

Direito penal: o crime de abandono material, as crianças e adolescentes infratores

Ronaldo Garcia Dias

Advogado Professor de Direito Penal na Faculdade Milton Campos - Diretor da Escola de Advocacia da OAB/MG

O Código Penal, atento ao programa sobre a família, que a Carta de 1934 já colocava sob a especial proteção do Estado, nos moldes do art. 226 da Constituição de 1988, reserva-lhe o Título VII, composto por quatro capítulos que emprestam tutela ao casamento, ao estado de filiação, à assistência familiar e ao pátrio poder, tutela e curatela.

O art. 244 do CP, com redação atualizada pela Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, prevê o abandono material em figura criminosa marcada por várias peculiaridades, notadamente a da diversidade dos sujeitos do delito.

Destaca-se o abandono material como figura central do crime de omissão de assistência à família, praticado por aquele que deixa, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando a pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada, violando, também, o preceito da norma penal, aquele que deixa, de forma injustificada, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo, e o que frustra ou elide, de qualquer modo, inclusive por abandono de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada fixada ou majorada

Desdobra-se, portanto, o artigo, em três formas básicas de condutas, relacionadas com o dever de prover à subsistência, com o dever de assistência e o de pensionar. No primeiro caso, pratica o crime quem deixa de proporcionar ao sujeito passivo o necessário para subsistir - expressão de perímetro conceitual bem mais restrito do que *alimentos do Direito Civil* -, no segundo caso, quem deixa de assistir ou socorrer o sujeito passivo gravemente enfermo e, finalmente, quem pratica o chamado *abandono pecuniário*, modalidade típica que pressupõe a existência de sentença judicial impondo ao sujeito ativo a obrigação de pagar pensão alimentícia provisória ou definitiva.

Em sua preocupação pela instituição ético-jurídica da família, pune o Estado a consciente e voluntária omissão da prestação dos meios de subsistência a quem possui direito de recebê-los. Assim, nas várias modalidades criminosas, sujeito ativo pode ser o cônjuge, que deixa de prover o sustento do outro; o pai ou a mãe em relação ao filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho; o descendente que deixa de proporcionar recursos necessários a ascendente inválido, idoso ou doente e o devedor da pensão alimentícia.

No crime dos pais é preciso ter em conta, sempre, o estarem constituídos na obrigação alimentar. São credores os filhos, menores de 18 anos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, iguais aos que foram pelo art. 227, § 6º da Constituição Republicana.

Da mesma forma, sujeito passivo o nascituro, em face do art. 4º do Código Civil. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, analisando o vocábulo *filho* para o fim de adequá-lo ao tipo penal do art. 238 da Lei nº 8.069/90, concluiu que a proteção integral à infância e juventude, escopo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se coaduna com interpretações que excluam práticas infames e abomináveis contra a vida e a dignidade de crianças, sejam elas já nascidas ou estando ainda em gestação, do rol de condutas puníveis, jurídica e moralmente reprováveis¹.

Na outra forma de conduta, incrimina-se o fato de deixar, de maneira injustificada, de socorrer descendente ou ascendente gravemente enfermo. *Hungria* sustenta que tal hipótese mais se aproxima de *abandono moral* do que de *abandono material*, pois o fato incriminado não é faltar à obrigação alimentar para com o sujeito passivo, pois, se assim fosse, haveria redundância. A reciprocidade da obrigação entre descendente e ascendente, qualquer que seja a sua idade, é uma realidade. Já se observa em *Planiol* a afirmativa de que obrigação não é somente a de dar (obrigação alimentar), mas também a de *fazer*².

Caracteriza-se o art. 244 do Código Penal por ser um tipo misto cumulativo, significando dizer que a realização de mais de uma das condutas descritas acarreta concurso material, com penas somadas, em face da autonomia das ações delitivas dirigidas aos sujeitos da infração.

Em muitos casos, o tipo penal não se apresenta como uma descrição objetiva do comportamento vedado. Há numerosas hipóteses em que o legislador insere no preceito vocábulos que se referem ao estado anímico do autor, doutrinariamente chamados elementos subjetivos, ora instala aqueles para cuja compreensão o intérprete deve emitir um juízo de valor jurídico ou cultural, que são os elementos normativos do tipo.

Orienta-se o crime de abandono material pela existência do elemento normativo contido na expressão sem *justa causa*, que por ser pressuposto inarredável do delito tipificado, impõe que a denúncia concretiza bem os fatos, já que o encargo probatório em demonstrar a ausência da justificação pertence ao acusador, pois, de outro modo, todos os devedores de alimentos converter-se-iam automaticamente em sujeitos da infração.

Configura-se lícita a conduta resultante de valoração especial de situações concretas, como a comprovada insolvência do sujeito ativo, pouco importando razões outras alegadas, como desavenças do casal, conduta irregular do cônjuge, que não têm o condão de isentá-lo dos deveres assumidos pelo casamento em relação à prole.

O parágrafo único do art. 244 do Código Penal, resultante da alteração legislativa de 25 de julho de 1968, pune quem, embora solvente, frustra ou elide, de qualquer forma, inclusive por deixar, deliberadamente, emprego ou função de onde deriva os vencimentos, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente fixada ou majorada, isto é, a que posteriormente foi elevada, bem como a pensão resultante de acordo entre as partes.

Com a inserção do parágrafo único, pretendeu o legislador impedir a fraude do devedor dos alimentos, fazendo menção expressa ao abandono injustificado de emprego ou função, manobra pela qual, o sujeito ativo do delito inviabiliza a maneira mais eficiente da cobrança, que é o desconto em folha de pagamento como autorizado pelas normas do processo civil.

Embora o Direito Penal tenha natureza subsidiária, por ser a reação mais forte da comunidade, devendo manter-se afastado quando suficientes outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, novas providências de política criminal estão sendo instituídas menos em favor do agente do que da vítima, objetivando-se, com elas, criar um estímulo à reparação do dano.

Assim é que, na hipótese do crime de abandono material, possível o reconhecimento do arrependimento posterior e a aplicação da suspensão condicional do processo.

A reforma da Parte Geral do Código Penal, empreendida pela Lei nº 7.209/84, estabeleceu que 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.

A origem desta causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 16 do Código Penal, pode ser encontrada na orientação jurisprudencial que atribuía relevância ao ressarcimento do dano, nos delitos patrimoniais, em face de transação entre o agente e a vítima.

No entanto, a postura legislativa não convalida, na íntegra, aquela adotada nos tribunais. Se é verdade que ampliou o perímetro de incidência, à medida que não se restringe apenas aos delitos patrimoniais, abrangendo todo e qualquer crime, desprovido de violência ou grave ameaça à pessoa, não é menos verdade que deixou de ser causa extintiva de punibilidade ou mesmo hipótese de absolvição por atipicidade como assinalava a jurisprudência.

O arrependimento, que não representa consternação pelo crime praticado, mas deliberação em restaurar a ordem perturbada, encontra limite temporal na decisão judicial que recebe a denúncia ou queixa, devendo o sujeito ativo do abandono material cumprir com o dever de assistência ou o de pensionar, até o despacho de admissibilidade da ação penal que, no caso, é de iniciativa

pública incondicionada, podendo, no entanto, iniciar-se mediante queixa na hipótese do art. 29 do Código de Processo Penal.

A demonstração do arrependimento mediante a reparação do dano é, em regra, patrimonial, mas não se exclui a não-patrimonial, devendo, em princípio, ser representativa da totalização do débito, mas, se a vítima se satisfaz com a reparação parcial, é de se aplicar a diminuição obrigatória de pena.

Seguindo a vocação de um Direito Penal democrático, caracterizado pela intervenção mínima num quadro de garantia máxima dos direitos fundamentais, foi editada a Lei dos Juizados Especiais Criminais, cuja tônica são as medidas despenalizadoras, dentre as quais, a suspensão condicional do processo, disposta no art. 89 da Lei nº 9.099/95.

No caso de infrações cujas penas mínimas em abstrato não excedam um ano, hipótese do crime de abandono material, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, continua sendo obrigatória a propositura da ação penal, com o conseqüente recebimento da peça acusatória, atendidos os pressupostos do art. 43 do Código de Processo Penal. No entanto, o juiz poderá suspender o processo, mediante observância de algumas condições, dentre elas, a reparação do dano e submeter o acusado a período de prova por dois a quatro anos.

Embora incabível a exigência de estar a reparação do dano efetivada antes ou no momento da proposta de suspensão, posto que, esta condição deve ser observada dentro do período estabelecido para o cumprimento da obrigação, nada impede, estando presente a vítima, transação civil entre ela e o acusado no pórtico da ação penal.

Com o instituto da suspensão condicional do processo, a ordem jurídica passou a conhecer um mecanismo da Justiça Criminal pactuada que pode ser colocado à disposição do sujeito passivo do crime de abandono material, sempre mais atento ao recebimento do crédito que propriamente na punição do devedor.

Oportuno registrar que acha-se em curso proposta de reforma da Parte Especial do Código Penal, inclusive com comissão de juristas oferecendo anteprojeto de lei para possibilitar debate com a comunidade jurídica. Se em alguns setores do Código, projetam-se alterações radicais, o mesmo não se dá com o título relativo aos crimes contra a família, em que desaparecem as figuras típicas da bigamia e adultério, mantendo para o crime de abandono material a mesma pena e ampliando a relação dos sujeitos passivos da infração para contemplar, também, o *companheiro*, que assim ficaria tutelado pela norma, juntamente com o cônjuge, filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho e o ascendente inválido ou valetudinário.

A conexão temática entre o delito do art. 244 do Código Penal e as crianças e adolescentes infratores, é de todo evidente. A consumação do crime

de abandono material reflete um estado de desestrutura familiar atuando como um dos componentes de onde se origina a criminalidade infanto-juvenil.

Em pesquisa esclarecedora do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - Cebrap, sobre os meninos de rua em São Paulo³, os padrões definidores da rua, como local de convivência, de sobrevivência e de moradia, têm início, muitas vezes, com membros da própria família e são ditadas pela necessidade de auxiliarem na composição da renda familiar.

Este aprendizado sobre a cidade também ocorre sob outras circunstâncias. Muitas crianças relataram que aprenderam a se locomover pela cidade e principalmente a tomar conhecimento de locais para os quais poderiam se deslocar à procura de abrigo, acompanhando suas mães na procura de irmãos mais velhos e outros familiares que já estavam na rua.

Em ambas as circunstâncias - trabalhando ou procurando familiares essas crianças realizam seus primeiros contatos não só com o espaço da cidade, bem como com as regras da rua e com a criminalidade.

Na visão dos pesquisadores, esse padrão de circulação de menores nos grandes centros urbanos articula-se pelo menos com duas outras questões.

Primeiro, o fato de que se trata de um padrão já dado na trajetória dessas famílias ou já estabelecido como possível na esfera do universo familiar. Ou seja, trata-se de um padrão de circulação que, de certa maneira, já é vivenciado por suas famílias, em geral marcadas pelo fenômeno da migração. Suas trajetórias são sempre traçadas por mudanças constantes de casa, de cidade, de casamentos desfeitos.

A segunda, diz respeito a padrões de violência que muitas vezes foram relatados como a causa do abandono da família e da ida para a rua.

A conclusão firmada no relatório é a de que *a viração* é o grande fenômeno que estrutura e articula a realidade desses grupos de jovens de rua. Traduz-se primeiramente num padrão de circulação que, ao mesmo tempo em que dilui certos limites entre a casa e a rua, também marca as suas diferenças. Traduz-se, também, na habilidade em lidar com os códigos e regras básicas da rua, seja no que diz respeito às relações internas de cada grupo, seja em suas relações com os outros grupos com os quais são obrigados a conviver e a estabelecer acordos para permanecer na rua. Traduz-se nos arranjos que são capazes de fazer entre carência, mendicância e infração.

Se desejamos concluir, consagrando numa só frase o sentido e limites do Direito Penal, poderíamos caracterizar a sua missão como proteção subsidiária de valores socialmente importantes, através da prevenção geral e especial que constitui a essência da sanção criminal, cujos exageros devem sempre ser evitados, dirigindo-se os diversos fins da pena para vias socialmente construtivas. Neste sentido, absolutamente correta e atual, a postura do legislador

brasileiro de reservar espaço, no estatuto repressivo, para o comportamento lesivo aos interesses da família, especialmente, no que se refere ao fornecimento dos meios de subsistência aos seus membros.

(in, Repensando o Direito de Família – ANIS do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, 1999, págs. 261/266)

NOTAS

1. Resp. 48.119-8-RS, j. 20/03/95, DJU 17/04/95, p. 9.587.
2. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, VIII. *Revista Forense*, p. 3941, 1954.
3. SOARES, Marina Albuquerque de Macedo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 15, Jul/set.1996.