

**MIGUEL REALE JUNIOR**

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**HELENA REGINA LOBO DA COSTA**

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**C O N S U L T A**

O ilustre advogado RODRIGO ALMENDRA, patrono de MIRTES RENATA SANTANA DE SOUZA, ora CONSULENTE, solicita parecer para que, em face do a seguir relatado e do exame dos autos da Ação Penal nº 0004416-62.2020.8.17.0001, responda-se aos quesitos ao final formulados.

Diz o advogado o seguinte, de forma breve:

“Em 12 de junho de 2.020, a Consulente MIRTES RENATA SANTANA DE SOUZA foi, juntamente com o seu filho de cinco anos, Miguel Otávio Santana da Silva, ao apartamento de Sari Corte Real, para quem trabalhava como empregada doméstica. Em determinado momento do dia, a Consulente desceu para executar a tarefa de passear com o animal de sua patroa, deixando Miguel momentaneamente aos cuidados e sob vigilância de Sari Corte Real.

Contudo, durante esse período, Sari Corte Real abandonou Miguel sozinho no elevador do prédio em que morava, de 38 andares, ao desistir de tirá-lo da cabine e ao permitir que a porta se fechasse. Em decorrência do abandono, Miguel subiu até o 9º andar, acessou a área técnica dos condensadores de ar-condicionado e, de lá, caiu até a área de lazer do condomínio, o que resultou em sua morte.

**MIGUEL REALE JUNIOR**

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**HELENA REGINA LOBO DA COSTA**

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Em 13 de julho de 2.020, o Ministério Público do Estado de Pernambuco denunciou Sari Corte Real pela prática do delito de Abandono de Incapaz com resultado morte. A inicial acusatória foi, então, recebida pelo Exmo. Juiz da 1ª Vara de Crimes Contra Criança e Adolescente da Comarca de Recife”.

Formula, então, os seguintes quesitos:

- 1** – Configura-se, em relação à conduta de Sari Corte Real, o crime de Abandono de Incapaz, previsto no artigo 133 do CP?
- 2** – Configura-se, no caso, a qualificadora do resultado morte, prevista no § 2º do artigo 133 do CP?

Examinados os autos da Ação Penal nº 0004416-62.2020.8.17.0001, em trâmite perante 1ª Vara de Crimes Contra Criança e Adolescente da Comarca de Recife (PE), passamos a dar nosso parecer:

**MIGUEL REALE JUNIOR**

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**HELENA REGINA LOBO DA COSTA**

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**P A R E C E R**

**I – BREVE RELATO DOS FATOS**

Em 13 de julho de 2.020, o Ministério Público do Estado de Pernambuco denunciou Sari Mariana Costa Gaspar Corte Real como incurso no artigo 133, § 2º (Abandono de Incapaz com resultado morte), com as agravantes do art. 61, inciso II, alíneas “h” e “j” (crime praticado contra criança e em estado de calamidade pública), todos do Código Penal<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ação Penal em trâmite perante o Juízo da 1ª Vara de Crimes Contra Criança e Adolescente da Comarca de Recife – autos nº 0004416-62.2020.8.17.0001.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Segundo narra o órgão acusatório, em 12 de junho de 2.020, Sari Corte Real abandonou o incapaz Miguel Otávio Santana da Silva, de apenas cinco anos de idade, que estava momentaneamente sob sua vigilância. Em decorrência do abandono, Miguel caiu do 9º andar do prédio (altura estimada de 33 metros), o que resultou em sua morte, pouco depois, por politraumatismo.

Nesse dia, a mãe da criança, Mirtes Renata Santana de Souza, foi à residência da denunciada, local no qual trabalhava como empregada doméstica. Em razão da suspensão das atividades da creche ocasionada pela pandemia de Covid-19, Mirtes viu-se obrigada a levar consigo seu filho Miguel.

Durante parte de seu expediente na residência da denunciada, Mirtes tomou conta da filha de Sari, de três anos de idade, enquanto essa ia ao dentista. Devido ao mau comportamento apresentado pelas crianças nesse período, Mirtes disse-lhes que não as levaria para andar com o animal de estimação da empregadora, quando essa retornasse à casa.

Quando Sari chegou, Mirtes avisou-lhe que desceria para andar com o cachorro sem as crianças, causando grande insatisfação em Miguel, que tentou insistentemente acompanhar a mãe, indo atrás dela pelo corredor do 5º andar. A mãe levou Miguel de volta ao apartamento, momento no qual Sari informou-lhe que **poderia sair, pois já havia trancado a porta**<sup>2</sup>. A partir de então, Sari passou a

---

<sup>2</sup> Mirtes, em depoimento no inquérito policial, afirmou: "que, já no corredor, Sari falou 'Mirtes, vai, que eu já tranquei a porta'" (fls. 93). Também quando ouvida judicialmente, Mirtes confirmou tal relato (conf. mídia contendo gravação da audiência, 7min21seg). Sari, em interrogatório

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

ser responsável momentaneamente pela vigilância e cuidado de Miguel até o retorno de sua mãe.

Em depoimento em sede policial, posteriormente confirmado em Juízo, Mirtes explicou que a porta possuía duas trancas, uma mais alta, manual, e uma mais baixa, eletrônica, que poderia ser facilmente acessada pela criança, diferentemente da primeira. Ao contrário do imaginado por Mirtes, a denunciada não havia trancado as duas fechaduras, mas apenas a de sistema digital, que abria com um simples toque de botão, como restou confirmado pela própria Sari, em interrogatório policial<sup>3</sup>.

Embora tivesse o dever de vigilância sobre Miguel, **Sari sequer percebera quando a criança abriu a porta e se dirigiu ao corredor, tendo sido avisada por sua filha**<sup>4</sup> de três anos de idade. Isso porque **Sari estava**, nesse momento, **distraída fazendo as unhas** com a manicure Eliane Lopes.

A partir de então, Miguel correu para o hall, acionou um dos elevadores e ingressou no Elevador Social 01. Conforme registrou a câmara de videomonitoramento, às 13h06, Miguel apertou algumas

---

policial, confirmou que dissera a Mirtes que já havia fechado a porta (fls. 243).

<sup>3</sup> “Que no momento em que Mirtes saiu com a cadela do apartamento, a interrogada fechou apenas a fechadura eletrônica, mas não a de cima; que Miguel alcança a fechadura e basta girar ou apertar o botão para abri-la” (fls. 246).

<sup>4</sup> Em depoimento na delegacia, Eliane Lopes, manicure presente no momento dos fatos, afirmou que: “Sari voltou para a mesa com a declarante, quando Sofia avisou que Miguel abriu a porta” (fls. 63 dos autos). Eliane confirmou esse fato em seu depoimento judicial (conf. mídia contendo gravação de seu depoimento, 15min38seg). A própria ré, em interrogatório policial, confirmou que fora avisada pela filha sobre a saída de Miguel (fls. 243).

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

teclas no painel, enquanto Sari segurava a porta e tentava convencê-lo a sair.

Miguel deixou a cabine, mas, logo em seguida, entrou no Elevador de Serviço 01, tendo Sari acompanhado e impedido o fechamento da porta. Miguel, então, voltou para o primeiro elevador, situação que se repetiu algumas vezes.

Ao entrar pela terceira vez no Elevador de Serviço 01, às 13h10m07s, Miguel apertou algumas teclas no painel, inclusive a do 9º andar. Sari gesticulava, aparentemente tentando convencer Miguel a deixar o elevador, mas, pouco tempo depois, às 13h10m43s, simulou apertar a tecla "C", referente à cobertura, e **desistiu de impedir o fechamento da porta, bem como de retirar a vítima do elevador, deixando, então, a porta se fechar e o elevador se movimentar**<sup>5</sup>.

Após o fechamento das portas do elevador, **Sari Corte Real retornou ao seu apartamento**. Não tentou localizar a vítima, não avisou à portaria sobre o ocorrido, sequer acompanhou a movimentação do elevador pelo seu painel externo, que indicava em qual andar ele se encontrava<sup>6</sup>. Apenas tentou contatar Mirtes, que estava fora do edifício naquele momento.

---

<sup>5</sup> Imagem capturada pela câmera de videomonitoramento do elevador demonstra que, às 13h10m45s, "Sari recua, retira a mão e permite o fechamento da porta do elevador, rumando à porta corta-chamas" (imagem nº 41 às fls. 383).

<sup>6</sup> Eliane Lopes, manicure presente no apartamento da denunciada no dia dos fatos, afirmou, em depoimento judicial, que "ela entrou no apartamento e disse 'ele não me obedece', e foi tentando ligar para a mãe, talvez ligando para a mãe para dizer para voltar para controlar". (conf. mídia contendo gravação de seu depoimento, 21min10seg).

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Do lado de Miguel, verificou-se, pelas câmaras de videomonitoramento, que, após o fechamento da porta, a criança ainda acionou as teclas do 2º, 15º e 20º andares, além do 9º andar. O elevador, então, desceu para o 2º andar, mas, quando a porta se abriu, Miguel não desembarcou.

Após, quando o elevador parou no 9º andar, às 13h11m25s, Miguel saiu e dirigiu-se à porta corta-fogo, que dava acesso ao corredor do pavimento.

Conforme constou em laudo pericial do Instituto de Criminalística, a porta corta-fogo em questão estava com um defeito no mecanismo de fechamento, mas, ainda que estivesse em perfeitas condições de funcionamento, Miguel conseguiria abri-la, já que a maçaneta ficava a 1,06 m do piso e a criança possuía 1,10 m de altura<sup>7</sup>. Inclusive, consoante comprovaram as gravações das câmaras de videomonitoramento, Miguel já havia aberto a porta corta-fogo do 5º andar diante da denunciada<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Assim, informou o laudo pericial do Instituto de Criminalística, “a porta corta-fogo de acesso ao elevador de serviço 01, situado a Oeste, apresentava defeito na porta, a qual não ficava fechada naturalmente, sendo necessário ser posicionada manualmente para ficar fechada..., e que **a altura da maçaneta até o piso era de 1,06 m, o que não seria um impedimento para a vítima acessar o corredor do 09º andar**” (fls. 271). Assim, os peritos concluem que “**embora fechada, a vítima conseguiria abri-la, mas com um pouco de dificuldade** (fls. 313)...é prudente que fique fechada..., mas **não era um obstáculo para que a vítima acessasse o corredor do 09 andar**” (fls. 316).

<sup>8</sup> Às fls. 355, confira-se a imagem da câmera de videomonitoramento nº 32: “13:10:17 Miguel aparece correndo logo **após abrir a porta corta-chamas** e ingressa mais uma vez no Elevador de Serviço, cuja porta já se encontrava aberta no 5º andar”.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

No corredor, Miguel foi até a janela que dava acesso à área técnica do 9º andar, restrita a profissionais habilitados a realizar manutenções nos equipamentos de ar-condicionado.

A vítima, então, conseguiu alcançar a cantoneira da janela e acessou, por escalada, a área técnica, que possuía 04 unidades condensadoras de ar-condicionado. Esses aparelhos estavam empilhados dois a dois, de maneira desalinhada, a permitir a descida como na forma de um degrau. Na parte posterior, havia um gradil, com função meramente estética, composto por perfis horizontais de alumínio.

Quando a vítima pisou no gradil, um dos perfis soltou-se, ocasionando o seu desequilíbrio e a sua consequente queda do 9º andar até o piso do andar "L", correspondente à área de lazer, o que resultou em sua morte<sup>9</sup>.

Ressalta-se que fora constatado pela perícia que a janela estava com defeito em seu sistema de travamento, mas tal fato, como bem pontuado em Relatório Policial<sup>10</sup>, não teve qualquer impacto no desenrolar dos fatos, uma vez que a janela se encontrava aberta naquele dia. Ou seja: ainda que a trinca estivesse em

---

<sup>9</sup> Impende sublinhar que foi absolutamente descartada, pela perícia técnica, a presença de uma terceira pessoa com Miguel no momento da queda: "o tempo da vítima saindo do elevador até a sua queda...e considerando todos os parâmetros de tempo levantados na reprodução simulada, nas imagens das câmaras e nos cálculos matemáticos na física da queda livre...fica evidente que não é factível outra pessoa perpetrando a ação, **eliminando totalmente de forma irrefutável a existência de outra pessoa no momento do fato**" (fls. 319). Além disso, todas as evidências encontradas na área técnica demonstram a presença unicamente de Miguel nesse local (fls. 319).

<sup>10</sup> Fls. 24 do Relatório Policial.



## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

condições normais de funcionamento, o fato de a janela estar aberta permitiria, da mesma forma, que Miguel escalasse a janela e acessasse a área técnica.

Importante observar, nesse ponto, que era natural e **esperado que a janela estivesse aberta**: além do estado pandêmico, que exige a renovação do ar no ambiente, a própria denunciada afirmou que a janela do 5º andar, assim como de vários outros andares, permanecia constantemente aberta<sup>11</sup>. Na mesma linha, o ex-síndico do prédio, Carlos Roberto Nobre de Almeida Filho, quando ouvido em Juízo, afirmou que naquele local passa a prumada de gás do edifício, sendo importante manter a ventilação<sup>12</sup>.

Além disso, era fato amplamente sabido pelos condôminos que **não era obrigatória a presença de tela de segurança nas lajes técnicas**. Isso porque cabia ao proprietário da unidade de final 01 de cada andar a opção de instalação da tela de segurança na respectiva área técnica, não sendo, pois, uma obrigação do condomínio. Sendo assim, 23 dos 38 andares de apartamentos possuíam a referida tela, por opção dos moradores, entre eles, da própria denunciada<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Assim Sari afirma em interrogatório policial: “**Que a janela do andar da interrogada sempre fica aberta; que a janela de vários andares ficam abertas; que a janela sempre fica aberta para circulação de ar e para tirar o cheiro das cozinhas**” (fls. 247).

<sup>12</sup> Conf. mídia contendo gravação da audiência, 15min53seg.

<sup>13</sup> Tal foi confirmado por Sari em interrogatório policial: “que o preço para telar a laje técnica era de 100 reais a mais, e como não mudava muita coisa, Sérgio determinou que lá também fosse telado”. (fls. 247).

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Portanto, não sendo obrigatória a instalação da tela de segurança, era esperado que alguns andares pudessem não contar com o referido item na laje técnica, como era o caso do 9º andar.

Outrossim, em alguns andares, a exemplo do 9º andar, os condensadores de ar-condicionado, por estarem desalinhados, permitiam o acesso à área técnica, pois estavam posicionados de maneira a formar uma espécie de pequeno degrau, diferentemente de outros andares, nos quais o alinhamento dos aparelhos bloqueava o acesso.

Dessa maneira, o Relatório Policial, com base no Laudo do Instituto de Criminalística, informou que o mesmo resultado poderia ter ocorrido em outros andares, como no **6º, 11º, 14º e 17º, além do 9º, uma vez que todos eles não possuíam telas de proteção** em suas lajes técnicas, **tampouco condensadores alinhados de forma a bloquear o acesso à área**. Ademais, as **janelas**, nesses andares, **também estavam abertas** no dia dos fatos<sup>14</sup>.

## II – O TIPO PENAL DO ABANDONO DE INCAPAZ

Edita o art. 133 do Código Penal:

---

<sup>14</sup> Fls. 24/25 do Relatório Policial. Às fls. 272 dos autos, em Laudo do Instituto de Criminalística, verifica-se tabela com informações sobre os andares que possuíam tela em suas áreas técnicas, condensadores bloqueando o acesso e janelas abertas no dia dos fatos.

**MIGUEL REALE JUNIOR**

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**HELENA REGINA LOBO DA COSTA**

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**Art. 133** - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três anos.

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

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

**§ 2º** - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

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

**I** - se o abandono ocorre em lugar ermo;

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

**III** - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)

**II.1. Abandonar**

Verifica-se, de plano, que a conduta está definida pelo verbo abandonar, sendo sujeito ativo apenas aquele que tenha o dever de cuidado, guarda, vigilância ou autoridade sobre pessoa por qualquer motivo incapaz de se defender da situação de abandono.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A conduta de abandonar, como bem ressalta NOVOA MONREAL, pode se dar mediante ação ou omissão, pois é possível abandonar alguém ativamente ou por uma inatividade, ao não “prosseguir uma atitude de atenção e cuidado em relação àquele que não se deve abandonar”<sup>15</sup>.

PANNAIN, no Novissimo Digesto Italiano, especificamente com relação ao crime de Abandono de Menor, observa que o abandono pode consistir em uma ação positiva, tal como sucede em se afastar do sujeito ou de colocá-lo em determinado lugar, ou em uma omissão, como ocorre no fato de não permanecer perto da pessoa a custodiar e de se desinteressar de prestar-lhe o cuidado devido<sup>16</sup>.

Outro emérito penalista italiano, PISAPIA, vê no ato de abandonar o fato de deixar a pessoa à mercê de si mesma, por omissão do sujeito ativo que viola o dever de vigilância<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1.984, p. 48. Igualmente, admite que o crime de Abandono de Incapaz pode ser omissivo ou comissivo: PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal*, v. 2. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 170.

<sup>16</sup> PANNAIN, Remo. Abbandono di persone minori o incapaci. Verbete in: *Novissimo Digesto italiano*, v. 1. Turim: Utet, 1.957, p. 20; BRUNO, Anibal. *Direito Penal*, tomo 4º: parte especial - crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: Forense, 1.966, p. 242 (nota 4), que reproduz o entendimento de Maurach e de Welzel: o crime de abandono de incapaz cinge-se em dois, um de atividade, por exposição, outro de omissão, por deixar a vítima em desamparo.

<sup>17</sup> PISAPIA, Gian Domenico. Abandono di minori. Verbete in: *Enciclopedia del Diritto*, v.1. Milão: Giuffrè, 1.958, p. 33 e nota 21. Não vislumbro o crime de Abandono de Incapaz como comissivo por omissão, malgrado haja um garante que descumpra o dever de proteção. No crime comissivo por omissão, já há um processo causal em curso que o agente tem o dever de impedir que alcance seu desiderato. Por esse resultado o agente responde, visto, podendo, não ter evitado: omite-se a ação de interromper o processo causal. No crime de Abandono de Incapaz, a omissão é que dá causa ao evento, à situação de perigo. O resultado situação de perigo não antecede a omissão, é fruto da omissão. O crime é em geral omissivo próprio, mas pode, pela forma como ocorre, vir a ser comissivo.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

No nosso direito, cabe destacar a descrição da ação típica de **abandonar** como deixar ao léu, desassistir o incapaz, o que “se dá, normalmente, pelo afastamento físico entre agente e a vítima”<sup>18</sup>.

Destarte, abandonar, verbo indicativo da conduta ilícita, tipificada no art. 133 do Código Penal, vem a ser deixar sem vigilância a pessoa incapaz de proteger-se a si própria dos perigos que podem se apresentar em face de suas condições pessoais e deficiências naturais, como sucede, é lógico, por exemplo, com uma criança de cinco anos.

Desamparada, a pessoa incapaz encontra-se à mercê de situações de perigo, que colocam em risco concreto sua incolumidade, razão pela qual o tipo penal integra o título dos crimes contra a pessoa, no capítulo relativo à periclituação da vida e da saúde.

A conduta delituosa consuma-se no momento em que, em razão do abandono, do afastamento de quem deveria promover a custódia, surge

---

<sup>18</sup> SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Código Penal Comentado*. Coordenado por Miguel Reale Júnior. São Paulo: Saraiva, 2.017, p. 388. Na Jurisprudência, veja-se acórdão que reputa configurado o crime de Abandono de Incapaz se “a criança estava sob os cuidados do réu, visto que ele era o responsável pelo transporte escolar. O acusado deixou a vítima no local combinado, embora tivesse o conhecimento de que ninguém estaria em casa. O delito resta configurado. Isso porque a vítima tinha 03 anos na época, ou seja, não possuía a capacidade de defender-se dos riscos resultantes do abandono. O apelante tinha pleno conhecimento de suas obrigações e de que um indivíduo de tenra idade não tem condições de ficar desacompanhado em via pública, em virtude de trabalhar na função de motorista de transporte escolar há muitos anos” (TJRS, Apelação Criminal nº 70077058436, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. em 20/06/2018, DJe 09/07/2018).

a situação perigosa, que consiste no resultado indevido, que se deveria ter impedido de ocorrer mediante o cumprimento do dever.

O crime é instantâneo, mas de efeitos permanentes, pois consuma-se no instante mesmo em que se deixa de prestar o cuidado ou de prover a vigilância devidos, em decorrência do que se instala uma situação de perigo<sup>19</sup>.

## **II.2. Dever de proteção e situação de perigo**

Dois aspectos essenciais vêm à baila: primeiramente, a existência de um dever de cuidado ou vigilância, consistindo este no dever de zelar pela incolumidade, pela segurança da vítima. O segundo dado está no surgimento de uma situação de perigo.

O primeiro elemento consiste na existência de um dever de proteção decorrente de imposição legal, contratual ou mesmo da própria situação de fato que se apresenta, em vista da qual se assume essa obrigação, fruto, portanto, de particular relação entre sujeito passivo e ativo, que torna este último garantidor da incolumidade da vítima<sup>20</sup>. Assim, o agente está jungido a prestar

---

<sup>19</sup> PANNAIN, Remo. Abbandono di persone minori o incapaci. Verbete in: *Novissimo Digesto italiano*, v. 1. Turim: Utet, 1.957, p. 21.

<sup>20</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte especial 2 - crimes contra a pessoa*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2.013, p. 274, denomina de "vínculo de assistência". Como bem expõe BITENCOURT, o crime é omissivo, podendo ser qualificado pelo resultado, havendo uma posição de garantidor privilegiado.

assistência ao incapaz, ciente, portanto, de seu dever de proteção, mas se subtrai da observância dessa obrigação<sup>21</sup>.

O outro elemento vem a ser o surgimento de uma situação de perigo decorrente do afastamento do vigilante ou cuidador, que deixa o incapaz entregue a si mesmo, à mercê da possibilidade de riscos próprios de sua colocação só, em condições propícias a ver lesada sua incolumidade física<sup>22</sup>.

### II.3. Elemento subjetivo

O dado anímico consiste em decidir abandonar o incapaz, desistindo do dever de vigilância, sabendo da incapacidade deste de prover sua própria segurança, nas condições dadas. Assim, o elemento subjetivo vem a ser a consciência de estar a provocar risco para a vítima<sup>23</sup> e assentir na criação deste perigo ao desistir de atuar o dever de assistência, entregando o incapaz à própria sorte.

---

<sup>21</sup> PISAPIA, Gian Domenico. Abandono di minori. Verbete in: *Enciclopedia del Diritto*, v.1. Milão: Giuffrè, 1.958, p. 34.

<sup>22</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.008, p. 337, bem diz: "o abandono de incapaz, consistente em apartar-se o agente da vítima, deixando-a entregue à sua própria sorte".

<sup>23</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal, tomo 4º: parte especial - crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Forense, 1.966, p. 244, bem frisa ser a intenção do agente expor a vítima a uma situação de desamparo.

Na forma omissiva, há um coeficiente psíquico de vontade, um querer não fazer, consistindo o dolo em não fazer o que deve ser feito, e que não se faz com conhecimento e vontade, permanecendo-se inerte. O dolo, como conhecer e querer, compreende o dever que se descumpre, bem como o processo causal a que se dá curso, até a ocorrência do resultado pretendido. O agente conhece e quer a omissão, o não fazer o devido, permitindo a instalação de situação de perigo.

O dolo, no crime de Abandono de Incapaz, pode ser direto ou eventual<sup>24</sup>. Direto quando se tem o propósito de realizar a conduta e de provocar a situação de perigo que lhe é decorrente. Por isso, a doutrina fala em **dolo de perigo**<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Veja-se a seguinte decisão acerca do dolo eventual: "Pratica o crime de abandono de incapaz aquela que se embriaga até perder os sentidos deixando os filhos trancados em casa, relegados à própria sorte e incapazes de defender-se dos riscos resultantes do abandono, como no caso do incêndio que resultou em morte das filhas. Age, no mínimo, com o dolo eventual, aceitando os riscos do perigo que sua conduta poderia acarretar, o que é suficiente para a caracterização do crime previsto no art. 133, §§2º e 3º, II, do Código Penal" (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0472.08.019769-3/003, Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, j. em 28/02/2018, DJe 07/03/2018). Em outra decisão, diz-se: "Configura o crime de abandono de incapaz o simples ato de deixá-lo só, sem a devida assistência, ainda que não exista a intenção de colocá-lo em perigo, em face da excepcional incapacidade do mesmo se defender sozinho, demandando atenção, zelo e cautela" (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0043.08.014297-9/001, Rel. Des. Edival Jose de Moraes, 1ª Câmara Criminal, j. em 16/08/2011, DJe 30/09/2011).

<sup>25</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal, tomo 4º: parte especial - crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Forense, 1.966, p. 244; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte especial 2 - crimes contra a pessoa*. cit., p. 275; na Jurisprudência, veja-se a seguinte decisão: "O crime de abandono de incapaz, tipificado no artigo 133 do Código Penal, consuma-se com o dolo de abandonar pessoa incapaz de se defender dos riscos resultantes do abandono, ainda que este seja temporário" (TJRS, Apelação Crime nº 70073907503, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Miguel Achutti Blattes, j. em 13/09/2017, DJe 22/09/2017).



Eventual quando o agente, diante da possibilidade de ocorrência do resultado, assume o risco de sua realização, não confiando que tal não suceda. Conforma-se com a realização do tipo<sup>26</sup>.

Assim, diante da probabilidade objetivamente verificável de provocação de uma situação de perigo, age-se com dolo eventual ao se dar assentimento, ao se aceitar o altamente possível evento. O assentimento decorre de não se confiar que o resultado não ocorra. O dolo é eventual, como já expressei anteriormente, quando o agente inclui o resultado possível (criação de perigo), de forma indiferente, como decorrência de sua conduta, não lhe repugnando, mas aceitando que venha o evento a suceder<sup>27</sup>.

#### II.4. Fuga

Por outro lado, a doutrina bem explica não se dar a responsabilização do cuidador ou vigilante se é a vítima a sair o âmbito de controle, ocultando-se fora da zona possível de atuação,

---

<sup>26</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Editorial Comares, 2.002, p. 321. Neste sentido, a Exposição de Motivos do CP de 1.940, da lavra de Néelson Hungria, na qual se afirma haver dolo eventual quando se assume o risco, se tem consciência de correr o risco e se "consente previamente no resultado, caso venha este, realmente, a ocorrer". Igualmente: REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal Comentado*. Coordenado por Miguel Reale Júnior. São Paulo: Saraiva, 2.017, p. 73.

<sup>27</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito Penal - Jurisprudência em debate*. Coordenado por Miguel Reale Júnior. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.016, p. 54.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

assim driblando a vigilância, fugindo dos olhos de quem deveria zelar por sua segurança. Diz, então, PAULO JOSÉ DA COSTA JR: "se a vítima escapa, burlando a vigilância que lhe é imposta, não há abandono, há fuga"<sup>28</sup>.

No mesmo sentido, ANIBAL BRUNO, para quem não se configura o crime se é a própria vítima que foge à vigilância<sup>29</sup>, impossibilitando-se, então, o exercício do controle do incapaz, pois a quem deve vigiar não está ao alcance do vigilante.

Analizados os dados elementares configuradores do crime de Abandono de Incapaz, cumpre verificar se há adequação típica da conduta da ré a este tipo penal.

### III - ADEQUAÇÃO TÍPICA

É relevante para a compreensão do estado de espírito que presidia a ré, empregadora da mãe do menino Miguel, o acompanhamento de suas atitudes desde antes do abandono definitivo da vítima, o momento do abandono e o que se sucedeu.

Com efeito, a empregada Mirtes, mãe de Miguel, como repreensão à algazarra que Miguel e a filha de três anos da empregadora

---

<sup>28</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.008, p. 338.

<sup>29</sup> BRUNO, Anibal. *Direito Penal, tomo 4º: parte especial - crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Forense, 1.966, p. 243.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

faziam, decidiu levar o cachorro da patroa para passear, deixando os menores no apartamento. Assumiu, então, Sari, a empregadora, o dever de cuidar das crianças, tal como taxativamente assegurou, conforme atesta Mirtes, em depoimento.

Mas, o descuido com as crianças era manifesto. A ré garantiu à mãe de Miguel ter fechado a porta, tendo Mirtes entendido que o fizera com as duas trancas, uma eletrônica, embaixo, e outra mecânica, ao alto. Contudo, a ré apenas fechara a de baixo, deixando de trancar a de cima à qual as crianças não teriam acesso.

Cuidando das unhas, deixou de cuidar das crianças, tanto que Miguel abriu a porta exatamente por estar apenas a tranca de baixo fechada. Sari, desatenta, foi alertada de ter o menor saído do apartamento por sua própria filha de três anos, como declara a manicure. Percebe-se, portanto, o descaso com que cumpria o dever de vigilância que claramente assumira sobre as crianças, aliás como não poderia deixar de ser, em face da saída da empregada. Nada vigiou a ré, a ponto de ser avisada da saída do menor Miguel por sua filhinha de três anos.

A atenção e interesse da ré estavam voltados inteiramente à manicure.

Foi por essa razão que desistiu de acompanhar ou de retirar o menor Miguel do elevador<sup>30</sup>, deixando-o ir, sozinho, com todos os

---

<sup>30</sup> Legislação municipal de Recife proíbe o trânsito de crianças menores de dez anos sozinhas em elevador, Lei Municipal nº 18.076/2014, por não terem discernimento e condições para providências em caso de qualquer

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

sabidos riscos de uma criança, ainda mais agitada como Miguel, em um elevador em prédio de 38 andares de apartamentos, com todos os perigos à solta, seja ao alcançar o térreo ou qualquer dos andares, ou a cobertura, com os espaços livres existentes no edifício.

A foto n. 41 das imagens das câmeras de videomonitoramento do edifício bem revela que a ré simplesmente desistiu de vigiar o menor entregue a seus cuidados, deixando-o à sua sorte, ao léu. No instante em que permitiu que a porta do elevador se fechasse, praticou o abandono, não estando a criança escondida, longe do seu alcance, mas na sua frente. Houve precisa omissão de vigilância, não atuando a ré conforme o dever que assumira de cuidar da criança na ausência da mãe, sua empregada, que se retirara para cumprir tarefa de seu mister.

O argumento de que o filho de Sari andaria sozinho no elevador naquele edifício<sup>31</sup>, não tendo por isso vislumbrado qualquer perigo, não afasta a configuração da ausência de vigilância devida.

Em primeiro lugar, porque objetivamente há normas em distintos âmbitos proibindo a circulação de crianças desacompanhadas em elevadores, em razão do perigo de tal comportamento. Nessa linha, a Lei Municipal de Recife nº 18076/2014 e o regimento interno do condomínio vedam a circulação de crianças desacompanhadas. E tais normas têm como finalidade exatamente

---

eventualidade. O município de São Paulo, igualmente, estabelece a mesma proibição por via da Lei nº 12.751 de 4 de novembro de 1998.

<sup>31</sup> Conforme narrado pela testemunha Araceli Barreto Melo Villar (3min48seg) e pelo declarante Sergio Porto Real (16min38seg), ambos nos depoimentos prestados em Juízo.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

evitar diversos perigos que podem decorrer dessa situação, tais como: a criança sair do elevador na garagem e acabar sendo atropelada; a criança acessar o andar onde há a piscina e, após acessá-la, acabar afogando-se; a criança acessar um andar alto com janela desprotegida e sofrer queda (risco especialmente agravado em um edifício de 38 andares); ou a criança não saber reagir adequadamente à situação de ficar em um elevador quebrado.

Em segundo lugar, Miguel não era uma criança que, como o filho de Sari, estava acostumada a andar de elevador. Miguel residia em uma casa, e havia ido poucas vezes ao edifício da acusada, estando sempre acompanhado por sua mãe quando tomava o elevador<sup>32</sup>. Além disso, Miguel tinha dificuldade com alguns números, confundindo, muitas vezes, alguns algarismos. Assim, natural que houvesse confusão por parte do menino quanto ao andar em que deveria sair do elevador, bem como desorientação ao sair em andar distinto daquele inicialmente imaginado. Tais dados eram de conhecimento da acusada, que conviveu diariamente com o menino em sua casa de Tamandaré por mais de dois meses<sup>33</sup>.

E, ainda, sendo Miguel uma criança agitada – conforme ficou bem caracterizado ao longo da instrução processual<sup>34</sup> – seria evidente haver perigo em abandoná-lo sozinho no elevador.

---

<sup>32</sup> Conforme depoimento judicial prestado por Mirtes, gravado em mídia, em 47min 31 seg.

<sup>33</sup> Sergio Corte Real, dentre outras pessoas ouvidas ao longo da instrução judicial, relata sobre o período em que Mirtes, Marta e Miguel ficaram na casa da família Corte Real em Tamandaré.

<sup>34</sup> Mirtes conta que o filho precisou de sessões com um psicólogo em razão de problemas comportamentais, sobretudo após a separação entre ela e o pai

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

No que se refere a uma suposta fuga do menor, nota-se não ter havido qualquer fuga e sim abandono puro e simples, entregando-o ao que desse e viesse ao desistir, estando ele à sua frente, podendo impedi-lo de transitar no elevador e voluntariamente deixando de o fazer. No momento em que omitiu o cuidado de vigilância, permitindo o fechamento da porta do elevador, tendo visto que a criança acionara botões de vários andares, consumou-se o crime de abandono.

Não houve drible, não houve fuga. Houve abandono. As imagens das câmeras não deixam dúvidas de que a acusada deixou a criança ao léu, à mercê da própria sorte, em edifício no qual muitas eram as situações de risco a que estaria sujeita.

Observe-se, no comportamento da ré, a circunstância de que, fechada a porta, sequer acionou para o elevador voltar ao seu andar, a demonstrar que preferiu deixar de vigiar a criança. É o que descreve a manicure, contando ter Sari retornado ao apartamento, limitando-se, ela, a tentar ligar para Mirtes, a mãe de Miguel pelo celular.

A ré não interfonou à portaria para avisar estar o menino só no elevador, podendo querer sair à rua, descer em qualquer andar, como efetivamente fez, sendo, portanto, absolutamente previsível a possibilidade de danos à sua integridade física.

---

do menino; a testemunha Eduarda Mikaela relata que Miguel uma vez bateu na professora do hotelzinho; Marta relatou situação em que Miguel teria mordido a mãe. Todos os depoimentos foram prestados em Juízo.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A acusada buscou, apenas, telefonar para a mãe de Miguel pelo celular.

Dessa feita, verifica-se que a conduta da ré, a todo momento, revela sempre uma mesma constante: a do absoluto descaso em relação à integridade física e à vida de Miguel. Denota-se esse descaso previamente ao abandono, ao ter sido avisado pela filha de três anos sobre a saída de Miguel, enquanto estava distraída fazendo as unhas; durante o ato do abandono, ao desistir de segurar a porta do elevador, permitindo o seu fechamento; bem como após o fato, ao retornar ao apartamento, sem tomar qualquer medida para evitar o resultado lesivo, como acionar novamente o elevador para retornar ao seu andar, avisar à portaria sobre o ocorrido ou, ao menos, monitorar o painel do elevador para acompanhar o seu deslocamento.

Os elementos integrantes do tipo penal do crime de Abandono de Incapaz, acima analisados, estão presentes na conduta da ré, ou seja, o dever de vigilância assumido pela ré, o descaso com a vigilância e depois o momento consumativo do abandono consistente em ter deixado, consciente e voluntariamente, a criança de cinco anos seguir sozinha no elevador, no quadro de agitação em que se encontrava, sendo entregue à sua sorte, quando estava ao alcance dela ré, que omitiu, então, o dever de vigiar.

#### **IV – RESULTADO MORTE**

O crime de Abandono de Incapaz tem a pena aumentada, segundo a redação original do Código Penal, cominando-se reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos se do abandono resultar a morte da vítima.

Com a qualificadora do "§ 2º - Se resulta a morte", passa-se de um crime de perigo para um crime de dano, que ofende o mesmo bem jurídico posto em risco, ou seja, a vida<sup>35</sup>. Trata-se, portanto, de crime preterdoloso, pois o bem jurídico atingido pelo delito-base é o mesmo a vir a ser prejudicado pelo resultado secundário<sup>36</sup>.

O resultado não querido, mas que advém como consequência da conduta realizada, pode estar na mesma linha do bem jurídico atingido pelo delito-base. Nesta hipótese, há um crime preterdoloso. O agente, no crime de Abandono de Incapaz, não quer nem assume o risco do resultado morte, havendo, então, se este evento previsível suceder, lesão ao mesmo bem jurídico posto em perigo pelo abandono: a vida. Há um nexo de continuidade. O resultado menos grave, periclitção à vida, é absorvido pelo resultado mais grave, morte, dando-se uma "comprenetrazione del

---

<sup>35</sup> PANNAIN, Remo. *Abbandono di persone minori o incapaci*. Verbete in: *Novissimo Digesto italiano*, v. 1. Turim: Utet, 1.957, p.22: "all'evento di pericolo per le vita o incolumità individuale si sostituisce quello di danno per i medesimi beni".

<sup>36</sup> FIGUEIREDO FERRAZ, Esther de. *Os delitos qualificados pelo resultado*. Dissertação de mestrado na faculdade de Direito da USP, 1.948, p. 42; REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal Comentado*. Coordenado por Miguel Reale Júnior. São Paulo: Saraiva, 2.017, p. 78 e seguintes. Distingue-se o crime preterdoloso, no qual o bem jurídico atingido é o mesmo no delito-base e no resultado não desejado, enquanto no crime qualificado pelo resultado é diverso o bem jurídico do delito-base e do delito secundário, como ocorre no desabamento ou desmoronamento com resultado morte (art. 256 c.c. art. 258, ambos do CP), sendo certo, contudo, que, mesmo nesta hipótese, na ação base se encerra um certo perigo com respeito ao resultado.



## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

minore episodio nella struttura del fatto più grave”<sup>37</sup>.

O agente responderá pelo resultado morte, decorrente do perigo causado, se ao menos poderia ter representado a possibilidade do evento morte, por lhe ser cognoscível<sup>38</sup> a potencialidade da situação criada para vir a levar à morte da vítima, sendo factível passar-se do surgimento de um perigo à vida para uma lesão à vida.

Há um nexo de causalidade em continuidade, com atingimento progressivo do bem jurídico, antes posto em perigo, mas encerrando condições de possibilidade previsíveis para evoluir à ocorrência de um dano.

É certo, portanto, que, por força do disposto no art. 19, caso este resultado, que se anunciava como possível, fosse cognoscível por agente atento, reconhecível como tal, estar-se-ia a atuar culposamente, pois haveria circunstâncias que permitiam a previsibilidade do surgimento do resultado não querido, como fruto apreensível<sup>39</sup> da situação de perigo dolosamente provocada.

---

<sup>37</sup> ZUCCALÀ, Giuseppe. *Il delitto preterintenzionale*. Palermo: G. Priulla, 1.952, p. 50.

<sup>38</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal Comentado*. Coordenado por Miguel Reale Júnior. São Paulo: Saraiva, 2.017, p. 75. Considero que há, no comportamento culposo, a cognoscibilidade do perigo e a não observância, em vista desse perigo, do cuidado objetivamente exigível, tendo-se como consequência a aparição do resultado típico. A cognoscibilidade não diz respeito ao evento, mas à situação em que se desenrola a ação, como potencialmente causadora do evento, conforme assevera CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.007, p. 385.

<sup>39</sup> BASILE, F. L' alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione dela conseguenza ulteriore non voluta. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3, p. 911-968, jul./set. 2.011.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fundamental destacar que, nos crimes preterdolosos, o segundo resultado lesivo (oriundo do perigo causado) não decorre da consciência e vontade do agente na situação concreta, como ocorre nos delitos dolosos. Por isso, não se deve confundir previsão atual do resultado, o que é característico do dolo, com a previsibilidade ou cognoscibilidade do perigo. Esse último dado, que caracteriza a culpa e, por consequência, também a imputação do segundo resultado lesivo nos crimes preterdolosos, consiste na previsibilidade estatística do resultado a partir da ação, com base na experiência geral da vida<sup>40</sup>.

Assim, não é relevante, para a imputação do resultado morte, que o agente não tenha previsto que, naquela situação, a vítima poderia morrer, mas sim que a ação, objetivamente observada, poderia levar àquele resultado.

A culpa consiste, portanto, na realização da ação sem previsão atual, como era possível fazê-lo, da causação de um resultado mais grave, na linha do mesmo bem jurídico atingido pelo perigo criado. Se era possível a cognoscibilidade da evolução, como fruto da omissão do dever, de um perigo à vida para um prejuízo à vida, então, há responsabilização por este resultado mais grave em face de se ter atuado culposamente, como exige o art. 19 do Código Penal<sup>41</sup>, não se prevendo o previsível, o naturalmente previsível, como no caso em exame.

---

<sup>40</sup> TAVARES, Juarez. Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003. p. 331.

<sup>41</sup> "Agravação pelo resultado: Art. 19. Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos

## V – CONFIGURAÇÃO DA QUALIFICADORA

**Se não houvesse o abandono, não haveria a morte, que era previsível poder suceder nas circunstâncias dadas.**

A lógica, o bom senso e a experiência indicam claramente a possibilidade de a criação de um perigo à vida, no caso em exame, poder evoluir para uma agressão efetiva à vida. Um menino peralta solto a perambular pelo edifício de 38 andares é indicativo evidente de poder ocorrer uma desgraça.

Como já descrito, era fato amplamente sabido pelos condôminos que **não era obrigatória a presença de tela de segurança nas lajes técnicas**. A ré sabia ser opcional colocar a proteção na área técnica, tanto que conhecia a circunstância de haver colocado no seu andar pelo acréscimo de 100 reais. Assim, era consabida a existência de áreas não protegidas, como efetivamente ocorria nos andares **6º, 11º, 14º e 17º, além do 9º, sem terem tampouco condensadores alinhados de forma a bloquear o acesso à área**.

A altura da janela existente no local, embora dentro das normas de segurança<sup>42</sup>, permitiria o acesso por uma criança da altura de Miguel, dada a agilidade e leveza características da idade. Tanto é assim que, em geral, os moradores que tinham criança, colocavam telas na área interna de seus apartamentos e também no

---

culposamente”.

<sup>42</sup> Conforme testemunhou Carlos Roberto Nobre de Almeida Filho. Conf. mídia contendo gravação da audiência, 2min 24seg.

MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

terraço técnico, exatamente em razão da situação de perigo a crianças desacompanhadas.

A testemunha José Oscar do Nascimento, porteiro noturno do edifício, expressou de forma bastante clara a existência de um risco reconhecível no local, afirmando "tendo janela, oferece risco [a crianças desacompanhadas]"<sup>43</sup>.

A acusada, moradora do local, certamente conhecia todos esses elementos, a denotar a previsibilidade (ou cognoscibilidade) objetiva do risco.

A indiferença em face dos riscos à vida e à integridade física da criança de 5 anos é patente, a demonstrar a consciência e vontade ao assentir na criação de situação perigosa para a vítima, mesmo diante de visível possibilidade de se estender o fato ao surgimento de uma efetiva lesão à sua integridade física.

Sem sombra de dúvida pode-se verificar, no caso em análise, haver um nexo de continuidade, sendo o resultado menos grave, periclitção à vida, absorvido pelo resultado mais grave, morte. A linha de progressão do perigo à lesão à integridade física brota evidente ao se abandonar o peralta Miguel no elevador de um prédio com tantas zonas de risco. Acresce-se a circunstância de não se ter acionado a portaria ou chamado o elevador para voltar ao seu andar, limitando-se a tentar contato com a mãe do garoto que se achava distante.

---

<sup>43</sup> Conf. mídia contendo gravação da audiência, 7 min 44 seg.

## MIGUEL REALE JUNIOR

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

## HELENA REGINA LOBO DA COSTA

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Tampouco se pode apontar curso causal independente que tenha interferido no desenrolar fático. Não houve a interferência de terceiros, nem descumprimento de normas de segurança no edifício que interrompessem o curso causal desencadeado pela acusada.

Destarte, configura-se a forma preterdolosa consistente em se ter, em face do assumido abandono do menor, ocorrido, com claro nexo de causalidade, a sua morte, circunstância possível de previsibilidade, razão pela qual é a ré de ser considerada responsável pelo evento desastroso.

### **VI – RESPOSTAS AOS QUESITOS**

**1** – Configura-se, em relação à conduta de Sari Corte Real, o crime de Abandono de Incapaz, previsto no artigo 133 do CP?

**RESPOSTA:** Sim, conforme esclarecido mais pormenorizadamente acima, todos os elementos típicos exigidos pela figura de Abandono de Incapaz estão caracterizados na conduta da acusada, considerando-se o que consta dos autos.

**2** – Configura-se, no caso, a qualificadora do resultado morte, prevista no § 2º do artigo 133 do CP?

**MIGUEL REALE JUNIOR**

TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

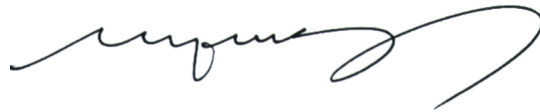
**HELENA REGINA LOBO DA COSTA**

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

**RESPOSTA:** Sim, há a incidência da qualificadora do resultado morte, como resultado de um nexó de continuidade estabelecido a partir da conduta inicial de criação do perigo, com previsibilidade objetiva de sua ocorrência.

É esse o nosso parecer.

São Paulo, 23 de julho de 2021.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Miguel Reale Júnior', with a stylized, flowing script.

**MIGUEL REALE JÚNIOR**

**HELENA REGINA LOBO DA COSTA**