



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 672.170 - SC (2015/0049771-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : D M B
AGRAVANTE : A B
ADVOGADOS : DEBORAH MARINA MOREIRA
VILZA TEREZINHA GUINDANI WEBER E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA. ABANDONO MATERIAL. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO, NO CASO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Os agravantes foram condenados porque, após processo regular de adoção, entregaram uma das adotadas à mãe biológica (já destituída do pátrio poder, em razão da prática de condutas moralmente condenáveis), em cuja companhia sabiam ou deviam saber que a infante ficaria moral e materialmente em perigo, deixando de prestar-lhe, a partir de então, qualquer assistência material, não destinando recursos para a sua subsistência.

2. A pretensão recursal de demonstrar a ausência de dolo nas condutas, de provar a idoneidade da mãe biológica da menor, bem como da efetiva prestação de auxílio material à menor no período em que esta permaneceu com a genitora, para o fim de descaracterizar a prática das condutas criminosas, em contraste com toda a prova mencionada pelo acórdão recorrido, demandaria nova e aprofundada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

3. O princípio da consunção pressupõe que um delito seja *meio ou fase normal de execução de outro crime (crime-fim)*, ou mesmo *conduta anterior ou posterior intimamente interligada ou inerente e dependente deste último, mero exaurimento de conduta anterior*, não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade. Precedentes.

4. No caso concreto, inaplicável o princípio da consunção, pois as instâncias ordinárias concluíram que os agravantes praticaram duas condutas distintas, isto é, além de entregarem a filha menor a pessoa que sabiam ser inidônea, consumando, neste momento, o delito do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

245 do Código Penal, que é instantâneo, deixaram de prover meios suficientes à sua subsistência, inclusive depois de fixada pensão pelo Juízo.

5. No tocante ao dissídio jurisprudencial, observa-se ser inadmissível a mera indicação de súmula desta Corte. No mais, além da ausência do devido cotejo analítico, a Súmula 7/STJ obsta o seguimento do recurso pela dissidência interpretativa, pois das transcrições feitas não se conclui pela existência de similitude fática dos paradigmas com a hipótese retratada nos autos.

6. Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 672.170 - SC (2015/0049771-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : D M B
AGRAVANTE : A B
ADVOGADOS : DEBORAH MARINA MOREIRA
VILZA TEREZINHA GUINDANI WEBER E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto em adversidade à decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial de D M B e A B.

Alegam os agravantes, em síntese, que a questão discutida no recurso não versa sobre matéria fática, mas sobre a equivocada qualificação jurídica dada aos fatos pelo acórdão recorrido.

Aduzem que o dissídio jurisprudencial restou comprovado mediante o devido cotejo do acórdão impugnado com os paradigmas apontados como divergentes.

Insistem na tese de que houve a consunção, uma vez que o delito de abandono material foi absorvido pelo de entrega de filho menor a pessoa inidônea, sendo mero exaurimento deste último, citando o voto vencido proferido nesse sentido, que ensejou, inclusive, a interposição de embargos infringentes.

Requerem, assim, a reconsideração da decisão agravada ou que o recurso seja submetido ao crivo do colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 672.170 - SC (2015/0049771-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Ressai dos autos que os agravantes foram denunciados e, ao final, condenados, pelos delitos tipificados nos arts. 244 e 245 do Código Penal, que assim dispõem:

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei 5.478, de 1968)

Entrega de filho menor a pessoa inidônea

Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984).

Segundo a denúncia, após processo regular acompanhado por psicólogos e assistentes sociais, os agravantes adotaram legalmente as crianças A M B e M E M B, em 9/3/2007. Em fevereiro de 2009, todavia, entregaram a menor M E M B à mãe biológica (já destituída do pátrio poder, em razão da prática de condutas moralmente condenáveis – prostituição e uso de drogas), em cuja companhia sabiam ou deviam saber que a infante ficaria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

moral e materialmente em perigo, deixando de prestar-lhe, a partir de então, qualquer assistência material, não destinando recursos para a sua subsistência.

Em primeiro grau, os agravantes foram condenados às penas de 1 ano e 2 meses para cada um dos crimes, totalizando a reprimenda, 2 anos e 4 meses, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, e prestação pecuniária no valor de 1 salário mínimo (e-STJ fls. 320/332).

Apreciando o recurso de apelação da defesa, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou-lhe provimento, por maioria de votos, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 404/405).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ABANDONO MATERIAL (ART. 244, DO CP) EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA (ART. 245, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR OFENSA AO PRINCÍPIO DE IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. AFASTADA. (...). MÉRITO RECURSAL. APELANTES QUE SUCUMBIRAM AOS APELOS DE FILHA ADOTIVA E A "DEVOLVERAM" À MÃE BIOLÓGICA MESMO SABENDO QUE NÃO POSSUÍA CONDIÇÕES MATERIAIS E MORAIS PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. ALEGAÇÃO DE QUE A INFANTE NÃO SE ADAPTOU NA FAMÍLIA DOS APELANTES, FICANDO FRUSTRADA E CONSTANTEMENTE PEDIA PELOS PAIS BIOLÓGICOS ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO DE ABANDONAR MATERIALMENTE A CRIANÇA. CÓDIGO PENAL QUE DEFINE O CRIME DOLOSO COMO AQUELE EM QUE O AGENTE QUIS O RESULTADO OU ASSUMIU O RISCO DE PRODUZÍ-LO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA DOLO QUE SE EXTRAÍ DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. FIXAÇÃO DE PENSÃO MENSAL EM AÇÃO CÍVEL APÓS MAIS DE UM ANO E OITO MESES DA "ENTREGA". ALEGAÇÃO DE NÃO COMPROVAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A ENTREGA DA INFANTE APELANTES QUE SUSTENTAM QUE A CONDUTA FOI DECORRÊNCIA DO RESPEITO OS DESEJOS DA MENOR, EIS QUE BUSCAM A PRIORIZAR SEU BEM ESTAR. SITUAÇÃO DE RISCO E PERIGO SUPORTADOS PELA MENOR EM SUA TENRA IDADE QUE LEVARAM À DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. DEVOLUÇÃO AQUELE AMBIENTE QUE COLOCOU-A NOVAMENTE EM PERIGO COMPROVADA PELO ESTUDO SOCIAL E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. RELATO DE TERCEIROS ÀS SERVIDORAS DO PODER JUDICIÁRIO SUBSCRITORAS DO ESTUDO SOCIAL INDICAM A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE DE COMÉRCIO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NO ENDEREÇO. COMPANHEIRO DA MÃE BIOLÓGICA QUE VEM A SER PRESO E CONDENADO EM DATA POSTERIOR POR TRÁFICO DE DROGAS. ELEMENTARES DO TIPO COMPROVADAS SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em razão do voto vencido do Desembargador JORGE SCHAEFER MARTINS, que acolheu a tese da consunção, foram interpostos embargos infringentes, rejeitados, ainda por maioria, em acórdão sumariado nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 467):

EMBARGOS INFRINGENTES. ABANDONO MATERIAL (CP, ART. 244). ENTREGA DE FILHO MENOR A PESSOA INIDÔNEA (CP, ART. 245). ABSORÇÃO.

Não é aplicável a consunção do delito de abandono material pelo crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea se o agente, além de deixá-lo em companhia de indivíduo que expõe o menor a perigo, cessa de destinar qualquer recurso à subsistência da criança. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Em seu recurso especial, sustentaram os recorrentes que prestaram auxílio material e moral à menor durante todo o tempo em que esta residiu com sua mãe biológica, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido.

Aduziram que a mãe biológica não era pessoa inidônea, uma vez que tinha outra filha, de relacionamento posterior, que com ela residia. No mais, sustentaram que, além de não ter ocorrido o crime do art. 245 do Código Penal, por ausência de dolo, pois a devolução deu-se em razão das dificuldades de adaptação da criança ao novo lar e por ser seu desejo voltar a conviver com mãe biológica, deveria prevalecer a tese da consunção do crime de abandono material pelo delito de entrega de filho menor a pessoa inidônea. Suscitaram divergência jurisprudencial.

No presente agravo regimental, reafirmam as teses anteriormente expostas, especialmente no tocante à consunção, requerendo a prevalência do voto vencido que a reconheceu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo os fundamentos do acórdão da apelação que confirmou a sentença de primeiro grau (e-STJ fls. 410/424):

2) Mérito recursal

Buscam os apelantes a reforma da sentença de primeiro grau a fim de serem absolvidos dos crimes pelos quais foram condenados.

No caso concreto foi deferido pedido aos apelantes de adoção das crianças A. e M. E. através da sentença prolatada na Comarca de Balneário Camboriú em 09/03/2007 (fls. 20/21).

Dar uma nova oportunidade para uma criança abrigada é um imenso ato de amor e este gesto é ainda mais desafiador quando a acolhida ocorre em duplicidade, como na adoção de duas irmãs.

Com aquele ato os apelantes assumiram papel fundamental na vida destas duas pessoas, tanto que os nomes e parentes destas foram alterados nos registros públicos oficiais para passarem a adotar os patronímicos daqueles.

O art. 41, do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que:

'Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais'.

O dever de sustenta, por sua vez, vem descrito no art. 22 do mesmo diploma legal, senão vejamos:

'Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes, ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais'.

Via de consequência, após deferimento do pedido de adoção efetuado pelos apelantes as pequenas A. e M. E. tornaram-se filhas deste casal e tiveram todos os vínculos rompidos com os pais e parentes consanguíneos e, então, na qualidade de pais, os apelantes passaram a possuir o dever legal de prover a subsistência das infantes.

Contudo, ao arrepio da lei, alegando problemas de adaptação com a nova realidade familiar, em fevereiro de 2009, entregaram a menor M. E. à genitora biológica M. F. de A. e seu companheiro L. de A., residentes na Comarca de Videira, pessoa sabidamente sem condições materiais e emocionais para exercer tal munus.

Destaco que esta Relatora ouviu atentamente todos os depoimentos colhidos neste feito, bem como debruçou-se em toda a prova documental trazida ao processo e em nenhum momento duvida da dificuldade vivenciada por esta família adotante.

Ainda assim, contrariamente ao defendido na apelação criminal conclui que o conjunto probatório colhido neste feito estampa a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

materialidade e a autoria dos crimes que restaram condenados.

O tipo penal de abandono material vem assim descrito no art. 244 do Código Penal:

(...).

Enquanto que o crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea está previsto no art. 245, do mesmo Diploma Legal:

(...).

Aduzem os apelantes a ausência de comprovação pelo órgão acusatório da existência de dolo na prática do crime de abandono material e, por inexistir a previsão do delito na forma culposa, devem ser absolvidos, em especial porque contribuíam com uma pensão mensal em favor da menor correspondente a um salário mínimo, além de a proverem com roupas, calçados, material escolar e brinquedos.

(...).

No caderno processual não há qualquer indicativo de que a entrega da menor e o posterior abandono material tenha ocorrido por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, ausente ação culposa e incontestada a existência da conduta, não há como dar guarida a alegada ausência de dolo.

*A falta de assistência material é tão cristalina que passados cerca de um ano e oito meses após a "devolução" da criança, ocorrida em fevereiro de 2009, bem como quase um ano após a instauração desta ação penal (recebimento da denúncia em 24/11/2009) - fl. 68) restou fixada pensão mensal em favor de M. E. B., no valor equivalente a um salário mínimo, conforme se observa do termo de audiência realizada na data de 13/10/2010, dos autos 079/09****2 (fls. 197).*

Segundo os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete:

'O art. 244 é tipo anormal, que exige para sua configuração a ausência de justa causa para o abandono. A obrigação de prover a subsistência dos dependentes está implícita nos deveres de estado, cumprindo ao réu provar, cumpridamente, o fato que configura a justa causa excludente da tipicidade. Evidentemente, há justa causa para o descumprimento da obrigação nas dificuldades econômicas irremediáveis daquele que não tem condições de contribuir para o sustento de outrem por não ganhar o suficiente para o seu próprio. Não exclui o crime, porém, eventual desemprego ou dificuldade econômica passageira, máxime quando o emitente constitui e sustenta nova família, passa a viver em união estável ou mantém amásia. (Código penal interpretado. - 6. ed. - 3. reimpr. - São Paulo : Atlas, 2008, p. 2022).'

Advogam os apelantes, ainda, a não comprovação da inexistência de justa causa da entrega do infante, dizendo-a presente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"exatamente na necessidade daquela menina voltar a viver com sua mãe, com seu pai, com sua família biológica" (fl. 281).

Ocorre que a elementar "sem justa causa" constante do tipo penal descrito no art. 244, do Código Penal, tem conotação diversa do que pretende os apelantes.

Para o penalista Guilherme de Souza Nucci este elemento normativo do tipo "significa uma conduta não amparada por lei" (Código Penal Comentado, 11ª ed. rev., atual, e ampl. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 1021).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que: "a perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22" (art. 24).

Deste modo, uma vez decretada tal medida drástica não cabia aos apelantes descumprirem a decisão judicial e entregarem a menor M. E. àquela situação de risco de que foi resgatada pelo poder público, pouco importando o motivo que os levou a praticar tal entrega.

*Da sentença da ação de destituição de pátrio poder, processo nº 005.02.*****-5, pinça-se alguns indicativos da gravíssima situação de abandono suportadas pelas menores (fls. 48/55):*

'Às fls. 17 destes autos se encontra um INFORMATIVO DO SERVIÇO SOCIAL do qual se extrai: 1) Uma vizinha afirma que os pais das crianças moram no local há uns quatro anos, que M. "sempre bebeu e fez uso de drogas, além de se prostituir, motivo dos conflitos dela com o marido, o qual também viciado. A criança M. já sofria desde que nasceu em razão da conduta de M., sempre mal tratada, condições precárias de higiene, quando embriagada ou drogada agredia a criança fisicamente, a deixava sozinha em casa, sem alimentação, sendo que a vizinhança e a própria informante recolhiam M. para dar de comer e atendê-la, o mesmo sucedeu-se depois, com o nascimento de M. E." (grifei); 2) "A casa de M. sempre foi freqüentada por drogados, alcoólicos e pessoas de conduta duvidosa. Quando ela não estava em casa essas pessoas entravam em sua casa e, muitas vezes, ela deixava as crianças com os mesmos e saía. Percebendo a situação, tanto a informante, quanto outras vizinhas recolhiam as infantes em suas casas e atendiam temendo pela segurança delas, (grifei); 3) "Informa que por várias vezes acionaram a polícia, pois quando M. Bebia, batia muito nas crianças. (...). Ela largava tudo e não se incomodava com nada, sai, deixava as crianças o dia inteiro sozinhas, com fome, sem higiene, no mais completo abandono (grifei), (destaques do original).'

Com a "devolução" da criança ao convívio da genitora biológica a situação encontrada pela assistente social foi assim retrata no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estudo social (fls. 59/61):

(...) Condições de Moradia: a família reside em porão, onde pagam R\$ 200,00 a título de aluguel; o local possui três cômodos, sendo este distribuídos em um quarto, cozinha e banheiro, este guarnecidos com móveis e eletrodomésticos em precário estado de conservação; a residência apresentava-se em péssimas condições de higiene e organização, exalando mal cheiro.

(...) Conforme observado, a família em tela não reúne condições de assistir a ora interessa, haja vista que durante entrevista **a mãe biológica se mostrou insegura em relação a permanecer com a interessada, relatando que não possui condições financeiras para assisti-la e se responsabilizar pela mesma**, que gostaria que esta permanecesse sob os cuidados do pai biológico, mas desconhece qualquer informação a respeito do mesmo.

(...).

Durante entrevista com a professora da turma, as informações em relação a interessada são: freqüentemente chega atrasada na escola, sempre com aparência de cansada, com olheiras, algumas vezes em péssima condições de higiene, se apropria indevidamente de material de outros colegas e menciona que a pertence, algumas vezes apresenta atitudes que envolve indisciplina. Ainda nas considerações da professora, verbalizou que algumas vezes a mesma é motivo de chacotas, primeiro em relação ao sotaque e também pelo fato de que quanto é solicitado algum valor para pagamento de atividades extra curriculares, a mesma havia externado que seus pais não possuem. No que se refere ao rendimento escolar, as notas são boas. É importante destacar, que, conforme informações das referidas profissionais, os pais não freqüentam a escola, mesmo enviando bilhetes estes não comparecem.

É pertinente relatar, durante entrevista com a interessada, esta verbalizou que encontra-se na residência da Sra. M. pois, **a tia D. "não quer mais ela"**, que prefere residir com a denunciada, pois, naquela cidade tem praia e também Shopping Centers. e em Videira não possui.

'Na oportunidade, cabe ressaltar que foi obtida informações junto a terceiros, os quais informaram que, M. e L., são usuários de substância ilícita, e que na residência dos mesmo há movimento intenso de pessoas estranhas, o que dá entender que comercializam drogas naquele endereço. Cabe lembrar, que não temos certeza da veracidade dos fatos mencionados. (...) (grifei e sublinhei).'

A desconfiança trazida pela assistente social de que o ambiente familiar não era adequado, pois terceiros informaram que seria possível que a mãe biológica M. e seu companheiro L. estavam envolvidos com o tráfico de drogas confirmou-se com a prisão em flagrante deste último ocorrida em 29/10/2009 e, segundo consta na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença, restou ele "indiciado, acusado e condenado por tráfico e associação para o tráfico de drogas, autos nº 079.09.006363-3, desta comarca. Cumpre sua pena na penitenciária da comarca de Curitiba".

A indicação desta condenação penal não é a vedada transferência de pena do companheiro L para a mãe biológica e sim a confirmação que aqueles elementos desfavoráveis que a assistente social ouviu de terceiros sobre o convívio da criança com pessoas que faziam uso ou comercializava substâncias entorpecentes possivelmente era verdadeira e, assim, cristalino não a mais indicada para sua tenra idade.

(...).

A douda sentenciante consignou observação interessante sobre este aspecto: "devolver a criança à família biológica é atitude que revela despreparo dos denunciados: Se houve falhas no processo de adoção, se não foram adequadamente informados do período do estágio de convivência ou da situação das duas crianças no abrigo, havia outras formas de minimizar o problema. Ora, a denunciada é advogada e o denunciado cirurgião-dentista e empresário (!), ambos em plenas condições de buscar solução adequada ao problema. Além do mais, todos esses fatos não foram empecilhos para permanecerem com M.A.; todavia, o foram para M.E., fato que causa espanto ao Juízo".

E, ainda, mesmo que houvesse falha no procedimento que culminou com a adoção das meninas, tal fato, em absoluto, justifica a prática da conduta ilícita de entregar a pequena M. E. à pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que ela ficaria moral ou materialmente em perigo.

Neste ponto não há o que se falar em ausência de conhecimento de tal situação em razão da genitora não ter sido submetida a nenhum processo e muito menos ter contra si qualquer condenação por conduta criminosas, como defendido nas razões recursais, pois a derruir tal afirmação há neste caderno processual cópia de informação prestada pela assistente social em ação da Vara da Família, Órfãos e Infância e Juventude da Comarca de Balneário Camboriú em que relata a ampliação do contato do casal apelante com as menores, bem como que estes demonstram interesse na adoção e, em especial, da circunstância de que "estão cientes da história familiar e dos problemas que causaram a Destituição do Poder Familiar dos genitores, bem como da situação de saúde de M., sendo que pretendem proporcionar o tratamento necessário para sua recuperação" (fls. 56).

Impossível acreditar que pessoas esclarecidas, portadores de diploma de nível superior em direito e em odontologia como o são os apelantes, não tivessem conhecimento da situação de perigo e risco suportadas pelas crianças quando estavam na companhia dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

genitores, sendo que elas estavam em abrigo para serem adotadas, a assistente social expressamente os advertiu do histórico de vida e que os "pais biológicos das meninas foram destituídos do poder familiar" (petição inicial da ação de adoção - fl. 11).

Ademais, o simples fato de terem conhecimento de que os vínculos jurídicos das crianças adotadas com seus familiares originários estavam rompidos, tanto que novas certidões de nascimento foram emitidas figurando os apelantes como pais, sem qualquer menção de que não eram "pais biológicos" já seria por demais significativo e indicativo de que a pretendida "devolução por laços afetivos" não poderia ser acolhida pelo ordenamento jurídico.

Como mencionou a douta sentenciante "mesmo que M.E. viesse a Juízo dizendo que queria voltai com a família biológica, este seu desejo não iria se sobrepor à negligência materna atestada no passado, forçando o Juízo a buscar outra alternativa que atendesse aos cuidados necessários à criança".

(...).

Neste cenário, por mais desafiador e difícil que pudesse ter sido o período inicial da nova família, como relatado pela apelante em seu interrogatório judicial (CD audiovisual de fl. 191), não há como afastar a responsabilidade penal dos apelantes pelo crime de abandono material e pelo crime de entrega de filho menor a pessoa inidônea.

O concurso material reconhecido em primeiro grau, também não pode ser modificado nesta instância, posto que o caso se enquadra na conceituação do art. 69, do Código Penal: "Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela".

Nesse contexto, a pretensão recursal de demonstrar a ausência de dolo nas condutas, de provar a idoneidade da mãe biológica da menor, bem como da efetiva prestação de auxílio material à menor no período em que esta permaneceu com a genitora, para o fim de descaracterizar a prática das condutas criminosas, em contraste com toda a prova mencionada pelo acórdão recorrido, demandaria nova e aprofundada incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, providência inadmissível na via eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ABANDONO MATERIAL. INÉPCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O requisito do prequestionamento pressupõe prévio debate da questão pelo tribunal de origem, à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos dispositivos legais apontados como violados. Incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

2. Na hipótese, a Corte estadual consignou que o agravante agiu com dolo a justificar sua condenação por abandono material de que trata o art. 244 do CP. O exame da pretensão recursal em reverter tal entendimento implica a necessidade de reexame do acervo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp. 366.439/RS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 3/6/2015).

Quanto à tese de existência de consunção entre os delitos de *entrega de filho menor a pessoa inidônea* e *abandono material*, sustentada pela defesa, entendo não haver espaço para a sua acolhida.

O acórdão que julgou os embargos infringentes tratou do tema da seguinte forma (e-STJ fls. 470/472):

O recurso, porque atende aos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, deve ser conhecido.

Quanto ao mérito, porém, não é digno de provimento.

O dissentimento do (Excelentíssimo Desembargador Jorge Schaefer Martins pode ser sintetizado nos seguintes parágrafos:

'No caso dos autos, o reconhecimento da consunção se impõe. Isso porque a conduta dos acusados foi única, qual seja, a entrega do filho menor a pessoa não idônea, restando o abandono material como consequência direta daquela.

Assim, o crime de abandono material fica absorvido pelo delito previsto no art. 245, do Código Penal, configurando verdadeiro fato posterior não punível (fl. 350)'.

Ocorre, porém, que não se trata de uma "conduta única" (fl. 350). O delito previsto no art. 245 do Código Penal foi perpetrado com a entrega de M. E. M. B. à mãe biológica, M. F. de A., ao passo que o abandono material, inclusive nos termos da denúncia, foi cometido porque, "desde então, sem qualquer justa causa, os denunciados A. B. e D. M. M. se abstiveram do cumprimento dos poderes inerentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao poder familiar com relação à filha M. E. M. B., deixando de lhe prestar qualquer tipo de assistência (material e moral), não destinando qualquer recurso para sua subsistência (fl. 3).

Ou, nas palavras do Representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Promotor de Justiça Joel Rogério Furtado Júnior:

'Da análise dos autos, não há dificuldade em vislumbrarmos que ambos delitos foram perpetrados em contextos fáticos diferentes, cometidos, ainda, por meio de condutas temporalmente distintas e coincidente em um único momento (entrega de menor M. E. M. B, na época com 8 anos de idade, aos pais biológicos), fazendo, dessa forma, inexistir tal absorção, sob o argumento de que o crime de entrega do filho menor a pessoa inidônea (art. 245 do CP) já havia se consumado anteriormente (fls. 386/387).'

Para reforçar o argumento de que se trata de condutas distintas, tenha-se em consideração que, no termo de audiência acostado à fl. 197 (referente ao procedimento de destituição do poder familiar instaurado contra os embargantes), foi fixada verba alimentar, no equivalente a um salário mínimo mensal, em prol de M. E. M. B, isso em 13.10.10. Em consulta ao site do Poder Judiciário Catarinense, porém vê-se que o pagamento não era efetuado com regularidade, de acordo com o teor da certidão emitida em 3.2.11:

'Informo, para os devidos fins, que os pagamentos não vem sendo feitos de forma regular, conforme extrato em anexo. No primeiro mês foi paga a quantia de R\$300,00; segundo mês foi pago, em 17/12/2010, a quantia de R\$400,00 e em janeiro foi paga a quantia de R\$800,00. Informo que, em atraso, tem-se a quantia de R\$4.763,57, conforme cálculo em anexo (autos n. 0007571-24.2009.8.24.0079).'

A conduta proibida pelo art. 244 do Código Penal, na qual incorreram os Embargantes, consiste em "deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do sujeito passivo, não lhe proporcionando os recursos necessários para viver" (MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 3. p. 30), ao passo que, para a configuração do delito do art. 245 da Lei Substantiva, "é suficiente que haja a entrega, ainda que por período breve, já que se trata de crime de perigo" (BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4. p. 250). A entrega do filho não pressupõe a cessação do auxílio material que os pais precisam prestar ao menor de idade (de modo que tal interrupção não configura mero exaurimento do outro delito, ou um pós-fato impunível), tampouco consiste em meio necessário à execução do delito de abandono material.

E nesse nexo de dependência entre a consumação de um delito e a prática de outro como meio de execução daquele é que se verifica a absorção, segundo Guilherme de Souza Nucci:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'Quando o fato previsto por uma lei está, igualmente, contido em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última. Em outras palavras,/quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas a última. Conforme esclarece Nicás, ocorrerá consunção quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se este de sua função punitiva. A consunção provoca o esvaziamento de uma das normas, , que desaparece sbsumida pela outra (El concurso de normas penales, p. 157) (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 168/169).'

Assim, como não há tal liame entre os dois delitos neste caso, não se está diante de um conflito aparente de normas penais a ser resolvido pelo critério da consunção; são, em verdade, duas condutas autônomas, individualmente dignas da repressão estatal.

Ao meu sentir, esse entendimento não merece reparos.

O princípio da consunção pressupõe que um delito seja *meio ou fase normal de execução de outro crime (crime-fim), ou mesmo conduta anterior ou posterior intimamente interligada ou inerente e dependente deste último, mero exaurimento de conduta anterior*, não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade, segundo jurisprudência desta Corte, podendo ser citados, nesse sentido, o REsp. 1.294.411/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 3/2/2014 e o AgRg no REsp. 1.425.746/PA, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 20/6/2014, ambos assim ementados, respectivamente:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA E RESISTÊNCIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS AUTÔNOMAS. AUSÊNCIA DE NEXO DE DEPENDÊNCIA OU SUBORDINAÇÃO ENTRE OS DELITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. De acordo com a atual jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais (delitos meio) que funcionem como fase de preparação ou de execução de outro crime (delito fim), com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles; não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. No caso, inaplicável o princípio da consunção ante o delineamento fático do caso, no qual o porte de arma de fogo constituiu-se conduta autônoma relativamente ao delito de resistência, mormente pela circunstância de que a abordagem feita pela polícia ocorreu de forma aleatória quando realizam patrulhamento de rotina; o que evidencia a ausência de nexo de dependência ou subordinação entre os delitos.

3. Recurso parcialmente provido para, cassando o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que, afastada a incidência do princípio da consunção, aprecie as demais teses da apelação defensiva.

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO A QUO QUE APLICOU O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ENTENDIMENTO QUE GUARDA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe a existência de ilícitos penais (delitos-meio) que funcionem como fase de preparação ou de execução de outro crime (delito-fim), com evidente vínculo de dependência ou subordinação entre eles; não sendo obstáculo para sua aplicação a proteção de bens jurídicos diversos ou a absorção de infração mais grave pelo de menor gravidade (REsp n. 1.294.411/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/2/2014). Precedentes.

2. Agravo regimental improvido.

Para a existência da consunção, as condutas criminosas devem ser praticadas no mesmo contexto fático, sendo que uma delas constitui elemento necessário ou fase necessária para a consecução do delito subsequente, punindo-se apenas este último.

No caso, os tipos dos arts. 244 e 245 do Código Penal inserem-se no capítulo que objetiva punir delitos contra a assistência familiar, mas as condutas são independentes, não havendo interligação ou subordinação entre elas.

A doutrina aponta que o delito do art. 245 do Código Penal é próprio, formal (ou seja, não exige dano efetivo ao menor) e *instantâneo* (Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez). Assim, basta a simples entrega do filho menor de 18 anos a pessoa em cuja companhia o pai *saiba ou devia saber* que este ficaria *moral ou materialmente em perigo para que o crime esteja consumado*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o *perigo material ou moral*, aduz Guilherme de Souza Nucci o seguinte:

Perigo material ou moral: perigo material é o que se pode verificar sensitivamente (permitir que o menor se envolva com atividades de extremo risco, comprometedoras de sua integridade física); perigo moral é o que não é detectado pelos sentidos, referindo-se às atividades comprometedoras da boa formação moral da pessoa humana (permitir que o menor se envolva com prostituição ou atividades criminosas (Código Penal Comentado, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 245).

Do mesmo modo, registra Fernando Capez:

Trata-se de crime instantâneo. Consuma-se com a entrega do menor a pessoa inidônea. Não se exige que ele fique sob os cuidados desta durante longo período de tempo. Em que pese tratar-se de crime de perigo, é, sobretudo, um delito plurissubsistente, comportando a tentativa. Exemplifica Noronha: Se um pai está para confiar o filho a um mendigo ou ébrio habitual e, nesse instante, é obstado pela autoridade ou por outra pessoa, não há dúvida de que houve interrupção do ato executivo, por motivos alheios à sua vontade.

Assim, o perigo material a que se refere o artigo não está relacionado à privação de meios de subsistência.

É o crime de abandono material (CP, art. 244) que tutela, segundo Fernando Capez, a família, *especificamente no que diz respeito ao amparo material (alimentos, remédios, vestes, habitação, etc), devido reciprocamente por seus membros)* (Curso de Direito Penal, Parte Especial, v. 3, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194).

No caso desse delito, as ações punidas pela norma são **deixar de prover**, *sem justa causa, a subsistência das pessoas que menciona (cônjuge, filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ascendente inválido ou maior de sessenta anos), não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, ou ainda, **deixar de socorrer**, também sem justa causa, descendente ou ascendente gravemente enfermo.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lembra, ainda, FERNANDO CAPEZ, *a subsistência a que se refere comporta os meios necessários à vida, como os alimentos, vestuário, habitação, medicamentos. O tipo penal prevê os modos pelos quais o agente deixa de atender à subsistência do sujeito passivo: (a) não lhe proporcionando os recursos necessários; (b) ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.* (ob. cit., pp. 194/195).

Destarte, o abandono material não pressupõe a entrega do filho a pessoa inidônea ou vice-versa. Isto é, pode-se deixar de prover a subsistência de filho menor de 18 anos, estando ele com pessoa absolutamente idônea. Da mesma forma, é possível a existência do delito do art. 245 sem que se comprometa a subsistência do menor.

No caso concreto, as instâncias ordinárias concluíram que os agravantes praticaram duas condutas distintas, isto é, além de entregarem a filha menor a pessoa que sabiam ser inidônea, consumando, neste momento, o delito do art. 245 do Código Penal, deixaram de prover meios suficientes à sua subsistência, inclusive depois de fixada pensão pelo Juízo.

No tocante ao dissídio jurisprudencial, observa-se ser inadmissível a mera indicação de súmula desta Corte. No mais, além da ausência do devido cotejo analítico, a Súmula 7/STJ obsta o seguimento do recurso pela dissidência interpretativa, pois das transcrições feitas não se conclui pela existência de similitude fática dos paradigmas com a hipótese retratada nos autos. Nesse contexto, não há que se falar em consunção.

Ante o exposto, subsistentes os fundamentos da decisão agravada, **nego provimento** ao agravo.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0049771-0

AgRg no
AREsp 672.170 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000523120158240000 00103967120158240000 00287369720148240000 079090069062
20130261684000100 20140531137000100 20140531137000101

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : D M B

AGRAVANTE : A B

ADVOGADOS : RETI JANE POPELIER

VILZA TEREZINHA GUINDANI WEBER E OUTRO(S)

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Família - Crimes Contra a Assistência Familiar -
Abandono Material

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : D M B

AGRAVANTE : A B

ADVOGADOS : VILZA TEREZINHA GUINDANI WEBER E OUTRO(S)

DEBORAH MARINA MOREIRA

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.