

ABANDONO DE INCAPAZ.

MORAES. Adrieli M. ¹

LIMA. Débora Fernanda V. ²

DIAS. Djennyffer Prado ³

SANTOS. Geli de Moraes⁴

Resumo: Sendo a vida o bem fundamental do ser humano, conclui-se que sem a mesma não há o que se falar em outros direitos, portanto este é um direito primordial. Baseando-se nesse entendimento, todo homem possui o direito a vida desde o seu nascimento, a sua segurança, o bem estar, entre outros, garantindo sua vida de forma digna e com respeito a seus valores e necessidades. Procura-se, neste estudo, analisar de acordo com o art. 133 do Código Penal (abandono de incapaz), tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, o amparo a proteção aos entes incapazes de zelarem pela segurança pessoal e sua vida física e psíquica em decorrência do abandono originado pelo sujeito ativo que possuía o dever de resguardar sua segurança. Considerando as atuações dos delitos praticados, classificam-se as penas a serem cumpridas de acordo com a prática do crime de abandono de incapaz, distinguindo ao abandono de recém nascido e de acordo com os vínculos entre os sujeitos, deixando de o sujeito ativo de prestar assistência a vitima não possuindo este vínculo com a mesma, o delito cometido enquadra-se na pratica do crime de omissão de socorro.

Palavras chaves: abandono, incapaz, recém nascido, delito.

Introdução

Pode-se dizer que o delito de abandono de incapaz, é abandonar um ser, incapaz de se defender. Dispõe o art.133 “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson - Unar. e-mail: adrieli_mm@hotmail.com

² Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson - Unar. e-mail: dboraf838@hotmail.com

³ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson - Unar. e-mail: djennyfferdias@yahoo.com.br

⁴ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson - Unar. e-mail: gelidemoraes@hotmail.com

autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defende-se dos riscos resultantes do abandono: Pena-detenção, de seis meses a três anos”

Tendo como objetivo jurídico não somente a proteção pessoal, mas também, a proteção a vida e a saúde cuidando juntamente dos casos daqueles que possuem mais dificuldades em se defender.

Nos casos de delitos de abandono de incapaz, ressalta-se compreender que o sujeito ativo do crime é aquele que tem o dever de cuidar pelo bem estar da vítima, e, tendo como amparo o Estatuto da criança e Adolescente, Estatuto do Idoso, e lei de assistência aos alienados etc.

Ao referirmos em sujeito passivo, são vitimas menores, doentes físicos e mentais, idosos, enfim, aqueles que têm incapacidade de defender em decorrência ao abandono.

Portanto, se consuma o delito do abandono, deixar sem auxilio, desamparar, ou expor a vitima em perigo, longe do ambiente de proteção.

Em formas, qualificadas geram-se o delito de lesão corporal de natureza grave ou morte, art.133, §§1º e 2º em que as penas são elevadas (reclusão de cinco anos ou de quatro a doze anos, respectivamente). Tendo dolo e dano, está configurados delitos de lesão corporal grave ou homicídio.

Nos casos e que o sujeito ativo não possuir vinculo com o sujeito passivo e não der assistência à vítima, pode ocorrer o crime de omissão de socorro.

Conceito de Abandono de Incapaz

De acordo com o art. 133. CP o abandono de incapaz se conceitua na ação de desamparar, afastar-se, deixar só, a pessoa tendo que esta seja capaz de se defender dos riscos que possa ocorrer do abandono, classificando além de crianças, idosos e quaisquer pessoas que não possam responder por seus atos e agir sozinhas, que encontrar-se sob sua guarda (pai, mãe, tio, tutor); cuidado (possui o cargo de zelar pelo outrem); vigilância (um compromisso ocasional de observação e proteção, exemplo dos guias turísticos de uma expedição); ou autoridade (vinculados a normas de direito público ou direito privado, exemplo vigilância de um policial.

É um crime próprio tendo que o tipo penal distingue quem pode ser o sujeito ativo e passivo, e um crime de perigo analisando que o comportamento ocasiona perigo à vítima do abandono.

De acordo com a nova jurisprudência já se tem entendimentos de demais “tipos” de abandonando, como o abandono intelectual, nos quais os pais privam os filhos de freqüentarem escolas; o abandono moral, quando se sabe da existência da pessoa (criança ou até mesmo idosos), mas o ignora; e também o abandono material quando o incapaz não possui condições materiais de subsistência.

A incapacidade do sujeito passivo não se situa em uma incapacidade civil, mas podendo ser esta corporal ou mental, podendo ser temporária (nos casos de embriaguez), durável ou definitiva (nos casos de pessoas doentes mentais).

Art. 133 CP: 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 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

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

Pena: — reclusão, de 1(um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena: — reclusão de 4 (quatro) a 12(doze) anos.

§ 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 (inciso introduzido pela Lei nº 10.161, de 1º de outubro de 2003).

O objetivo jurídico do Estado é preservar a segurança humana, onde em determinadas circunstâncias pessoas não podem por si próprias se defenderem.

Sujeitos do Delito

Na classificação penal não é qualquer pessoa que pode ser sujeito ativo do delito de abandono, mas sim aquele que possui o dever de cuidado, vigilância ou autoridade ao sujeito passivo, sendo este aquele que se encontra sobre estes cuidados.

Portanto o sujeito ativo é aquele que tem o dever de zelar pela vítima e pratica o abandono e o passivo por sua vez é o incapaz de se defender dos riscos do abandono, tendo que esta incapacidade pode ser corporal ou mental, durável ou temporária (exemplo como no caso de embriaguez).

Vinculação entre os Sujeitos

Sendo o abandono de incapaz um crime próprio, é necessário que exista uma vinculação, existindo uma relação de custódia ou autoridade exercida pelo sujeito ativo em face do sujeito passivo.

A relação entre os sujeitos pode obter-se por meio de lei, contratos ou certos fatos lícitos ou ilícitos. Assim, essa relação pode obter-se do Direito Público- Estatuto da Criança e do Adolescente, lei de assistência a alienados; Direito Privado- CC; de Contratos- enfermeiros, médicos, diretores de colégio, chefes de oficinas, em relação aos seus respectivos subordinados;

Condutas lícitas ou ilícitas- o caçador que leva uma criança não pode abandoná-la na mata, quem recolhe uma pessoa abandonada tem a obrigação de assisti-la.

Elementos Objetivos do Tipo

O comportamento típico é abandonar, o que se pode dizer deixar sem amparo, desamparar, largar. São duas formas que pode assumir o abandono: ou se levar a vítima para fora do seu espaço de proteção em que se encontra, até mesmo, se no caso deixar o incapaz sem proteção, ou até mesmo abduzindo do seu próprio sujeito ativo. Portanto é o crime cometido por omissão, admitindo o sujeito ativo não prestar os devidos cuidados, que o incapaz precisa ao se sair da sua casa onde está em proteção.

Porém também é possível o crime por comissão, caso a vítima é conduzida e abandonada em lugar onde ocorre o perigo. É cogente a distinção do crime nos casos em que a vítima fique em estado de perigo concreto.

É preciso um afastamento no espaço, uma separação física entre o sujeito do crime. Não há delito se, ao desamparar o sujeito passivo ficar o responsável, à distância ou disfarçadamente, na expectativa de que alguém o encontre e recolha. Não ocorre, portanto o perigo concreto.

Nos dizeres de Fragoso, o abandono pode ser temporário ou indefinido “Sua duração é indiferente, desde que seja por espaço de tempo juridicamente relevante (capaz de pôr em risco o bem jurídico tutelado).”

Tipo Subjetivo

Pode-se dizer que o abandono de incapaz é um crime exclusivo doloso. O dolo situa-se em a intenção de abandonar a vítima, ciente que por ela é responsável e do perigo por que pode correr. O delito a tal respeito exclui o crime.

Nada evita, contudo, que o sujeito ativo provém com o dolo eventual, por estar em dúvidas quanto a sua obrigação de cuidar da vítima, por assumir risco de causar-lhe o perigo.

Se por ventura o sujeito cobice a morte da vítima, terá que responder por fato mais grave, como tentativa de homicídio ou infanticídio.

Consumação e Tentativa

Com o abandono consuma-se o delito, resultando o perigo concreto para a vítima.

No fato de o sujeito como exemplo, expor a criança e a vigiar de longe, não haverá crime por não haver a possibilidade de perigo concreto. Se o incapaz fugir do cuidado, guarda, vigilância ou proteção do sujeito ativo, também não haverá o crime por não haver a conduta do abandono.

Se após o abandono conseqüentemente a exposição ao perigo, reassumir seu dever de cuidados, a infração não será excluída uma vez que já consumada. No caso de abandono a tentativa também é admissível.

Formas Qualificadas

O delito pode ser classificado, pelos resultados de lesão corporal de natureza grave ou morte.

Tendo dolo de danos, serão configurados os delitos de lesão corporal grave ou homicídio.

Tanto para as formas simples, do caput, como para as qualificadas pelo resultado, as penas são aumentadas um terço: “I – se o abandono ocorre em lugar ermo; II- se o agente é ascendente ou descendente, conjugue, irmão, tutor ou curador da vítima; III- se a vítima é maior de (sessenta) anos “ (art.133,§ 3º, com a relação dada pela lei nº 10.741, de 1º- 10-2003).

Em primeiro caso pode-se dizer, que se trata de abandono em lugar deserto, solitário, isolado ou até mesmo acidentalmente. Portanto, em segundo lugar, o motivo do agravamento da pena é à vítima está ligada ao sujeito ativo por um motivo mais imperioso, por um vínculo de parentesco ou do exercício de atividades importantes.

Portanto, numa ultima hipótese, pode-se dizer que decorre da especial proteção legal à pessoa idosa, enfim, mesmo quando não esteja com relação ao agente pela relação citadas no inciso anterior. Quanto aos dispositivos no inciso II, no agora de hoje os filhos, tendo ou não vínculo de casamento, ou por adoção, têm os mesmos direitos e qualificações, não havendo qualquer tipo de discriminação relativo à filiação.

Existe a qualificadora em casos de filhos adotivos. Não podendo configurar ela, portanto no ato quando se trata de crime simples enteadado.

Distinção

Não havendo dever direto de assistência entre os sujeitos, poderão ser enquadrado no art. 135 do CP (omissão de socorro), ou seja, se o sujeito ativo não prestar assistência a vítima por não possuir relação de dependência com a mesma, classifica-se em omissão de socorro.

Art. 135 CP. “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo de vida; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa”.

Parágrafo único. “A pena é aumentada de metade se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada se resulta a morte”

Caso o abandono ocorra sendo a vítima recém-nascido, haverá o crime previsto do art. 134. Este se diferencia do homicídio e infanticídio, por estes exigirem a vontade de causar a morte da vítima, ou assumir o risco de produzi-la.

Abandono de recém-nascido: Conceito

Pode-se dizer que é como o delito de abandono de incapaz, pelo o qual se situa uma espécie privilegiada autônoma, o crime de exposição ou de abandono de recém-nascido é mostrado no art.134: “expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena- detenção, seis meses a dois anos”.

A objetividade jurídica tem em vista a segurança do recém-nascido, visto que este não possui a capacidade de se defender sozinho, assegurando que a vida e os riscos à saúde do recém nascido sejam zeladas, para que não prejudique a vida física e psíquica do mesmo.

Sujeito ativo

Compõe um crime próprio que pode ser praticado não pela mãe na gravidez extra matrimonium, como pelo pai, em caso de filho adulterino ou incestuoso. Essa posição é contestada por Euclides C. da Silveira, alegando, a nosso ver sem razão, que ao pai adulterino ou incestuoso “não cabe o direito de invocar desonra própria, como é o intuitivo”.

Ao abandonar um recém-nascido para esconder a desonra de outrem, sem qualquer participação deste, cometerá o crime previsto no art. 133.

Sujeito Passivo

Conclui-se que o sujeito passivo é o recém-nascido. Hungria afirma que “o limite de tempo da noção de recém-nascido é o momento em que délivrance se torna conhecida de outrem, fora do círculo da família”. O que não tem ajuste ao tipo de penal.

Alguns autores se opinam no prazo de poucos dias, Flamínio Fávero o fixa em sete dias e Fragoso em 30 dias.

Portanto, uma boa solução, é considerar a criança como recém-nascida até a queda do cordão umbilical.

Tipo Objetivo

Os procedimentos inscritos na lei são de expor ou de abandonar, sendo a primeira antiga fórmula francesa. Como abandono se tem uma expressão ampla, em que também se compreende a exposição. Enfim, deve-se entender que a lei quis evitar qualquer dúvida quanto ao procedimento, preferindo, ser redundante.

Este pode ser tratado de crime de perigo concreto, enfim, a forma do crime que a vítima fica sujeito a risco de vida, ou, até mesmo de saúde por tempo juridicamente relevante.

Tipo Subjetivo

A vontade do sujeito de abandonar o recém-nascido, mesmo ciente de que está causando perigo, constitui o dolo do crime. Determina-se, porém, o elemento subjetivo do injusto que é o fim de ocultar a própria desonra (dolo específico).

Comete a conduta aquele que por ventura quer esconder o nascimento do filho, fruto de uma relação extramatrimoniais. Preocupar-se da honra excepcionalmente de natureza sexual, que deve ser encarada no aspecto subjetivo ou psicológico: ficar no estado de angústia vinda do drama íntimo da mulher engravidada ilegitimamente ou fora do matrimônio, a qual se encontra entre a desonra e a morte de um incapaz de sentir-lhe os males.

No entanto não se deve adotar a causa privilegiadora quando o motivo é apenas questão de amor-próprio ou injustificado orgulho, como exemplo, o caso da esposa que abandonar seu filho só por ter sido fruto de uma relação de precocidade.

A posição de ser pai ou mãe da vítima, elementar no crime, comunica-se ao partícipe ou co-autor.

Consumação e Tentativa

Pode-se dizer que o delito de abandono de recém-nascido consuma-se desde o momento de deixar a vítima a si só, ficando exposta a perigo de vida ou até mesmo de saúde, pois, de crime instantâneo.

A tentativa deste ocorre quando se aborda de forma comissiva, quanto no caso de ser mãe surpreendida no ato em que está deixando o filho recém-nascido ao desamparo.

Classificação de Pena

Classificam-se as penas em reclusão e detenção, sendo ambas restritivas de liberdade, com a diferença entre o regime que pode ser determinado na sentença condenatória.

Nas de reclusão o condenado deve cumprir a pena em regime fechado (isolado do mundo, em penitenciárias); semi-aberto (pode ser executado em colônia agrícola ou industrial, e a segurança desses locais é bem menor do que de uma penitenciária); ou aberto. Se o caso for condenado à pena de detenção, menos rigorosa que a da reclusão, só será possível aplicar os regimes de semi-aberto ou aberto (o condenado deveria passar o dia trabalhando livremente e se recolher durante a noite para um estabelecimento, mas como isso não acontece o condenado volta para casa).

Nos delitos de abandono de incapaz, a pena pode variar de caso a caso por existência de agravantes que podem aumentar a pena em até um terço.

Nos casos de tipo simples as penas são de detenção, de seis a três anos. Se a vítima sofrer lesão corporal grave, a pena será de reclusão de um a cinco anos, e se morrer de reclusão entre quatro e doze anos.

Sendo o sujeito ativo ascendente, descendente, cônjuge, tutor, irmão ou curador da vítima, ou possuindo esta mais de 60 anos de idade, é aumentada a um terço.

Para os delitos de abandono de recém-nascido, se o fato ocasionar lesão corporal de natureza grave, aplica-se a pena de detenção de um a três anos; se resultar a morte, a pena aplicada será de detenção de dois a seis anos.

Ação Penal

Ao saber do fato o delegado deve instaurar um inquérito policial de ofício, decorre-se então um processo de investigação em prol ao sujeito ativo. O Ministério Público julgará o caso de acordo com as averiguações do delito.

Considerações Finais

Sabendo-se que o direito mais importante e por ventura o mais básico encontrado no topo do regramento jurídico é o Direito a Vida, equivalente a todos os cidadãos sem distinções, garante-se a vida de forma digna, protegendo sua segurança pessoal de forma física e psíquica.

Observando as condições impostas sobre aquele que atentar contra a vida de qualquer cidadão procura-se na pesquisa analisar as situações em que se coloca em risco a vida e a segurança de outra pessoa, em decorrência ao abandono.

Ao abandono se classifica abandonar o incapaz, estando sobre sua guarda, vigilância ou autoridade, ou seja, sobre sua proteção e responsabilidade.

Quando se abandona aquele que estava sobre sua responsabilidade, não possuindo a capacidade de se defender sozinho em decorrência aos riscos do abandono, pratica-se o crime classificado no artigo 133 do Código Penal: Abandono de Incapaz.

Nos casos em que o incapaz, ou seja, a vítima do abandono seja um recém nascido (considerado até o período da queda do cordão umbilical), o abandono ocasionado pela mãe (sujeito ativo), ou decorrência a desonra, o delito é classificado ao artigo 134 do Código Penal: Abandono de Recém Nascido.

Não havendo vínculos entre os sujeitos, ao abandonar a vítima (mais relacionado a deixar de prestar socorro quando possível) enquadra-se ao delito a omissão de socorro (art. 135 do Código Penal).

As penas aplicadas nos delitos de abandono de incapaz podem variar de acordo com existências de agravantes, como nos casos de abandono de idosos ou crianças, podendo ocorrer o aumento de um terço da pena.

Referências Bibliográficas

Abandono de incapaz. Disponível em: <<http://tudodireito.wordpress.com/2010/03/29/abandono-de-incapaz/>>. Acesso em: 28 out. 2011.

BASTOS, João José Caldeira. **Abandono de incapaz:** Estrutura típica, formas qualificadas e aumento de pena. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10663/abandono-de-incapaz/1>>. Acesso em: 28 out. 2011.

BENEDETTI, Carla Rahal. **Abandono de incapaz**: Deixar criança sozinha em casa é crime . Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=67103>. Acesso em: 03 nov. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA NETO, José. **Perguntas e Respostas de Direito Penal**. 2º Ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 2º vol. 29º Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. vol. 2. 26º Ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.