mais. Estava sozinha na recepção. Afirmou que a acompanhante Raquel sai com a criança para entregá-la para a mãe e somente viu essa parte mesmo. É orientação da clínica que comunique fatos fora da normalidade e comunicou a coordenação. Não se recorda se ela estava de pé ou sentada, não consegue lembrar dos fatos. Não viu desequilíbrio nem nada mais. Primeiro disse que foi um revide, mas não viu o menino fazer nada. Agora disse que não sabe se a mãe levou a mão esquerda, confrontada pelo juízo se a memória é seletiva e advertida novamente pelo falso testemunho e esclarecida que após o episódio por ela narrado e todas as intercorrências, disse que viu o tapa e comunicou a coordenação, mas disse que não entendeu o que aconteceu. Não sabe se a criança foi acolhida por alguém na clínica. Não viu reação da criança. Não sabe dizer se o tapa foi de mão aberta ou um suco e esclarecida só o tamanho da lesão um ponto no rosto, não sabe esclarecer como isso é possível. Não sabe qual o lado do rosto foi atingido.

Em Juízo, Raquel do Rego afirmou que era acompanhante terapêutica na data dos fatos. Disse que havia subido até a recepção

com a criança que estava normal, abriu a porta, a M. estava sentada numa cadeira e quando ele viu a genitora jogou a lancheira longe, foi pegar a lancheira e ele se jogou no chão. A mãe perguntou algumas dúvidas, esclareceu e conversou com o paciente que ao levantar deu um tapa no peito dela e ela deu um tapa na bochecha dele, na hora ele começou a chorar, ajudou a pegar as mochilas e os acompanhou até o carro. A hora que foi ajudar a conversar com ele ela estava de pé. O tapa não o desequilibrou e o rosto ficou um pouco vermelho, após o incidente a M. parecia bastante incomodada e não se recorda de qualquer comentário até o carro. Não sabe responder sobre o relacionamento dos profissionais da clínica com a mãe do paciente e com sua pessoa sempre foi tranquila, curta e grossa, superficial e mais acompanhava o filho. A reação de descontentamento aconteceu em outras ocasiões no momento da busca. Os registros de hematomas eram fotografados e anotados, não eram sérios, geralmente manchas. A genitora nunca verbalizou queixas, somente a via quando integrava a criança, sempre bem reservada. No momento do fato, estavam presentes ainda uma recepcionista e uma mãe. Não sabe dizer quem noticiou os fatos a direção da clínica e depois que falou com a supervisora elas que procederam os encaminhamentos. Em outra ocasião parece que ela puxou a orelha da criança, mas não tem certeza, ele estava com o cabelo mais cumprido. Atualmente ele está mais sorridente e não faz mais parte da equipe de atendimento. Afirmou que o tapa foi desferido no lado direito. Não sabe se a mãe tentou levantar a criança, viu quando ele desferiu um tapa seco

Sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, M. S. D. revelou que tinha quarenta anos. Era psicóloga e tem apenas um filho e atualmente é assistida pelos seus pais e amigos, enquanto a disputa patrimonial não é resolvida, já que a residência não foi vendida e tampouco a pensão é honrada. Negou os fatos. Esclareceu que naquele momento seu filho frequentava a clínica há menos de um ano e os encontros eram de quatro a cinco dias. Até a data dos fatos, não teve intercorrências graves, a despeito de algumas pontuações com fisioterapeuta, questionou perda de flexibilidade nos dedos de seu filho e percebeu que nas reuniões que eles não gostavam quando fazia algumas indagações, tanto que na última pontuação levou sua mãe e ela também concordou. Acabou, inclusive, fazendo um laudo por fora para justificar seus receios e depois disso foi feita a órtese, também

questionou sobre a fono e inclusive com a acompanhante terapêutica que entrega seu filho desorganizado. Explicou que ele não possui linguagem oral e então se desorganizava, inclusive jogava objetos e o mesmo no chão. Questionou mais de uma vez o pessoal da clínica o desgaste em razão da mudança da acompanhante terapêutica. Nessa sexta feira a moça abriu a porta, quando seu filho jogou a lancheira no chão e se jogou e dessa vez não sentou no chão e questionou a técnica o que ele estava fazendo e ela disse que havia encerrado a terapia. Elas falam que ele deu um tapa no seu rosto e depois houve revide, mas ele não sabe o que é um tapa. Admitiu que eventualmente durante o momento em que tentou levá-lo do chão, tenha acertado algo nele, mas jamais qualquer tipo de agressão. Foi embora com seu filho tudo normal, passou o final de semana e na segunda-feira antes de iniciar as terapias de que elas queriam conversar contigo. Acreditou que seria sobre o tratamento de seu filho, acompanhante terapêutica antiga com quem tinha vínculo ela disse que era o sistema da clínica e passou a responsabilizá-la, quando então foi surpreendida que estava sendo responsabilizada e por tal razão, foi embora e disse que não gostou da conduta, tendo deixado o filho para tratamento naquele local e ficou no entorno até o horário de buscá-lo. Depois de um tempo, recebeu uma mensagem da clínica informando que o filho havia sido entregue para o pai. Ficou desesperada pois o filho morava consigo e não entendeu o que havia acontecido, mandou mensagem para o pai da criança e ele disse que não sabia muito bem o que ela havia feito e ficou sem reação, contatou seus pais e as advogadas que a acompanham na área cível e seu filho não voltava, até que soube que o seu ex-marido ingressou com pedido de guarda unilateral. Afirmou que ao se separar de J. havia ficado com a guarda unilateral de seu filho pois foram vítimas de violência e tinha medidas protetivas, posteriormente ele veio com acordo e que a guarda fosse compartilhada e para resolver a situação do divórcio acabou por consentir. Desde o ocorrido ficou três meses sem contato com seu filho e somente após avaliação psicológica, houve a regulamentação e ainda foi retirada as pernoites, depois esse processo, alegações de violências e proibições. Pontuou que seu filho sempre frequentou escola regular e como ficou maior a escola pediu uma acompanhante terapêutica e a clínica que o atendia na ocasião que era de Valinhos não dispunha dessa profissional e por isso mudou para o CEIVE que tinha a terapia ABA. Houve

uma época que seu filho puxava o cabelo dos amigos. O seu filho nunca te deu trabalho, mas o cansaço é pela sociedade, as cobranças. Nunca agrediu o seu filho. Nega veemente, que estivesse cansada de cuidar do filho e que, se ele estivesse sob sua guarda, poderia ser agredido novamente. Houve um momento que pediu ajuda ao pai do seu filho em razão dos trabalhos na faculdade, foi no último ano, por mais que tivesse a rede de apoio e como ficou acordado o suporte de uma cuidadora e ele começou a desfraldar e as terapias, e quando questionou ele disse que não iria pagar e que era a sua responsabilidade cuidar do filho. Atualmente exerce as visitas quinzenais. Questionada sobre as fotos constantes nos autos, que seriam compatíveis com o tapa no rosto, afirmou que os retratos não condizem com os fatos aqui tratados e dizem respeito a momentos em que o filho não estaria com ela. O olho roxo aconteceu numa intervenção quando o seu filho estava na casa de seus pais e como eles mudaram de residência ele mexeu na TV, acreditando que fosse um tablet e ocorreu o incidente. Sobre o roxo na perna ele caiu no aquecedor. Sobre o hematoma no rosto desse dia, afirmou que ele não estava com qualquer hematoma. Já teve outras dificuldades com o genitor do seu filho inclusive com medicamentos de anticonvulsivante e desfralde e fez queixas na clínica, mas as reuniões não eram realizadas conjuntamente, inclusive é proibida de frequentar a escola até no dia das mães. No dia dos fatos, estava a acompanhante terapêutica não sabe o nome exato dela, o pessoal da recepção e outros dois pais e na escola eles também acusam de ser uma agressora e outras fatos graves. Não sabe por que a supervisora foi comunicar os fatos na Delegacia. Não trata o seu filho como uma pessoa doente. Não tinha convivência com os pais e não sabe declinar os nomes, não sabe dizer o nome da AT e da recepcionista. Acompanha a evolução do seu filho somente em casa, depois de tudo isso tem medo, até mesmo na escola foi proibida do convívio, somente o pai e a esposa dele. Acompanhante terapêutica ele só teve no CEIVE e foram três os técnicos. A Andreza acompanha seu filho desde o começo, ela que fez a avaliação. A Andreza é a supervisora do programa ABA e mantinha reuniões quinzenais e mensais e q quando ele fazia tratamento intenso aumentava e fim de semestre reuniões multidisciplinares. A Andreza também conversava com a professora de seu filho, no começo se sentiu acolhida, mas posteriormente viu que elas não gostavam. Nunca deixou de medicar seu filho e nem de mandar nas visitas. Depois da mudança

da guarda o pai trocou de escola e não era recebida pelo estabelecimento, apresentaram a atual esposa como a genitora do seu filho e que somente através da intervenção de advogados é que conseguiu uma reunião que está gravada e encontra-se no processo cível.

O laudo pericial foi elaborado de forma indireta, lastreado em ficha de atendimento médico elaborada *três dias* após os fatos (fls. 12 e 32/34) e constatou a existência de "duas lesões hiperemiadas lineares na região malar direita, medindo 02 x 0,2 centímetros", de fato, incompatível com um tapa espalmado.

Inquirida, nas duas fases da persecução penal, a ré negou os fatos, justificando dificuldade de relacionamento com o genitor desde traumática separação e também com os profissionais da clínica que assiste o seu filho em razão de ter um filho especial.

E a terapeuta Raquel que presenciou o ocorrido afirmou que era acompanhante responsável naquele dia e no momento de entrega da criança, quando ele viu a mãe jogou a lancheira longe, e enquanto foi pegar a lancheira ele se jogou no chão instante em que foi questionada pela mãe sobre algumas dúvidas que não soube explicar quais e após ter conversado com a criança ele levantou-se e deu um tapa no peito da mãe ao passo que ela deu um tapa na bochecha dele, não o desequilibrando e disse que no local havia uma recepcionista e uma mãe. Já a recepcionista Grazielli disse que não viu o menino fazer nada, apenas uma revidação de tapa na cara pela mãe e estava sozinha no local, sequer sabendo informar se a acusada estava de pé ou sentada e qual o lado do rosto foi atingido e se houve o acolhimento do menor. E as testemunhas não presenciais Gisele que registrou a ocorrência policial disse que a ré deu um tapa no rosto do filho todavia em juízo disse que não ter presenciado nada e Andreza foi taxativa ao dizer que está fazendo o relato pelo que lhe foi relatado, nada presenciou, mas que todo mundo viu a secretária, as pessoas que estavam presentes.

Nenhuma das testemunhas conseguiu chegar ao consenso comum de onde o suposto "tapa" foi desferido e não foram juntadas imagens de câmeras de segurança do local, apesar do genitor ter afirmado que as viu..

Com efeito, não se extrai a certeza necessária para

embasar um decreto condenatório pela infração ao delito de maus tratos, assim previsto no Código Penal:

“Artigo 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.”

Quanto ao referido tipo penal, ensinava o mestre Júlio Fabbrini Mirabete:

O crime de maus tratos exige o dolo, direto ou eventual, mas somente se configura se houver o elemento subjetivo, o animus corrigindo ou disciplinando, sem o qual pode caracterizar-se outro ilícito. É indispensável que o agente tenha consciência de que abusa de seu poder, podendo, conforme o caso, entender lícita sua conduta (erro de proibição) [...].

Prevê a lei formas qualificadas do delito quando resultar da conduta lesão corporal de natureza grave ou morte, necessária a prova da previsibilidade desses eventos lesivos. [...] Evidentemente, como sempre, é necessária a relação de causalidade entre a conduta e a lesão ou morte e a previsibilidade do resultado (Código Penal, Editora São Paulo, Atlas, 1999, Páginas 762, 765 e 766).

O crime de maus tratos, capitulado no artigo 136, do Código Penal, dispõe em seu preceito normativo típico a necessidade de expor a perigo a vida ou saúde de pessoa sob a autoridade do agente, demasiando dos meios de correção ou disciplina.

Destaque-se, não obstante o diligente esforço empreendido pelo nobre assistente de acusação, o juízo criminal, se ater a fatos concretos e a provas seguras.

No entanto, da prova produzida, não é possível concluir que ocorreu, de fato, o crime de maus tratos, que difere das lides inerentes ao juízo cível e de família onde se discute patrimônio e reversão da guarda, que restaram evidentes nestes autos.

O genitor afirmou que há muita busca patrimonial

envolvida em nome do filho e ré (genitora) esclareceu que quando se separou do pai da criança havia ficado com a guarda unilateral pois foram vítimas de violência, tinha medidas protetivas deferidas e posteriormente com o divórcio pactuaram a divisão dos bens ainda não honrada e que a guarda fosse compartilhada mediante o pagamento de pensão e em decorrência das animosidades as partes nunca fizeram uma reunião compartilhada na clínica palco dos fatos.

No caso vertente, o conjunto probatório existente não foi suficiente para comprovação do elemento normativo típico, que sequer foi objeto de inconformismo do titular da ação penal e foi seguido pelo que depreende do judicioso parecer do fiscal da lei.

Em reforço, pondere-se que o ilustre representante do Ministério Público, atuante neste feito, foi extremamente sensível ao afirmar que, acessando os autos que envolvem a guarda da criança, percebeu que a questão fulcral envolve uma beligerância entre os autores que mal conseguem conversar sobre o atendimento e necessidades da criança e isso acabou desenrolando nesse processo de maus tratos até porque a perícia indireta afastou a possibilidade do evento e a criança que possui graves comorbidades inclusive motoras no fatídico evento narrado sequer se desequilibrou, inexistindo qualquer exagero em modos de correção, sofrimento ou exposição da vida do infante a riscos.

Importa notar que o crime tratado nos autos não admite a modalidade culposa, sendo prescindível para a sua caracterização o dolo.

Nesse sentido:

“Se o réu não agiu consciente ou dolosamente na retenção da vítima e no infligir-lhe maus tratos, não se configuram os delitos dos arts. 148 e 136 do Código Penal, puníveis apenas a título de dolo” (RT 438/345).

“Muito embora o delito do artigo 136, do CP se revista de considerável abrangência, bastando para a sua configuração a existência de perigo de dano à incolumidade do agente passivo, certo é que não se pode dispensar a prova efetiva de uma ação objetivada em proporcionar à vítima o tratamento maléfico” (RT 646/295).

E como bem pontuou o culto magistrado:

“Ora, manifesto que um tapa, cuja mão agressora está aberta, não deixaria somente as marcas/lesões descritas no laudo de fls. 32/34 (vermelhidão de 2 x 0,2 cm).

"A conduta da requerida não expôs a perigo a saúde de seu filho (não há lesão decorrente da ação da demandada), para fins de educação, abusando dos meios de correção e de disciplina (no que consistiria o famigerado abuso, uma vez que não há descrição de excesso? Aliás, aqui cabe uma consideração: o relato de Gisele Marielle Bucatte, perante a autoridade policial (fl. 08), foi, para dizer o mínimo, extremamente infeliz, pois além de relatar um fato como se tivesse presenciado, o que se verificou um equívoco durante a audiência de instrução na medida em que somente mencionou o que visto por outrem, sequer narrou tudo o que supostamente teria acontecido, olvidando-se de mencionar a alegada agressão primeva da vítima para com a requerida). Não se pode excluir, isso é verdadeiro, que vítima e demandada tenham se tocado na data dos fatos. Contudo, e levando-se em consideração o contexto dos acontecimentos (vítima se jogou no chão quando viu sua genitora, sendo que o ofendido tem paralisia do lado direito do corpo, o que não lhe permite gozar de perfeito equilíbrio, de sorte que, a despeito de muito esforço conseguir se colocar de maneira ereta sem auxílio de terceiros, no caso em tela sua mãe se abaixou para retirá-lo do chão e, por consequência, levantá-lo a fim de que pudessem se encaminhar para o veículo), mostra-se bastante plausível o relato da requerida que, não obstante tenha negado que seu filho a tenha agredido ou que ela mesma o agredira como uma espécie de revide, admitiu que no momento em que levantava seu descendente ele pode tê-la tocado enquanto se debatia, sendo que a ré, durante tal ato, pode também tê-lo tocado inclusive no rosto, situação a demonstrar a completa ausência de dolo.

Saliento, por oportuno, que os fatos analisados nestes autos dizem respeito apenas àqueles mencionados na denúncia, de maneira que outros supostamente praticados em momentos anteriores ou posteriores não estão sendo considerados.

O relato de Grazielli é, para dizer o mínimo, seletivo, pois se presente estava, não é crível que tenha visto apenas e tão somente o tapa, sequer sabendo tecer comentários concretos sobre o que aconteceu antes ou depois.

Raquel, por sua vez, em que pese estar presente e ter relatado o tapa da vítima na mãe e o desta no filho, não se recordou se o ofendido se levantou sozinho ou se a genitora o ajudou. Evidentemente não se pode adentrar ao cérebro de alguém para ter exatidão sobre os seus pensamentos, mas não parece que, simplesmente do nada, a criança tenha querido agredir sua mãe.

Dáí porque o relato da ré ganha verossimilhança quando informa que, ao tentar levantar seu filho, este se debateu e acabou acertando-a, mas sem qualquer intenção de agredi-la, sendo que nesse contexto ela mesma pode, sem qualquer

finalidade de agressão para fins de correção, durante o ato de levantamento, ter acertado a criança.

Por fim, ainda que se possa entender a ocorrência desse toque – na versão da ré – ou o tapa – na versão da testemunha Raquel –, como já dito alhures, não haveria que se falar em dolo ante a completa ausência de intenção de expor em risco a saúde do infante para fins de educação abusando dos meios de correção e de disciplina. No máximo, e mesmo assim após hercúleo esforço hermenêutico, poderia-se falar em infringência ao artigo 18-A, do ECA, cujas sanções estão descritas no artigo 18-B de aludido diploma normativo e que sequer tangenciam a prática de crime, na medida em que "as condutas educacionais, para fins de configuração do delito de maus-tratos, hão de ser muito mais drásticas do que retratado pelo artigo 18-A do ECA. Noutros termos, castigos físicos não concretizam, necessariamente, maus-tratos, pois esse crime demanda dolo. Eventualmente, pode-se visualizar a infringência das normas do ECA, cuja sanção aos pais é completamente diversa da prevista pelo Código Penal" (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 17ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2017, Páginas 495/496)."

A dúvida, portanto, é robusta e insuperável, de modo que a prudência do Magistrado e o mandamento constitucional da presunção de inocência devem orientar a decisão deste colegiado no sentido de afastar a condenação imposta ante a ausência de provas que corroborem o reconhecimento dúbio feito pela vítima.

Assim, muito embora os elementos colhidos em sede policial tenham dado suporte à justa causa para oferecimento da denúncia e consequente instauração da ação penal, em juízo aqueles elementos não foram convolados em prova de modo a conferirem certeza quanto aos termos da imputação, o que afronta o artigo 155 do Código de Processo Penal.

"O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

Com efeito, não bastam indícios e presunções para que o Estado-Juiz possa condenar um acusado. É indispensável que a prova constitua uma cadeia lógica que conduza à certeza da autoria. Se um dos elos dessa cadeia se mostra frágil, se algum mosaico do estrado probatório comparece destruído,

alternativa outra não resta a não ser a absolvição.

A propósito:

"E nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia. Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (artigo quinto, LVII), um princípio que nem sempre existira, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade" (AP 858/DF, Pleno, trecho do voto do Ministro Celso de Mello, Acórdão publicado no DJE de 07.11.2017).

Dessa forma, não bastam meras suposições, provas contraditórias ou pouco esclarecedoras, capazes de gerar dúvidas.

Também a lição do mestre Guilherme de Souza Nucci:

A prova insuficiente para a condenação é consagração do princípio da prevalência do interesse do réu. "in dubio pro reo". Se o juiz não possui provas sólidas para a formação de seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição (Código de Processo Penal Comentado, Oitava Edição, RT, 2008, Página 689).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

"A condenação requer certeza, sub 'specie universalis', alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador" (STJ, Quinta Turma, Resp 363548/SC, Relator Ministro Félix Fischer, Julgado em 02.05.2005).

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de apelação.

TEIXEIRA DE FREITAS
RELATOR