

**Crime contra a família - Subtração de incapaz -  
Materialidade e autoria - Comprovação -  
Embriaguez - Caso fortuito ou motivo de força  
maior - Não ocorrência - Reprovação social -  
Perdão judicial - Impossibilidade - Custas proces-  
suais - Isenção**

Ementa: Apelação criminal. Subtração de incapaz. Materialidade e autoria comprovadas. Embriaguez. Caso fortuito ou motivo de força maior. Inocorrência. Reprovação social. Perdão judicial. Impossibilidade. Custas processuais. Isenção. Recurso parcialmente provido.

- A embriaguez, quanto à sua origem, pode ser classificada como voluntária, culposa, fortuita ou por motivo de força maior, sendo que apenas as duas últimas excluem a imputabilidade penal.

- A escusa absolutória do perdão judicial tem aplicação restrita aos casos previstos em lei, não podendo o magistrado conceder a clemência do Estado quando bem entender.

- São condições indispensáveis para o perdão judicial do § 2º do art. 149 do Estatuto Repressivo Material, que o agente restitua o inimputável e que este não tenha sofrido maus-tratos ou privações.

- Faz jus à isenção das custas processuais o réu comprovadamente hipossuficiente, nos termos do art. 10, inc. II, da Lei Estadual 14.939/03.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0529.07.017966-6/001 -  
Comarca de Pratápolis - Apelante: E.L.B. - Apelado:  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator:  
DES. CÁSSIO SALOMÉ**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Duarte de Paula, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL.

Belo Horizonte, 25 de novembro de 2010. - Cássio Salomé - Relator.

**Notas taquigráficas**

DES. CÁSSIO SALOMÉ - E.L.B. não se conforma com a sentença de f. 84/95, que o condenou à pena definitiva de 01 (um) ano de detenção, regime semi-aberto, pela prática do crime de subtração de incapazes. Aviou, então, recurso de apelação.

Segundo a exordial acusatória, na tarde do dia 22 de abril de 2007, o apelante ofereceu R\$5,00 (cinco reais) à inimputável M.B.F., para que ela o acompanhasse até o rancho de J.R.A., que fica próximo às torres de transmissão de TV, na zona rural de Itaú de Minas.

Consta que a menina, então com 07 (sete) anos de idade, aceitou a proposta e para lá seguiu com E.L.B.

De acordo com a inicial, às 16h daquele mesmo dia, a vítima M.M.B. percebeu o desaparecimento de sua filha e mobilizou toda a família para procurá-la. Na manhã seguinte, a criança foi localizada por J.B.F., seu tio. E.L.B. logrou êxito em evadir-se do local.

Vencida a instrução processual, a conspícua Magistrada monocrática teve por bem julgar procedente a proemial e condenar o apelante pela prática do crime descrito no art. 249 do Código Penal.

Intimações regulares, f. 128.

O recurso foi interposto à f. 96.

Em razões de f. 113/115, o apelante alegou que o fato descrito na inicial não é típico, pois foi a menor quem pediu para ir com ele até o rancho; nem culpável, pois, no dia dos fatos, estava embriagado, por motivo de força maior ou por caso fortuito (alcoolismo). Subsidiariamente, afirmou que faz jus ao perdão judicial do § 2º do art. 249 do CP.

Em contrarrazões, o ilustre Promotor de Justiça pugnou pelo improvimento do recurso (f. 116/121).

Às f. 134/138, o douto Procurador de Justiça opinou pelo improvimento da irresignação.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Inexistindo preliminares arguidas ou apreciáveis *ex officio*, passo diretamente à análise do mérito.

A materialidade e a autoria restaram cabalmente comprovadas, graças à confissão do apelante, aliada à prova testemunhal.

M.B.F. contou a familiares que estava brincando na rua quando o apelante ofereceu-lhe R\$ 5,00 (cinco reais) e guaraná para que ela o acompanhasse. Aceita a proposta, ambos seguiram para um sítio, onde passaram a noite. Vejamos:

No dia dos fatos, M.B.F. estava brincando no passeio com suas amigas; que, por volta das 16h, a declarante, que é mãe de M.B.F., deu falta da criança; que todos os familiares estavam à procura da menina; que, no dia seguinte, por volta das 8h30, o tio de M.B.F. a encontrou num rancho em companhia de E.L.B.; que, E.L.B. é primo de segundo grau da declarante; que, E.L.B. disse a M.B.F. que era para ela tomar a água do rio; que M.B.F. disse que E.L.B. não fez nada com ela [...] (Declarações da vítima M.M.B.F., na Depol, à f. 08).

E.L.B. admitiu, na Depol e em Juízo, que levou a inimputável até o rancho de J.R.A., na zona rural de Itaú de Minas. Aduziu apenas que foi ela quem pediu para acompanhá-lo até o local.

Ora, o fato de a iniciativa de acompanhar o apelante ter sido, ou não, da menor é irrelevante. Aos 07 (sete) anos de idade, M.B.F. não tinha capacidade para consentir com o abandono do lar e da família, de modo que, ao retirá-la da esfera de vigilância e proteção de seus pais, sem a autorização dos mesmos, E.L.B. praticou o delito de subtração de incapaz.

Não é outro o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete, que ensina que o crime de subtração de incapazes resta configurado quando se

[...] subtrai, ou seja, tira, arrebatada, surrupia, retira o incapaz do local onde se encontra, da guarda, da proteção, da custódia ou da vigilância de quem é responsável por ele, mediante violência física ou moral ou fraude, ou mesmo sem tais meios. Irrelevante para a configuração do crime é a aquiescência do incapaz ao ato, mas exclui a tipicidade a concordância do responsável legal (*Código Penal interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.742).

O fato praticado amolda-se perfeitamente, portanto, ao descrito no art. 249 do CP, não havendo que se falar em atipicidade da conduta.

Tampouco pode prosperar a tese segundo a qual o apelante era absolutamente incapaz de compreender o caráter ilícito de seus atos, porque estava bêbado.

Como de curial sabença, a embriaguez, quanto à sua origem, pode ser classificada como voluntária, culposa, fortuita ou por motivo de força maior, sendo que apenas as duas últimas excluem a imputabilidade penal (art. 28 do CP).

Isso porque o legislador pátrio, reconhecendo como um grave problema a ser enfrentado, no combate à criminalidade, a possibilidade de o indivíduo lançar mão de bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes para colocar-se, culposa ou propositalmente, em situação de inimputabilidade, abraçou a teoria da *actio libera in causa*, sobre a qual disserta o Professor Fernando Galvão:

Consoante a regra, a imputabilidade é juízo de valor que recai sobre a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato ou conduzir-se de acordo com esse entendimento, no momento em que praticou o fato delitivo. A teoria da *actio libera in causa*, no entanto, estabelece exceção à regra, considerando também imputável o agente que, na ocasião da prática da conduta, não era imputável, mas o era no momento anterior, quando imaginou cometê-la ou culposamente pôs em movimento o processo causal que desencadeou na prática do ato punível. Trabalhando com a noção de causalidade voluntária, essa teoria sustenta não ser necessário que a vontade originária mantenha-se por todo o curso do processo executivo do delito. Assim, se o agente obrou com dolo ou culpa para a causa da inimputabilidade, deve responder pelo resultado produzido nesse estado, não importando se, no momento da ação ou omissão típica, possuía plena capacidade de entendimento ou autodeterminação (ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. *Direito penal*. Curso completo. Parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 376-377).

Assim, se o agente tem plena consciência de seus atos quando ingere substância entorpecente, os ilícitos penais eventualmente cometidos por ele em estado de embriaguez serão objeto de reprovação social.

Pois bem. O alegado problema de alcoolismo - que, ressalte-se, não restou comprovado nos autos - não configura caso fortuito nem motivo de força maior; a ingestão do álcool, *data venia*, não se deu de forma forçada, nem acidental, de modo que não se pode utilizar a suposta embriaguez para afastar a culpabilidade dos atos praticados por E.L.B.

Por fim, não merece abrigo o pleito defensivo do perdão judicial.

Tal escusa absolutória tem aplicação restrita aos casos previstos em lei, não podendo o magistrado conceder a clemência do Estado quando bem entender. Nesse sentido, posiciona-se a mais abalizada doutrina:

Embora perfeito o delito em todos os seus elementos constitutivos - ação ou omissão típica, ilícita e culpável -, é possível que o magistrado, diante de determinadas circunstâncias legalmente previstas, deixe de aplicar a sanção penal correspondente, outorgando o perdão judicial. Trata-se de direito subjetivo do réu, e não mera faculdade judicial. O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade (art. 107, IX, CP), que opera independentemente de aceitação do agente, sendo concedido na própria sentença ou acórdão. Embora determinação da natureza jurídica da sentença concessiva do perdão judicial seja questão assaz conflitiva, a orientação preponderante é no sentido de indicá-la como declaratória de extinção da punibilidade. Nesse diapasão, o art. 120 do Código Penal destaca que 'a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência' (PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 561-562).

São condições indispensáveis para o perdão judicial do § 2º do art. 149 do Estatuto Repressivo Material que o agente restitua o inimputável e que este não tenha sofrido maus-tratos ou privações.

*In casu*, a menor não foi restituída; foi encontrada por seu tio no meio de um matagal, enquanto o apelante empreendia fuga. É inviável, pois, exarar uma decisão declaratória de extinção da punibilidade em favor de E.L.B.

As penas foram bem dosadas, tendo a culta Julgadora singular analisado com afinco as peculiaridades do caso concreto e as disposições legais inerentes à espécie.

Fica o apelante isento das custas processuais, nos termos do art. 10, II, da Lei nº 14.939/2003, do Estado de Minas Gerais, uma vez que foi defendido por advogado dativo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para isentar E.L.B. do pagamento das custas processuais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DUARTE DE PAULA e HÉLCIO VALENTIM.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL.