



SMAB
Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI.
HOMICÍDIO QUALIFICADO E DELITO CONEXO.
AUTORIA DIRETA E OMISSÃO IMPRÓPRIA.**

1. Réu DAS (autoria direta): No procedimento dos delitos dolosos contra a vida, ao juízo de pronúncia basta o convencimento quanto à materialidade do fato e a constatação de indícios suficientes de autoria ou participação. Assim é porque se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação, do que resulta dispensável o grau de certeza inerente às sentenças de mérito. No caso, o conjunto de indícios integrantes dos autos é convergente a apontar a viabilidade acusatória, afigurando-se impositiva a manutenção da pronúncia do réu. Lado outro, é viável o manejo de elementos informativos coletados na fase investigativa no âmbito do procedimento do Tribunal do Júri, desde que corroborados pela prova judicializada. No caso em tela, a decisão recorrida não se fundamenta única e exclusivamente nos indícios inquisitoriais. Ausência de afronta ao artigo 155 do Código de Processo Penal. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. As qualificadoras descritas no artigo 121, §2º, incisos I e IV, do Código Penal não se mostram absolutamente improcedentes, razão por que devem ser submetidas à apreciação dos jurados. Efetivamente, a sua incidência se ampara na prova oral coligida no decorrer dos autos. Por fim, sendo suficientes, também, os indícios quanto à prática de ato libidinoso diverso à conjunção carnal, este delito conexo deve ser submetido à apreciação pelo Conselho de Sentença, nos termos do artigo 413, combinado com o artigo 78, I, ambos do Código de Processo Penal.

2. Ré BCA (autoria comissiva por omissão): no caso, o conjunto de indícios integrantes dos autos é convergente a apontar que a ré não apresentava condições psíquicas de prever e assumir o risco do resultado morte de seu filho, ao deixá-lo sob os cuidados do padrasto. Insuficiência de indícios de omissão do dever de cuidado, quanto menos orientada ao resultado morte. Despronúncia impositiva.

RECURSO DE DAS DESPROVIDO. RECURSO DE BCA PROVIDO.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

COMARCA DE PELOTAS

DIEGO AVILA DA SILVA

RECORRENTE

BRUNA DA CUNHA ARAUJO

RECORRENTE

MINISTERIO PUBLICO

RECORRIDO



SMAB
Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em negar provimento ao recurso da defesa de D.A.S. e dar provimento ao recurso de B.C.A. para despronunciá-la das imputações contidas na denúncia, com fundamento no artigo 414 do Código de Processo Penal.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE) E DES. RINEZ DA TRINDADE.**

Porto Alegre, 20 de novembro de 2019.

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES,
RELATOR.

RELATÓRIO

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (RELATOR)

Adoto o relatório da decisão de pronúncia (fls. 485-486):

*“O **MINISTÉRIO PÚBLICO** ofereceu denúncia contra **DIEGO AVILA DA SILVA**, brasileiro, nascido em 16/01/1988, com 30 anos de idade na época dos fatos, filho de Jose Antonio Godinho da Silva e de Maria da Graça Avila da Silva, residente na Rua Dezessete, nº 2.883, Arco Íris, em Pelotas/RS, atualmente recolhido no Presídio Regional de Pelotas/RS, e contra **BRUNA DA CUNHA ARAUJO**, brasileira, nascida em 07/11/1993, com 24 anos de idade na época dos fatos, filha de Claudiomiro Campos Araujo e de Cláudia Vieira da Cunha Araujo, residente na Rua Henrique Dias, nº 7.980, em Pelotas/RS, dando-os como incurso nas sanções do **artigo 121, §2º, incisos II, III e IV, do Código Penal** e do **artigo 217-A, caput, do Código Penal**, pela prática dos seguintes fatos delituosos (fls. 02x-03x – sic):*

FATO 01:

*No dia 01 de março de 2018, entre 07h15min e 08h30min, na Rua Henrique Dias, nº 790, Fragata, nesta cidade, os denunciados **DIEGO AVILA DA SILVA** e **BRUNA DA CUNHA ARAUJO**, em acordo de vontades e conjugação de esforços, mediante instrumento contundente, por motivo fútil, mediante meio cruel e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima, **mataram B.A.P.**, uma criança de 01 ano e 02 dois meses de idade, causando-lhe a morte por traumatismo crânio-encefálico, consoante auto de necropsia acostado às fls. 103/104.*



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Na ocasião, o denunciado Diego foi deixado sozinho pela denunciada Bruna, companheira de Diego e genitora do menino B., momento em que Diego passou a efetuar diversos golpes na vítima, causando-lhe ferimentos em várias regiões do corpo, matando-a por traumatismo crânio-encefálico.

*O crime foi praticado por **motivo fútil**, haja vista o mesmo desgostar do ofendido, pelo simples fato de ele chorava, o que lhe incomodava.*

*O delito foi praticado mediante **meio cruel**, uma vez que esse agrediu a vítima diversas vezes antes de matá-la, visto as diversas lesões existentes pelo corpo da vítima, causando enorme e desnecessário sofrimento à mesma.*

*O delito foi cometido com uso de **recurso que impossibilitou a defesa da vítima**, uma vez que o denunciado agrediu uma criança de tenra idade, que não possuía qualquer possibilidade de reação.*

A denunciado BRUNA concorreu para o fato na medida em que, sendo mãe da vítima, criança de um ano de idade, na posição de garantidora, tinha ciência das agressões e maus tratos perpetrados por DIEGO contra a vítima e deixava esta aos cuidados de seu companheiro, adotando postura omissa frente às agressões físicas praticadas contra seu filho, consentindo, assim, com as agressões que resultaram a morte do menino.

FATO 02:

*Nas mesmas circunstâncias de data, hora e local do primeiro fato, os denunciados DIEGO AVILA DA SILVA e BRUNA DA CUNHA ARAUJO, em acordo de vontades e conjugação de esforços, praticaram ato libidinoso diverso da conjunção carnal contra a vítima **B.A.P.**, penetrando seu ânus, causando-lhe "(...) nítida hipotonia e importante dilatação (...)", consoante laudo pericial disposto à fl. 103.*

Na oportunidade, no interior da residência da vítima e dos denunciados, o acusado DIEGO penetrou o ânus da vítima com objeto contundente sendo consignado no laudo que "as lesões anais são compatíveis com mecanismo de ação contundente".

A denunciada BRUNA concorreu para o fato na medida em que, sendo mãe da vítima, criança de um ano de idade, na posição de garantidora, tinha ciência das agressões e maus-tratos perpetrados por DIEGO contra a vítima e deixava esta aos cuidados de seu companheiro, adotando postura omissa frente ao seu companheiro com relação a seu filho, consentindo, assim, com o ato libidinoso praticado.

Antes do recebimento da denúncia foi homologado o auto de prisão em flagrante e foi decretada a prisão preventiva do acusado Diego Avila da Silva (fl. 49).

*A denúncia foi recebida em 20/03/2019, ocasião em que também foi decretada a prisão preventiva da ré Bruna da Cunha Araujo e foi, desde então, efetuada a emendatio libelli ao efeito de, com base na descrição dos fatos contida na peça acusatória, dar os acusados como incurso, em tese, nas sanções do **artigo 121, §2º, incisos II, III e IV, e §4º, in fine, do Código Penal** e do **artigo 217-A c/c artigo 226, incisos I e II, ambos do Código Penal** (fls. 143-146).*

O Ministério Público apresentou retificação a erro material contido na denúncia relativamente ao ano dos fatos, passando a constar como tal o ano de 2019 (fl. 150), o que foi admitido pelo Juízo (fl. 173).

Os réus foram pessoalmente citados (fl. 207) e apresentaram respostas escritas (fls. 214-234 e fls. 252-269).



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Realizou-se audiência de instrução, ocasião em que foram inquiridas 17 testemunhas e foi realizado o interrogatório dos acusados (fls. 337-341 e fls. 378-382).

As partes apresentaram memoriais, tendo o Ministério Público postulado a pronúncia dos réus (fls. 400-410). A Defesa Técnica da ré Bruna da Cunha Araujo arguiu preliminarmente a nulidade do seu depoimento na fase policial e, no mérito, pugnou pela impronúncia (fls. 418-427). A Defesa Técnica do réu Diego Ávila da Silva, por sua vez, pleiteou a absolvição sumária, a impronúncia e a desclassificação (fls. 476-484).

Foi parcialmente concedida ordem de habeas corpus, substituindo-se a prisão preventiva da ré Bruna da Cunha Araujo por medidas cautelares de natureza diversa (fls. 454-475).

Vieram os autos conclusos. ”

Adveio decisão de admitir parcialmente a pretensão acusatória formulada na denúncia, fulcro no artigo 413 do Código de Processo Penal, ao efeito de **pronunciar** os acusados Diego Ávila da Silva como incurso no artigo 121, §2º, incisos II e III, §4º, e no artigo 217-A, combinado com o artigo 226, incisos I e II, todos do Código Penal; Bruna da Cunha Araújo como incurso no artigo 121, §2º, inciso III, e §4º, e no artigo 217-A, combinado com o artigo 226, incisos I e II, todos do Código Penal (fls. 485-498). **Mantida a segregação cautelar do acusado Diego, e mantidas as medidas cautelares diversas da prisão impostas à ré Bruna.**

A decisão foi publicada no dia 14.07.2019 (fl. 499) e as partes foram intimadas (MP à fl. 502, réus às fls. 526v e 527v).

Recurso em sentido estrito interposto pela defesa do réu (fl. 508). Em suas razões, postula a despronúncia do acusado, aduzindo fragilidade probatória quanto à autoria delitiva. Alega que não é crível ter o réu cometido os delitos e, ao mesmo tempo, ter buscado ajuda. Fundamenta que as escoriações no períneo da vítima decorreram da tentativa do acusado de retirar as moedas do ânus da criança. Afirma que inexistem provas biológicas que possam confirmar o crime de estupro de vulnerável. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito previsto no artigo 121, §2º, incisos II e III, §4º para o previsto no §3º, do mesmo artigo, do Código Penal; e o afastamento das qualificadoras (fls. 509-525).

Recurso em sentido estrito interposto pela defesa da ré (fl. 533). Nas razões, postula a absolvição ou a despronúncia da acusada, aduzindo insuficiência probatória. Afirma que a ré não sabia que o acusado poderia gerar riscos ao seu filho. Fundamenta a necessidade de uma maior valoração quanto aos ditos das testemunhas



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

defensivas, porquanto somente elas têm ciência do que se passava no ambiente familiar dos réus. Outrossim, alega a ausência de dolo na conduta da acusada (fls. 534-543).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 546-551).

Decisão mantida em juízo de retratação (fl. 553).

Nesta instância, a Procuradoria de Justiça exara parecer pelo conhecimento e desprovemento dos recursos defensivos (fls. 556-561v).

Vêm os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTOS

DES. SÉRGIO MIGUEL ACHUTTI BLATTES (RELATOR)

Eminentes colegas:

As defesas de D. A. S. e B. C. A. interpõem recursos em sentido estrito em face da decisão que os pronunciou a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática de homicídio qualificado e estupro de vulnerável.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, **conheço** de ambos os recursos.

De modo a introduzir o exame de **mérito**, transcrevo o teor da decisão de pronúncia exarada pelo magistrado originário:

[...]

Afasta-se, portanto, a prefacial arguida.

*Cumpre destacar, no mais, a presença das condições da ação penal, bem como a inexistência de vícios que possam implicar alguma nulidade processual, nada impedindo a conclusão do *judicium accusationis*.*

Com efeito, nos termos do artigo 413 do Código de Processo Penal, o Juiz pronunciará o acusado se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

*No caso em tela, no que toca à imputação pela prática do crime doloso contra a vida objeto do **primeiro fato** descrito na denúncia, a **materialidade** está provada pelo laudo pericial das fls. 103-104.*

*Vejam, então, se há suficientes **indícios de autoria ou de participação**.*

*O réu **Diego AS** (CD da fl. 382), ao ser interrogado judicialmente, negou as práticas delitivas que lhe são atribuídas. No tocante à imputação de homicídio, relatou que a vítima estava engasgada, razão pela qual o réu foi à procura de ajuda no prédio em que residia. Aduziu o acusado que, em determinado momento, enquanto descia as escadas do residencial, resvalou e caiu sobre a vítima, o que teria culminado no seu óbito. Acrescentou ter o ofendido "rolado" na escada, o que explicaria os outros hematomas por ele apresentados, os quais também correspondiam a lesões acidentalmente produzidas enquanto a criança brincava em momentos temporalmente anteriores. Com relação à imputação de estupro de vulnerável, alegou ter a*



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

vítima engolido moedas dias antes dos fatos em exame, de modo que o interrogado retirou tais moedas manualmente do ânus do ofendido a fim de evitar um dano maior à sua saúde. Negou que agredisse a vítima e disse manter um sentimento afetuoso por esta. Afirmou, ainda, o comportamento negligente da corré em relação aos seus filhos.

*A ré **Bruna CA** (CD da fl. 382), ao ser interrogada judicialmente, negou ter concorrido para a prática dos fatos. Não os presenciou, já que saiu de casa e a vítima foi deixada na residência sob a vigilância do corréu, assim como outros dois filhos seus. Ademais, aduziu que o acusado mantinha um comportamento cuidadoso em relação aos seus filhos, inclusive no tocante ao ofendido. Refutou, portanto, ter ciência do comportamento agressivo de Diego AS contra os seus filhos, bem assim negou a ré agir negligentemente em relação à prole. Disse que o único episódio em que Diego agiu de forma reprovável em face da vítima deu-se quando aquele “chacoalhou” o carrinho em que se encontrava esta, exclamando-lhe “cala a boca, Alemão!”, ocasião em que o corréu foi repreendido pela interrogada. Com relação ao episódio em que o ofendido engoliu moedas, ocorrido cerca de 2 semanas antes dos fatos em exame, narrou que tais objetos foram expelidos naturalmente, em sua totalidade, cerca de 1 semana antes do evento em apreço, do que não restou significativa lesão ao menino. Negou que o ofendido tenha voltado a ingerir moedas, bem assim disse não ter presenciado o corréu intervir manualmente no ânus da vítima em razão dessa situação. Aludiu também a outras pequenas lesões acidentais sofridas pelo ofendido na época dos fatos.*

*A testemunha **Wladimir Ribeiro Duarte** (CD da fl. 341), perito médico legista atuante no feito, relatou ter constatado múltiplas lesões na região anal da vítima, cujas características indicam o emprego de um mecanismo contuso de entrada e, portanto, são incompatíveis com a expelição de moedas pela vítima. Disse também que a multiplicidade de lesões existentes na região torna inviável que tais tenham sido produzidas por alguma patologia. Quanto às demais lesões no corpo da vítima, afirmou que, pela sua multiplicidade e pela diversidade de localizações, não é plausível que tenham sido produzidas em virtude da queda da escada.*

*A testemunha **Helen Bichet Calcagno** (CD da fl. 341), policial civil, embora não tenha presenciado os fatos, afirmou ter se dirigido até o local posteriormente à ocorrência em diligência investigativa. Referiu a inexistência de marcas das lesões que, consoante a versão do acusado, teriam sido causadas à vítima em virtude da sua queda.*

*A testemunha **Adriano da Fonseca Prietsch** (CD da fl. 341), policial civil, reportou-se às diligências realizadas durante a investigação. Aludiu às condições insalubres do local em que residiam os acusados junto aos filhos da ré, bem assim negou a existência de manchas de sangue e de vômito na residência. Fez menção também à voracidade com que um dos filhos da acusada recebeu um biscoito que lhe fora oferecido na Delegacia de Polícia.*

*A testemunha **Rosimeri Lindermann** (CD da fl. 341) relatou ter, na ocasião dos fatos, escutado gritos de socorro emitidos pelo acusado, quem se encontrava junto à vítima e referia estar esta engasgada. Afirmou ter tentado socorrer o ofendido, quem apresentava lesões na região facial, estava molhado e em baixa temperatura corporal. Mencionou ainda que a acusada costumava gritar com os seus filhos, chegando a se referir ao ofendido como “praga”, o que correspondia à personalidade da ré.*

*A testemunha **Kethelin Cardoso Duarte** (CD da fl. 341) não presenciou os fatos em exame. Afirmou o bom comportamento da ré em relação à sua prole. Já com relação ao acusado, disse lhe terem sido relatados pela acusada*



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

os maus tratos procedidos por Diego em face dos filhos de Bruna, inclusive contra a vítima, de quem ele não gostava. Aludiu ao salutar estado de higiene dos filhos da ré, os quais, na percepção da depoente, eram bem cuidados. Disse também ter verificado a existência de hematomas na região das costas da vítima anteriormente aos fatos.

*A testemunha **Patricque FLP** (CD da fl. 341), ex-companheiro da ré e genitor da vítima, relatou a existência de informações segundo as quais o acusado maltratava e agredia os filhos da ré, o que veio a ser negado por esta ao depoente. Afirmou também que o comportamento da ré em relação à prole, à qual propiciava uma rotina desorganizada, era carente de paciência, embora o depoente a considerasse uma boa mãe. Disse, ademais, ter-lhe sido sugerido pela mãe da acusada que o depoente requeresse a guarda dos seus filhos os quais residiam com os réus. Afirmou o bom estado de higiene dos filhos da ré.*

*A testemunha **Claudia VC** (CD da fl. 341), genitora da ré, afirmou auxiliá-la, sobretudo materialmente, nos cuidados propiciados aos filhos. Negou que os réus tenham agredido as crianças em ocasiões prévias aos fatos. Asseverou o comportamento cuidadoso e amoroso da acusada em relação aos filhos.*

*A testemunha **Gabriela Pereira de Moura** (CD da fl. 341) não presenciou os fatos, já que acompanhava a ré quando do evento, enquanto o acusado permaneceu na residência junto às crianças. Narrou, contudo, ter-lhe sido afirmado pela acusada que, posteriormente ao evento, o réu disse a ela que não se “importasse” com o ocorrido, pois fariam outro filho. Relatou ter visto a vítima na madrugada precedente aos fatos, ocasião em que o ofendido apresentava pequenas lesões nas costas, no queixo e na testa. Negou que os acusados agredissem os filhos da ré. Afirmou os bons cuidados que eram propiciados a essas crianças.*

*A testemunha **Lidiane Furtado de Oliveira** (CD da fl. 382) não estava presente aos fatos. Relatou, contudo, ter presenciado o acusado Diego AS agredir os filhos da ré, inclusive a vítima, à exceção da menina Helena. Disse, nesse sentido, ter o acusado atirado a vítima no chão em determinada ocasião. Afirmou também ter presenciado o réu manifestar expresso desgosto pelo ofendido. Narrou que a acusada, em que pese solicitasse ao réu cessar tais condutas, não tomava atitudes mais enérgicas. Nesse sentido, manifestou a percepção de que a acusada, por ser apaixonada pelo réu, dava preferência à sua relação com este, em detrimento dos filhos. Referiu que, embora não agredisse fisicamente a vítima, a ré manifestava comportamento agressivo em relação a esta e agia negligentemente em face dos filhos, de modo que, em certas ocasiões, faltava comida na residência. Mencionou que os acusados sobreviviam mediante o auxílio de terceiros, inclusive da genitora da ré.*

*A testemunha **Ítalo Rockenbach de Freitas** (CD da fl. 382) relatou que morava no mesmo prédio dos réus e presenciou o acusado, com a vítima no colo, clamar por ajuda no socorro à criança, tendo o depoente assim procedido. Mencionou que o ofendido, a partir da intervenção do depoente, já se encontrava “duro” e “gelado”, não apresentava pulso cardíaco, bem assim possuía lesões na testa e no braço. Disse que, segundo o réu, a vítima havia se engasgado com o leite, de modo que o acusado disse ter-lhe dado banho. Negou que o réu tenha alegado, na ocasião, que a criança havia caído.*

*A testemunha **Ana Paula Alves Fucolo** (CD da fl. 341) não presenciou os fatos em exame. Afirmou os bons cuidados propiciados pela ré aos seus filhos.*

*A testemunha **José AGS** (CD da fl. 382), genitor do réu, não presenciou os fatos em exame. Apresentou depoimento abonatório da conduta do*



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

acusado. Disse que este tem um comportamento afetuoso em relação aos filhos e aos familiares.

*A testemunha **Pamela D.** (CD da fl. 382), ex-esposa do réu, não presenciou os fatos em questão. Afirmou o comportamento afetuoso do acusado em relação aos seus filhos. Disse também ter conhecimento de que o réu tratava bem os filhos da ré, já que um dos filhos da depoente frequentava a residência dos acusados.*

*A testemunha **Flávia SVC** (CD da fl. 382), tia da ré, não presenciou os fatos. Afirmou conviver com os filhos da ré na residência da mãe desta, ocasiões em que as crianças aparentavam bons cuidados. Narrou que, segundo relatado pela acusada, o acusado auxiliava nos cuidados e tinha uma boa relação com os filhos daquela. Referiu que a mãe da ré auxiliava materialmente no sustento do lar dos acusados.*

*A testemunha **Jéssica Lombardi da Silva** (CD da fl. 382) não presenciou os fatos em comento. Afirmou os bons cuidados propiciados pela ré à sua filha Pietra, de quem a depoente é madrinha.*

*A testemunha **Rita CVCP** (CD da fl. 382), tia da ré, não presenciou os fatos em questão. Disse conviver com a acusada e negou que o acusado demonstrasse comportamento reprovável em relação às crianças, em cujos cuidados auxiliava. Afirmou a postura afetuosa e os bons cuidados prestados pela ré aos filhos.*

*A testemunha **Simone VC** (CD da fl. 382), tia da ré, não presenciou o ocorrido. Disse ter convivido com uma ex-companheira do acusado, a qual nunca relatou algum comportamento agressivo deste. Asseverou os bons cuidados prestados pela acusada aos seus filhos.*

Como se vê, em que pese a inexistência de testemunhas presenciais do exato momento dos fatos e a negativa do acusado Diego AS, há indícios suficientes de que este, ao agredir a vítima Bernardo AP mediante o desferimento de golpes, causou-lhe a morte.

Nesse sentido, de acordo com os depoimentos da testemunha Gabriela Pereira de Moura e da corré, os filhos desta foram deixados sob a vigilância do acusado na residência do casal anteriormente à ocorrência do evento em questão. Além disso, estava a criança junto ao réu, em seu poder, aparentemente sem vida, logo após a ocorrência, conforme mencionado pelas testemunhas Rosimeri Lindermann e Italo Rockenbach de Freitas, a quem aquele solicitou auxílio a fim de que socorressem o ofendido.

Soma-se a isso o teor do laudo pericial das fls. 103-104 e do mapa fotográfico das fls. 117-120, os quais apontam a multiplicidade de lesões impostas à vítima em diversas regiões do corpo, circunstâncias as quais, de acordo com o depoimento judicial do perito signatário do referido laudo, são incompatíveis com a versão fática de queda da escada sustentada pelo acusado.

Além do mais, no mesmo norte do teor das certidões da fl. 92 e da fl. 137, bem como dos documentos anexos das fls. 138-141, os policiais civis Helen Bichet Calcagno e Adriano da Fonseca Prietsch narraram na fase judicial ter se dirigido ao local dos fatos no mesmo dia da ocorrência, ocasião em que, segundo relatado, não presenciaram sangue ou outras marcas que confortassem a alegada queda da escada do ofendido.

Também constituem indicativos da autoria atribuída ao acusado os relatos segundo os quais apresentava ele comportamento agressivo em relação aos filhos da corré, especialmente em relação à vítima, em face de quem já teria manifestado aversão, como presenciado pela testemunha Lidiane



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Furtado de Oliveira, bem assim narrado por Kethelin Cardoso Duarte e por Claudia VC, esta na fase inquisitorial (fls. 90-91).

Tal depoimento (fls. 90-91), embora nesse ponto discrepante do depoimento prestado judicialmente, pode ser considerado para fins de pronúncia, porquanto judicializada a prova em razão da inquirição da testemunha em Juízo, visto que oportunizado o contraditório, como exige o artigo 155, caput, do Código de Processo Penal.

Pertinente invocar, nesse sentido, o entendimento retratado na seguinte ementa, porquanto compartilhado pelo signatário:

[...]

Por tais razões, viável a admissão, para fins de pronúncia, do depoimento prestado pela referida testemunha na fase inquisitorial.

Enfim, dado tal arcabouço probatório, há suficientes indícios de autoria em relação ao réu Diego AS, motivo pelo qual não merecem trânsito os pleitos de absolvição sumária e de impronúncia deduzidos pela sua Defesa Técnica em memoriais.

Verifica-se também inviável, com a devida vênia da Defesa Técnica do acusado, a pretendida desclassificação, pois há suficientes indícios do animus necandi, decorrentes da já abordada multiplicidade de lesões impostas contra a vítima em diversas regiões do corpo, as quais seriam incompatíveis com a alegada queda da escada, bem assim dos supramencionados elementos que apontam um comportamento agressivo e repulsivo do réu em relação ao ofendido.

Impositiva, por tais razões, a pronúncia do acusado.

Com relação à ré Bruna CA, há suficientes indícios de sua concorrência por omissão, na forma do artigo 13, §2º, alínea “a”, do Código Penal:

§2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

*Anoto, no ponto, possuir fundamento **constitucional** a responsabilização daqueles que, podendo evitar a prática de crimes hediondos¹, omitem-se, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal², disciplina à qual deve ser conferida concretude, mormente diante da sua superior natureza normativa. Aliás, acerca da vinculação dos juízes e tribunais aos direitos fundamentais³, assim leciona INGO WOLFGANG SARLET (A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 2ª ed., p. 334):*

A vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais – leciona Gomes Canotilho – manifesta-se, por um lado, por intermédio de uma constitucionalização da própria organização dos tribunais e do procedimento judicial, que, além de deverem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais, por estes são influenciados,

¹ Tal como ocorre, em tese, na hipótese em tela (artigo 1º, incisos I e VI, da Lei nº 8.072/90).

² “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

³ Dentre os quais se insere o direito fundamental à proteção aos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, em especial a vida e a intangibilidade corporal.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

expressando-se, de outra parte, na vinculação do conteúdo dos atos jurisdicionais aos direitos fundamentais, que, neste sentido, atuam como autênticas medidas de decisão material, determinando e direcionando as decisões judiciais. No que diz com sua amplitude, também aqui o efeito vinculante dos direitos fundamentais alcança a totalidade dos órgãos jurisdicionais estatais, bem como os atos por estes praticados no exercício de suas funções.

Com efeito, no caso em análise, a acusada é genitora da vítima, criança de tenra idade, em relação a quem, portanto, exerce o poder familiar e, ao menos na época dos fatos, detinha a guarda, tal como se denota da prova oral colhida.

Nesse contexto, há indicativos de que a ré Bruna CA possuía sobre o ofendido, na época dos fatos, o dever de cuidado, proteção e vigilância, ex vi do disposto no artigo 1.634 do Código Civil e no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Fixada essa premissa, exsurge de parte da prova oral colhida, no que se ressaltam os depoimentos das testemunhas Lidiane Furtado de Oliveira e Kethelin Cardoso Duarte, a existência de indicativos de que a acusada tinha conhecimento do comportamento agressivo e repulsivo e dos maus-tratos em tese praticados pelo corréu contra a vítima.

Note-se, com efeito, ter Lidiane Furtado de Oliveira habitado a residência dos acusados por certo período de tempo, durante o qual, segundo narrou, presenciou as agressões do corréu contra a vítima, numa das quais a atirou no chão. Referiu também a depoente a expressa aversão manifestada por Diogo em face de Bernardo, de modo que, nesse cenário, chamava a atenção da testemunha a ausência de atitudes concretas da ré Bruna a fim de fazer cessar tal comportamento do acusado.

Em igual norte, aliás, deram-se as declarações da mencionada testemunha na fase inquisitorial (fls. 87-88 – sic):

(...) é amiga de BRUNA e está residindo há um mês no apartamento da amiga. (...) Confirma que DIEGO agride fisicamente BRUNA e as crianças BERNARDO e MIGUEL, que não agredia apenas HELENA. Salieta que DIEGO “judiava muito de BERNARDO”, e que DIEGO sempre dizia que não gostava de BERNARDO, dizendo “eu não gosto desse alemão”. Que já presenciou DIEGO sacudindo BERNARDO e apertava a criança com força, com o intuito de fazê-lo parar de chorar, porém fazia com que a criança chorasse ainda mais. Que já viu DIEGO torcer o nariz de BERNARDO, como também apertar o braço da criança. Que certo dia DIEGO atirou BERNARDO no chão, estavam no sofá da sala quando isso ocorreu. (...) Que BRUNA não agredia fisicamente BERNARDO, mas era agressiva com o menino quando ele chorava e não a deixava descansar. Que BRUNA presenciava as agressões de DIEGO em relação aos filhos, às vezes somente pedia para DIEGO parar, e outras vezes tirava as crianças do local. Afirma que BRUNA é negligente no cuidado dos filhos, “ela não cuida dos filhos, ela precisa de ajuda de todos, as vezes não tem nem comida em casa”.

Da mesma forma, em que pese não tenha presenciado tais agressões, a testemunha Kethelin Cardoso Duarte, quem mencionou proceder, ocasionalmente, aos cuidados do ofendido, afirmou em Juízo lhe terem sido confiados pela acusada os maus-tratos perpetrados por Diego contra os



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

seus filhos, inclusive em face da vítima, em relação a quem manifestava aversão.

Somado a tais relatos, cumpre aludir à versão exposta pela testemunha Claudia Vieira da Cunha, genitora da ré, na fase investigativa (fls. 90-91)⁴, oportunidade em que mencionou ter conhecimento de que o acusado não gostava da vítima, bem assim referiu ter escutado comentário de que Diego teria agredido Bernardo. Narrou, nesse sentido, ter-lhe sido relatado por um dos filhos da ré, relativamente ao corréu: “agora ele tá bonzinho, não bate mais na gente”. Afirmou também ter presenciado em ocasiões pretéritas hematomas no corpo da vítima, ao que a acusada teria justificado que o menino havia batido com a cabeça no chão.

De forma estritamente complementar aos supracitados elementos de prova, sobreleva também registrar o teor das declarações da ré na fase inquisitorial (fls. 26-28)⁵, ocasião em que afirmou o comportamento agressivo do corréu em face da sua pessoa e de seus filhos, no que destacou tal postura repulsiva especialmente em relação ao ofendido, fatos presenciados pela acusada.

Há, portanto, suficientes indícios de que a ré Bruna CA (a) tinha obrigação de cuidado, proteção ou vigilância em relação à vítima, (b) sabia das agressões sofridas por esta e (c) não agiu, podendo⁶, para evitar o resultado.

Desse contexto, existentes indicativos de que a acusada concorreu, mediante omissão penalmente relevante, para a prática do fato em exame, não merece trânsito o pleito de impronúncia formulado pela sua Defesa Técnica em memoriais, tampouco o pedido de absolvição sumária formulado na resposta escrita oferecida (fls. 214-234).

Também há, dada a conjuntura fática extraída dos elementos de prova acima expostos, indicativos de que a acusada, mediante postura omissa e tendo ciência do comportamento agressivo e repulsivo do corréu em face do ofendido, consentiu com tal comportamento, assumindo o risco da ocorrência do resultado morte, na forma do artigo 18, inciso I, in fine, do Código Penal.

Por tais motivos, estando demonstrada a materialidade e havendo indicativos hábeis da autoria atribuída aos acusados no suposto delito doloso contra a vida, a análise do fato em apreço, incluindo as teses defensivas, incumbirá ao colendo Conselho de Sentença, que soberanamente decidirá a esse respeito, até mesmo porque, na presente fase processual, vigora o princípio do in dubio pro societate.

Nesse sentido, mutatis mutandis:

[...]

Relativamente à qualificadora do motivo fútil (artigo 121, §2º, inciso II, do Código Penal), conforme lição de DAMÁSIO E. DE JESUS (Código Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2002, 12ª ed., p. 402), tal é o motivo “insignificante, apresentando desproporção entre o crime e sua causa moral”.

No caso concreto, a referida qualificadora é incluída na denúncia sob o argumento de que o acusado desgostava da vítima em virtude de esta chorar, o que teria motivado a conduta homicida. Tal motivação, em tese, denota

⁴ A qual pode ser utilizada na presente fase processual em virtude da inquirição dessa testemunha em Juízo, ainda que divergente o relato na fase judicial, conforme entendimento já consignado na presente decisão.

⁵ Cujas arguições de nulidade já foi preliminarmente afastada na presente decisão.

⁶ Para tanto, no mínimo, caber-lhe-ia não permitir que a criança permanecesse sujeita à vigilância exclusiva do seu companheiro, o corréu Diego AS.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

desproporção em relação ao bem jurídico violado por essa conduta – a vida –, de modo a cancelar a viabilidade jurídica da qualificadora em relação ao réu.

Além disso, há indicativos hábeis do mencionado sentimento aversivo do referido réu em relação ao ofendido, os quais defluem, como alhures exposto, dos depoimentos em Juízo de Lidiane Furtado de Oliveira e de Kethelin Cardoso Duarte e da narrativa de Claudia VC na fase inquisitorial (fls. 90-91)⁷, o que confere viabilidade fática à qualificadora no concernente a Diego AS.

Mas, apesar disso, inviável o reconhecimento da comunicação automática da referida causa motivadora à ré Bruna CA.

Deveras, como a motivação trata-se de circunstância de natureza pessoal, não se comunica ela entre os executores, ex vi do disposto no artigo 30 do Código Penal, como bem anota CEZAR ROBERTO BITENCOURT (Código Penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2004, 2ª ed., p. 392):

Os motivos que qualificam o crime de homicídio, na hipótese de concurso de pessoas, são incomunicáveis, pois a motivação é individual, e não constituem elementares típicas, segundo o melhor entendimento doutrinário.

Nesse norte, mutatis mutandis:

[...]

No caso concreto, a motivação supramencionada, conforme descreve a própria peça incoativa, limitou-se ao corréu Diego, o que torna imperativa a expunção de tal qualificadora em relação à acusada Bruna CA.

Merece trânsito a qualificadora de ordem subjetiva, portanto, tão somente em relação ao acusado Diego AS.

Quanto à qualificadora do meio cruel (artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal), a denúncia imputa ao acusado ter agredido a vítima diversas vezes antes de matá-la, produzindo-lhe múltiplas lesões e causando-lhe enorme e desnecessário sofrimento, contexto abstratamente hábil a conferir a ela viabilidade jurídica.

No que concerne à viabilidade fática, note-se inicialmente que, na presente fase processual, o afastamento da qualificadora exigiria prova segura da sua não ocorrência.

Nesse sentido:

[...]

Na hipótese em exame, há suficientes indícios de sua ocorrência, decorrentes do laudo pericial das fls. 103-104 e dos mapas fotográficos das fls. 117-120, bem assim das declarações em Juízo do perito Wladimir Ribeiro Duarte, nada obstante a resposta negativa ao quarto quesito daquele (fl. 104).

Com efeito, de acordo com os mencionados elementos de prova, foram impostas múltiplas lesões contra a vítima, em diversas localizações do seu corpo, o que constitui indicativo da causação de enorme e desnecessário sofrimento, tal como narrado na peça acusatória.

Dada tal conjuntura, torna-se impositiva a submissão da análise da qualificadora em comento, também, ao Conselho de Sentença.

Em igual norte, o seguinte precedente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

[...]

Registro ainda que, em se tratando de qualificadora de natureza objetiva, a sua extensão à corré Bruna CA, por não ter esta participado da execução do

⁷ A qual pode ser utilizada na presente fase processual em virtude da inquirição dessa testemunha em Juízo, ainda que divergente o relato na fase judicial, conforme entendimento já consignado na presente decisão.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

delito de forma ativa⁸, depende de ter entrado em sua esfera de conhecimento a título de dolo ou culpa. Veja-se, no ponto, o escólio de DAMÁSIO E. DE JESUS (Direito Penal, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, 24ª ed., p. 441):

Hoje, a regra do art. 30, que trata da comunicabilidade das elementares e circunstâncias, deve ser interpretada à luz do art. 29, caput, parte final, do CP, segundo o qual a pena deve ser medida de acordo com a culpabilidade de cada um dos participantes, levando-se em conta a presença do dolo e da culpa.

É esse o princípio a ser seguido: as circunstâncias objetivas só alcançam o partícipe ou coautor se, sem haver praticado o fato que as constitui, houverem integrado o dolo ou a culpa.

No mesmo norte, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as qualificadoras de natureza objetiva são comunicáveis, como se pode ver na seguinte ementa:

[...]

Embora no referido julgado tenha sido admitida a comunicabilidade das qualificadoras de natureza objetiva em razão de ser inviável em sede de habeas corpus uma análise aprofundada do liame subjetivo entre autores e partícipes, não é diferente o que ocorre na presente fase processual, em que há mero juízo de admissibilidade da acusação, cabendo ao Conselho de Sentença decidir sobre a sua caracterização ou não.

De qualquer sorte, a maneira como o crime, em tese, teria sido praticado leva à conclusão de que a acusada, ainda que a título de dolo eventual, tinha conhecimento da circunstância em debate, visto que a suposta ciência acerca do comportamento agressivo e aversivo do corréu em relação à vítima torna pele menos previsível a utilização de tal meio (cruel) para a consecução do delito.

Logo, não sendo a qualificadora em exame manifestamente improcedente, e sendo viável a sua comunicabilidade, imperiosa a submissão de sua análise ao Conselho de Sentença relativamente a ambos os réus.

Por outro lado, no que se refere à qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima (artigo 121, §2º, inciso IV, do Código Penal), conforme observa DAMÁSIO E. DE JESUS (Código Penal anotado. São Paulo: Saraiva, 2002, 12ª ed., p. 405), tal é aquele que “se assemelha à traição, emboscada ou dissimulação”.

No caso concreto, a denúncia atribui a sua incidência à circunstância de ter sido o homicídio praticado mediante agressão a uma criança de tenra idade.

Ocorre, no entanto, que a tenra idade da vítima não caracteriza propriamente um recurso utilizado pelo réu, mas uma condição pessoal do ofendido que independe da forma de atuação daquele, o que torna carente de viabilidade jurídica a qualificadora em comento e, portanto, impositivo o seu afastamento.

Colhe-se, no mesmo norte, a seguinte ementa da jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

[...]

Além do mais, a mencionada condição já é objeto da majorante prevista no §4º, in fine, do artigo 121 do Código Penal⁹, a qual, convém ressaltar, diz respeito especificamente a tal circunstância, qual seja, a idade do ofendido.

⁸ Já que a denúncia imputa-lhe concurso mediante omissão penalmente relevante.

⁹ Incluída por meio da *emendatio libelli* procedida na decisão das fls. 143-146.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Dessa forma, a mesma circunstância não poderia dar ensejo a mais de uma causa de agravamento da situação jurídica dos acusados, sob pena de bis in idem, o que reforça a necessidade de afastamento da qualificadora em questão.

Já no que concerne à causa de aumento de pena prevista no §4º, in fine, do artigo 121 do Código Penal¹⁰, a qual corresponde à circunstância de ser a vítima pessoa menor de 14 anos, a sua viabilidade jurídica deflui de ter sido descrito na denúncia que o ofendido possuía 1 ano e 2 meses de idade na época do ocorrido.

A viabilidade fática da majorante, por sua vez, decorre do teor da fl. 04, verso, que, em conformidade aos demais documentos constantes nos autos, indica ter a vítima nascido em 08.01.2018, sendo, portanto, pessoa menor de 14 anos.

Ressalte-se também que, por se tratar de circunstância objetiva a qual, nos moldes já expostos, compunha a esfera de conhecimento da acusada, faz-se aplicável também em relação a esta a majorante em questão.

Imperativa, portanto, a submissão de tal causa de aumento de pena à análise do Conselho de Sentença, que soberanamente decidirá acerca de sua configuração ou não.

*No que toca ao delito objeto do **segundo fato** descrito na denúncia, a competência para sua apreciação pelo Tribunal do Júri somente pode defluir de sua conexão (artigo 76 do Código de Processo Penal) com o crime doloso contra a vida, forte no disposto no artigo 78, inciso I, do Código de Processo Penal, cumprindo transcrever, nesse diapasão, a preciosa lição de ARAMIS NASSIF (O júri objetivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 2ª ed., p. 47):*

Tenho sustentado que os crimes conexos aos da competência do Tribunal do Júri não são objeto de sentença de pronúncia, além dos estritos limites da declaração da conexidade. Acontece que, primeiro, a lei não trata em qualquer parte desta decisão; em segundo, deve-se ter presente que, entendendo admissível a postulação acusatória, ela trata de reconhecer a existência do fato e a autoria, ainda que indiciariamente. Tais afirmativas judiciais para os crimes que não admitem teses como, por exemplo, de legítima defesa (v.g. estupro), pode decretar, se pronunciado, a própria condenação do acusado pela certa influência que exercerá no ânimo dos jurados. Por isso mesmo já decidiu o TJRS que, ...havendo pronúncia em relação ao delito prevalente (homicídio), não cabe ao Juiz, no ato pronunciatório, manifestar-se sobre o delito conexo (lesões corporais)... (TJRS, apel. 696188994, j. em 21/11/96).

No caso em tela, verifica-se ser caso de conexão instrumental ou probatória (artigo 76, inciso III, do Código de Processo Penal), uma vez que parcela da prova invocada pelo Ministério Público para sustentar a ocorrência do crime doloso contra a vida embasa também o alegado cometimento do crime de estupro de vulnerável.

¹⁰ “§4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. **Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos**” – grifou-se.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

De qualquer modo, em observância aos entendimentos em sentido contrário, registro que a materialidade do delito em análise deflui dos laudos periciais das fls. 103-104 e das fls. 236-238, bem como dos mapas fotográficos das fls. 117-120, cabendo também reiterar a existência de elementos nos autos os quais apontam ser a vítima menor de 14 anos.

Por sua vez, os indícios da autoria atribuída ao réu Diego AS decorrem basicamente dos elementos de prova detidamente especificados quando da análise, em igual ponto, da imputação objeto do primeiro fato descrito na denúncia¹¹, consistentes nos depoimentos da corré Bruna CA e das testemunhas Gabriela Pereira de Moura, Rosimeri Lindermann, Ítalo Rockenbach de Freitas¹², bem assim das testemunhas Lidiane Furtado de Oliveira Kethelin Cardoso Duarte e Claudia VC, esta na fase inquisitorial (fls. 90-91)¹³.

Cabe, contudo, acrescentar a conclusão pericial no sentido de que as lesões constatadas na região anal do ofendido, de acordo com o relato do médico legista Wladimir Ribeiro Duarte, são características do emprego de mecanismo contuso de entrada e, portanto, incompatíveis com a expelição de moedas pela vítima¹⁴, assim como não há indicativo de que possam ter sido produzidas em virtude de alguma patologia, dada a sua multiplicidade.

Por sua vez, no que tange à alegação do acusado de que teria retirado manualmente do ânus da vítima as moedas por esta engolidas, cumpre consignar a sua contrariedade em relação às declarações da corré, quem afirmou terem sido tais objetos expelidos naturalmente pela criança, em sua totalidade, cerca de 1 semana antes do evento em apreço, do que, aliás, não teria restado significativa lesão ao menino.

Igualmente, no que toca à acusada Bruna CA, reporto-me ao exame probatório procedido quando da análise do primeiro fato descrito na peça incoativa, de modo que os indicativos do concurso¹⁵ a ela atribuído no delito conexo ora em apreço extraem-se sobretudo dos depoimentos das testemunhas Lidiane Furtado de Oliveira e Kethelin Cardoso Duarte.

Com relação às causas de aumento de pena previstas no artigo 226, incisos I e II, do Código Penal (concurso de pessoas e serem os acusados padrasto e genitora da vítima)¹⁶⁻¹⁷, a sua viabilidade jurídica decorre de estarem tais circunstâncias descritas na peça acusatória, porquanto mencionada a idade da vítima, assim como a sua condição de filha da ré, enquanto esta seria companheira do acusado.

A viabilidade fática também está presente.

¹¹ Que não são novamente reproduzidos a fim de evitar tautologia.

¹² Pelos quais se extrai que o acusado exercia exclusiva vigilância sobre os filhos da companheira quando da ocorrência, estando a criança em seu poder, também, logo após o ocorrido.

¹³ Cujas declarações deram-se no sentido de que o réu agia agressivamente e manifestava repulsa em face do ofendido.

¹⁴ O que também foi apontado no laudo pericial complementar das fls. 236-238.

¹⁵ Também mediante omissão penalmente relevante.

¹⁶ “Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela”.

¹⁷ Também incluídas por meio da *emendatio libelli* procedida na decisão das fls. 143-146.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Relativamente à majorante do concurso de pessoas, deflui aquela da existência de indícios suficientes de autoria em face dos réus, como já abordado.

Quanto ao estado de filiação da vítima em relação à acusada, tal é extraído dos documentos oficiais constantes nos autos, os quais, ao qualificarem o ofendido, apontam ser a ré sua genitora (v. g., fl. 04, verso). Além disso, decorre da prova oral ser o réu companheiro da acusada e, portanto, padrasto da vítima na época dos fatos.

Viável, por tais motivos, a submissão do referido crime conexo e das respectivas causas de aumento de pena à análise do Conselho de Sentença. [...]”.

a) Do recurso do réu Diego AS

Adianto que encaminho voto pelo **desprovimento** do recurso.

A decisão que pronuncia e submete um réu a julgamento pelo Tribunal do Júri consiste em juízo de admissibilidade da pretensão acusatória, razão pela qual a pronúncia pressupõe prova da materialidade e suficiência dos indícios de autoria, segundo expressamente disposto no artigo 413, *caput*, do Código de Processo Penal. Nesse viés, exige-se um convencimento por parte do magistrado togado, que indica elementos de convicção angariados no *judicium accusationis* que embasam a decisão; estabelecendo, pois, juízo de cognição horizontal do acervo probatório¹⁸.

Acerca da autoria ou da participação delitiva, o mencionado dispositivo legal qualifica o nome indícios com o adjetivo suficiente. Ou seja, não basta a existência de meros indícios, de indícios frágeis ou de quaisquer indícios. O juízo de pronúncia exige a presença de “indícios suficientes”, que remete à conclusão de que é necessário um início de prova, algo concreto a indicar a probabilidade¹⁹ de participação ou autoria.

¹⁸ Destaco julgado deste Órgão Fracionário, que segue a referida linha:
APELAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. INDÍCIOS DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA. IMPRONÚNCIA. Ao juízo de pronúncia basta a comprovação da existência do fato e indícios suficientes de autoria, não sendo necessária prova plena, certeza, como nas decisões de mérito. Porém, o artigo 413 do Código de Processo Penal, ao exigir a presença de indícios suficientes de autoria para a decisão de pronúncia, deixou claro que não são quaisquer indícios que justificam a pronúncia, mas apenas aqueles suficientes, assim entendidos os que apontem a probabilidade da participação do réu no fato descrito na denúncia. Meros indícios isolados nos autos não justificam a remessa do réu a julgamento pelo Tribunal popular. No caso dos autos, a indicar a participação do acusado há nos autos apenas o depoimento de testemunhas não presenciais, evado de contradições e lacunas, justificadas por não ter presenciado os fatos. Inexistente qualquer outro indício de autoria, impõe-se a impronúncia. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70057560864, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. Nereu José Giacomolli, Julgado em 02.10.2014)

¹⁹ Conforme a doutrina de Badaró, “A probabilidade, no sentido de ser mais crível ou viável a ocorrência de alguma coisa, sobre a hipótese contrária de sua inoocorrência, admite graus. Pode-se ir de uma probabilidade elevada, que se avizinha da certeza, até uma probabilidade pequena ou tênue, que seja um pouco mais que mera possibilidade.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. **Processo Penal**. Série Universitária. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2014, p. 106, NR 39).



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Nesse contexto, ainda que o aforismo *in dubio pro societate* seja reputado adequado a exprimir a inexigibilidade de certeza quanto à autoria, certo é que também se exige um mínimo de convencimento do julgador acerca da probabilidade desta pessoa para que se consagre o juízo natural. Aliás, cumpre referir, ainda, que tal aforismo se correlaciona à inexigibilidade de certeza quanto à *autoria* delitiva, e não quanto à sua *materialidade*.

Em relação à prova da materialidade, deve-se manter gizado o conceito tripartite de “delito”, que é definido com um fato antijurídico, culpável e típico; sendo este último composto por elementos tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, estando inserido, aqui, o *animus* (dolo). Noutras palavras, deve-se ter em mente que o conceito de materialidade do crime abrange – logicamente – o elemento subjetivo do tipo penal, pois fundamental ao juízo de adequação típica. **No caso em epígrafe**, é o dolo direto descrito na denúncia que define a adequação da conduta ao tipo penal do artigo 121 do Código Penal, bem como é o fator que define a competência para julgar o feito.

Então, naturalmente, a decisão de pronúncia pressupõe o exame e a verificação dos elementos mínimos – ou de indícios suficientes – do dolo imputado na inicial acusatória. Destarte, procede-se à verificação da probabilidade da hipótese acusatória.

Aliás, como reforço desta conclusão, o disposto no artigo 419 do Código de Processo Penal determina a desclassificação da imputação formulada “*quando o juiz se convencer*”, em discordância à acusação, da existência de crime não doloso contra a vida. A tal convencimento, é imprescindível um juízo horizontal – também – do elemento subjetivo do tipo. E ausentes elementos indicativos do dolo – no caso, dolo direto –, ou insuficientes os indícios, é caso de desclassificação, com a remessa dos autos ao juízo singular competente²⁰.

²⁰ Em sentido semelhante, esta Câmara Criminal assim decidiu:

APELAÇÃO. HOMICÍDIO TENTADO. PROVA INSUFICIENTE DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO PENAL. LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. 1. A interpretação combinada dos artigos 413 e 419 do Código de Processo Penal impõe concluir que a admissibilidade da acusação (pronúncia) depende não apenas da comprovação da existência do fato e de indícios suficientes de autoria, mas, também, da demonstração mínima do elemento subjetivo do tipo penal (*animus necandi*). No caso, não foi comprovado minimamente o dolo de matar - e tampouco a assunção do risco de causar o resultado morte. Decisão absolutória mantida. 2. As provas produzidas sob o manto sagrado do contraditório judicial, no caso dos autos, são firmes a corroborar a tese defensiva de legítima defesa RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70060530417, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Nereu José Giacomolli, Julgado em 02.10.2014)



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Feitas tais considerações iniciais, constato que, **no caso em comento**, o conjunto dos elementos probatórios produzidos no decorrer do *judicium accusationis* **autoriza** a prolação do juízo de pronúncia em desfavor de **DIEGO**, haja vista o preenchimento dos requisitos do artigo 413, *caput*, do Código de Processo Penal.

Compulsando os autos, verifico que a **materialidade** delitiva restou consubstanciada na Ocorrência Policial nº 4222/2019 (fls. 03-06), na declaração de óbito e causa *mortis* (fl. 11), no prontuário médico-hospitalar (fls. 12-13, 16, 242251), guia de encaminhamento ao Instituto Médico-Legal (fl. 14), certidões policiais de reconstituição dos fatos, com levantamento fotográfico (fls. 36, 137-141), nos autos de necropsia e complementar, com levantamento fotográfico e croqui das regiões anatômicas (fls. 103-104, 117-120, 236-239), laudo pericial de pesquisa de espermatozoides (fl. 239), e na prova oral coligida (CD às fls. 314, 382), que também demonstra **suficiência dos indícios da autoria** delitiva, apontando-se ao réu **DIEGO**.

Isso pois, depreende-se dos autos que a vítima estava sob os cuidados do réu, seu padrasto, enquanto sua genitora (a corré Bruna) havia saído do imóvel para providenciar alguns documentos e realizar a recarga do bilhete único de transporte público. Em determinado momento, o réu passou a espancar a vítima – supostamente porque não gostava do infante – e cometeu ato libidinoso à conjunção carnal.

Embora não haja testemunhas presenciais dos delitos, o contexto indiciário dos autos é convergente a apontar, *a priori*, a autoria delitiva a Diego. Com efeito, a codenunciada relatou, de modo firme, que havia deixado seus filhos sob os cuidados do réu (CD à fl. 382), narrativa confirmada pela testemunha Gabriela, que estava em sua companhia (CD à fl. 341). Em sentido semelhante, as testemunhas Rosimeri e Ítalo aludiram que o réu lhes pediu ajuda para socorrer a vítima (CD às fls. 341, 382). Por fim, o interrogatório do réu igualmente vem ao encontro destas narrativas, visto que confirmou estar com o infante quando de sua morte (CD à fl. 382).

No mais, o restante do conjunto probatório, notadamente, o auto de necropsia e as fotografias da vítima, dão suporte a esse contexto.

Nesse viés, reitero que, em que pese não haja testemunhas presenciais do ocorrido, os elementos de convicção coligidos até então se mostram suficientes a amparar, na presente fase processual, a pretensão acusatória formulada na denúncia. Por conseguinte, a pronúncia de Diego é medida imperativa, na medida em que o exame do mérito da acusação é de competência exclusiva do Tribunal Popular, incumbindo ao magistrado pronunciante apenas a aferição da materialidade delitiva e dos indícios suficientes da autoria.



SMAB
Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

No caso em epígrafe, repiso, os relatos das testemunhas e da codenunciada Bruna, segundo descrito alhures, são suficientes a amparar tal convencimento.

Registro, por oportuno, que decisão de pronúncia não está pautada única e exclusivamente em depoimentos colhidos na fase investigativa. Há depoimentos judiciais que, ao menos por ora, confortam a admissibilidade da tese de acusação.

Ademais, em se tratando de processo afeto à competência do Tribunal do Júri, entendo que não se mostra defesa a utilização de elementos informativos coletados na fase investigada, desde que corroborados pela prova judicializada, tal como ocorre no caso concreto.

Sobre a inexistência de afronta ao disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, colaciono a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INDÍCIOS DE AUTORIA EXTRAÍDOS DA ETAPA POLICIAL. POSSIBILIDADE DE QUE OS ELEMENTOS FUNDAMENTEM A PRONÚNCIA. EXAME DE PROVAS. DESNECESSIDADE. 1. A pretensão recursal não demanda o revolvimento de prova. Cuida-se apenas de estabelecer, a partir das premissas fáticas firmadas pelo aresto a quo, a possibilidade de que a pronúncia possa ser lastreada em elementos colhidos no inquérito. 2. Nos termos do que dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal, o julgador formará a sua convicção pela livre apreciação da prova colhida em contraditório judicial, não podendo basear sua decisão somente nos elementos extraídos da investigação. 3. Tal regra, porém, deve ser aplicada com reservas no tocante à decisão de pronúncia, pois tal manifestação judicial configura simples juízo de admissibilidade da acusação. 4. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Superior admite que os indícios de autoria imprescindíveis à pronúncia defluam dos elementos de prova colhidos durante a fase inquisitorial. 5. No caso, registra o acórdão a quo que tanto a vítima quanto seu irmão afirmaram em sede policial que foram os recorrentes que efetuaram os disparos em sua direção, havendo a suspeita de que ambos somente se retrataram em juízo em virtude das ameaças que sofreram. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp. nº 1.309.425/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 07.10.2014, DJe 14.10.2014)

Diante do contexto, reputo viável a acusação e, portanto, impositivo o encaminhamento dos autos ao Tribunal do Júri, a quem compete o juízo vertical de cognição probatória e a consequente decisão de mérito, acolhendo ou não as teses de acusação e defesa, inclusive no que refere à adequação típica dos delitos imputados.

No mais, o conjunto probatório coligido ao feito igualmente é suficiente a amparar, por ora, a procedência das qualificadoras descritas no artigo 121, §2º, I e IV, do Código Penal. Efetivamente, as testemunhas arroladas pela acusação – em especial, Helen,



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Kethelin, Patrique, Gabriela e Lidiane – comentaram que o réu não apresentava comportamento afetuoso com a vítima, bem como já teriam visto o menino com outras marcas de lesões. Por fim, o delito foi perpetrado contra infante sem condições físicas de se defender, visto se tratar de criança de apenas um ano e dois meses de idade.

Logo, não sendo manifestamente improcedentes, as aludidas qualificadoras devem ser submetidas à apreciação pelo Tribunal do Júri.

Sob outro aspecto, reputo igualmente impositiva a pronúncia do réu quanto ao delito conexo, diante da existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

Com efeito, segundo já assinalado outrora, as testemunhas Rosimeri e Ítalo, a codenunciada e o próprio réu confirmaram que o infante estava sob seus cuidados quando dos fatos delituosos. Ainda, a guia de encaminhamento ao Instituto Médico-Legal (fl. 14), o auto de necropsia (fls. 103-104), as fotografias (fls. 117-120) e a oitiva judicial do médico-legista Wladimir (CD à fl. 341) indicaram a existência de lesões nas regiões perianal e anal da vítima, compatíveis à inserção forçada de objeto contundente.

Nesse contexto, os elementos de convicção coligidos ao feito são demonstrativos da ocorrência, em tese, de agressão sexual à vítima. Destarte, com base no artigo 413, combinado com o artigo 78, ambos do Código Penal, mantenho a pronúncia de Diego quanto à imputação pelo delito estupro de vulnerável.

Ante o exposto, voto por **negar provimento** ao recurso.

b) Do recurso da ré Bruna CA

Melhor sorte assiste à corré Bruna, que será despronunciada conforme se demonstrará.

Inicialmente, em vista das peculiaridades do caso concreto, reputo necessário realizar uma digressão apropriada acerca da tipicidade delitiva. Na hipótese, o órgão acusatório denunciou a ré como incurso nos delitos de homicídio qualificado e estupro de vulnerável, ambos na forma comissiva por omissão, cuja previsão legal está assim redigida:

Código Penal, artigo 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§2º A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Tal forma de atuação foi assim descrita por Cezar Roberto Bitencourt²¹:

Nestes crimes o dever de agir é para evitar um resultado concreto. O agente deve agir com a finalidade de impedir a ocorrência de determinado evento. Nos crimes comissivos por omissão (omissivos impróprios) há, na verdade, um crime material, isto é, um crime de resultado, exigindo, conseqüentemente, a presença de um nexos causal entre a ação omitida (esperada) e o resultado.

No que tange à posição ocupada pelo sujeito ativo, este deve figurar como *garantidor* do bem jurídico, dizendo-se que:

*(...) os crimes omissivos próprios são crimes de omissão qualificada porque os sujeitos devem possuir uma qualidade específica, que não é inerente e nem existe nas pessoas em geral. [...] Fala-se que essa relação especial do sujeito (qualificado) para com a vítima corresponde a um dever especial de proteção, diferentemente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos impróprios.*²²

Sheila Bierrenbach, em sua obra “*Crimes omissivos impróprios: uma análise à luz do Código Penal Brasileiro*”, acerca do dever específico e especial de proteção do bem jurídico por parte do garantidor, assim elucida:

*(...) os omitentes respondem pelo resultado morte não porque o tenham causado por via da conduta ativa descrita pela figura típica, mas por não terem agido em defesa do bem, com o escopo de tentar impedir o evento. Desponta, de imediato, questão acerca da tipicidade da conduta e da legalidade da punição da omissão imprópria.*²³

Avançando em uma análise acurada da responsabilidade penal nos casos em comento, a autora complexifica o debate no que concerne à capacidade do *poder de agir* do sujeito garantidor para proteger efetivamente o garantido, rompendo a superficialidade que se poderia depreender, em um primeiro olhar, destes tipos de casos, a explicitar que:

Gravado na sede dos sujeitos especiais dos delitos omissivos impróprios, o poder de agir constitui-se como pressuposto do dever de agir. Há de ser interpretado como capacidade por parte do omitente de agir com êxito para conjurar o perigo que paira sobre o bem, salvando-o, em consequência, afastando a ocorrência do evento típico. Neste sentido, o dever de agir, que defluiu das posições de garantia elencadas nas alíneas do art. 13, §2º, não prescinde da possibilidade real, física, de atuar do garante. Vale dizer, de sua presença física, quando o perigo se instala ou está na iminência de instalar-se sobre o bem jurídico, bem como da possibilidade de salvá-lo,

²¹ BITENCOURT. Cezar Roberto. **Código Penal**: comentado. São Paulo: Saraiva. 7ª ed., 2012, p. 123.

²² TAVARES, Juarez. **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 312-313.

²³ P. 74.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

*convenientemente. Assim, o pai é sempre garante dos bens tutelados do filho incapaz, mas só responderá pela omissão se se encontrar na linha dinâmica do perigo, e **dispuser de conhecimentos ou habilidades especiais necessários a conjurá-lo**. Imprescindível, pois, que o garante esteja psicofisicamente em situação de planejar a ação imposta pela lei (com o fim de salvar o bem em perigo), encontrando os meios e impulsionando seu projeto de ação. (Grifei).*

Ante esse quadro, verifica-se a existência de particularidades do tipo penal: enquanto recorrentemente o nexos causal encontra-se entre a conduta do agente e o resultado, nesta modalidade o nexos causal reside entre o dever de agir do sujeito de evitar determinado resultado e o desfecho em si. Eis como se explica tal relação:

Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é mero observador. Acontece que a lei lhe determina a obrigação de intervir nesse processo, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Surge aí a figura do garantidor, daquele que deve interromper a cadeia causal.

(...)

*Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão não há o nexos de causalidade, há o **nexos de “não impedimento”**. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não impedimento é erigido pelo Direito a condição de causa, isto é, como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputação objetiva do fato.²⁴ (Grifei).*

Sendo assim, para que se perfectibilize a tipicidade delitiva das condutas imputadas à ré, necessário que haja, concomitantemente, os seguintes elementos: (i) condição legal de garante; (ii) resultado típico; e (iii) o poder de impedimento do resultado por parte do agente e sua omissão.

Para além disso, reitero que no procedimento do Tribunal do Júri, a competência outorgada pela Constituição Federal ao Conselho de Sentença impõe uma restrição à cognição do magistrado togado, o qual, observado o estabelecido pelo artigo 413 do Código de Processo Penal, deve se limitar ao convencimento da materialidade do fato e à verificação da existência de indícios suficientes de autoria delitiva ou participação.

O exame do mérito da imputação formulada, na sua essência, bem como das teses defensivas, quando preenchidos os requisitos do mencionado dispositivo legal, é da competência exclusiva dos jurados, restando absolutamente vedada qualquer interferência do magistrado, sob pena de indevida usurpação da competência constitucionalmente assegurada ao Tribunal do Júri.

²⁴ BITENCOURT. *op. cit.* p. 123.



SMAB
Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Estabelece-se, pois, um juízo de cognição horizontal acerca do conjunto probatório, adstrito à verificação da admissibilidade da acusação formulada, estando vinculado o juízo de pronúncia à viabilidade daquela. Por isso a exigência de *convencimento* acerca da materialidade e de *suficiência* dos indícios de autoria ou participação.

No caso concreto, ante as digressões feitas, compete, então, ao juiz togado o dito convencimento no que concerne à suficiência de indícios de autoria quanto ao não impedimento, por parte da acusada, do resultado morte de seu filho, assumindo tal risco com sua inação – *dolo direto* –, não sendo autorizado o aprofundamento do mérito, sob pena de nulidade por usurpação da competência absoluta dos jurados.

Para tanto, transcrevo novamente o principal excerto da denúncia, em que está a descrição das condutas imputadas à acusada, *in verbis*:

“1º FATO

[...]

A denunciada BRUNA concorreu para o fato na medida em que, sendo mãe da vítima, criança de um ano de idade, na posição de garantidora, tinha ciência das agressões e maus-tratos perpetrados por DIEGO contra a vítima e deixava esta aos cuidados de seu companheiro, adotando postura omissa frente às agressões físicas praticadas contra seu filho, consentindo, assim, com as agressões que resultaram a morte do menino.

2º FATO

[...]

A denunciada BRUNA concorreu para o fato na medida em que, sendo mãe da vítima, criança de um ano de idade, na posição de garantidora, tinha ciência das agressões e maus-tratos perpetrados por DIEGO contra a vítima e deixava esta aos cuidados de seu companheiro, adotando postura omissa frente às agressões físicas praticadas contra seu filho, consentindo, assim, com o ato libidinoso praticado.”.

Pois bem.

O caso aqui em apreço guarda complexo engendramento de contextos, exigindo grande cautela em sua análise, sobretudo em sendo crime de competência do Tribunal do Júri, como explicitado acima.

Inicialmente, no que tange à figura de garante da ora ré, verifica-se que o órgão acusatório lhe atribui tal condição jurídica pelo seu dever legal, porquanto previsto e sabido por todos a responsabilidade legal da família, assim consagrada no bojo da Constituição Federal:

Constituição Federal, artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
(Grifei).

De tal dispositivo constitucional emana o fundamento basilar do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual consagra a proteção integral da criança e do adolescente já em suas disposições preliminares:

Lei nº 8.069/1990, artigo 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Artigo 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Entretanto, verifica-se que a pretensão acusatória se sustenta em elemento que extrapola o dever legal do vínculo familiar, embasando-se apenas em relatos de pessoas que julgavam o “modelo de maternidade” adotado pela ré. Tal conjuntura, destarte, merece atenção adequada.

Com efeito, depreende-se dos autos que as testemunhas que embasam a pretensão acusatória sustentaram seus depoimentos em uma forma de pré-julgamento moral, responsabilizando a ré Bruna por não se portar conforme os estereótipos de maternidade. Nesse cenário, destaco a oitiva de Lidiane, que aduziu ter se sentido incomodada com a passividade da acusada Bruna; relatos manifestamente embasados na concepção de que a genitora é a principal responsável pelos problemas apresentados no seio familiar.

Nesse viés, destaco excerto de um estudo de caso realizado por Ivana Battaglin²⁵, Promotora Pública atuante na Promotoria de Justiça Especializada em Direitos Humanos em Porto Alegre:

Narvaz (2001) observa que a família, como primeira instância de controle, determina que as mulheres desempenhem determinadas funções, concebendo “uma concepção de mulher ideal enquanto cuidadora e abnegada, altruísta ao extremo”, para despende todos os cuidados em relação ao parceiro íntimo e aos filhos, especialmente os filhos homens. Mas também a sociedade impõe esse papel às mulheres, pois “há uma tendência em responsabilizar a mãe por tudo o que acontece na família, daí acusá-la de fraca, negligente, incapaz, imatura ou mesmo conivente [...]”.

²⁵ BATTAGLIN, Ivana. A CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO: O quanto o sistema judicial pode reproduzir os estereótipos do patriarcado para encarcerar as mulheres pobres. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1504551034.pdf>



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

Ou seja, conforme sobressai do sumário da prova oral coligida ao feito, os supostos indícios de autoria colhidos em face de Bruna são todos embasados em perspectivas moralistas e preconceituosas acerca do “modelo ideal” de maternidade, narrativas proferidas por pessoas que condenavam a acusada por não apresentar um “instinto materno” que reputavam ideal.

Ocorre que a incompatibilidade com o referido estereótipo de maternidade – segundo claramente sobressai das oitivas das testemunhas – enseja na responsabilização da mulher sobre aspectos que ela sequer poderia ter controle, como bem anota Battaglin:

A prescrição de que as mães biológicas criem e cuidem dos(as) filhos(as) é apregoada pelo discurso masculino desde Rousseau, para quem a maternidade é a mais bela função cívica das mulheres.

A consequente culpabilização da mãe ao afastar-se da prescrição patriarcal contou, desde o Brasil República, com a regulação da medicina higienista, cujo discurso atribuía ao trabalho feminino fora do lar a causa da degradação da família.

[...]

A impossibilidade de cumprir com a “maternidade normativa” é atribuída a uma falha individual, descolada do contexto histórico e social que a produziu. Ao depositarem individualmente na figura da mulher mãe-trabalhadora a responsabilidade por sua condição de pobreza, de abandono e/ou negligência no cuidado dos filhos e filhas, discursos científicos e sociais isentam os homens, o Estado e a comunidade de sua responsabilidade social.

Diante desse cenário, vislumbra-se que as mulheres que não seguem certo estereótipo social de maternidade são responsabilizadas por quaisquer problemas que a família que compõem venha a sofrer – inclusive, questões sobre as quais não têm qualquer controle ou influência, tal como delitos comissivos por omissão.

Dessa dinâmica, afigura-se latente a discriminação de gênero ainda fortemente inserida na sociedade brasileira patriarcal: a mulher permanece sendo responsabilizada por não se adequar às normativas irreais esperadas pelo meio social em que está inserida. Tal conclusão se confirma por recente pesquisa realizada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca da questão de gênero atinente a crimes comissivos por omissão²⁶:

No que tange aos crimes omissivos impróprios, verifica-se que é a mulher quem assume o papel de principal garantidora em relação aos filhos menores, para efeitos do artigo 13, §2º, alínea “a”, do Código Penal.

²⁶ ALBUQUERQUE, Laura Gigante; OSORIO, Fernanda. A responsabilização de mães em casos de violência sexual contra menores de idade: o instituto da omissão imprópria e a culpabilização da mulher na sociedade patriarcal brasileira. **Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 14 Women’s Worlds Congress (Anais eletrônicos)**, Florianópolis, 2017, p. 05.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Raramente se ouve falar de um caso em que o pai foi responsabilizado, por contrário, identifica-se uma tendência de culpabilização que vai além do senso comum da sociedade e ingressa na esfera jurídica, ou seja, na prática de responsabilização criminal. (Grifei).

As autoras ainda concluem, após análise crítica a julgados desta Corte, sobre a majoritária imputação de responsabilidade penal às mães, no seguinte sentido:

(...) não causa surpresa que quase a totalidade dos casos de responsabilização de genitores através da figura da omissão imprópria recaia sobre a mãe, e não sobre o pai. Um dos dogmas ainda muito difíceis de superar é o da distinção entre os papéis paterno e materno, pois a despeito dos avanços já conquistados em termos de igualdade de gênero e de poder familiar, a mãe permanece como a principal fonte de amor e de cuidado para o bebê “amamentar, dar banho, comida, vigiar os primeiros passos, consolar, cuidar, tranquilizar à noite... são gestos de amor e de devotamento” que recaem majoritariamente sobre a mãe (Badinter, 1985, p. 338)²⁷

Enfim.

Retornando ao caso em epígrafe, observo que a pretensão acusatória efetivamente se limita em depoimentos prestados por pessoas que condenavam a ré por não se portar de acordo com suas ilações sobre o modelo ideal de mãe; concebendo comentários preconceituosos acerca de seu comportamento para com seus filhos.

Em contrapartida, sobressai dos autos que Bruna não tinha condições de prever ou evitar o evento discutido neste feito – morte de seu filho pequeno. Com efeito, consta no expediente que Bruna vinha sofrendo violência doméstica por parte de Diego, pessoa considerada violenta pelas testemunhas inquiridas.

Tal conjuntura, consoante aponta Battaglin, afasta eventual capacidade de a genitora efetivar seu papel como protetora. De fato, “é evidente que as mães vítimas de violência não podem exercer devidamente seu papel protetor. Elas são muitas vezes depressivas, ansiosas, e sua capacidade de expressar afeto se vê, com isso, perturbada”.

Nesse ponto, saliento que não está aqui a se discutir acerca do evento que ocasionou a morte da criança, mas sim a possibilidade e a responsabilidade da ré de ter agido para evitar seu trágico óbito. E, nesse viés, não haveria motivo plausível pelo qual deveria recair somente sobre a esta a atribuição de dever legal de proteção do menino.

Com efeito, essa questão, reitero, aparenta ter motivação de estereotipação de gênero, sendo esperado do sujeito feminino o zelo e amor maternos que ultrapassam os limites impostos pelo dever legal, recaindo sobre a figura da mãe pesado julgamento moral.

²⁷ *Ibidem*, p. 10.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

Já há muito diversas cientistas sociais vêm revelando a construção do *mito do amor materno*²⁸, o qual remonta à consolidação histórica da ideia de instinto materno natural.

Exemplo disso pode ser visto pelo depoimento da testemunha Lidiane e da genitora da ré, este em sede inquisitorial.

Diante desta conjuntura, possível depreender que o caso em questão suscita muitas paixões. De todo modo, a digressão formulada se mostrou imprescindível para a superação disso.

Em que pese se possa levantar dúvida sobre as motivações para a imputação delitiva em face da genitora do menino, cabe aqui analisar, tão somente, e em juízo perfunctório, a existência de indícios suficientes de autoria do delito imputado, os quais autorizariam a manutenção da sua pronúncia.

E isso, sobra dizer, não foi alcançado no expediente. Pelo contrário: verificou-se, ao longo da *persecutio criminis*, que a acusada desempenhou o exercício da maternidade com zelo e cuidado do menino, em conformidade à sua realidade socioeconômica. E não logrou êxito o órgão acusatório em demonstrar que ela tenha desempenhado cuidado diverso em relação ao menino nos momentos finais de sua vida; menos zeloso, portanto.

Calha salientar, em relação às elementares exigidas para a perfectibilização da tipicidade, que não existem, nos autos, indícios suficientes de que a ré tenha optado deixar o filho sob os cuidados do companheiro e, com isso, assumindo o risco de que ele viria a óbito.

Destarte, o desfecho não pode ser pela manutenção da pronúncia, eis que **a prova carreada aos autos não se mostrou suficiente**. Não restou suficientemente demonstrado que a ré tenha deixado de agir e assim admitido a possibilidade do resultado morte de seu filho.

Efetivamente, como antes explicitado, não basta, para configuração da tipicidade delitiva, a conjunção das elementares da posição de garante que Bruna ocupava e o resultado morte. Essencial, ainda, para fins de perfectibilização da tipicidade do delito imputado – *em verdade, nesta fase, indícios suficientes para tanto* –, a demonstração de que tenha a agente (i) não agido, quando assim deveria e poderia agir, (ii) previsto que a sua inação pudesse acarretar o desfecho, e (iii) assumido esse risco por meio de sua

²⁸ Sobre o assunto, ver: BADINTER, Elisabeth. **Um amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.



SMAB

Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)

2019/Crime

inatividade. E, diante da prova dos autos, **não há como se afirmar a existência de indícios suficientes sobre esta elementar.**

Outra não pode ser a conclusão ao caso em epígrafe que não a despronúncia da ré, por insuficiência de indícios tanto acerca de inação para evitar o perigo, quanto em relação ao risco que teria assumido. Isso porque, a previsibilidade e a evitabilidade do desfecho não dispõem de indícios suficientes. Não se pode responsabilizar a acusada, pelo conjunto dos autos, eis que, utilizando das palavras de Bitencourt, *“os limites da norma imperativa encontram-se no poder de cumprimento pelo sujeito; por isso, o dever de cuidado não pode ir além desses limites.”*²⁹

Cristalina a insuficiências de indícios a demonstrarem o nexos causal criminal entre a ação – ou, no caso, a *inação* – da ré e o resultado obtido. Inexigível, pelo que se infere das provas, postura diversa da ré, pois não se mostrou suficientemente que ela tenha deixado de agir, apresentando o poder de não impedimento do resultado, e de que eventual ação diversa, com maior cautela, traria resultado outro que não a tragédia ocorrida. Com efeito, Bruna estava inserida em um contexto de violência doméstica – suficiente para fragilizar sua condição de garante – e sequer se encontrava no local dos fatos quando de sua ocorrência.

Em síntese. Não há como inferir de modo suficiente a previsibilidade do resultado morte e, com dolo direto, tenha assumido risco deste resultado. Inexiste suficiência nos poucos elementos tomados como indícios de que ela possa ter se esquivado de sua responsabilidade legal, tendo tido a vontade de permanecer inerte diante de seu filho a sofrer, tolerando o risco do seu óbito.

Assim, **voto pelo provimento do recurso defensivo**, para despronunciar a acusada, ante a insuficiência dos indícios de omissão do dever de cuidado, com fundamento no artigo 414 do Código de Processo Penal.

c) Dispositivo

Por tais fundamentos, voto por **negar provimento ao recurso da defesa de D. A. S.**, e por **dar provimento ao recurso de B. C. A.**, para despronunciá-la das imputações contidas na denúncia, com fundamento no artigo 414 do Código de Processo Penal.

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal: comentado**. Editora Saraiva, 2015, 7ª ed, pgs. 139-140.



SMAB
Nº 70082350034 (Nº CNJ: 0206912-58.2019.8.21.7000)
2019/Crime

DES. RINEZ DA TRINDADE - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. DIÓGENES VICENTE HASSAN RIBEIRO - Presidente - Recurso em Sentido Estrito nº 70082350034, Comarca de Pelotas: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA DE D.A.S. E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE B.C.A. PARA DESPRONUNCIÁ-LA DAS IMPUTAÇÕES CONTIDAS NA DENÚNCIA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 414 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL."

Julgador(a) de 1º Grau: REGIS ADRIANO VANZIN