

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 13.736 — ARARUAMA

Apelante : Ministério Público

Apelados : Altair dos Santos Nogueira e Filosmão Elias dos Santos

Relator : Desembargador Gama Malcher

EMENTA: *Apelação. Nulidade não argüida no âmbito do recurso. Se a apelação do Ministério Público é limitada e não pleiteia a anulação da Sentença, o processo não pode ser anulado (Aplicação da Súmula n.º 160 do Supremo Tribunal Federal).*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 13.736 de Araruama em que são partes as acima mencionadas:

Acordam os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Custas de lei. Relatório em separado.

VOTO DO RELATOR

A denúncia descreveu condutas que se adequam ao crime de parto suposto (art. 242 § único do C. Penal), mas as capitulou erradamente como falsidade ideológica, em concurso com o crime de subtração de incapaz (art. 249 do C. Penal).

Até aí, nada de mau, pois o que importa não é a adequação típica, mas a narrativa contida na demanda. Mas, nas alegações finais, o M. Público sustentou tal acusação, não acolhida na Sentença que absolveu os recorridos por entender faltar prova da culpabilidade dos réus.

Surgiu, então, a apelação do M. Público insistindo na adequação típica feita quando da inicial.

A correção da adequação típica só poderia surgir com a aplicação da norma do art. 384 do C. Processo Penal, vedada ao segundo grau, segundo a Súmula n.º 453 do S.T.F.:

"Não se aplicam à 2.ª instância o art. 384 e parágrafo único do C.P.P., que possibilitam dar nova definição ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida expressa ou implicitamente na denúncia ou na queixa."

A correção do erro seria então possível por via da anulação da Sentença para que, no Juízo de 1.º grau fosse feita a *mutatio libelli*. Mas o recurso do M. Público foi limitado, não pedindo a decretação da nulidade, e a Súmula n.º 160 do Excelso Pretório é expressa:

"É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício."

Destarte, como salienta o Dr. Procurador de Justiça (Dr. Cezar Augusto de Farias, em seu perfeito Parecer (que passa a integrar o presente Acórdão, na forma regimental), só nos resta negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 31 de março de 1986.

Des. Raphael Cirigliano
Presidente sem voto

Des. Gama Malcher
Relator

APELAÇÃO CRIMINAL N.º 13.736 — COMARCA DE ARARUAMA

Apelante : Ministério Público

Apelados : 1) Altair dos Santos Nogueira e

2) Filosmão Elias dos Santos

"Registro de filho de outrem como seu" — art. 242 do Código Penal. Fato descrito tipicamente na denúncia, que, no entanto, o capitula como **"falsidade ideológica"** — art. 299 do mesmo estatuto, considerando-o, equivocadamente, crime contra a **fé pública** e não contra o estado de filiação. Sentença que absolve os acusados dessa errônea imputação. Recurso da acusação insistindo no equívoco. Impossibilidade legal de correção do erro, visto que implicaria necessariamente na anulação da decisão com a abertura de vista para a defesa e facultativa reabertura da instrução criminal, ex vi do art. 384, parágrafo único do Código de Processo Penal. Tal nulidade, se acolhida, seria contra os réus e sofreria, por isso, a proibição da Súmula n.º 160, visto que não argüida pelo acusador. Manutença, assim, do decreto absolutório. Imputação, ainda, do delito definido no art. 249 do referido Código — **"subtração de incapaz"** — que, entretanto, não se configurou faticamente, em razão de o menor haver sido entregue voluntariamente, pela sua mãe, ao casal acusado. Não provimento do apelo nos dois pontos impugnados.

PARECER

O processo em exame, aparentemente singelo, aborda questão de direito que desenvolveremos no corpo deste parecer, constituindo, mesmo, matéria até agora não focalizada por qualquer das partes e sequer, na sentença, mas impeditiva, processualmente, de aproveitamento do recurso da acusação, tempestivamente interposto, em um dos pontos abordados.

A imputação aos dois acusados, o casal Filosmão Elias dos Santos e Altair dos Santos Nogueira, é de **"falsidade ideológica"** e **"subtração de incapaz"**, definidos, respectivamente, nos arts. 299 e 249 do Código Penal.

Sucede que a definição jurídico-penal dada ao primeiro evento está absolutamente equivocada.

Não se trata de **crime contra a fé pública**, mas, sim, **contra o estado de filiação**, sob a figura típica de **"registrar como seu filho de outrem"**, segundo a previsão do art. 242 do mencionado diploma repressivo.

Ambos os apelados registraram como sua a menor Renata, conforme faz certo a **xerox** de fls. 28, alusiva ao respectivo registro de nascimento. Atribuíram a si a condição de pais da criança.

A mencionada menina tinha sido entregue aos cuidados de ambos pela sua mãe, Walma França, que assim agiu por não ter situação econômica para assumir os encargos da maternidade.

A conclusão da inicial da ação penal está errada, e, lamentavelmente, exaurida a prestação jurisdicional com a prolação da sentença absolutória, não vemos meio processual que dê cobro à sucessão de equívocos que se instaurou no feito.

Citação, defesa prévia, instrução criminal, alegações finais e sentença. Tudo fulcrado na imputação de falsidade ideológica.

A propósito da verdadeira definição jurídica do evento — a do art. 242, na sua segunda figura do **caput**, invocamos a jurisprudência e a doutrina, a que se reporta, com identidade de pensamento, Celso Delmanto, in **Código Penal Anotado**, Saraiva, 1983, página 242.

Assim, estabelecida a correta imputação, somente por via da decretação da anulação da sentença, com a abertura de vista para a defesa e reabertura eventual da instrução criminal, nos moldes do art. 384 e seu parágrafo único do Código Penal, **sem a necessidade do aditamento da denúncia**, uma vez que o fato típico está explicitamente nela contido, poderia ser reparada a errônea. Porém, tal desate viria em prejuízo dos apelados, que passariam a sofrer acusação mais grave — **reclusão de dois a seis anos** — na sua cominação.

A do art. 299 do Código Penal é de **um a cinco anos**.

E isso tudo com consequência da necessária anulação da sentença, repetimos.

Essa eventualidade, contudo, está absolutamente descartada, com a edição da Súmula n.º 160 do excelso Supremo Tribunal Federal, dès que implicaria em acolhida de nulidade não argüida no recurso da acusação.

Não vemos, destarte, solução para a hipótese recursal, no que toca ao ponto, senão manter a sentença, embora tenha, ela, sufragado o erro da conclusão da denúncia, com o reconhecimento da ausência da culpabilidade dos recorridos, que no entender do ilustre magistrado não se conduziram com dolo.

O segundo enfoque do apelo está igualmente fadado ao insucesso, pois a prova fática traduzida nos depoimentos da verdadeira mãe da menor, fls. 17 e v. ratificando o requerimento de fls. 6 e 7, e fls. 70, e nos das testemunhas de fls. 52 e v., fls. 71 e fls. 72 e v., corrobora o aduzido nos interrogatórios de fls. 44 e v. fls. 45 a 46, fls. 61 e v., e fls. 62, demonstra que a menina **Renata** fora deixada aos cuidados do casal denunciado por ato voluntário da própria mãe.

Logo, não ocorreu **subtração**, isto é, a tirada da incapaz do poder da sua genitora. Houve, sim, simples **entrega** da menor, circunstância que torna a conduta dos acusados **atípica**.

Finalmente, recordemos que mesmo na hipótese da verificação do crime de “registrar como seu filho de outrem” — se afastada a aplicação da Súmula n.º 161 — o crime teria sido praticado por motivo de reconhecida nobreza, do que decorre a facultativa não aplicação da pena, como reza a nova redação dada pela Lei n.º 6.898, de 30 de março de 1981, ao **caput** do art. 242 e à cominação do seu parágrafo único.

De qualquer forma, opinamos pelo não provimento do apelo.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 22 de outubro de 1985.

Cezar Augusto de Farias
Procurador de Justiça