

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
ÁREA DE CONHECIMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

ARIELLA DA SILVA BARON

**ANÁLISE DO ABANDONO DE INCAPAZ SOB A PERSPECTIVA DO ESTATUTO
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

**CAXIAS DO SUL
2018**

ARIELLA DA SILVA BARON

**ANÁLISE DO ABANDONO DE INCAPAZ SOB A PERSPECTIVA DO ESTATUTO
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentado na disciplina de TCC II, ao curso de Direito na Universidade de Caxias do Sul, na área de Direito Penal como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Gisele Mendes Pereira.
Coordenadora: Prof.^a Ms. Marlova Jaqueline Macedo Mendes.

CAXIAS DO SUL

2018

ARIELLA DA SILVA BARON

**ANÁLISE DO ABANDONO DE INCAPAZ SOB A PERSPECTIVA DO ESTATUTO
DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora no
Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul.
Como parte dos requisitos obrigatórios para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ms. Gisele Mendes Pereira.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora:

Presidente:

Prof.^a Ms. Gisele Mendes Pereira (Orientadora)
Universidade de Caxias do Sul – UCS

Examinadores:

Prof.^a Ms. Glenda Biotto
Universidade de Caxias do Sul - UCS

Prof. Ms. Robson de Vargas
Universidade de Caxias do Sul - UCS

A minha família, por estarem sempre ao meu lado, acreditarem na minha capacidade e por serem o meu motivo de sempre seguir em frente.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me dado à oportunidade de concluir mais uma etapa da minha vida.

Ao meu pai José, por estar sempre me incentivando a estudar, e dar toda a assistência para que eu pudesse fazer o curso de Direito. À minha mãe Marinês, por estar o tempo todo me acompanhando, apoiando, e muitas vezes, puxando a minha orelha, principalmente nos momentos em que tive vontade de desistir desta monografia.

À minha madrinha Mariza, por me ajudar na correção desta monografia.

Ao professor Juarez, pelo privilégio de ter sido sua orientanda. Motivo maior por eu ter seguido no Direito Penal. Agradeço muito pelas suas orientações, por ter me guiado, sempre com todo carinho e paciência.

À professora Gisele, por ter me amparado, e aceito o convite para ser sua orientanda, quase na metade do semestre, o qual me acalmou e fez com que concluísse este trabalho.

A todos meus professores e colegas, que em cada disciplina contribuíram para minha formação. E àqueles que dedicaram uma parte do tempo para torcer pelo meu êxito.

“Se você cansar, aprenda a descansar e não a desistir”

Frei Jaime Bettega

RESUMO

A presente monografia visa analisar o crime de abandono de incapaz, que prevê o amparo e proteção a pessoas incapazes de zelarem pela sua vida e segurança em decorrência do abandono, sendo elas, crianças ou àqueles com alguma deficiência, podendo ser meramente física ou acometido por doença mental, originado pelo sujeito ativo que possuía o dever de preservar sua segurança. Abordando os aspectos conceituais, históricos e legais sobre o delito, bem como os motivos e consequências que o abandono pode causar, e suas características próprias que o diferenciem de outros crimes de perigo. A lei pune ao sujeito que deixar de assistir a pessoa incapaz, onde o mesmo tem o dever de cuidado e proteção. Nos resultados obtidos, frente ao estudo, verificou-se que é fundamental a ação conjunta da família, Estado e sociedade a fim de viabilizar os instrumentos de defesa e garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais das crianças e das pessoas portadoras de necessidades especiais, afastando-se as situações de abandono.

Palavras-chave: Abandono de incapaz. Delito. Análise de caso. Crianças. Pessoas com necessidade especiais.

SUMÁRIO

1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS	9
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO DE INCAPAZ	11
2.1	CONCEITUAÇÃO DO ABANDONO DE INCAPAZ	11
2.2	FORMAS DE ABANDONO DE INCAPAZ NA HISTÓRIA	14
2.2.1	O abandono de incapaz na idade antiga	14
2.2.2	O abandono de incapaz na Grécia	15
2.2.2.1	Os pensamentos de Platão e Aristóteles sobre o abandono	16
2.2.3	O abandono de incapaz em Roma	16
2.2.4	O abandono de incapaz na visão do Cristianismo e na Idade Média...	18
2.2.5	O abandono de incapaz no Direito Canônico	19
2.2.6	O crescente abandono de “incapaz” nos séculos XVIII e XIX	22
2.3	O ABANDONO DE INCAPAZ NO BRASIL	23
2.3.1	Os incapazes, o higienismo e o início da proteção legal	25
2.3.2	Os incapazes no código de menores	26
3	CRIME DE ABANDONO DE INCAPAZ	30
3.1	ESTRUTURA JURÍDICA	30
3.1.1	Sujeito Ativo e Passivo	31
3.1.2	A incapacidade absoluta e relativa	33
3.1.3	O abandono de incapaz na forma comissiva e omissiva	36
3.1.4	Os crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão)	37
3.1.5	Elemento subjetivo do delito de abandono de incapaz	38
3.1.6	Consumação e tentativa do delito de abandono de incapaz	40
3.1.7	A culpa no abandono de incapaz	41
3.1.8	As formas qualificadas do delito de abandono de incapaz	41
3.1.9	Causas de aumento de pena do delito de abandono de incapaz	42
4	ANÁLISE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	45
4.1	ESTUDO DE CASOS RELACIONADOS AO ABANDONO DE INCAPAZ.....	48
4.1.1	Abandono de crianças	48
4.1.2	Abandono de pessoa com necessidades especiais	52
4.1.3	Direito violado por falta de acessibilidade	54

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
	REFERÊNCIAS	61

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crime de abandono de incapaz é um tipo penal que tem se feito presente de forma crescente na sociedade. A desassistência por aquela pessoa que é responsável da pessoa incapaz, que tenha especial relação de proteção é um fato que deve ser debatido.

Toda pessoa, independentemente da idade, classe social, portadora de qualquer deficiência, tem o direito a proteção integral, e assistência necessária para que esta possa ter uma vida com dignidade, e acima de tudo, com segurança, não correndo perigo e riscos desnecessários à sua vida e à sua saúde.

Submetidos ao abandono, as vítimas deste delito, sendo estas, qualquer pessoa incapaz de defender-se por conta própria, são expostas ao desamparado, tendo seus direitos violados ocasionando o perigo concreto à sua vida e à sua saúde. Estes, são os que deveriam ter maior proteção em função de sua incapacidade de defesa, e de sua dependência com os demais sujeitos.

É essencial a análise dos problemas sociais que giram em torno do abandono de incapaz. Verifica-se que este abandono é marcado, na maioria das vezes, pela falta de condições financeiras da família e, pelo descaso do Poder Público, diante da falta de uma política efetiva que regule tais questões.

A interferência do Estado nas questões de ordem social e seu caráter condenatório levam a indagações sobre a efetividade de sua conduta. Este caráter demasiado coercitivo leva o Poder Público, muitas vezes, deixar de discutir certos problemas de ordem social. Nesse contexto surge o abandono de incapaz, este que consiste na desproteção que a vítima sofre por pessoas responsáveis por seu cuidado.

A escolha pelo presente tema dá-se face de que o crime de abandono de incapaz é um fato crescente dentro da sociedade, merecendo ser objeto de estudo. É necessário que a comunidade jurídica volte às atenções para esta questão e analise o caso, a fim de que se estabeleça normas compatíveis com a realidade social e forneça respostas seguras para tais questões.

A metodologia empregada no presente trabalho utiliza-se o método indutivo em busca de informações através de pesquisas bibliográficas em doutrinas pertinentes ao assunto, com análise da legislação vigente, em fontes de jurisprudência, bem como, artigos, dissertações e teses encontradas em meios

eletrônicos, para posterior interpretação e comentários, visando desta forma o estudo sistemático do tema proposto.

Para a efetiva compreensão do assunto em estudo, desenvolve-se o trabalho ordenado em capítulos, com o fim de propiciar uma leitura em sequência lógica com a exposição progressiva do conteúdo a ser explanado.

Desta forma, demonstra-se no primeiro capítulo a evolução histórica do abandono de incapaz, ao longo das sociedades e suas transformações, começando na Idade Média, até os dias atuais, incluindo o direito brasileiro e o Código Penal vigente, e seu conceito.

No segundo capítulo, é verificado os aspectos jurídicos que envolvem o crime de Abandono de Incapaz, averiguando quem pode ser o sujeito ativo e passivo do crime, como sua tipicidade, elemento subjetivo, culpabilidade, forma qualificada, bem como, a sua consumação. As características próprias do crime, que o diferencie de outros crimes de perigo, como por exemplo, omissão de socorro, entre outros possíveis delitos.

Sendo que no terceiro capítulo, faz-se uma breve análise do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e diante das decisões do tribunal do Rio Grande do Sul, acerca do Abandono de Incapaz, com estudo de casos relacionados ao tema.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO DE INCAPAZ

O principal objetivo desse capítulo é mostrar, de forma simples, a trajetória das crianças e das pessoas com deficiência, acerca do abandono, considerando que, não um é problema atual, mas sim, um fato que acontece desde os primórdios. Para que seja possível entender as concepções atuais sobre o abandono de incapaz, faz-se necessário compreender sua evolução histórica.

2.1 CONCEITUAÇÃO DO ABANDONO DE INCAPAZ

A origem etimológica da palavra abandono deriva do Francês abandonner, de à, “a”, mais bandon, “poder, jurisdição”, do latim bannum, “proclamação”. Classificada como um substantivo masculino de derivação regressiva de abandonar, que significa o ato ou efeito de abandonar¹.

Abandono pode ser usado em diferentes espaços e situações do cotidiano, como também no campo jurídico. Refere-se ao ato de deixar de lado ou negligenciar pessoa ou direito de responsabilidade de outra pessoa. No ponto de vista jurídico, o abandono sempre fará referência a negligência de uma pessoa. Outrossim, o abandono significa que outro indivíduo pode sofrer danos em consequência de tal ato².

Como traz Nucci:

Abandonar quer dizer deixar só, sem a devida assistência. O abandono, nesse caso, não é imaterial, mas físico. Portanto, não é o caso de se enquadrar, nesta figura, o pai que deixa de dar alimentos ao filho menor, e sim aquele que larga a criança ao léu, sem condições de se proteger sozinha³.

Do mesmo modo, Greco traz que:

[...] *abandonar* pressupõe o comportamento de deixar à própria sorte, desamparar, deixar só, ou seja, o agente afasta-se da pessoa que estava sob

¹ MARQUES, Gina; AMENDOEIRA, José; VIEIRA, Margarida. **À procura do significado de abandono para as pessoas muito idosas clientes de cuidados de enfermagem**. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20-%20ARI/97-300-1-SM.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

² **Abandono - definição, conceito, significado, o que é abandono**. Disponível em: <https://edukavita.blogspot.com/2012/10/conceito-de-abandono.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 840.

sua guarda, proteção, vigilância ou autoridade, permitindo que ela venha a correr riscos do abandono, face à sua incapacidade de defesa⁴.

O conceito de abandono de incapaz dá-se na ação de desamparar, afastar-se, deixar só, a pessoa tendo que seja incapaz de se defender dos riscos que possa ocorrer do abandono, classificando além de crianças, idosos e quaisquer pessoas que não tenham condições de responder por seus atos, que encontrar-se sob sua guarda, cuidado ou vigilância⁵.

O art. 133 do Código Penal tem, como elementos de adequação típica, o abandono de pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do imputado, bem como a incapacidade daquela em se defender de eventuais riscos resultantes da conduta. O abandono detém o significado desamparar, deixar sem assistência a vítima, inapta a se defender dos mencionados riscos.

O abandono não se restringe apenas ao pai que abandona seu filho menor. Abrange uma área mais diversa, assim como: a falta de assistência aos pais idosos ou enfermos; àqueles na condição de responsáveis, (podendo ser tanto da família, quanto curador ou tutor), que deixam de conceder o amparo necessário; a desassistência da pessoa que necessitam de cuidados especiais, por possuir alguma deficiência física; ou aquele acometido por doença mental, desenvolvimento mental retardado ou incompleto.

O desenvolvimento mental retardado é quando a capacidade não corresponde às expectativas para aquele momento da vida, ou seja, é aquela pessoa que tem um atraso da idade mental com à idade cronológica, como por exemplo, oligofrênicos. E o desenvolvimento mental incompleto é a falta de compreensão diante da sua idade precoce e pouca maturidade psicológica para assimilar as normas da sociedade, podendo a pessoa vir a superar.

De acordo com o entendimento de Pacelli:

Desenvolvimento mental retardado. Nesses casos, também se encontram algumas doenças mentais como a oligofrenia, a imbecilidade a debilidade mental, em geral, perturbações mentais de um grau menor, porém, que também retiram a capacidade de entendimento do agente do momento do fato.

⁴ GRECO, Rogério. **Curso direito penal**: parte especial. Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus: 2008. p. 342.

⁵ MORAES. Adrieli M. **Abandono de incapaz**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20-%20ARI/1abandono%20de%20incapaz.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

Desenvolvimento mental incompleto. Como o próprio nome diz, trata-se de ausência completa de maturidade em face do desenvolvimento do agente que, segundo alguns critérios, ainda não está completo e, diante disso, falta-lhe a capacidade perfeita de entendimento do caráter ilícito do fato.⁶

Dessa forma, Nucci esclarece que:

o desenvolvimento mental incompleto ou retardado consiste numa limitada capacidade de compreensão do ilícito ou da falta de condições de se autodeterminar, conforme o precário entendimento, tendo em vista ainda não ter o agente atingido a sua maturidade intelectual e física, seja por conta da idade, seja porque apresenta alguma característica particular, como o silvícola não civilizado ou o surdo-mudo sem capacidade de comunicação.⁷

A Organização Mundial da Saúde considera o abandono como uma configuração de abuso e negligência das pessoas incapazes de defender-se por conta própria. Definindo o abuso, como ato único ou repetido, ou a falta de medidas adequadas, que ocorrem dentro de qualquer relacionamento onde há uma expectativa de confiança, que cause dano ou sofrimento. Esse abuso pode assumir várias formas, tais como, abuso físico, psicológico ou emocional. Ele também pode ser o resultado de negligência intencional ou não⁸.

O abandono é entendido como uma dimensão de indignidade. E que surge como tema central, compreendido na forma concreta e na forma existencial. A forma concreta, é por referência ao físico, a forma existencial, é por referência ao fato das pessoas não serem atendidas quando mais precisam⁹.

O conceito de abandono somente se configura como tal, a partir do momento em que ganha conotação jurídica e passa a ser resultado de um não-cumprimento da lei, de um não-cumprimento de direitos. Desse modo, abandonar significa ignorar e não atender alguém que tenha direitos¹⁰.

O abandono de incapaz trata-se de uma infração que exige que o agente tenha vínculo com a vítima, constituindo assim, o delito de perigo individual. Tal delito,

⁶ PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 345.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 260.

⁸ MARQUES, Gina; AMENDOEIRA, José; VIEIRA, Margarida. **À procura...**, Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/97-300-1-SM.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

⁹ MARQUES, Gina; AMENDOEIRA, José; VIEIRA, Margarida. **À procura...** Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/97-300-1-SM.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

¹⁰ SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo...**, p. 68. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Um%20novo%20olhar%20sobre%20o%20conceito%20de%20abandono%20de%20crianças.pdf. Acesso em: 17 set. 2018.

ocorre quando, aquele que possui a guarda do incapaz se afasta da vítima, colocando em risco sua vida ou saúde, de modo a deixá-la indefesa em situação de perigo, ainda que momentaneamente¹¹.

2.2 FORMAS DE ABANDONO DE INCAPAZ NA HISTÓRIA

Desde a Antiguidade, o abandono e a exposição de crianças era frequente, em praticamente todas as sociedades, como também, o infanticídio e o direito de vida e morte dos pais sobre a criança faziam parte do cotidiano. Assim, faz-se o percurso histórico, através dos tempos, bem como todas as mudanças na percepção da sociedade, e conquistas alcançadas por elas, como sua aceitação, proteção e inserção no mundo jurídico.

2.2.1 O abandono de incapaz na idade antiga

O abandono de crianças foi uma prática comum nos diversos períodos históricos e nas civilizações que marcaram a evolução do homem. Constatase que a pessoa com deficiência encontrou diversas formas de tratamento pela sociedade, ora de aceitação e respeito, ora de extermínio ou abandono.

As deficiências e doenças sempre se fizeram presentes, manifestando-se em certas pessoas e dificultando a sua sobrevivência, sendo pela própria limitação ou em razão do tratamento de exclusão que vivenciavam dentro da sociedade a que pertenciam.

Nas primeiras tribos formadas pelos homens, era praticamente impossível que uma pessoa com deficiência sobrevivesse naquele período, sendo prática comum destas tribos, descartar os “deficientes”, uma vez que eles representavam um fardo e um perigo para todo o grupo.

As comunidades eram obrigadas a se locomover de forma constante de um local para outro e, dessa forma, o abandono e a eliminação de pessoas (especialmente crianças) com algum tipo de deficiência era aceitável na época, não

¹¹ VARGAS, Anna Lucia Barbosa. **Abandono de incapaz e exposição ou abandono de recém-nascido**. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20DE%20INCAPAZ%20E%20EXPOSICAO%20OU%20ABANDONO%20DE%20RECEM%20NASCIDO.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

representando nenhuma atitude imoral, uma vez que a proteção da tribo se sobrepunha aos riscos advindos da permanência de um “deficiente” no grupo.

De acordo com Silva¹², os índios Chiricoa (habitantes das matas colombianas), abandonavam em antigos sítios de morada da tribo, pessoas idosas, deficientes, ou incapacitadas por doenças, ou por mutilações. Assim, o abandono ocorria pelo fato de que estas não tinham condições de locomoção (visto que, se mudavam para outro local), e por não serem considerados fundamentais para a sobrevivência do grupo.

2.2.2 O abandono de incapaz na Grécia

O tratamento dispensado às pessoas com deficiência na cultura grega era o de abandono ou sacrifício. Em Esparta, onde o cidadão pertencia ao Estado, os pais tinham o dever de apresentar seus filhos perante os magistrados em praça pública, as crianças com deficiências eram consideradas subumanas, o que legitimava sua eliminação ou abandono. A prática de abandono foi considerada normal por muitos séculos da história da humanidade.

Também em Esparta, pelas leis vigentes, os pais das crianças recém-nascidas, eram obrigados a levá-las, “a uma espécie de comissão oficial formada por anciãos de reconhecida autoridade, para examinar e tomar conhecimento oficial da criança”¹³.

Após o exame, era determinado o destino da criança. Se esta fosse considerada “normal”, cumpria à família criá-lo até os sete anos de idade aproximadamente, para após ser entregue aos cuidados do Estado, a fim de prepará-lo a guerrear. No entanto, caso fosse considerada feia, disforme e franzina, os anciãos se incumbiam do sacrifício. As crianças eram atiradas num abismo de mais de 2.400 metros de altura, num local de nome Apothetai, que significava “depósitos”, situado na Cadeia de Montanhas chamada Taygetos, na Grécia. Tendo como justificativa de que:

¹² SILVA, Otto Marques da. **Epopéia ignorada**: A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: Editora FASTER, 2009. p. 28.

¹³ SILVA, Otto Marques da. **Epopéia...**, p. 86.

não era bom nem para a criança nem para a república que ela vivesse, visto como desde o nascimento não se mostrava bem constituída para ser forte, sã e rija durante toda a vida¹⁴.

Em outras cidades gregas, os nascituros malformados ou “deficientes” eram abandonados em locais considerados sagrados. Com a exposição, essas crianças poderiam ou não sobreviver, já que eram deixadas à própria sorte ou ao desejo dos deuses¹⁵.

2.2.2.1 Os pensamentos de Platão e Aristóteles sobre o abandono

Pensadores como Platão em seu livro *A República* e Aristóteles no livro *A Política*, discutiam o abandono, indicando que as pessoas que nasciam com alguma deficiência deveriam ser eliminadas. A eliminação era por exposição, abandono ou atiradas de uma cadeia de montanhas na Grécia. Para Aristóteles o abandono era uma forma de controle populacional. Platão, por sua vez, propunha que as crianças de famílias pobres fossem criadas por famílias abastadas.

2.2.3 O abandono de incapaz em Roma

Os romanos consideravam “monstros” as crianças que nasciam com deficiência, tendo características diferentes dos “normais”, seja quando apresentasse deformidades mais graves, ou que não tivesse um dos membros (a falta de um dos braços, por exemplo)¹⁶.

Diante destas situações, o poder paterno (pátria potestas) concedido ao pai, dava-lhe o direito de exterminar ou abandonar o próprio filho, caso viesse a nascer disforme ou de aparência monstruosa, pois “acreditava-se que as deformações traziam mau agouro para a comunidade e para a família”¹⁷. Tal direito vinha prescrito na Lei das 12 Tábuas, ao tratar na Tábua Quarta, do pátrio poder e do casamento que

¹⁴ SILVA, Otto Marques da. **Epopéia...**, p. 86.

¹⁵ DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/A%20JORNADA%20HISTÓRICA%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIÊNCIA_%20INCLUSÃO%20COMO%20EXERCÍCIO%20DO%20DIREITO%20À%20DIGNIDADE%20DA%20PESSOA%20HUMANA.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

¹⁶ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 93.

¹⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 24.

diz, “é permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos”.

No entanto, a prática do infanticídio legal não era regular. Os pais, recusando esse direito, abandonavam as crianças em cestos às margens do rio Tibre. Essas, algumas vezes, eram recolhidas por exploradores que, mais tarde, os utilizavam como esmoleiros¹⁸.

Entre os romanos, o abandono de crianças acontecia independentemente da situação financeira. Este ato era mais frequente com crianças com deficiências, por motivos de protesto político contra a vontade dos deuses, ou para evitar a divisão de bens entre herdeiros. Assim, o abandono era uma solução para muitos problemas.

Como traz Marcílio:

Ricos e pobres abandonavam seus filhos na Roma Antiga. As causas eram variadas: enfeitavam-se ou afogavam-se as crianças malformadas; os pobres, por não terem condições de criar os filhos, expunham-nos, esperando que um benfeitor recolhesse o infeliz bebê; os ricos, ou porque tinham dúvidas sobre a fidelidade de suas esposas ou porque já teriam tomado decisões sobre a distribuição de seus bens entre os herdeiros já existentes¹⁹.

Não havia condenação por abandono realizados pelos pais, mas sim, as consequências que este ato poderia trazer como incesto, estímulo a relações extramatrimoniais ou prostituição²⁰. A preocupação não era com a criança, mas com a possibilidade de uma relação incestuosa, no caso de casamento entre irmãos que não se conheciam.

O abandono tornou-se irrevogável, no final do século V. O pai já não podia reclamar seu filho enjeitado após dez dias de abandono. O poder absoluto não era mais do pai e sim daquele que o criava. Este podia explorá-lo de todas as formas, sem que houvesse intervenção das demais pessoas²¹.

¹⁸ SILVA, Otto Marques da. **Epopéia...**, p. 93.

¹⁹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 25.

²⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 27.

²¹ ORIONTE, Ivana. **Abandono e institucionalização de crianças significados e sentidos**. 2004. p. 167. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20E%20INSTITUCIONALIZAÇÃO%20DE%20CRIANÇAS.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

2.2.4 O abandono de incapaz na visão do Cristianismo e na Idade Média

O cristianismo condenava a prática apoiada pelo então sistema vigente da morte de crianças não desejadas pelos pais devido a deformações. A igreja cristã influenciou diretamente a alteração das concepções romanas, culminando com a lei editada pelo Imperador Constantino, em 315 d.C., demonstrando o impacto dos princípios cristãos ao simbolizar o respeito à vida²².

De acordo com Silva:

Essa lei considerava os costumes arraigados – embora não generalizados – de mais de cinco séculos, prevalentes em Roma desde a Lei das Doze Tábuas, e em Esparta principalmente, que não só permitiam como também exigiam que o pai de família, senhor absoluto de tudo e de todos no lar, fizesse morrer o recém-nascido que ele não queria que sobrevivesse, devido a defeitos ou a malformações congênitas. Constantino taxou esses costumes de “parricídio” e tomou providências para que o Estado colaborasse para a alimentação e vestuário dos filhos recém-nascidos de casais mais pobres. Exigiu que essa nova lei fosse publicada em todas as cidades da Itália e da Grécia, e que fosse em todas as partes gravada em bronze para, dessa forma, tornar-se eterna²³.

Nesse período, por influência direta da Igreja Católica, começaram a surgir os primeiros hospitais de caridade ou de assistência, que abrigavam pessoas com doença crônica e pessoas com deficiências que eram abandonadas.

No início da Idade Média, os deficientes físicos e mentais eram vistos como possuídos pelo demônio e supersticiosamente visto como feiticeiros ou bruxos, e o nascimento destes, como um “castigo de Deus”. As crianças que sobreviviam eram separadas de suas famílias e, muitas vezes, ridicularizadas ou desprezadas. Os que tinham alguma deficiência eram abandonados e discriminizados.

Neste mesmo período, as crianças continuavam sendo abandonadas com as mesmas justificativas da Idade Antiga, ou seja, a miséria, a ilegitimidade, os interesses econômicos, entre outros motivos. Marcílio, afirma que é difícil resgatar, entre os séculos V e X, o fenômeno do abandono devido à dificuldade de encontrar documentos onde possam extrair essas informações²⁴.

²² DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada...**, Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/A%20JORNADA%20HISTÓRICA%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIÊNCIA_%20INCLUSÃO%20COMO%20EXERCÍCIO%20DO%20DIREITO%20À%20DIGNIDADE%20DA%20PESSOA%20HUMANA.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

²³ SILVA, Otto Marques da. **Epopéia...**, p. 115.

²⁴ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 30-32.

Entre os séculos V e XV, na Idade Média, continuaram a ter locais para atendimento de pessoas deficientes e doentes, mantidas por senhores feudais. Porém, começa a ter uma concepção voltada para o misticismo, e as incapacidades tanto físicas como mentais, passam a ser tratadas como castigos divinos.

Conforme Marcílio, “a igreja teve importante papel na recepção e distribuição de bebês abandonados. No entanto, nenhuma norma por ela elaborada nessa época observa-se qualquer preocupação em condenar o enfeitamento de crianças”²⁵.

Os legisladores civis e religiosos puniam o infanticídio e o abandono de crianças recém-nascidas. O infanticídio era considerado o mal mais grave e o abandono era um mal menor, procurando somente limitá-lo. Os mosteiros foram um abrigo para essas crianças. Assim, era considerado uma saída mais humana abandonar nestes mosteiros, do que a prática do infanticídio²⁶.

2.2.5 O abandono de incapaz no Direito Canônico

A tradição canônica tolerou o abandono até o século XIII. A aceitação deste ato, se dava como forma de evitar o infanticídio ou o aborto. Assim, a criança abandonada teria a chance de não morrer sem que fosse batizada. Os pais que abandonavam seus filhos, estariam contribuindo para incentivar as atividades religiosas entre aqueles que os adotassem. A pobreza, a ilegitimidade e a deficiência continuaram a ser causas do abandono²⁷.

Com o renascimento das cidades e o desenvolvimento da economia de troca, inauguram uma fase nova do assistencialismo, durante os séculos XI e XII. A Igreja adota a prática de conceder indulgências às confrarias e às instituições que se dedicavam aos cuidados dos mais necessitados.

No século XIII, começava a fase da caridade pública de proteção à infância, onde surgiu as primeiras instituições para o cuidado das crianças abandonadas. O Papa Inocêncio III (1198-1216), teve especial atuação na assistência institucionalizada à criança abandonada. Destinou um hospital ao lado do Vaticano para receber estas crianças. Tal atitude, ocorreu após ter conhecimento do fato de

²⁵ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 33.

²⁶ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 34-37.

²⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 47.

que, no rio Tibre, pescadores encontravam em suas redes um número elevado de bebês afogados²⁸.

Foi instituído nos mosteiros e conventos medievais o sistema de “roda de expostos” para depositarem os bebês sem serem identificados. Este suporte era utilizado para levar objetos e alimentos aos seus moradores e evitar o contato dos religiosos com o mundo exterior. Marcílio explica que:

O nome *Roda* – dado por extensão à casa dos expostos – provém do dispositivo de madeira onde se depositava o bebê. De forma cilíndrica e com uma divisória no meio, esse dispositivo era fixado no muro ou na janela da instituição. No tabuleiro inferior da parte externa, o expositor colocava a criancinha que enjeitava, girava a Roda e puxava um cordão com uma sineta para avisar à vigilante – ou Rodeira – que um bebê acabara de ser abandonado, retirando-se furtivamente do local, sem ser reconhecido²⁹.

Na era medieval, os religiosos dividem a responsabilidade dos cuidados dos doentes, pobres e desvalidos, com os municípios, onde conviveram por muito tempo.

O hospital não só abrigava as crianças, mas também prostitutas, leprosos e mulheres grávidas. Portanto, os bebês abandonados dividiam com adultos e doentes um espaço reduzido. Essa prática durou até o século XIX³⁰.

As amas-de-leite eram mulheres que, em troca de um salário irrisório, levavam para suas casas para amamentar e criar as crianças até os três anos de idade aproximadamente, quando eram devolvidas ao hospital que permaneciam até os sete anos. A partir dessa idade, eram confiadas aos mestres artesãos, que ensinavam um ofício de acordo com as aptidões, o sexo, e a idade³¹.

Na Antiguidade essa prática era comum, entre as pessoas nobres, e as justificativas eram as mais diversas. Segundo Badinter, as mulheres acreditavam que a amamentação era inconveniente e ruim para a mãe, e que se amamentassem poderiam perder a saúde, a beleza e ainda corriam riscos sérios de sobrevivência³². Para ele:

²⁸ ORIONTE, Ivana. **Abandono...**, p. 170. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20E%20INSTITUCIONALIZAÇÃO%20DE%20CRIANÇAS.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

²⁹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 57.

³⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 52.

³¹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 57-66.

³² BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado: o mito do amor materno**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 95-96.

Por vezes, em lugar de se apiedar da própria saúde, as mulheres utilizam o argumento estético e juram que, se amamentarem, perderão a beleza, isto é, o seu bem essencial. Alegava-se, e se alega ainda hoje, que a amamentação deforma o seio, amolecendo-os. Muitas não queriam correr o risco de semelhante dano e preferiam recorrer a uma ama-de-leite.

[...]

Em primeiro lugar, as mulheres (e, portanto, as famílias) que se acreditavam acima do vulgo, consideravam pouco digno amamentarem elas mesmas os filhos. Como as damas da nobreza há muito tempo haviam dado o exemplo, essa negligência tornara-se rapidamente uma marca de distinção para as demais. Amamentar o próprio filho equivalia a confessar que não se pertencia à melhor sociedade³³.

Badinter pontua ainda, que a amamentação era considerada ridícula e repugnante. Muitos maridos abominavam a amamentação e, mesmo que o marido a aceitasse, os médicos da época proibiam as relações sexuais durante a amamentação, pois, o esperma poderia azedar o leite³⁴.

Esses sistemas desenvolvidos em Roma serviram de modelo para todo o resto da Europa Católica e, por intermédio de Portugal, consolidaram-se no Brasil depois do século XVIII.

Com o crescimento da população, as guerras, os órfãos desamparados, o aumento dos abandonados superava a capacidade assistencial das casas que os acolhia. Nos séculos XIV e XV, o número de necessitados aumentava constantemente. Foi necessária a criação de serviços sociais e de estabelecimentos hospitalares, bem como, instituições especializadas para abrigar crianças abandonadas.

Nem sempre as crianças permaneciam na instituição. Muitas vezes, eram adotadas por famílias para complementar a mão-de-obra nas casas. Essas crianças podiam considerar-se afortunadas, pois nas instituições o índice de mortalidade era muito elevado.

Como o abandono de crianças continuavam e as taxas de mortalidade aumentavam, teorias fundamentadas no utilitarismo e no higienismo começaram a prevalecer as práticas de assistencialismo e serviços sociais, e os expostos passaram a ser vistos como cidadãos úteis. Eles poderiam realizar trabalhos pesados; ajudar a povoar colônias que a Europa havia conquistado na América, na África e na Ásia; ou poderiam tornar-se soldados³⁵.

³³ BADINTER, Elisabeth. **Um Amor...**, p. 96.

³⁴ BADINTER, Elisabeth. **Um Amor...**, p. 97.

³⁵ SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo olhar sobre o conceito de abandono de crianças**. p. 66. Disponível em:

2.2.6 O crescente abandono de “incapaz” nos séculos XVIII e XIX

Nos fins do século XVIII, havia uma maior intervenção do Estado em relação a saúde pública e de assistência social aos pobres. Surgia, uma nova ética, que se caracteriza pela busca da ordem, da eficiência e da disciplina social, e o movimento em prol do bem-estar da criança. Entre os utilitaristas, a beneficência era praticada com o intuito de exercer o poder e gozar da gratidão do outro³⁶.

No século XIX, tanto a filantropia quanto a caridade têm como fim o controle social. No entanto, a mortalidade infantil era muito elevada, principalmente nas classes mais pobres. Dessa forma, começava um movimento para acabar com a mortalidade³⁷.

A sociedade, começava a condenar moralmente o abandono, praticado pelas mães solteiras. Surgia também, outros motivos, com o intuito de justificar o aumento significativo de abandonos, como por exemplo, pais com dificuldades financeiras, abandonavam os filhos em hospitais de expostos, com a intenção de buscá-los posteriormente, assim que melhorasse sua condição financeira, o que na maioria das vezes não acontecia³⁸.

Nos países católicos, como Itália, Bélgica, França, Irlanda, Espanha, Polônia e Rússia, o abandono atingia números alarmantes. Enquanto isso, nos países protestantes, era difícil haver crianças abandonadas. Conforme Marcílio, “pela atitude desenvolvida desde a Reforma, cada indivíduo era responsável por seus atos, e a paternidade deveria ser assumida pelos pais, em qualquer circunstância”³⁹.

Foi decretada em todo império napoleônico a obrigatoriedade das rodas nos hospitais, com o objetivo de receber as crianças abandonadas. No art. 3º do decreto de 1811 estipulava, que “em cada hospício destinado a receber as crianças abandonadas deve haver uma Roda onde possam ser deixados os enjeitados”⁴⁰. A partir deste decreto, na Bélgica foram criadas oito rodas.

file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Um%20novo%20olhar%20sobre%20o%20conceito%20de%20abandono%20de%20crianças.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.

³⁶ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 74-75.

³⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 75.

³⁸ ORIONTE, Ivana. **Abandono...**, p. 174. Disponível em:

file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20E%20INSTITUCIONALIZAÇÃO%20DE%20CRIANÇAS.pdf. Acesso em: 06 set. 2018.

³⁹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 79.

⁴⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 79.

A partir de 1850, havia uma preocupação em levar às famílias, como forma de proteção, métodos de criação e educação da criança. Era o movimento higienista que, com a profilaxia, a assepsia e a esterilização, iniciava o combate às doenças que matavam as mulheres⁴¹.

A década de 1880 marca uma mudança na nutrição infantil em vários países europeus. O avanço técnico da amamentação artificial possibilita a nutrição das crianças menos favorecidas, principalmente com as políticas de distribuição gratuita de leite esterilizado⁴².

Com estes e outros processos avançados, as amas-de-leite tornaram-se obsoletas, sendo assim, dispensadas. As rodas foram extintas no final do século XIX e também o papel do hospital muda. Agora a medicina caritativa passa a ser preventiva e científica. Os hospitais perdem o caráter de abrigo para os expostos e passam a ser centro de prevenção e de tratamentos de doenças⁴³.

Tendo em conta essa breve trajetória retrospectiva, a História do Brasil, assim como a História na Europa, também foi marcada pelas fases de assistência e proteção às crianças abandonadas.

2.3 O ABANDONO DE INCAPAZ NO BRASIL

Diferentemente do que ocorreu na Europa, no Brasil, apenas uma parcela de crianças abandonadas, ficavam nas instituições. A maior parte destas, ficavam sob a guarda de famílias. De acordo com Marcílio, famílias recolhiam as crianças recém-nascidas que eram deixados nas portas das suas casas ou de igrejas, que por vários motivos, decidiam criá-los. Havia também, pessoas que iam nas Rodas de Expostos, com o intuito de adotar uma criança. É o chamado “filhos de criação” que ora eram aceitos como filhos, ora como serviçais, pode ser explicada pela caridade religiosa e pela vantagem e garantia de mão-de-obra gratuita, aliada a laços de reconhecimento, de afeição e de gratidão. Mas só raramente partilhavam da herança⁴⁴.

⁴¹ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 82.

⁴² ORIONTE, Ivana. **Abandono...**, p. 175. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20E%20INSTITUCIONALIZAÇÃO%20DE%20CRIANÇAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018..

⁴³ ORIONTE, Ivana. **Abandono...**, p. 175. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20E%20INSTITUCIONALIZAÇÃO%20DE%20CRIANÇAS.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁴⁴ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 138-144.

A fase denominada caritativa caracterizou-se por três formas de atendimento à infância: as Câmaras Municipais, a Roda de Expostos e a adoção informal dos expostos por famílias.

Em 1828, houve mudanças na lei dos municípios. Pela nova lei, em todo lugar onde houvesse “santas casas”, as câmaras poderiam repassar a estas oficialmente seu dever de cuidar dos expostos. A segunda forma de assistência incluía as rodas, o recolhimento para meninas pobres e as casas dos expostos, as quais mantinham convênios entre as municipalidades e as santas casas. A terceira, o sistema informal, foi o mais abrangente e estendeu-se por toda a história⁴⁵.

De acordo com Neto, as Santas Casas de Misericórdia, surgem no Brasil, com o intuito de reduzir os sofrimentos dos enjeitados. Um dos motivos do abandono, seria o fato de as mães terem filhos fora do casamento⁴⁶. Como relata Neto:

[...], num período em que a doutrina eclesiástica supervalorizava o sacramento do matrimônio, a prática do adultério era observada como algo execrável e o reconhecimento de filhos bastardos como uma atitude degradante, a tal ponto que o Código de Direito Canônico coibia ao filho ilegítimo a ordenação sacerdotal. Conquanto preservasse a instituição do casamento, esse princípio tinha como consequência a condenação da criança⁴⁷.

Os aspectos formais de proteção à infância, constituídos pelas câmaras municipais e rodas dos expostos foram extremamente ineficientes. A primeira roda dos expostos no Brasil surge na Bahia, na cidade de Salvador, em 1726. A segunda, na cidade do Rio de Janeiro, em 1738, e a terceira, em Recife, em 1739. Sendo assim, quase por século e meio a roda de expostos foi praticamente a única instituição de assistência à criança abandonada em todo o Brasil⁴⁸.

Muitas amas-de-leite foram denunciadas por maus-tratos e negligência em relação às crianças entregues aos seus cuidados. Embora os salários fossem irrisórios, muitas delas fizeram dessa prática uma profissão. A função de ama-de-leite representava uma das poucas possibilidades de emprego na época do Brasil colonial. As consequências do sistema das amas-de-leite foram muito graves. Além dos altos índices de mortalidade, crianças negras e pardas foram vendidas como escravas.

⁴⁵ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 164.

⁴⁶ NETO, João Clemente de Souza. **Crianças e adolescentes abandonados: estratégias de sobrevivência**. São Paulo: Arte Impressa, 2001. p. 92.

⁴⁷ NETO, João Clemente de Souza. **Crianças...**, p. 93.

⁴⁸ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 150.

As amas-de-leite só foram dispensadas com a descoberta das técnicas de pasteurização, e esterilização do leite. Com essas técnicas, tornou-se possível a conservação dos expostos nos asilos através da amamentação com leite de animais. Iniciou-se, então, uma nova fase com relação à criança abandonada no Brasil, embora as condições políticas e econômicas não contribuíssem para que a assistência à infância desvalida tivesse a importância, ou melhor, a prioridade, que se fazia urgente.

2.3.1 Os incapazes, o higienismo e o início da proteção legal

Decorrente da influência higienista, intensificou-se, nessa época, a luta pela extinção das Rodas de Expostos, pelas fraudes, alta taxa de mortalidade infantil, a educação era exclusivamente religiosa dos internos, tratamento indiscriminado e não-especializado das crianças e descaso em relação aos preceitos da higiene.

Os juristas tiveram grande influência na filantropia brasileira, preocuparam-se em oferecer a educação elementar, a formação cívica e a capacitação profissional para as crianças, a fim de prevenir e eliminar a desordem nos centros urbanos.

O uso de dois termos específicos para se referir à infância, foi uma das marcas deixadas por essa influência: enquanto o termo “criança”, era empregado ao filho das famílias abastadas, era chamado de “menor”, os meninos e meninas de famílias economicamente desfavorecidas⁴⁹.

Marcílio menciona que:

[...], quando se começou a pensar a infância pobre no Brasil, [...], a terminologia mudou. De ‘santa infância’, ‘expostos’, ‘infância desvalida’, [...], passou-se a uma categoria dominante – *menor*. O termo *menor* aponta para a despersonalização e remete à esfera do jurídico e, portanto, do público. A infância abandonada, que vivia entre a vadiagem e a gatunice, tornou-se, para os juristas, caso de polícia⁵⁰.

Do mesmo modo, existia uma diferença, no qual separava a “criança pobre” da criança conceituada como “menor”. Enquanto a primeira deveria receber o atendimento de cunho preventivo, sendo protegida e educada com base em princípios

⁴⁹ SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo...**, p. 67. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Um%20novo%20olhar%20sobre%20o%20conceito%20de%20abandono%20de%20crianças.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

⁵⁰ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História...**, p. 195.

filantrópicos e higiênicos, “o menor”, deveria ser afastado do convívio social, para que o mesmo não cometesse atos que pudessem pôr em risco a sociedade⁵¹.

2.3.2 Os incapazes no código de menores

Em 1923, foi criado o Juizado de Menores, tendo Mello Mattos como o primeiro Juiz de Menores da América Latina. No ano de 1927, foi promulgado o primeiro documento legal para a população menor de 18 anos: o Código de Menores, que ficou popularmente conhecido como Código Mello Mattos.

O Código de Menores, primeira lei voltada para crianças e adolescentes, onde seu objetivo era dar assistência e proteção aos menores, regulamentando questões como o abandono, o trabalho infantil ou delinquência. O Código de Menores não incluía todas as crianças, mas apenas àquelas que estavam em “situação irregular”.

A partir da promulgação do Código de menores, em 1927, o Estado começou a dar os primeiros passos com relação à assistência e proteção à infância, possibilitando assim, a criação de um sistema público de atendimento que definia um novo projeto jurídico e institucional que não fosse apenas repressivo, mas fosse preventivo, disciplinar e tutelar⁵².

Nesse contexto, o Estado assume a responsabilidade legal pela tutela da criança órfã e abandonada. A criança desamparada, fica institucionalizada, e recebe orientação e oportunidade para trabalhar. Representou uma iniciativa precursora dentro da legislação brasileira, destacando-se pela assistência aos menores de 18 anos.

O Código de Menores de 1927, teve uma visão correspondente aos conceitos então vigentes, abrangendo em um mesmo entendimento o “menor abandonado” e o “menor delinquente”, embora pretendendo oferecer “assistência e proteção”. No art. 26⁵³, prevê situações dos menores de 18 anos abandonados.

⁵¹ SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo...**, p. 67. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Um%20novo%20olhar%20sobre%20o%20conceito%20de%20abandono%20de%20crianças.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁵² SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo...**, p. 61. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Um%20novo%20olhar%20sobre%20o%20conceito%20de%20abandono%20de%20crianças.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

⁵³ O Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, dispõe o Código dos menores. No Capítulo IV trata Dos Menores Abandonados. Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos: I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência,

Quando os menores eram encontrados vagando pelas ruas, a família tinha 30 dias para realizar uma reclamação. Quando isso não era feito o juiz, o declarava abandonado, enviando-o a uma das instituições de assistência, conforme art. 56⁵⁴. Caso a família fosse buscá-lo, o mesmo deveria ser entregue, após comprovado o vínculo, que o abandono foi causado por situações independente da vontade do reclamante, e entre outros motivos, previstos no art. 57⁵⁵ do Código de Menores de 1927. E o artigo 55⁵⁶ definia que os abandonados deveriam ser apreendidos em lugar conveniente ou mantidos sob a guarda da autoridade responsável⁵⁷.

Em outubro de 1979, foi publicado novo Código de Menores, que estabelecia novas diretrizes e medidas de proteção ao menor. Ampliou poderes para autoridades

enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III. que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido; IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes; V. que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI. que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida. VII. que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) victimas de máos tratos phisicos habituaes ou castigos immoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude; c) empregados em occupações prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude; d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem; VIII. que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel; a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como co - autor, cúmplice, encobridor ou receptador de crime committido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.

⁵⁴ Art. 56. Si no prazo de trinta dias, a datar da entrada em, juizo o menor fugitivo ou perdido, ou que esteja nos casos do art. 26, ns. I e II, não fôr reclamado por quem de direito, o juiz, declarando-o abandonado, dar-lhe-ha conveniente destino. Todavia, a qualquer tempo que o responsavel reclamar, o menor poderá ser-lhe restituído.

⁵⁵ Art. 57. O menor reclamado será entregue si ficar provado: I, que se trata realmente do pae, mãe (legitimo, natural ou adoptivo), tutor ou encarregado de sua guarda; II, que o abandono do menor foi motivado por circumstancia independente da vontade do reclamante; III, que o reclamante não se acha incurso em nenhum dos casos em que a lei commina a suspensão ou a perda do patrio poder ou a destituição da tutela; IV, que a educação do menor não é prejudicada com a volta ao poder do reclamante.

⁵⁶ Art. 55. A autoridade, a quem incumbir a assistencia e pprotecção aos menores, ordenará a apprehensão daquelles de que houver noticia, ou lhe forem presetnes, como abandonados os depositará em logar conveniente, o providenciará sobre sua guarda, educação e vigilancia, podendo, conforme, a idade, instrucção, profissão, saude, abandono ou perversão do menor e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, adoptar uma das seguintes decisões. a) entregal-o aos paes ou tutor ou pessoa encarregada de sua guarda, sem condição alguma ou sob as condições qe julgar uteis á saude, segurança e moralidade do menor; b) entregal-o a pessoa idonea, ou internal-o em hospital, asylo, instituto de educação, officina escola do preservação ou de reforma; c) ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por soffrerem de qualquer doença phisica ou mental; d) decretar a suspensão ou a perda do patrio poder ou a destituição da tutela; e) regular de maneira differente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, si houver para isso motivo grave, e fôr do interesse do menor.

⁵⁷ ZANELLA, Maria Nilvane; LARA, Angela Mara de Barros. **O Código de Menores de 1927, o direito penal do menor e os congressos internacionais o nascimento da justiça juvenil**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/123947-Texto%20do%20artigo-233854-1-10-20161210%20.pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

judiciárias, a fim de atender os abandonados e infratores, na busca de corrigir as causas dos desajustamentos dos menores⁵⁸.

Este Código já contém a doutrina da proteção integral, mas baseada no mesmo paradigma do menor em situação irregular da legislação anterior. O texto adotou a denominada doutrina da “situação irregular”⁵⁹, que dispunha sobre a assistência, proteção e vigilância a menores de dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular.

O Código de Menores de 1979 traz um dispositivo de intervenção do Estado sobre a família, que abriu caminho para o avanço da política de internatos-prisão. O princípio de destituição do pátrio poder baseado no estado de abandono, através da sentença de abandono, possibilitou ao Estado recolher crianças e jovens em situação irregular e condená-los ao internato até a maioridade.

Nesta fase, as instituições passam a ter maior importância que os próprios menores, no sentido em que a disciplina interna e a segurança externa aos muros eram os principais critérios de eficácia dos programas de assistência aos menores.

Nas legislações antigas, o crime de abandono de incapaz, não era caracterizado, e o Direito Penal apenas tratava a incriminação da exposição da criança. Assim, Bitencourt traz que:

O Código Criminal do Império (1830) não conheceu a figura do crime de abandono, em qualquer de suas formas. Mas essa omissão não chega a surpreender, pois os próprios *direitos romano e germânico* não chegaram a contemplar o crime de abandono ou de exposição de incapaz como um crime autônomo⁶⁰.

⁵⁸ MOURA, Márcia Bonapaz de. **Código de menores à criação do eca**: estatuto da criança e do adolescente. Disponível em:

file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Código%20de%20Menores%20à%20Criação%20do%20Eca.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

⁵⁹ O Código de Menores de 1979, introduziu o conceito de “menor em situação irregular” em seu art. 2º. Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 2: crimes contra a pessoa. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 289.

O Direito Canônico, por sua vez, tratando do mesmo assunto reconheceu:

como crime de perigo, o abandono não só do recém-nascido, mas de todo ser humano que fosse incapaz de se proteger contra os riscos a que tinha sido exposto. Mas o marco decisivo na criminalização dessa conduta veio a ocorrer com o Código Penal da Baviera, em 1813, que reconheceu como sujeito ativo qualquer pessoa e como sujeito passivo qualquer incapaz⁶¹.

O legislador de 1940 ampliou a proteção dada anteriormente, pois a legislação penal de 1890 dispensava a periclitación da vida ou da saúde da pessoa proveniente de abandono, apontando apenas o menor como possível vítima, conforme o art. 292⁶². Dessa forma, o legislador de 1940 entendeu que não só o menor poderia ser abandonado, mas também outros indivíduos poderiam ser sujeitos passivos dessa conduta típica, ou seja, àqueles que não apresentar condições de enfrentar, sozinhos, os perigos decorrentes de um abandono, como os idosos, os incapazes mentalmente, ou deficientes físicos⁶³.

O Código Penal de 1940, da mesma forma tratou do tema, tendo, ainda, prescrito duas figuras distintas: o abandono de incapaz (art. 133) e o abandono de recém-nascido (art. 134)⁶⁴.

⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 289.

⁶² Art. 292. Expor, ou abandonar, infante menor de 7 annos, nas ruas, praças, jardins publicos, adros, cemiterios, vestibulos de edificios ou particulares, emfim em qualquer logar, onde por falta de auxilio e cuidados, de que necessite a victima, corra perigo sua vida ou tenha logar a morte: Pena - de prisão cellular por seis mezes a um anno. § 1º Si for em logar ermo o abandono, e, por effeito deste, perigar a vida, ou tiver logar a morte do menor: Pena - de prisão cellular por um a quatro annos. § 2º Si for autor do crime, o pae ou mãe, ou pessoa encarregada da guarda do menor, soffrerá igual pena com augmento da terça parte.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 288.

⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 289.

3 CRIME DE ABANDONO DE INCAPAZ

O crime de abandono de incapaz, previsto no art. 133 do Código Penal constitui o delito de perigo individual que comporta, no tipo, uma forma simples, referida no caput, e duas formas qualificadas, correspondentes à ocorrência de lesão grave e morte, respectivamente nos parágrafos 1º e 2º. Sobre elas, indistintamente, cabe aumento de pena de um terço, nas hipóteses especificadas no parágrafo 3º.

De acordo com Noronha:

Inscreve-se a espécie no título dos *crimes contra a pessoa*, donde a proteção desta é o escopo do artigo. É ainda a defesa da vida e da saúde que se tutela, como bem claro deixa a denominação do Capítulo III. Objetividade jurídica, portanto, é o interesse relativo à segurança do indivíduo, que, por si, não se pode defender ou proteger, preservando sua incolumidade física⁶⁵.

No crime de abandono de incapaz protege-se a vida, a saúde e a segurança daquelas pessoas que são incapazes ou possuem dificuldades de se defender dos riscos que possa a vir ocorrer, diante de uma situação de abandono.

3.1 ESTRUTURA JURÍDICA

O abandono de incapaz consiste, muitas vezes, em deixar a vítima desamparada, sem assistência, expondo-a ao perigo, que por algum motivo, não consegue cuidar-se por conta própria, não tendo condições de defender-se sozinha. Em outras palavras, significa abandonar a pessoa que está sob seu cuidado, guarda ou vigilância. Para Delmanto, “trata-se de crime próprio, exigindo-se que o agente tenha especial relação de assistência com o sujeito passivo (cuidado, guarda, vigilância ou autoridade)”⁶⁶.

O bem jurídico resguardado pelo preceito do art. 133 é “a proteção à vida e a saúde da pessoa humana”⁶⁷, o seu bem-estar pessoal, particularmente do indivíduo incapaz de proteger-se contra situações de perigo decorrentes de abandono.

Nesse modo, acerca do bem jurídico tutelado, Bitencourt transcreve:

⁶⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 93.

⁶⁶ DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 484.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 289.

A despeito da unanimidade nacional, convém destacar que a definição do tipo penal não faz qualquer referência a “perigo para a vida ou a saúde de outrem”. [...]

Na verdade, a admissão de que os bens jurídicos protegidos referem-se à periclitção da vida e à saúde do abandonado, ainda que implicitamente, vem ao encontro da função de garantia que é atribuída aos tipos penais. Ademais, embora os nomen iuris, as denominações de títulos e capítulos não integrem a objetividade jurídica dos tipos penais, não deixam de estabelecer, genericamente, quais os bens jurídicos que pretendem proteger. Nessas circunstâncias, considerando que este capítulo destina-se aos crimes contra a “periclitção da vida e da saúde”, admitimos que se permita uma interpretação ampliada do conteúdo do art. 133, porque é in bonam parte. Embora pareça paradoxal, essa interpretação extensiva tem a finalidade exatamente de restringir a abrangência do dispositivo, pois exclui a exposição a qualquer outro perigo⁶⁸.

Nesse sentido, pode-se assegurar que, genericamente, o tipo resguarda a vida e a integridade físico-psíquica do incapaz. Não importa o consentimento do ofendido. Dessa forma, Noronha alude que “é inoperante o consentimento do ofendido, pela indisponibilidade do bem jurídico em questão: a segurança própria”⁶⁹.

3.1.1 Sujeito Ativo e Passivo

No crime de abandono de incapaz não exige que os sujeitos ativo e passivo tenham alguma característica em especial, podendo assim, ser qualquer pessoa. Em se tratando de sujeito ativo ou passivo, Pereira conceitua como, “o sujeito ativo do crime é aquele indivíduo que pratica o fato típico e antijurídico, ou seja, a ação ou omissão descrita no tipo penal”⁷⁰. E “o sujeito passivo do crime é aquele que sofre as consequências da conduta criminosa, ou seja, é o titular do bem jurídico lesado”⁷¹.

Contudo, deve existir uma relação de assistência entre o sujeito ativo e o passivo, exigindo apenas que a pessoa abandonada esteja sob a responsabilidade do sujeito ativo⁷². Na ausência deste requisito, no qual é a responsabilidade sob a vítima, não configura crime de abandono de incapaz. Como traz Bitencourt:

Qualquer indivíduo, sem nenhum vínculo, pode abandonar um incapaz, entregando-o à própria sorte, expondo-o a perigo, mas não será sujeito ativo

⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 289.

⁶⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito...**, p. 94.

⁷⁰ PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal I**. Caxias do Sul : Educs, 2012. p. 60.

⁷¹ PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal I**. Caxias do Sul : Educs, 2012. p. 60.

⁷² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo : Saraiva, 2013. p. 191.

do crime de abandono de incapaz, por faltar-lhe uma condição exigida pelo tipo penal, uma condição de “garante”⁷³.

O sujeito ativo é aquele que tem o dever de zelar pela vítima, que não tem condições de defender-se sozinha. Quem se coloca na posição de defensor, ou seja, “o autor deve ser guarda, protetor ou autoridade designada por lei para garantir a segurança da vítima”⁷⁴. É qualquer pessoa que tenha relação de auxílio e amparo com a vítima, desde que ela, esteja sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade.

De acordo com Nucci:

Cuidado: representa condutas que demandam atenção, zelo, cautela. É a figura mais ampla das quatro previstas. Ex.: a pessoa que está enferma não pode ser abandonada, pois está momentaneamente incapacitada. Assim fazendo o agente, configurado está o delito previsto neste artigo.

Guarda: trata-se de um nível mais intenso de cuidado, pois exige proteção, amparo e vigilância. É figura destinada à proteção de pessoas que necessitam receber mais do que mera atenção ou zelo, pois demandam abrigo do agente. Ex.: o filho pequeno não pode deixar de receber proteção, pois seu estado de incapacidade é permanente, durante a fase infantil.

Vigilância: é uma figura sinônima de cuidado, que está abrangida pela guarda. Reserva-se este termo do tipo penal para as vítimas que são capazes, em regra, embora, por estarem em situações excepcionais, podem tornar-se incapazes de se defender. Ex.: um guia turístico tem o dever de vigiar os turistas sob sua responsabilidade num país estrangeiro, de língua e costumes totalmente estranhos, além de poder possuir estes locais de particular periculosidade.

Autoridade: é o vínculo que se estabelece, legalmente, entre uma pessoa que tem o direito de dar ordens a outra, de modo que dessa relação defluem os deveres de cuidado, guarda ou vigilância, conforme o caso. Ex.: se o sargento convoca a tropa para uma missão secreta num cenário hostil e perigoso, tem o dever de não abandonar os soldados, não conhecedores do lugar, que para ali foram exclusivamente atendendo a um comando⁷⁵.

Já o sujeito passivo do crime é o incapaz, não se trata da incapacidade civil, mas sim, àquele que não consegue se defender dos riscos resultantes do abandono. Há a necessidade de que haja dois requisitos essenciais: a incapacidade; e a relação de assistência com o sujeito ativo.

Assim, Teles traz:

Sujeito passivo é o incapaz, não necessariamente imputável ou civilmente incapaz, porque também os idosos e apenas os deficientes físicos podem coloca-se na situação de incapacidade a que se refere a norma. Incapaz aqui

⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 291.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 840.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código...**, p. 841.

é o que não tem possibilidade de defender-se, por sua própria conta, da situação de abandono a que é submetido⁷⁶.

Outrossim, a incapacidade pode decorrer de doença ou de transtornos mentais, que, por algum motivo, dificultem o sujeito passivo de defender-se do perigo decorrente do abandono. Noronha aduz que a incapacidade “se traduz na impossibilidade de proteção ou preservação própria”⁷⁷.

3.1.2 A incapacidade absoluta e relativa

A pessoa pode ser considerada incapaz, quando esta não tem condições de cuidar-se por conta própria. Assim, a incapacidade é dividida em absoluta ou relativa e permanente ou temporária. A incapacidade absoluta é o menor de 18 anos; a relativa depende do modo, lugar e tempo em que a pessoa foi abandonada, como exemplo, nos casos de embriaguez, de enfermidade. Já a incapacidade permanente, é aquele que possui deficiência física, com difícil reparação, como por exemplo, o tetraplégico; ou a temporária, quando a pessoa abandonada sofre uma crise de depressão profunda.

Para Bitencourt:

É indispensável que o sujeito passivo, além da *incapacidade* de enfrentar os riscos decorrentes do abandono, encontre-se numa das condições especiais da *relação de assistência* referidas no *caput* do art. 133. É necessário que a vítima seja *incapaz de defender-se dos riscos decorrentes do abandono*. Não se trata da *incapacidade* disciplinada no direito privado, como seriam exemplo aqueles que se acham sob o pátrio poder, a tutela ou a curatela, os anciões, os enfermos etc. À evidência que a incapacidade pode decorrer de *doenças* ou de *transtornos mentais*, mas também pode provir de determinadas circunstâncias especiais, fáticas ou não, que, por alguma razão, inviabilizem o sujeito passivo de defender-se do perigo decorrente do abandono⁷⁸.

No caso de assistência, é necessário que exista uma vinculação, de forma de que o sujeito ativo exerça uma relação de autoridade em face do sujeito passivo. Dessa forma, o “dever de assistência, deve existir antes da prática da conduta delituosa”⁷⁹.

⁷⁶ TELES, Ney Moura. **Direito penal**: parte especial: arts. 121 e 212. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 193.

⁷⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito...**, p. 93.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 292.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 294.

A relação entre os sujeitos (ativo e passivo) pode vir por meio de lei, convenção ou certos fatos lícitos ou ilícitos. Segundo Bruno, “pode ele resultar de uma norma de Direito, de contrato, de particular aceitação do dever por parte do agente ou de pura situação de fato que o tenha colocado na obrigação de assistir à vítima”⁸⁰.

Assim, no dizer de Bitencourt, essa relação pode derivar: de lei; do Direito Público (Estatuto da Criança e do Adolescente, lei de assistência a alienados), ou Direito Privado (Código Civil); de Contrato ou convenção (enfermeiros, médicos, diretores de colégio, em relação aos seus respectivos subordinados); das 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)⁸¹.

O crime de abandono de incapaz tem como elementos constitutivos: o abandono; a violação do especial dever de assistência; a superveniência efetiva de perigo concreto à vida ou à saúde do abandonado; a incapacidade de defender-se da situação de perigo; a vontade e a consciência de abandonar incapaz expondo-o a perigo.

Dessa forma, Bitencourt traz que:

[...], para a configuração do crime previsto no art. 133, o crime de abandono tem de se materializar na violação de especial dever de zelar pela segurança do incapaz, na superveniência de um perigo à vida ou à saúde deste, em virtude do abandono, na incapacidade do sujeito passivo de defender-se de tal perigo e na vontade e consciência de abandonar a vítima, expondo-a aos riscos do abandono, consciente de sua incapacidade para enfrentar tais riscos⁸².

Vale ressaltar que o crime decorre do desamparo da vítima, sendo indiferente que o abandono seja temporário ou definitivo, “de modo que se ponha em perigo a incolumidade pessoal”⁸³, ou seja, o agente seja capaz de colocar a vítima em risco. “Sua *duração* é indiferente, desde que seja por espaço de tempo juridicamente relevante (capaz de pôr em risco o bem jurídico tutelado)”⁸⁴.

Sendo assim, para Coêlho:

⁸⁰ BRUNO, Aníbal. Crimes contra a pessoa. 5. ed. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1979. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 292.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 295.

⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 295.

⁸³ NASCIMENTO, José Flavio B. **Direito penal** : parte especial : arts. 121 a 183 : dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo : Atlas, 2000. p. 109.

⁸⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2 : parte especial, arts. 121 a 234B do CP. 28. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2011. p. 97.

Não importa para a configuração típica se o abandono é definitivo ou temporário, o que deve se configurar é o animus do agente de abandonar o incapaz, e que, para a consumação, [...], deverá incidir o perigo concreto a vida ou saúde da vítima⁸⁵.

Mesmo que se reconheça que o agente viola o dever de assistência que lhe incumbe, isso não é suficiente para constituir o crime. Para a configuração do delito, é necessário que a ação, resulte em perigo à vida ou à saúde da vítima, razão pela qual o crime trata-se de perigo concreto. Conforme Mirabete “é indiferente à composição do crime o consentimento da vítima ao ser abandonada pelo sujeito ativo”⁸⁶. Contudo, não configura crime (não haverá abandono), quando inexistente a situação de risco.

Dessa forma, Bitencourt esclarece que:

No caso de abandono, o agente viola o dever de assistência que lhe incumbe; contudo, a transgressão desse dever é insuficiente para constituir o crime, porque se pune o abandono da própria pessoa e não simplesmente o abandono do dever de assisti-la. Na verdade, o abandono, por si só, não realiza a figura típica, sendo indispensável que dele resulte um perigo concreto para a vida ou a saúde do abandonado. Trata-se, pois, de perigo concreto, que precisa ser comprovado. Assim, ainda que exista o abandono, se o perigo não se concretizar, quer pela intervenção imediata de terceiro, quer pela superação do abandonado, quer por qualquer outra razão, não se poderá falar em crime⁸⁷.

Diante disso, Costa traz que “não há crime de abandono de incapaz se a vítima não ficar em situação de risco, apesar do abandono, como no caso de uma mãe que deixa o filho no interior de um orfanato ou em cuidados de outra pessoa”⁸⁸. E Mirabete esclarece que “inexiste crime, também, se a pessoa abandonada é, apesar de menor de idade, por exemplo, capaz de se defender dos riscos do abandono”⁸⁹.

Como visto, a doutrina não é contraditória na questão do abandono, e sim complementar.

⁸⁵ COELHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 539.

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual...**, p. 96.

⁸⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 293.

⁸⁸ COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Curso básico de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 183, do código penal. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 62.

⁸⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual...**, p. 96.

3.1.3 O abandono de incapaz na forma comissiva e omissiva

O abandono de incapaz configura-se como um crime de perigo concreto, quando a vítima é exposta em situação de risco a sua vida e sua saúde, e pode ser realizado de forma comissiva ou omissiva. Comissiva, quando o incapaz é levado para outro lugar, deixando este sem meios de proteção. E omissiva, quando a vítima é deixada sozinha em sua casa. Por se tratar de crime próprio, a ausência destes elementos pode caracterizar outra infração penal, como por exemplo, omissão de socorro.

Para Mirabete:

São duas as formas que pode assumir o abandono: ou no conduzir-se a vítima para fora do ambiente de proteção em que encontrava, deixando-a sem meios de proteger-se – caso em que se procede trasladando-se a pessoa a ser abandonada; ou afastando-se o próprio sujeito ativo, do ambiente de proteção, mantendo ali o abandonado⁹⁰.

Conforme Pacelli, tratando-se de perigo concreto:

Os delitos de perigo concreto requerem que a ação produza um resultado de concreto perigo de lesão imediata ou próxima para algum bem jurídico, devendo a ocorrência do perigo, como elemento do tipo, ser constatada pelo juiz. O crime de perigo concreto é aquele que necessita ser provado, ou seja, o perigo não é presumido, a acusação deve provar que efetivamente foi colocado em perigo concreto o bem jurídico tutelado⁹¹.

De acordo com Jesus, o crime próprio:

é o que só pode ser cometido por determinada categoria de pessoas, pois pressupõe no agente uma particular condição ou qualidade pessoal, [...]. O crime próprio pode exigir do sujeito uma particular condição jurídica (acionista, funcionário público); profissional (comerciante, empregador, empregado, médico, advogado); de parentesco (pai, mãe, filho); ou natural (gestante, homem)⁹².

Destarte, trata-se de crime próprio pelo fato que se exige uma qualidade especial do sujeito, ou seja, tem que haver uma relação de dependência entre o sujeito ativo e a vítima do abandono.

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual...**, p. 96.

⁹¹ PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 200.

⁹² JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 35. ed. São Paulo : Saraiva, 2014. p. 228.

3.1.4 Os crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão)

Os crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão), conforme Pereira, esta modalidade “ocorre quando o agente, por uma omissão inicial, dá causa a um resultado posterior, que ele tinha o dever jurídico de evitar”⁹³. São aqueles cometidos por agente, que não impede a produção de um resultado danoso, conforme o art. 13, § 2º, do Código Penal⁹⁴.

No que diz respeito a figura do garante, Fragoso define que:

O dever de agir impedindo o resultado, nos crimes comissivos por omissão, surge da posição de garantidor (ou garante). Esta é a situação de fato que se relaciona com o agente, sendo, pois, *característica da autoria*. Autor de crime comissivo por omissão só pode ser quem esteja em estreita relação com o bem jurídico tutelado, de modo a considerar-se garante da não superveniência do resultado⁹⁵.

Em relação ao garantidor privilegiado, Bitencourt explana que:

[...], diante da específica previsão da Parte Especial, particularizando uma conduta e, assim, destacando-a da regra geral, transforma o sujeito ativo desse crime em um, digamos, “garantidor privilegiado”, que não responde pelo resultado, como crime autônomo, conforme determina o art. 13, § 2º, mas responde somente pelo simples crime omissivo agravado pelo resultado (art. 133 e parágrafos)⁹⁶.

Isto posto, quem tem relação de assistência com a vítima e o abandona, gera o risco da ocorrência do resultado, através de sua conduta, e, assim, assume a condição de garantidor, porém, na hipótese deste artigo, um “garantidor privilegiado”, uma vez que, não responde pelo resultado conforme o art. 13, § 2º, c do Código Penal⁹⁷.

⁹³ PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal I**. Caxias do Sul : Educs, 2012. p. 61.

⁹⁴ Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

⁹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte geral. 16. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 287.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 296.

⁹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 547.

3.1.5 Elemento subjetivo do delito de abandono de incapaz

O elemento subjetivo desse crime é o dolo de perigo, o qual de acordo com Pacelli, são crimes de perigo:

são aqueles que se consumam sem a necessidade de lesão, com o simples perigo – insegurança ou probabilidade de lesão – do bem jurídico, supondo, portanto, um adiantamento das barreiras de proteção a uma fase anterior à efetiva lesão ao bem jurídico⁹⁸.

O dolo é a forma subjetiva do crime, ou seja, o agente tem discernimento, está ciente que ao abandonar, coloca a vida da vítima em risco. Para Prado, “o tipo subjetivo é composto pelo dolo, isto é, pela consciência e a vontade do agente de expor a perigo concreto a vida ou a saúde do sujeito passivo através do abandono”⁹⁹.

E segundo Bitencourt:

[...] é indispensável que o sujeito ativo tenha plena consciência do seu dever de assistência, decorrente de uma das hipóteses relacionadas no tipo penal, quais sejam, cuidado, guarda, vigilância ou autoridade. Essa consciência, elemento intelectual do dolo, precisa ser atual, isto é, real, concreta, efetiva, tem de existir no momento da ação, [...], a ausência dessa consciência ou mesmo da sua atualidade afasta a natureza dolosa da conduta, uma vez que todos os elementos estruturais do tipo devem ser completamente abrangidos pelo dolo do sujeito ativo. Este somente poderá ser punido pela prática de um fato doloso quando conhecer as circunstâncias fáticas que o constituem¹⁰⁰.

O desconhecimento do sujeito ativo no que se refere ao seu dever de assistência, em relação ao sujeito passivo exclui o dolo, incidindo assim, sob as regras do erro de tipo, previsto no art. 20 do Código penal¹⁰¹.

Como elucida Rocha:

Para a caracterização do crime é necessário que o sujeito ativo tenha perfeita compreensão quanto ao significado dos elementos normativos do tipo. O erro quanto ao fato de a pessoa ser incapaz de defender-se da situação de abandono, por exemplo, é causa de inadequação típica, por exclusão do dolo, e torna o fato penalmente irrelevante (art. 20 do CP)¹⁰².

⁹⁸ PACELLI, Eugênio. **Manual...**, p. 200.

⁹⁹ PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 211.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 297.

¹⁰¹ Art. 20. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

¹⁰² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito...**, p. 193.

Em se tratando de dolo direto e eventual, Pacelli traz, baseado no art. 18, I do Código Penal que:

O dolo direto, previsto no art. 18, primeira parte, do Código Penal, configura-se na hipótese em o agente quer o resultado descrito em lei, ainda que não tenha consciência de que sua vontade se encontra tipificada em lei. Assim, deve ser afirmado o dolo direto, quando o autor sabe ou prevê como certo que seu agir se dirige no sentido de realizar o tipo legal, ou seja, prevê o resultado como consequência certa ou provável de sua conduta, [...]. O dolo eventual, previsto no art. 18, inciso I, parte final, do Código Penal, configura-se quando o agente prevê que o resultado possa ocorrer, entretanto não o deseja, ou seja, apenas assume o risco de produzi-lo. Deve ser afirmado o dolo eventual quando o agente prevê o resultado e continua a agir, conformando-se com o risco de que sua conduta conduza à realização do tipo legal. Basta, portanto, que o agente preste sua anuência ao resultado, que se conforme com ele, que admita sua eventual produção¹⁰³.

Não é exigido o dolo específico, porém, para a configuração do tipo, basta a conduta de abandonar a vítima sem condições de se defender dos riscos causados pelo desamparo. Contudo, não impede, que o agente proceda com o dolo eventual, o qual, “nesse caso, o sujeito abandona a pessoa assumindo o risco de que esta seja incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”¹⁰⁴.

Desse modo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, traz jurisprudência que evidencia circunstâncias previstas no artigo 133, caput do Código Penal:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. ABANDONO DE INCAPAZ. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 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. Apelo desprovido. (Apelação Crime Nº 70077058436, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 20/06/2018)

O fato de o acusado ter deixado a criança sozinha na frente da residência, configura o delito de abandono de incapaz. Isso porque a vítima tinha 03 anos na época, ou seja, não possuía a capacidade de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Outrossim, em virtude de trabalhar na função de motorista de transporte escolar há muitos anos, cabe ressaltar que o acusado tinha conhecimento de suas

¹⁰³ PACELLI, Eugênio. **Manual...**, p. 270.

¹⁰⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito...**, p. 195.

obrigações, e de que uma criança de tenra idade não tem condições de ficar desacompanhada em via pública.

Dessa forma, o acusado agiu com dolo eventual, considerando que, ao deixar a criança em local que não havia um responsável, assumiu o risco em colocar a vítima em situação de perigo.

3.1.6 A Consumação e tentativa do delito de abandono de incapaz

O crime de abandono de incapaz¹⁰⁵ tem como escopo proteger a vida e a saúde da pessoa que está sob seus cuidados. Para que a consumação do crime tenha efeito, a vítima abandonada tem que estar em situação de risco. Conforme Delmanto, a consumação ocorre “com o abandono, desde que ponha em perigo o ofendido, ainda que momentaneamente”¹⁰⁶. Trata-se de crime instantâneo com efeitos permanentes, ou seja, consuma-se com o abandono, mas após a consumação, muitas vezes, pode continuar a situação de perigo, independente da vontade do agente.

A tentativa é admitida nos crimes de perigo, desde seja na forma comissiva. Como bem elucida Bitencourt:

Teoricamente, é possível a *tentativa*, especialmente na forma *comissiva*, ainda que de difícil configuração. A consumação realiza-se num só momento, embora a situação criada possa prolongar-se no tempo. Isso não impede que possa haver um *iter criminis*, que pode ser interrompido a qualquer momento, possibilitando, em outros termos, a *tentativa*¹⁰⁷.

Portanto, o agente pode abandonar a pessoa que está sob sua responsabilidade, mas se houver a intervenção imediata de terceiros, evita que o risco se consuma.

¹⁰⁵ O crime de abandono de incapaz integra o Capítulo III, Da periclitación da vida e da saúde, do Título I, da Parte Especial do Código Penal, referente aos crimes contra a pessoa, em seu art. 133.

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.

¹⁰⁶ DELMANTO, Celso. **Código...**, p. 485.

¹⁰⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 298.

3.1.7 A culpa no abandono de incapaz

Não é admitido à forma culposa nesse crime, pois não há previsão de modalidade culposa para o delito tipificado no art. 133 do Código Penal. Se caso o agente almeje a morte da vítima, este terá que responder por tentativa de homicídio. Assim, Greco explica que:

Não se admite a responsabilização criminal do agente a título de culpa. Dessa forma, aquele que, negligentemente, por exemplo, se esquece de que havia levado seu filho a determinado local, onde permanece por tempo suficiente para a configuração da situação de risco, somente responderá por algum delito se desse comportamento culposos advier algum resultado danoso para a vítima, vale dizer, morte ou lesões corporais¹⁰⁸.

Da mesma forma, Bitencourt traz que:

[...] se, decorrentes de abandono culposos – que é impunível –, resultarem danos para a vítima, o agente responderá por eles, como, por exemplo, se for o caso, por lesão corporal culposa ou homicídio culposos, como crimes autônomos, na forma omissiva imprópria, e não como formas qualificadas desse tipo penal¹⁰⁹.

Ainda que, após o abandono, o agente se arrependa, vindo a socorrer a vítima, reassumindo o dever de assistência, este será responsabilizado, uma vez que, o delito já havia se consumado. Tal conduta permitirá a ele usufruir do benefício da minorante do arrependimento posterior, previsto no art. 16 do Código Penal¹¹⁰.

3.1.8 As formas qualificadas do delito de abandono de incapaz

O agente abandona a vítima mesmo sabendo da exposição a uma situação de perigo, mas não quer causar morte ou mesmo lesão corporal (previsto nos parágrafos 1º e 2º), pois na hipótese deste resultado, será sim responsabilizado. Conforme Greco:

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 345.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado...**, p. 238.

¹¹⁰ Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

Isso significa que o agente que criou a situação de perigo concreto para a vida ou saúde da vítima não pode, em qualquer situação, ter querido a produção do resultado morte ou lesão corporal¹¹¹.

Diante disso, configura-se crime qualificado de caráter preterdoloso, quer dizer, o agente tem dolo no antecedente (no ato de abandonar) e culpa no consequente (se vier a ter lesão corporal ou morte).

Tratando do mesmo assunto, Fragoso expõe que:

Em tais crimes (também chamados impropriamente *preterintencionais*), há um misto de dolo e culpa: o crime basicamente doloso torna-se mais grave se sobrevém resultado culposo (não querido, nem mesmo eventualmente, derivado da inobservância de cuidado exigível)¹¹².

A ocorrência de lesão corporal grave ou morte determina respectivamente pena de reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos e de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

3.1.9 Causas de aumento de pena do delito de abandono de incapaz

O parágrafo 3º do artigo 133 do Código Penal prevê circunstâncias que agravam a pena de um terço, no caso de lugares ermos, isolados, se for parente mais próximo ou responsáveis, entre outras circunstâncias¹¹³.

De acordo com Pereira, com relação ao lugar ermo, traz que:

na causa de aumento devido ao abandono em local ermo, deve considerar aquele local habitualmente isolado e pouco frequentado, mas no caso o abandono seja em local de difícil acesso, como em uma floresta isolada, poderá ocorrer o crime de homicídio¹¹⁴.

Como explana Nucci, no caso de parentesco:

é natural que seja considerado mais grave o crime de abandono praticado pelos ascendentes, descendentes, cônjuges, irmãos, tutores ou curadores da

¹¹¹ GRECO, Rogério. **Curso...**, p. 346.

¹¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições...**, p. 216.

¹¹³ Se o abandono ocorre em lugar ermo: O lugar ermo é aquele isolado, que não é frequentado, representando um risco maior para a vítima, o que acaba por dificultar a sua localização ou a própria busca dela por socorro. Se o agente é ascendente, descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima: A lei determina especial rigor à sanção das pessoas indicadas nesse inciso, pois entende-se que é essas, tem maior zelo, em razão de uma maior solidariedade exigida do autor em face da vítima. Se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos: 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.

¹¹⁴ PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal II**. Caxias do Sul : Educus, 2014. p. 96.

vítima, pois há especial dever de assistência entre tais pessoas. Em lugar de proteção, o agente termina determinando um perigo para o ofendido, o que é particularmente inadmissível, aumentando a reprovação social do fato¹¹⁵.

Em se tratando do mesmo assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, traz jurisprudência que evidência circunstâncias previstas no parágrafo 3º do artigo 133 do Código Penal:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. ABANDONO DE INCAPAZ. ART. 133, § 3º, II, DO CÓDIGO PENAL MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO CONDENAÇÃO. A prova oral produzida é suficiente para demonstrar a ocorrência do delito. Evidente o dolo na conduta na ré, restando isolada a tese recursal de mera falta de vigilância em curto espaço de tempo. Acusada efetivamente deixou os filhos menores de idade, sozinhos em casa, de noite, sem cuidado, guarda, vigilância e autoridade. Menores de idade, diga-se, de tenra idade, não tinha qualquer capacidade de defesa diante dos riscos resultantes do **abandono**. Condenação mantida. CONCURSO FORMAL. Impositivo o reconhecimento formal, pois em uma única ação a acusada atingiu a liberdade individual de quatro vítimas distintas, configurando o disposto no art. 70 do CP. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. UNÂNIME. (Apelação **Crime** Nº 70078680329, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 25/10/2018)

Destarte, a ré agiu com dolo, de forma livre e consciente, abandonou seus filhos de tenra idade, deixando-os sozinhos em casa por longo período de tempo, sem qualquer vigilância, expondo-os a uma situação de perigo concreto, configurando assim, o delito de abandono de incapaz.

Do mesmo modo, segue uma jurisprudência que evidência que a vítima foi abandonada em lugar isolado, resultando na morte da mesma:

Ementa: CRIME. ABANDONO DE INCAPAZ. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOLO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE ESTADO PUERPERAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA EXPOSIÇÃO OU **ABANDONO** DE RECÉM NASCIDO. DESCABIDA. A prova carreada aos autos é suficiente para a manutenção da condenação. O auto de necropsia aponta que a vítima nasceu com vida, tendo a ré abandonado a recém-nascida em um matagal. Não há demonstração de que acusada se encontrava em estado puerperal. Ainda, não há falar em ocultação de desonra, pois a gravidez era conhecida pela família da acusada. Condenação mantida. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDA. ATENUANTES JÁ RECONHECIDAS. As atenuantes da menoridade e da confissão espontânea já foram sopesadas na sentença recorrida. Dosimetria mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação **Crime** Nº 70074914458, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 14/03/2018)

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código...**, p. 842.

Dessa forma, configura-se o abandono de incapaz, com base no artigo 133, §§ 2º e 3º, inciso I e II, do Código Penal, onde a vítima foi abandonada pela mãe, em lugar ermo, ou seja, em meio ao matagal de um terreno baldio, sendo exposta a perigo concreto, que em decorrência disso, resultou na morte da mesma.

4 ANÁLISE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Como já mencionado no primeiro capítulo desse trabalho, desde a Idade antiga, a deficiência era considerada como uma condição de inferioridade em relação aos demais. A criança que tivesse alguma deficiência, era visto como um castigo divino, sendo rejeitada desde o seu nascimento.

O conceito de pessoa com deficiência teve diversos tratamentos ao longo da história da humanidade. Certamente não se trata de um conceito único e exato, mas de como a pessoa com deficiência é encarada e incluída dentro da realidade social. A perspectiva com a qual era entendida a deficiência e as causas de sua existência influenciam diretamente a aceitação e participação social de todas as pessoas.

Em 2006, os países-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) pactuaram o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do seu Protocolo Facultativo, adotados pela 61ª Sessão da Assembleia Geral. Manifestasse como uma grande resposta da comunidade internacional à longa história de rejeição, exclusão e discriminação das pessoas com deficiência.

A Constituição Federal de 1988, se mostrou propensa a corresponder com o quadro internacional de preocupação com a dignidade das pessoas portadoras de deficiência, especialmente quanto à rejeição, exclusão e discriminação que sofrem.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, teve como base a Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Foi instituído em 06 de julho de 2015, por meio da Lei nº 13.146.

O conceito encontra-se estampado no art. 2º da referida Lei:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi instituído com o intuito de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social, garantido assim, a igualdade de oportunidades e a não discriminação¹¹⁶.

¹¹⁶ Art. 4º. Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

O Estatuto regula os aspectos de inclusão do deficiente, mencionando seus direitos fundamentais, crimes e infrações administrativas cometidas contra os portadores de deficiência.

A Lei nº 13.146/2015 é uma ferramenta de garantia dos direitos da pessoa com deficiência e símbolo de proteção e defesa, tem como primordial propósito efetivar a inclusão social e a cidadania, proporcionando mecanismos legais que objetivam garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais em condições de igualdade com as demais pessoas.

O Estatuto, em seu art. 3º, incumbe ao poder público criar instrumentos que possibilitem avaliar a deficiência, além de trazer definições de acessibilidade, tecnologia assistiva¹¹⁷, barreiras, comunicação, adaptações razoáveis, dentre outras ações, com o intuito de amparar na criação das políticas de proteção.

O artigo 5º, caput, traz que “a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante”. Deste modo, a pessoa com deficiência tem todo o direito a proteção, e a prevenção de qualquer tipo de tratamento constrangedor.

A pessoa com deficiência necessita ter sua dignidade respeitada, cabendo ao poder público, garantir a efetividade de seus direitos fundamentais, podendo assim, participar do estado em igualdade de oportunidades com os demais cidadãos. Como dispõe o art. 10, “compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida”.

Vale ressaltar que, quando se fala em acessibilidade, o art. 53 traz a seguinte definição, “a acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”.

A acessibilidade é fundamental à pessoas com deficiência. A necessidade de se adequar as normas, eliminando todos os obstáculos existentes nos espaços urbanos, como forma de possibilitar o acesso a todos os lugares, a fim que essas pessoas tenham condições de ter um convívio social adequado, como qualquer outra

¹¹⁷ Tecnologia Assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

pessoa, independente do grau de deficiência, garantindo assim, os direitos de igualdade.

Dessa forma, a Constituição Federal prevê a garantia constitucional, que visa à proteção aos portadores de deficiência, garantindo acessibilidade, como diz o art. 227, §2º:

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

As limitações são tão mais restritivas quanto maior a dificuldade de locomoção que a deficiência eventualmente cause à pessoa. Para essas pessoas, a mobilidade está na dependência da criação de condições adequadas de acessibilidade¹¹⁸. Da mesma forma, que o Estatuto no art. 53 trata da definição de acessibilidade, no art. 3º, inciso I, define sua aplicação:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

O Estatuto trouxe novos elementos para que possa exigir com maior rigor, do poder público, o qual tem a obrigação de adotar mecanismos de garantia da efetivação da acessibilidade juntamente com os planos diretores municipais, de transporte e de trânsito, de mobilidade urbana, entre outros.

Percebe-se que quanto à acessibilidade, existe uma grande dificuldade, considerando o despreparo inclusive do poder público, para recepcionar estas pessoas.

Procura-se através do âmbito jurídico assegurar os direitos previstos, conferindo à pessoa com deficiência, a proteção que lhe é devida, para a contribuir com a visão preconceituosa que até os dias atuais acompanham essas pessoas.

Dentro deste contexto, houve um empenho do legislador em incluir o deficiente na sociedade, seja qual for sua limitação, a não ser mais visto como um

¹¹⁸ BARBOZA, João Luiz. **Pessoas com deficiência e mobilidade urbana**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Pessoas%20com%20Deficiência%20e%20Mobilidade.pdf. Acesso em: 27 out. 2018.

indivíduo condenado ao isolamento, mas, como uma pessoa que mereça viver em sua plenitude.

A atenção que o Estado e a sociedade devem ter em relação as pessoas com necessidades especiais é o de assegurar que este deva dispor, da melhor maneira possível, dos direitos comuns à todos os cidadãos. A deficiência não pode ser justificativa para discriminação, ofensa ou tratamento indigno. O Estatuto da Pessoa com Deficiência é mais um reflexo do que o Poder Judiciário já vinha decidindo em favor da proteção aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência em decorrência da omissão deixada pelo legislador e das políticas públicas que normalmente são descumpridas pelo próprio Poder Executivo em todos os âmbitos administrativos¹¹⁹.

4.1 ESTUDO DE CASOS RELACIONADOS AO ABANDONO DE INCAPAZ

Diante do todo exposto, mencionado nos capítulos anteriores, faz-se mister verificar os entendimentos dos Tribunais acerca do tema.

Para isso, colheu-se algumas decisões proferidas pelo Tribunal do Rio Grande do Sul, nas quais faz referência ao delito de abandono de incapaz, que foram abordados no presente estudo.

4.1.1 Abandono de crianças

Assim, passa a analisar, no caso concreto, o abandono praticado por quem deveria ser os primeiros a conceder todo o amparo necessário, a família.

EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. ABANDONO DE INCAPAZ. ART.133, § 3º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PROVA SUFICIENTE DA EXISTÊNCIA DO DELITO, DA AUTORIA E DO DOLO DE ABANDONO. DECISÃO MAJORITÁRIA MANTIDA.

A existência do delito de abandono de incapaz, a autoria e o dolo devidamente comprovados para ensejar condenação criminal. Prova suficiente de que a mãe, ora ré, deixou três crianças, o mais velho de 04 anos, o segundo de 02 anos e a mais nova de 01 ano e meio, abandonados em casa, à noite, quando foram encontradas pelo pai das crianças que acionou a polícia, que compareceu ao local e testemunhou o ocorrido. A mãe teria se

¹¹⁹ LACERDA, Larissa Cardoso. **O estatuto da pessoa com deficiência**: principais alterações, eficácia e seus reflexos. p. 45. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20ARI/O%20ESTATUTO%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIÊNCIA.%20alterações,%20eficacia.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

ausentado e deixado as três crianças na casa, com uma vela acesa, sem qualquer chance de defesa, sujeitas a riscos reais e concretos, para frequentar um baile. Dolo de perigo direto devidamente comprovado.

EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA.

Narra o fato, que o pai das crianças e ex marido da ré, foi avisado por vizinhos, que seus filhos de tenra idade, (José com 4 anos, João com 2 anos e Maria com 18 meses de idade), se encontravam sozinhos em casa. Ao chegar, as 23 horas, vindo este de outra cidade, onde estava a trabalho, deparou com as crianças sozinhas e com uma vela acesa ao lado da cama, pois na casa não tinha energia elétrica. O pai acionou a brigada militar e Conselho Tutelar, o qual encontraram a mãe das crianças em um baile.

Trata-se de ação penal que imputa à ré a prática do delito de abandono de incapaz, majorado pela relação de ascendência. Com efeito, o artigo 133 do Código Penal, assim dispõe:

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:

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

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

Trata-se de crime próprio, pois é exigido que o agente tenha vínculo com a vítima. Assim, a vítima é pessoa que se encontra sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo, e daquele que, em tais condições, dela se afasta fisicamente, expondo em situação de abandono. Greco pontua que:

[...] temos que interpretar o art. 133 do Código Penal de modo que se possa visualizar o comportamento do agente como um produtor concreto da situação de perigo, ou seja, não se poderá que o abandono, por si, já se configura na infração penal em estudo, mas, sim, que o ato de abandonar, nas condições em que foi levado a efeito, trouxe, efetivamente, perigo para a vida ou saúde da vítima. Assim, o abandono de incapaz deverá ser entendido como um *delito de perigo concreto*, [...] ¹²⁰.

A materialidade do delito, que é de perigo concreto, reside no ato de afastar-se da vítima, colocando-lhe em risco a vida ou a saúde. Exige-se que haja gravidade

¹²⁰ GRECO, Rogério. **Curso...**, p. 342.

da conduta, o distanciamento físico entre réu e ofendido, foi o que aconteceu neste caso.

A mãe das crianças, era quem tinha a guarda legal, responsável pelo cuidado de seus filhos, tendo assim, o poder familiar. E pelo fato de as vítimas se tratarem de crianças de tenra idade, com absoluta incapacidade mental e biológica de se autodeterminar ou cuidar, menos ainda de se defenderem dos riscos do abandono.

De acordo com Teles:

Da paternidade e da maternidade decorre o dever de cuidado para com o filho, mormente o menor ou portador de deficiência física ou psíquica.

[...]

São os garantidores da integridade física ou mental da vida e da saúde das pessoas dependentes. Não podem relegá-las ao abandono, porque, incapazes de se defender, estarão expostas a perigo de lesão¹²¹.

Ainda mais, pelo fato de estar com uma vela acesa no interior da residência, onde as crianças se encontravam em condições precárias, sendo essas impossibilitadas de defender-se. Comprovando assim, a situação de perigo, que neste caso, havia o risco de incêndio, e dentre outros. Teles pontua ainda que:

Não é suficiente que esteja sob autoridade, vigilância, guarda ou cuidado do agente, por força de uma relação legal ou judicial obrigacional, mas é indispensável que ele, por qualquer razão, psíquica ou física, seja alguém incapaz de defender-se numa situação de desamparo, de desassistência, de abandono ou dos perigos de lesão que podem emergir pela ausência do seu garantidor, que é o agente.

O perigo, portanto, deve ser concreto, demonstrável e, por isso, deve ser cabalmente provado¹²².

No dia do fato, as crianças foram deixadas pela mãe, sozinhas em casa, para ir a um baile, onde foi localizada pelos policiais, ficando assim, constatado a situação de abandono.

A família é o principal ente responsável pela garantia do direito à vida e à saúde da criança, o qual tem o dever de fornecer todo amparo necessário, e zelar por seu bem-estar, a fim que se tenha uma vida digna.

Dessa forma, o art. 227 da Constituição Federal dispõe que:

¹²¹ TELES, Ney Moura. **Direito...**, p. 193.

¹²² TELES, Ney Moura. **Direito...**, p. 194.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A proteção integral à dignidade da criança é uma garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, e esta proteção deve prevalecer no âmbito de todas as relações, haja vista que se tratam de pessoas ainda em desenvolvimento, os quais são incapazes de defesa.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 1º, prevê a aplicação efetiva deste princípio, diz que “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

A proteção integral mescla-se na obrigação de garantir à estas pessoas condições de dignidade, e assim crescer num ambiente saudável, sem que haja abandono ou negligências.

É notório que a ré está violando o dever de zelar pela segurança de seus filhos, deixando-os sem assistência, em desamparo, afastando-se do ambiente de proteção, concretizando-se o perigo, configurando crime de perigo na forma omissiva.

A situação protagonizada pela ré, que deixou seus filhos, menores, de tenra idade, sozinhos em casa, para participar de um baile, está efetivamente comprovado. Para a configuração do crime é fundamental a existência de dolo. Dessa forma, Nascimento explana que “o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de abandonar o assistido. Deve o agente ter consciência do dever de guarda ou da relação de assistência que lhe incumbe”¹²³.

Diante disso, fica evidente que a ré agiu com dolo em sua conduta, configurando o delito de abandono de incapaz, não só pelo fato de deixar as vítimas sozinhas, que pela idade, colocou em situação de riscos, mas também por estar fugindo da responsabilidade para com seus filhos, que a lei lhe exige, para ir a um baile, no qual não seria por alguns instantes.

¹²³ NASCIMENTO, José Flavio B. **Direito...**, p. 109.

4.1.2 Abandono de pessoa com necessidades especiais

Em outra situação fática, vale examinar um caso de abandono de pessoa com necessidades especiais:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 133, § 3º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA. A materialidade e a autoria restaram comprovadas pelo boletim de ocorrência policial, pelas respostas aos ofícios, pela cópia da certidão de nascimento da vítima, pelas fotografias acostadas aos autos, assim como pela prova oral colhida ao longo do processo, merecendo destaque o depoimento da secretária da Assistência Social do Município de Ibirapuitã. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESACOLHIMENTO. A ré foi nomeada curadora de seu irmão, vítima, em 1998, resultado de ação ajuizada por ela própria. De igual modo, afirmou a ré em seu depoimento em sede policial que recebia todo mês dois salários. Ademais, não há que se falar em inexistência de dolo em sua conduta, haja vista que a prova testemunhal apontou que a ré sabia o valor do dinheiro e teria capacidade de administrá-lo, não aportando aos autos qualquer prova de comprometimento cognitivo de sua parte. Assim, mesmo sendo pessoa humilde e de baixo grau de instrução formal, teria condições de perceber que cabiam a ela os cuidados de seu irmão, deficiente mental. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. Vale ressaltar que as informações prestadas pelas servidoras públicas gozam de presunção de legitimidade. Se desejasse a defesa desconstituir as provas da acusação, a ela incumbia o ônus de juntar aos autos os documentos necessários para tanto. DOSIMETRIA. PENA-BASE REDIMENSIONADA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ACOLHIMENTO. A própria consumação do delito exige risco concreto à vida ou saúde da vítima, de modo que as consequências do delito não refogem ao ordinário para o tipo penal em comento. Não se verifica, in casu, a ameaça impeditiva descrita no artigo 44, inciso I, do Código Penal. Assim, segue substituída a pena privativa de liberdade por outra de prestação de serviços à comunidade. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053936399, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 15/08/2013)

Em 2010, no Município de Ibirapuitã, RS, a denunciada abandonou seu irmão, com necessidades especiais, que estava sob o seu cuidado, guarda, vigilância e autoridade.

A denunciada, por ser curadora da vítima, e aproveitando-se deste fato, passou a receber o benefício pela Previdência Social. Recebia dois salários, um seu e outro a título do benefício em face da condição da vítima, seu irmão.

Porém, não concedeu o amparo necessário sob as necessidades da vítima, sendo este, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, deixando-o perambulando pelas ruas da cidade, em situação de mendicância, sem receber medicação, bem como alimentação. Cabe ressaltar ainda que a vítima, apesar de

receber doações de pessoas conhecidas, encontrava-se em estado crítico de desnutrição.

Diante do exposto acima, fica evidente que a denunciada praticou o delito de abandono de incapaz. Segundo Mirabete:

Para a configuração do delito previsto no art. 133 do Código Penal, exige a lei o fato material do abandono, a violação de especial dever de zelar pela segurança do incapaz, a superveniência de um perigo à vida ou à saúde deste, em virtude do abandono, a incapacidade dele se defender de tal perigo e o dolo específico¹²⁴.

Sendo esta, nomeada curadora de seu irmão, vítima, em 1998, como resultado de ação ajuizada por ela própria. E mediante afirmação em seu depoimento em sede policial, que recebia todo mês dois salários, não merece credibilidade a hipótese de que desconheceria que um dos pagamentos se dava em função da situação do irmão.

O art. 89 do Estatuto prevê que:

Art. 89. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido:
I - por tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial.

Por não ter comprometimento cognitivo, não há que se falar em inexistência de dolo em sua conduta, pois a ré conhecia o valor do dinheiro e teria capacidade de administrá-lo.

Por se tratar de dolo, Pereira traz que:

é um crime doloso, em que a intenção é abandonar, ou seja, deixar a pessoa à própria sorte [...]. A conduta típica consiste em deixar sem amparo o incapaz que não tem condições de defender-se sozinho naquela situação¹²⁵.

E ainda, sob o fato de que a ré tinha consciência do estado em que se encontrava a vítima e de sua responsabilidade em relação a ela, e, mesmo assim,

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1064.

¹²⁵ PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal II**. Caxias do Sul : Educs, 2014. p. 96.

deixou-a em situação de risco, não fazendo menção em conceder amparo, fica claro, o delito de abandono de incapaz. Como traz Rocha:

Considerando que o crime em exame é de perigo concreto, além da incapacidade do sujeito passivo para defender-se é necessário à caracterização típica que o abandono estabeleça situação fática de perigo real à vida e à saúde da pessoa que é abandonada¹²⁶.

Mesmo sendo pessoa humilde e de baixo grau de instrução formal, teria condições de perceber que cabiam a ela os cuidados de seu irmão, deficiente mental. E segundo o art. 31 do Estatuto, a pessoa com deficiência tem direito à moradia digna, no seio da família natural.

O direito à moradia consiste em um lugar onde se tenha acolhimento, que se resguarde a intimidade e se tenha condições para desenvolver práticas básicas da vida. É um lugar de sobrevivência do indivíduo. É o abrigo e o amparo para si próprio e seus familiares¹²⁷.

Cabe ainda ressaltar que, a acusada após ameaçada de perder seu benefício, caso permanecesse sem cuidar do irmão, rapidamente providenciou ao incapaz uma melhora significativa em sua situação, o que não realizava antes.

Portanto, o crime de abandono de incapaz, decorre do desamparo da vítima, sendo indiferente que o abandono seja temporário ou definitivo. O sujeito ativo é aquele que tem o dever de zelar pela vítima, que não tem condições de defender-se sozinha. Neste caso, o sujeito ativo é a acusada, que tinha a guarda do seu irmão.

4.1.3 Direito violado por falta de acessibilidade

No que concerne à efetividade do direito ao trabalho da pessoa com deficiência, cabe, apresentar um caso, onde um advogado com deficiência física teve violado o direito de exercer sua profissão, pela falta de acessibilidade.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ADVOGADO CADEIRANTE.** PRÉDIO DO FORO SEM ACESSIBILIDADE. AUDIÊNCIA REALIZADA SEM A PRESENÇA DO **ADVOGADO**. NULIDADE. SUBSTITUIÇÃO DO JUIZ. DESCABIMENTO. **Caso** em que a parte ré/agravante é representada em juízo por um **advogado cadeirante** que não pôde acompanhar seu cliente na audiência de tentativa de conciliação, em função da inexistência de

¹²⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito...**, p. 192.

¹²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. 2. rev., ampl. e atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2016. p. 123.

acessibilidade no prédio do Foro da comarca de origem, sendo negada pelo juízo a possibilidade de realização da solenidade em outra sala no andar térreo ou no saguão do prédio. Hipótese de ocorrência de impedimento ao exercício da profissão por parte do **advogado**, função essencial à Justiça; e de obstaculização ao direito da própria parte representada à possibilidade de uma válida conciliação em audiência. Fatores que ensejam o reconhecimento da ocorrência de real e concreto prejuízo, a impor a decretação de nulidade do processo a partir da audiência, determinado-se a designação de nova solenidade em que deverão ser tomadas todas as providências para garantir a acessibilidade plena do **advogado cadeirante** que representa a parte ré/agravante. A eventual pretensão de substituir o magistrado que oficia no processo, mediante alegação de violação ao princípio da imparcialidade, é temática que por aqui e por agora não comporta resolução, pois deverá, se for do interesse da parte ré/agravante, ser suscitada em incidente próprio para essa finalidade, a ser apresentado no prazo para defesa. REJEITADAS AS PRELIMINARES, DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70063164792, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 23/04/2015).

O caso trata-se de um advogado que foi impossibilitado de acompanhar seu cliente em uma audiência de conciliação, em função de ausência de acessibilidade no prédio do Foro de origem, na comarca de São Francisco de Paula, pelo fato de este, ter deficiência física, ou seja, cadeirante.

A parte agravante na véspera da audiência entrou em contato telefônico solicitando que a realização da audiência fosse no saguão do prédio ou em algum lugar em que o advogado cadeirante pudesse acessar livremente, o que foi negado pelo juízo “a quo”.

De acordo com Farias:

a acessibilidade ao meio físico promove a inclusão, a equiparação de oportunidades e o exercício da cidadania para todas as pessoas. Ações que garantam a acessibilidade para pessoas com restrição de mobilidade aos sistemas de transportes, equipamentos urbanos e a circulação em áreas públicas são, nada mais, que o respeito de seus direitos fundamentais como indivíduo [...]. Todas as iniciativas em termos de políticas públicas devem buscar neutralizar ou minimizar os efeitos negativos da desvantagem no deslocamento das pessoas com mobilidade reduzida, causados pela existência de barreiras físicas¹²⁸.

Dessa forma o Art. 244 da Constituição Federal prevê que:

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, [...].

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto...**, p. 170.

Cabe ressaltar que, não é a primeira vez que este fato ocorre, sendo há alguns anos, que se sabe que o advogado cadeirante não consegue ter acesso pleno ao prédio do Foro, ficando assim, prejudicada a possibilidade de exercer a sua profissão.

O magistrado conhece o advogado, e sabe da sua limitação física, pois já o impediu de exercer sua profissão em outras audiências, negando-se em realizar a audiência em outro local de fácil acesso, e, que, já sabia anteriormente, da realização da audiência que o advogado iria comparecer.

Como dispõe o art 4º:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.
§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Baseado na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, qualquer tipo de restrição ou exclusão baseada em deficiência pode ser considerada como discriminação. Conforme Legislação Brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável¹²⁹.

É indiscutível o fato de que pessoas com deficiência física são vítimas diariamente de preconceito e discriminação. Estas pessoas costumam não receber o mesmo tipo de tratamento comum às demais, e ainda têm lesada a sua liberdade de ir e vir, em decorrência da falta de acesso à prédios públicos¹³⁰. De acordo com Leite,

¹²⁹ **Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência**. 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2009. p. 29.

¹³⁰ LACERDA, Larissa Cardoso. **O estatuto...**, p. 43. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/O%20ESTATUTO%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIÊNCIA.%20alterações,%20eficácia.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

“o caminho para a realização da igualdade de oportunidades passa, obrigatoriamente, pelo cumprimento do direito à acessibilidade”¹³¹.

A parte agravante constituiu o advogado cadeirante para representá-lo em juízo, direito que efetivamente lhe compete, já que a parte tem pleno direito de escolher o advogado que vai representá-la em juízo.

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos.

A afirmação do art. 34 da Lei n. 13.146/2015 de que a pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, normatiza ordinariamente alguns conteúdos principiológicos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Nos ambientes de trabalho não poderia ser diferente, independente quais sejam as atividades de trabalho (ofício, cargo ou função), devem estar sempre desenvolvidas em condições adequadas de segurança para o trabalhador, sendo que para o trabalhador com deficiência as questões técnicas de acessibilidade são sempre implicitamente exigidas¹³².

Cabe evidenciar ainda que, diante de todos estes fatos, o juiz deu prosseguimento e realizou a audiência no segundo andar, para a qual a parte agravante teve que comparecer desacompanhada do seu advogado.

Isto posto, o advogado cadeirante, não teve como acompanhar seu cliente, que o havia constituído para representá-lo em juízo e acompanhá-lo à audiência.

Segundo Fávero:

[...], para “deixar de excluir”, a **inclusão** exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para **todos**. Portanto, diferentemente da integração, não se espera a inserção apenas daquele que consegue “adaptar-se”, mas garante a adoção de ações para evitar a exclusão¹³³.

¹³¹ LEITE, Flávia Piva Almeida. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2016. p. 76.

¹³² LEITE, Flávia Piva Almeida. **Comentários...**, p. 185.

¹³³ FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA. ed., 2004. p. 38.

Destarte, o caso exposto acima, não deixa de ser um abandono de incapaz pelo poder público, o qual tinha o dever de proteger e assegurar a pessoa com necessidades especiais, o direito de exercer sua atividade profissional, e ainda, o juiz não observou o dever de manutenção e o respeito às garantias e direitos do advogado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia tratou sobre o abandono de incapaz sob a perspectiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência. A partir deste trabalho, buscou esclarecer as questões inerentes ao abandono, sua tipificação no Código Penal brasileiro bem como a efetividade da Lei, ou seja, as limitações para efetivação no atual contexto social.

O abandono de incapaz, trata-se de um problema que merece uma atenção maior. Faz-se necessário que o poder público elabore Políticas Sociais, a fim de reduzir o abandono, e não apenas a intervenção punitiva.

As Políticas Públicas são essenciais na prevenção do problema do abandono, eis que se configuram como instrumentos de proteção social. Desta forma, o Estado tem a legitimidade e o dever de atuar em defesa da proteção dos menores e da pessoa com deficiência em conformidade com as garantias fundamentais.

No decorrer da elaboração deste trabalho procurou-se esclarecer as causas do abandono de incapaz. Observou-se que muitos são os fatores condicionantes, contudo, verifica-se que a questão do abandono se relaciona, muitas vezes, com a ausência da família e do Estado, frente às questões de ordem social.

Diante do assunto pesquisado, destacam-se como causas do abandono, mães despreparadas psicologicamente, famílias desestruturadas e sem condições financeiras de criarem seus filhos. Notou-se ainda, a falta de responsabilidade, ou seja, a negligência por parte de familiares em deixarem em desamparo vítimas, que não consegue defender-se por conta própria.

A família é a base para o desenvolvimento psíquico de uma criança ou adolescente. É fundamental que ambos os pais participem desse processo, dando à criança amor, zelo, atenção e outras condições que todo o ser humano com uma mente em formação necessita. A presença dos genitores é imprescindível para proporcionar um ambiente de crescimento e desenvolvimento para a criança, em especial a criança com deficiência a qual requerer atenção e cuidados específicos.

O abandono não se dá apenas pela família, mas também pelo do Estado, que no caso analisado, o advogado foi impedido de exercer seus direitos, pelo magistrado que tem o dever de defender esses direitos, pois tem sob sua responsabilidade a administração da justiça em nome do Estado, tendo competência de resolver conflitos, e não gerar conflitos.

A Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência -, é um instrumento que garante os direitos da pessoa com deficiência representando proteção e defesa, e tem como propósito efetivar a inclusão social e a cidadania, propiciando meios legais, com o intuito de garantir o exercício de direitos fundamentais em condições de igualdade com as demais pessoas.

Deve-se considerar que o Estatuto é um microsistema, elaborado para que a sociedade se adéque as pessoas com necessidades especiais. Assim é necessário, uma maior conscientização por parte do Estado e por parte da sociedade, para que de fato tal lei tenha sua eficácia plena e sua aplicabilidade garantidas.

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, pois o assunto em questão é de grande importância no âmbito social, visto que quando lida-se com vidas, deve-se ter maior atenção.

Pode-se caracterizar abandono como deixar desassistido, desamparado, o incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Sabe-se que é preciso de um responsável para cuidar ou ter cuidados com um indivíduo incapaz. Cuidados, portanto, que só a pessoa responsável pode dar. Caso falte essa responsabilidade, esse indivíduo pode ser punido e sofrer penas a depender do fato ocorrido.

Pode-se notar neste estudo, com o problema que foi exposto, em que artigo 133 do código penal, bem como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, protege não vem de hoje, vem de tempos primórdios, que nem sequer existia essa proteção.

Constata-se, que o abandono ainda é uma realidade muito presente no dia a dia. Ele acontece com pessoas de diversas classes sociais e faixas etárias, no qual, na maioria das vezes, já aprenderam a conviver com esse abandono, que mais parece ser um problema estrutural familiar e de ordem social.

Vale ressaltar que o crime de abandono de incapaz e o amparo das pessoas com deficiência é de extrema relevância. O direito à vida é assegurado pela Constituição Federal, portanto a sociedade precisa estar atenta diante deste fato, e que de alguma forma impeça a consumação, para que essa pessoa incapaz não seja vítima dessa conduta.

REFERÊNCIAS

Abandono - definição, conceito, significado, o que é abandono. Disponível em: <https://edukavita.blogspot.com/2012/10/conceito-de-abandono.html>. Acesso em: 15 set. 2018.

BADINTER, Elisabeth. **Um Amor conquistado: o mito do amor materno.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARBOZA, João Luiz. **Pessoas com deficiência e mobilidade urbana.** Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Pessoas%20com%20Deficiência%20e%20Mobilidade.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa.** 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Curso básico de direito penal: parte especial: arts. 121 a 183, do código penal.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

DECRETO Nº 17.943-A DE 12 DE OUTUBRO DE 1927. Dispõe o **Código dos Menores.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DICHER, Marilu; TREVISAM, Elisaide. **A jornada histórica da pessoa com deficiência: inclusão como exercício do direito à dignidade da pessoa humana.** Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/A%20JORNADA%20HISTÓRICA%20DA%20PESSOA%20COM%20DEFICIÊNCIA_%20INCLUSÃO%20COMO%20EXERCÍCIO%20DO%20DIREITO%20À%20DIGNIDADE%20DA%20PESSOA%20HUMANANA.pdf. Acesso em: 15 jul. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo.** 2. rev., ampl. e atual. Salvador: ed. JusPodivm, 2016.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade.** Rio de Janeiro: WVA. ed., 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral.** 16. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso direito penal**: parte especial. Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus: 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 35. ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

LACERDA, Larissa Cardoso. **O estatuto da pessoa com deficiência**: principais alterações, eficácia e seus reflexos. p. 45. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/O%20ESTATUTO%20DA%20PES SOA%20COM%20DEFICIÊNCIA.%20alterações,%20eficacia.pdf. Acesso em: 30 out. 2018.

Legislação brasileira sobre pessoas portadoras de deficiência. 5. ed. Brasília: Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2009.

LEI Nº 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979. Institui o **Código de Menores**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 19 set. 2018.

LEITE, Flávia Piva Almeida. **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo : Saraiva, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2 : parte especial, arts. 121 a 234B do CP. 28. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 2011.

_____. **Código penal interpretado**. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARQUES, Gina; AMENDOEIRA, José; VIEIRA, Margarida. **À procura do significado de abandono para as pessoas muito idosas clientes de cuidados de enfermagem**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20-%20ARI/97-300-1-SM.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

MOURA, Márcia Bonapaz de. **Código de menores à criação do eca**: estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Código%20de%20Menores%20à%20Criação%20do%20Eca.pdf. Acesso em: 19 set. 2018.

MORAES. Adrieli M. **Abandono de incapaz**. Disponível em: file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/1abandono%20de%20incapaz.pdf . Acesso em: 15 set. 2018.

NASCIMENTO, José Flavio B. **Direito penal** : parte especial : arts. 121 a 183 : dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. São Paulo : Atlas, 2000.
NETO, João Clemente de Souza. **Crianças e adolescentes abandonados**: estratégias de sobrevivência. São Paulo: Arte Impressa, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Manual de direito penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORIONTE, Ivana. **Abandono e institucionalização de crianças significados e sentidos**. 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20E%20INSTITUCIONALIZAÇÃO%20DE%20CRIANÇAS.pdf>. Acesso em: 04 set. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Gisele Mendes. **Direito penal I**. Caxias do Sul : Educs, 2012.

_____. **Direito penal II**. Caxias do Sul : Educs, 2014.

PRADO, Luiz Regis, **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. **Um novo olhar sobre o conceito de abandono de crianças**. p. 66. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/Um%20novo%20olhar%20sobre%20o%20conceito%20de%20abandono%20de%20crianças.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

SILVA, Otto Marques da. **Epopeia ignorada: A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje**. São Paulo: Editora Faster, 2009.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 e 212**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VARGAS, Anna Lucia Barbosa. **Abandono de incapaz e exposição ou abandono de recém-nascido**. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/TCC%20%20ARI/ABANDONO%20DE%20INCAPAZ%20E%20EXPOSIÇÃO%20OU%20ABANDONO%20DE%20RECEM%20NASCIDO.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

ZANELLA, Maria Nilvane; LARA, Angela Mara de Barros. **O Código de Menores de 1927, o direito penal do menor e os congressos internacionais o nascimento da justiça juvenil**. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/123947-Texto%20do%20artigo-233854-1-10-20161210%20.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.