



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2022.0000617166

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1510119-57.2019.8.26.0655, da Comarca de Várzea Paulista, em que é apelante G. V. D., é apelado M. P. DO E. DE S. P..

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "REJEITARAM A PRELIMINAR e DERAM PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para DESCLASSIFICAR o crime para o artigo 121, §3º, do Código Penal, com a pena de 01 ano de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REINALDO CINTRA (Presidente sem voto), IVANA DAVID E FERNANDO SIMÃO.

São Paulo, 3 de agosto de 2022.

MENS DE MELLO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Processo: 1510119-57.2019.8.26.0655
Apelante(s): Gabriela Vitoria David
Apelado(a)(s): Ministério Público
Origem: 1ª Vara Judicial da Comarca de Várzea Paulista
Juiz(a) Prolator(a): Dra. Érica Midori Sanada
Data do fato: 29/08/2019
Voto nº 28.797

LESÃO CORPORAL COM RESULTADO MORTE – desclassificação – homicídio tentado.

LESÃO CORPORAL COM RESULTADO MORTE – preliminar – incompetência do juízo a quo – inoportunidade – vara cumulativa – juízo competente para julgamento do crime – aditamento da denúncia – acusada que se defende dos fatos a ela imputado – não da capitulação jurídica dada na denúncia – preliminar afastada.

LESÃO CORPORAL COM RESULTADO MORTE – desclassificação para homicídio culposo – materialidade – prova oral e os laudos.

LESÃO CORPORAL COM RESULTADO MORTE – autoria – ré que confessa ter agido com imprudência ao embalar o bebê, deixá-lo cair ao solo, batendo a cabeça – validade.

PENA – primeira fase – base – piso – segunda fase – presente atenuante da menoridade e reconhecida a atenuante da confissão, compensadas com as circunstâncias agravantes – pena no mínimo legal – terceira fase – pena inalterada – ausentes outras causas modificativas – manutenção.

REGIME – aberto – primariedade da ré e quantum da pena – substituição por restritiva de direitos – prestação de serviços à comunidade.

Ao relatório da r. sentença¹ que ora se adota, acrescenta-se que a apelante teve desclassificado o crime de homicídio qualificado (artigo 121, §2º, incisos III e IV, e §7º, inciso II, c.c. artigo 61, inciso II, alínea “e”, todos do Código Penal), para o crime de lesão corporal seguida de morte, previsto no artigo 129, §3º, c.c. artigo 61, inciso II, alíneas “c”, “e” e “h”, ambos do Código Penal, condenando-a em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto.

¹ Folhas 299.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A ré apelou², buscando, preliminarmente, em face da decisão desclassificatória, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal e em respeito ao sistema acusatório, que seja aberta vista ao Ministério Público para apresentar, se entender conveniente, nova imputação por crime diverso de doloso contra a vida, abrindo-se após vistas à Defesa, para que esta se manifeste, pleiteando o que entender de direito, para que por fim, após a devida instrução, seja o processo sentenciado. Alternativamente pretende a desclassificação do crime de lesão corporal seguida de morte para homicídio culposo. Em sendo mantida a condenação por lesão corporal seguida de morte, que seja aplicada a pena ao mínimo legal ou que, eventualmente, o aumento se dê no máximo de 1/8; o reconhecimento da atenuante da confissão e, se mantido o reconhecimento de três agravantes, que o acréscimo seja reduzido ao patamar que não supere 1/6 da pena mínima; e, a fixação do regime prisional aberto para o início do cumprimento de pena.

Apresentadas contrarrazões³.

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou⁴ pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

Da preliminar

A apelante foi denunciada⁵ como incurso no artigo 121, §2º, incisos III e IV, §7º, inciso II, c.c. artigo 611, inciso II, alínea “e”, todos do Código Penal, porque com *animus necandi*, emprego cruel e mediante recurso que tornou impossível a defesa do ofendido, teria matado seu irmão Davi Heitor Figueiredo Pereira, de apenas 07 meses de vida, conforme laudo necroscópico.

No entanto, finda a instrução, em

² Folhas 333.

³ Folhas 359.

⁴ Folhas 375.

⁵ Folhas 92.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sede de memoriais, o Ministério Público postulou a desclassificação do delito previsto na exordial acusatória para aquele constante no artigo 129, § 3º, c.c. artigo 61, inciso II, alíneas “a” e “h”, ambos do Código Penal⁶.

A Defensoria Pública postulou para que se procedesse a remessa dos autos ao juízo singular para, em garantia à ampla defesa, permitir a produção de provas complementares, juntada de documentos e, somente a final, abrir vistas para que as partes se manifestem.⁷

O r. despacho⁸ determinou abertura de vista ao Ministério Público para manifestação, em face do quanto argumentado pela Defensoria Pública, no que tange ao pedido de aditamento à denúncia.

O Ministério Público manifestou-se⁹ informando que, em relação ao despacho, já houve manifestação em alegações finais (fls. 242/258), postulando a desclassificação da conduta e aguarda a prolação de decisão, sem oposição ao pleito de eventual reabertura da instrução para o novo delito, caso acolhido o pedido de desclassificação. Destacou, ainda, que o avanço do Ministério Público para a análise da reprimenda e outros aspectos foi produzido por economia processual, já que entende o “parquet” não haver provas adicionais a serem produzidas além daquelas que já constam dos autos e que condizem justamente às conclusões apontadas nas alegações finais.

No r. despacho¹⁰ a magistrada de primeiro grau apreciou a matéria: *“A presente Comarca de Várzea Paulista possui duas Varas Cumulativas, com distribuição livre dos inquéritos policiais, o que se deu na presente demanda, sendo que esta 1ª Vara Judicial, apenas e tão somente recebe a distribuição direcionada, por ter competência igualmente para o JÚRI, após eventual pronúncia. Portanto, recebeu a presente demanda, por distribuição livre, não havendo que se falar em redistribuição para o juízo singular, como pretende a Doutra Defesa.*

⁶ Folhas 242.

⁷ Folhas 262.

⁸ Folhas 270.

⁹ Folhas 274.

¹⁰ Folhas 275.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Igualmente, não há que se falar em produção de provas complementares, tendo em vista que todas as provas foram produzidas e encerrada a instrução processual (pág. 224/225), recordando-se que a ré está se defendendo acerca dos fatos dispostos na denúncia.

*Sendo assim, abra-se vista à Defensoria Pública, para que cumpra o quanto determinado no Termo de Audiência (pág. 224/225) e apresente memoriais escritos no prazo de **15 (quinze) dias.**”*

Apresentadas as alegações finais¹¹ a Defensoria Pública pediu, novamente, que os autos retornem ao Ministério Público para formulação de nova denúncia.

A r. sentença afastou a matéria arguida esclarecendo que: “... recebeu o IP destes autos, por livre distribuição. Todos os IPs que investigam crimes contra a vida, são distribuídos de forma livre nesta Comarca, que possui Varas Cumulativas. Tanto a 1ª Vara Judicial, quanto a 2ª Vara Judicial recebem esses IPs por livre distribuição e após o término da PRIMEIRA FASE, havendo pronúncia, os autos são redistribuídos para a VARA que tem competência privativa do TRIBUNAL DO JÚRI, que na presente Comarca é de atribuição desta 1ª Vara Judicial.

Sendo assim, não há que se falar em redistribuição ou qualquer irregularidade no presente caso.

Igualmente, não há que se falar em abrir vista ao representante do Ministério Público, para que formule nova denúncia, após encerrada a instrução processual, tendo em vista que o presente processo respeitou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e, a ré se defendeu amplamente dos fatos ali descritos”.

A r. sentença¹² entendeu que não era caso de pronúncia, pois não se verificou a existência de indícios suficientes de que a acusada tenha praticado o crime descrito na denúncia, uma vez que não agiu com *animus necandi*, razão pela qual desclassificou o delito para o crime de lesão corporal seguida de morte, ao reconhecer que a ré teve a intenção de lesionar o ofendido, porém não a intenção de matá-lo, praticando delito preterdoloso, tendo dolo na lesão e culpa na morte.

Novamente a Defensoria Pública

¹¹ Folhas 280.

¹² Folhas 315.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

insiste, em grau de apelação¹³, em via de preliminar, em face da decisão desclassificatória, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal e em respeito ao sistema acusatório, que seja aberta vista ao Ministério Público, para apresentar, se entender conveniente, nova imputação por crime diverso de doloso contra a vida, abrindo-se após vistas à Defesa, para que esta se manifeste, pleiteando o que entender de direito, para que por fim, após a devida instrução, seja o processo sentenciado.

Como exhaustivamente visto, por se tratar de Vara cumulativa, evidentemente que não há necessidade ou lógica em a magistrada remeter os autos a ela própria, uma vez que na comarca de Várzea Paulista a vara onde atua é cumulativa.

Logo não há que se falar em incompetência do juízo.

Também não é o caso de aditamento da denúncia, pois a acusada se defendeu dos fatos a ela imputado, e não da capitulação jurídica dada na denúncia.

Possível referida alteração da capitulação uma vez que embora o membro do Ministério Público não tenha capitulado na denúncia de tal forma, descreveu os elementos que compõe o injusto penal, sendo, portanto, cabível a aplicação da *emendatio libelli*.

Importante ressaltar que pelo princípio da correlação, decorrente dos postulados "*narra mihi factum, dabo tibi jus*" e "*iura novit curia*", importa, para efeito de delimitar a acusação, a imputação fática descrita na denúncia, ou seja, a delimitação na petição inicial da conduta praticada. É exatamente este fato descrito, a imputação, objeto da prova, que vincula o juiz quando de sua decisão.

Havendo correspondência entre o fato descrito e aquele reconhecido na sentença como o ensejador da condenação, a capitulação jurídica adequada é

¹³ Folhas 333.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

dever do magistrado, justamente em razão dos postulados mencionados. Tal é a conclusão que se extrai do disposto no artigo 383 do Código de Processo Penal, que traz o instituto da *emendatio libelli*.

Temos que a lesão corporal seguida de morte não tem descrição da conduta fundamentalmente diversa do homicídio. A descrição do homicídio é no sentido de que a ré jogou a vítima ao solo dolosamente com intenção de causar sua morte. No caso da lesão seguida de morte a descrição também é que a ré jogou a vítima ao solo dolosamente, acarretando a morte por culpa. Ou seja, a conduta a vítima é a mesma, discutindo-se apenas o *animus*. Desta forma não há qualquer prejuízo para a defesa, tanto que atendido seu pleito. Novo aditamento não trará nada de novo.

Aberta vista duas vezes para a defesa esta limitou-se a pedir que a denúncia fosse aditada, porém, em momento algum indicou novas provas, quer nas vezes que se manifestou em primeiro grau, quer em grau de recurso.

Bateu-se também a defesa para a necessidade de laudo para comprovar se a vítima havia sido ou não espancada. Tal fato não tem relevância jurídica, visto que a conduta imputada à vítima é arremessar o bebê, dolosamente, no chão. Tal circunstância, eventual espancamento não foi utilizado. Aliás, em face do decurso de tempo, decerto tal laudo já se mostra inviável. Ademais, demonstrado tal fato, este só será prejudicial para a ré, não trazendo qualquer benefício a comprovação de sua inexistência.

Assim, afasta-se a preliminar aventada.

Do mérito

A ré Gabriela negou os fatos. Confirmou ter derrubado o seu irmão no chão, esclarecendo que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ele era um bebê pesado e, como tinha problemas em um dos braços, que a impede de fazer muita força ou carregar muito peso, não aguentou e ele acabou caindo, batendo a cabeça. Em seguida pegou Davi, colocando-o no carrinho e foi cuidar de seus afazeres. O quarto estava escuro, apenas havia a luz da televisão. Salientou que Davi caiu de leve no chão, ressaltando que não chegou nem a fazer barulho. Passado algum tempo, notou que ele não acordava e foi ver se estava bem, quando percebeu que estava morto, então saiu correndo para chamar a irmã. Negou que tivesse machucado Davi na orelha ou que o tivesse pegado pela orelha. O bebê não chegou a mamar. Cuidava de quatro irmãos e acredita que eles estejam mentindo. Contou que Marcos estava com a camiseta da escola. Negou, também, ter derrubado a vítima antes dos fatos. Salientou que era desgastante cuidar de quatro crianças e ainda arrumar a casa e falou a respeito da exaustão com sua mãe. Sente pela morte de Davi.

Janaína, genitora da ré e da vítima, declarou que, no dia dos fatos, quando saiu para trabalhar Davi estava vivo e Gabriela era quem cuidava dele. Mencionou que não saiu de licença maternidade e nem sempre foi a acusada que cuidava dele. Salientou que estava em uma situação difícil e voltou a trabalhar. Emily, sua outra filha, era quem cuidava dos filhos menores da declarante, contudo, ela arrumara um serviço, razão pela qual pediu para Gabriela cuidar do bebê até arrumar uma creche. No entanto, Davi aparecia com arranhões, hematomas, inclusive Gabriela já tinha deixado ele cair e não tinha falado. Isso aconteceu uma semana antes do falecimento dele, tendo a declarante o levado ao hospital na época, porém não teve nada, foi apenas um susto. Explicou que, na primeira vez que Davi caiu, Gabriela tinha colocado uma bacia pequena em cima do vaso e, como ele era um bebê muito gordo, provavelmente ela o deixou cair. Como já dito, quando dos fatos, saiu de casa o filho Davi estava acordado e avisou para Gabriela que estava saindo. Não chegou a conversar com Gabriela acerca do ocorrido, uma vez que ela é muito reservada, inclusive não teve “cabeça” para tocar no assunto com ela. A declarante ressaltou que a única “coisa” que Gabriela falava era que esse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

assunto machucaria muito a genitora e não queria vê-la sofrer. A depoente disse, ainda, que Marcos e Kaique não costumam mentir. Gabriela brinca com eles de brincadeira de criança, tendo ela um carinho a mais por Kaique. Não se recorda de ter visto sangue pela casa e não pôde vê-lo, vendo-o só no caixão para ser velado. Tomou conhecimento que Gabriela chamou Emily, levando o bebê até a residência dela. Chegando lá ele estava morto. Já fazia duas horas mais ou menos, mesmo assim o levaram no posto de saúde mais próximo. A declarante informou, ainda, que na sua presença Gabriela nunca fez nenhum mal às crianças; no entanto as outras crianças relataram, quando estavam todos juntos, que a Gabriela mexia no carrinho, tendo Kaique e Marcos dito ainda que a ré jogava Davi no carrinho. Diante do noticiado a depoente ficou assustada e falou com Emily, todavia ela precisava trabalhar. Gabriela disse que o bebê era muito manhoso, tendo ela reclamado que ele chorava muito. Ficou em desespero, uma vez que não conseguia encontrar uma creche. **Disse que Marcos não estava em casa quando do ocorrido.** Confirmou que a acusada tem uma pequena deficiência em um dos braços. Por fim, acredita que Gabriela possa ter deixado a criança cair quando foi dar banho, pois a bacia de banho da criança estava exposta, e não estava assim quando saiu.

Emily, irmã da ré e da vítima, não soube dizer como Davi faleceu. No dia dos fatos teve que levar um dos irmãos ao posto de saúde, sob suspeita de sarampo. Retornou do posto as 08h, falou para seu irmão descer e ir para casa, tendo ela ficado olhando até ele entrar no imóvel. Em seguida foi para sua casa. Por volta das 12h ou 12h15, horário que as peruas passavam pela rua para buscar e levar crianças para a escola, sua irmã Gabriela chegou a sua casa dizendo que Davi estava roxo. A declarante imaginou que o bebê estivesse engasgado e pediu para ela trazê-lo. Saiu na rua, chamou sua sogra e saiu todo mundo para a rua. Gabriela trouxe Davi no colo, contudo ele já estava molinho. A mãe de sua sogra falou que ele já tinha morrido, oportunidade em que a depoente começou a gritar e foram a UBs. Lá prestaram o socorro e o médico falou que já tinha duas horas que o bebê teria falecido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Diante da notícia teve que ir no IML e lá ficou sabendo o que deu no laudo (traumatismo crânio-encefálico). **Marcos estava na escola. Quem estava na ocasião dos fatos era o Lucas e o bebê.** Nunca soube que Gabriela batia no bebê. No dia anterior aos fatos ficou com Davi. Não reparou se ele tinha hematoma no couro cabeludo. Gabriela lhe contou que a mãe delas teria saído para trabalhar e pediu para se deitar do lado da vítima, para ele não cair quando acordasse. Contou que foi fazer as coisas enquanto ele estava dormindo, quando deixou ele cair, sem querer e, na sequência, fez ele dormir no carrinho. Com o ocorrido seus irmãos ficaram traumatizados. Marcos estava passando por psicólogo, pois ficou mais agressivo e desobediente.

Marcos, irmão da ré e da vítima, **disse que estava chegando da escola** e viu sua a acusada enforcando o bebê, ocasião em que disse para que ela soltasse o menino, tendo ela respondido: “Você vai ver o que vai acontecer com você”. Após foi para o seu quarto assistir. No local estavam o depoente, Kaique e a Luiza. Depois do que aconteceu vieram várias pessoas na sua casa e avisaram que o bebê teria morrido. Ligaram para a mãe do depoente e ela ficou desesperada. Disse ter visto a ré enforcando o Davi e batido a cabeça dele na janela, ressaltou que foi no mesmo dia do falecimento do bebê. Antes dos fatos disse que, sempre que Davi estava com fome, ele chorava muito e a acusada pegava a cabeça dele, enfiando-a no colchão, até ele dormir. Disse que teria ido à escola no dia que Davi faleceu. Contou, por fim, que tem vezes que ela o trata bem e outras ela o bate.

Lucas, irmão da ré e da vítima, não quis contar, o que lembra de ter acontecido. Contou que a acusada, as vezes é chata e as vezes é legal. Brigava de boca com ele e seus irmãos. Disse que a ré era legal com Davi, cuidava dele, trocava fralda e dava de mama para ele. Contou que no dia em que Davi morreu, estava em casa.

Descrita a prova oral passa-se a análise do mérito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A materialidade está comprovada pela prova oral e pelos laudos¹⁴.

Não há nada nos autos que comprove que a ré agiu com dolo. Não tiveram testemunhas presenciais do fato.

O testemunho de Marcos não pode ser levado em consideração, até porque a ré, sua irmã e mãe disseram que ele estaria na escola no dia dos fatos. Na casa estava o outro irmão Lucas, que não quis revelar nada acerca do que lembrava dos fatos, e a outra criança Luiza.

A acusada disse que reclamou para sua mãe acerca de sua exaustão por cuidar de seus quatro irmãos e ainda arrumar a casa. Confirmou que tem uma paralisia em um dos braços e disse que Davi era pesado.

A testemunha Emily, irmã mais velha da ré e da vítima, disse que a acusada lhe pediu ajuda para socorrer Davi.

Quanto ao testemunho da assistente social Elaine ela relatou o que a criança Marcos lhe contou, depoimento que não se pode levar em consideração, como já dito, uma vez que Marcos estaria na escola quando dos fatos.

Assim a prova é robusta em atestar que a apelante agiu com uma quebra de dever de cuidado, ao deixar o bebê cair do seu colo, enquanto o embalava. Desta feita, desclassifico o crime de lesão corporal seguida de morte por homicídio culposo.

Da dosimetria penal

Com a desclassificação do artigo 129, §3º, c.c. artigo 61, inciso II, alíneas “c”, “e” e “h”, ambos do Código Penal para o artigo 121, § 3º, do Código Penal, passo

¹⁴ Folhas 34 e 54.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

aplicar a pena.

A r. sentença, na primeira fase da dosimetria penal, fixou a base em 1/6 acima do mínimo legal, sob o fundamento de que a ré “era a responsável por cuidar do ofendido, um bebê de apenas 07 (sete) meses de vida, enquanto sua mãe trabalhava para trazer o sustento à toda família. E ao invés de cuidar e zelar pelo seu bem-estar, a ré o agredia e em decorrência das últimas agressões, ele veio à óbito. Toda essa situação causou um trauma para toda a família, que nunca será esquecido”¹⁵. No entanto não ficou comprovada que a acusada assim agia, até porque o testemunho de Marcos tem que ser levado com reservas, uma vez que Emily, a irmã mais velha, maior de idade, havia dito que no local estavam apenas as crianças Lucas e Luiza. Assim fixo a pena base ao piso, perfazendo-a em 01 ano de detenção.

Na segunda fase, observadas as agravantes previstas no artigo 61, inciso II, alíneas “c” (recurso que dificultou a defesa do ofendido), “e” (contra irmão) e alínea “h” (contra criança), bem como a atenuante da menoridade, a magistrada de primeiro grau, considerando o número de agravantes e atenuante, majorou a pena em 1/3.

Não há que se falar em recurso que dificultou a defesa da vítima, visto que a conduta foi culposa. Assim, matenho as demais agravantes, sendo que compenso com a menoridade e confissão, visto que confirma a prática da lesão culposa.

Inexistentes outras causas
 modificativas de pena.

Fixo o regime aberto, ante a primariedade da ré e o quantum da pena, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade pelo mesmo prazo da condenação.

Ante o exposto, **REJEITO A**

¹⁵ Folhas 318.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

PRELIMINAR e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para **DECLASSIFICAR** o crime para o artigo 121, §3º, do Código Penal, com a pena de 01 ano de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade.

MENS DE MELLO
Relator
Assinatura Eletrônica