

ABANDONO DE PESSOA IDOSA E A RESPONSABILIDADE CRIMINAL.

SALIM-MENEZES, Roberta¹

Resumo:

O presente trabalho visa o estudo da responsabilidade criminal pelo abandono material e imaterial das pessoas idosas, discutindo os deveres e obrigações, tanto na responsabilidade afetiva, quanto no fornecimento de alimentos e de demais necessidades básicas e suas implicações penais pela inobservância ou desrespeitos às previsões legais de proteção da pessoa idosa, existentes em nosso ordenamento jurídico. O objetivo é correlacionar a violação dos princípios norteadores do Direito das Famílias, aplicáveis às pessoas idosas, com a responsabilidade criminal pela prática do abandono moral e material de pessoas idosas, à luz do Estatuto do Idoso e suas inovações processuais, traçando um comparativo entre os crimes de abandono previstos no Código Penal e o previsto no Estatuto do Idoso.

Abstract:

The present work aims to study the criminal responsibility for the material and immaterial abandonment of the elderly, discussing the duties and obligations, both in the affective responsibility, as in the supply of food and other basic needs and its penal implications for the non-observance or disrespect of the legal provisions protection of the elderly, existing in our legal system. The objective is to correlate the violation of the guiding principles of Family Law, applicable to the elderly, with criminal responsibility for the practice of moral and material abandonment of the elderly, in the light of the Statute of the Elderly and its procedural innovations, drawing a comparison between the crimes of abandonment provided for in the Penal Code and provided for in the Statute of the Elderly.

Palavras-Chave: Pessoa Idosa, Abandono, Dignidade Humana, Responsabilidade Criminal.

Keywords: Elderly Person, Abandonment, Human Dignity, Criminal Responsibility.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE PESSOA IDOSA. 2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PESSOA IDOSA. 2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.2. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL E FAMILIAR. 2.3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. 3. CRIME DE ABANDONO À PESSOA IDOSA PREVISTO NO ESTATUTO DO IDOSO. 3.1. TIPO PENAL E SEUS ELEMENTOS. 3.2. SUJEITO ATIVO. 3.3. CONSUMAÇÃO. 3.4. AÇÃO PENAL. 3.5. PROCEDIMENTO. 4. COMPARAÇÃO ENTRE OS CRIMES DE ABANDONO DE IDOSO PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL E O PREVISTO PELO ESTATUTO DO IDOSO. 4.1. DO CRIME DE ABANDONO DE INCAPAZ. 4.2. DO CRIME DE ABANDONO MATERIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

¹ Aluna do Curso de Pós Graduação da FEMPERJ. E-mail: roberta.salim@gmail.com

INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988 conferiu direitos e garantias à pessoa idosa, tutelando a sua participação na comunidade, defendendo seu bem-estar e dignidade, sem, entretanto, utilizar critérios de definição de pessoa idosa, atribuindo, por vezes a idade de 65 anos em analogia ao § 2º do art. 230 do mesmo dispositivo legal. No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) define pessoa idosa como sendo aquela que possui idade igual ou superior a 60 anos.

Diante desse quadro de crescimento do contingente populacional acima de 60 anos, vê-se uma maior necessidade de aumentar os cuidados com as pessoas idosas, tendo a família e o Poder Público este novo desafio, antes não tão debatido pela sociedade, que ainda não sabe como lidar com os familiares que adentram nessa faixa etária, levando, por muitas vezes, ao abandono e/ou negligência.

Nos dispositivos legais de proteção à pessoa idosa, verifica-se que a intenção do legislador é de assegurar a integridade da vida, a manutenção da saúde, assegurando o bem-estar e a dignidade dos mais vulneráveis.

Com efeito, da violação do dever de cuidado nasce a obrigação jurídica e, conseqüentemente, a tipificação dos diversos tipos de abandono, com previsão de penal ao agente da conduta.

O objetivo geral deste artigo consiste em estudar a responsabilidade criminal pelo abandono material e imaterial das pessoas idosas, discutindo os deveres e obrigações, tanto na responsabilidade afetiva, quanto no fornecimento de alimentos e de demais necessidades básicas e suas implicações penais pela inobservância ou desrespeitos às previsões legais, de proteção da pessoa idosa, existentes em nosso ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo, procurar-se-á apresentar o conceito de idoso com as diferenças legislativas apresentadas no ordenamento jurídico, bem como sua delimitação conceitual atual e dados nacionais e mundiais.

No segundo capítulo, apresentar-se-á os princípios norteadores do Direito das Famílias aplicáveis às pessoas idosas, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e afetividade.

No terceiro capítulo, discutir-se-á sobre responsabilidade criminal no abandono moral e material de pessoas idosas à luz do Estatuto do Idoso e suas inovações processuais.

Por fim, no último capítulo, apresentar-se-á um comparativo entre os crimes de abandono previstos no Código Penal e o previsto no Estatuto do Idoso.

1. CONCEITO DE PESSOA IDOSA.

O termo “idoso” chegou ao Brasil há, aproximadamente, 60 anos, sendo utilizado no âmbito legal e documental apenas no início da década de 1960, conforme Serra (2010, s.p. apud Alves 2008, p. 82): “Em 1960, a expressão “idoso” foi trazida da França para o Brasil, pelo gerontólogo Marcelo Salgado, tendo como finalidade substituir o termo “velho” dos documentos oficiais ao fazer referência às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.”

Para conceituar e definir o termo pessoa idosa, a OMS utiliza, como critério básico, a classificação cronológica, juntamente com o nível socioeconômico dos países. Assim, para que uma pessoa seja considerada idosa é preciso que tenha 60 anos nos países em desenvolvimento e 65 anos nos desenvolvidos, ficando em aberto essa classificação para que cada país adote a sua. (WHO, 2002, s.p)

A Constituição Federal de 1988 assegurou direitos e garantias à pessoa idosa, garantindo sua participação na comunidade, defendendo seu bem-estar e dignidade, sem, entretanto, utilizar critérios de definição de pessoa idosa, atribuindo, por vezes a idade de 65 anos em analogia ao § 2º do art. 230 do mesmo dispositivo legal. Entretanto, a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social) considerava pessoa idosa as maiores de 65 anos e a Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) havia definido a idade de 60 anos ou mais.

No Brasil, de acordo com a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), pessoa idosa é aquela que possui idade igual ou superior a 60 anos, apesar de prever alguns benefícios somente às pessoas maiores de 65 anos, como a proteção assistencial à pessoa idosa hipossuficiente e a a gratuidade no transporte público.

O Código Penal possui controvérsia sobre o tema, uma vez que, para determinados crimes, indica, como causas de aumento de pena, a pessoa idosa como sendo aquela de idade igual ou superior a 60 anos, e, para outros crimes, somente quem é maior de 60 anos. De acordo com a maioria dos doutrinadores, o Código Penal deve ser interpretado à luz do Estatuto do Idoso.

O envelhecimento populacional pode ser consagrado como um fenômeno global, havendo previsão da OMS que, no ano de 2025, o Brasil seja o 6º país com a maior população de idosos do mundo, e que, no ano de 2050, 1/5 da população mundial seja composta por pessoas idosas (WHO, 2002, s.p).

Ademais, não se pode olvidar que, no Brasil, com o crescimento da população idosa, ocorre constante modificação da pirâmide populacional, tendendo a expansão do topo, achatando na base, e, com uma população cada vez mais envelhecida, se faz necessária maior

efetividade da legislação vigente e melhoria das políticas públicas voltadas à garantia dos direitos das pessoas idosas. (ASSUNÇÃO, 2015, p.24)

Diante desse quadro de crescimento do contingente populacional acima de 60 anos, vê-se uma maior necessidade de aumentar os cuidados com as pessoas idosas, tendo a família e o Poder Público este novo desafio, antes não tão debatido pela sociedade, que ainda não sabe como lidar com os familiares que adentram nessa faixa etária, levando, por muitas vezes, ao abandono e/ou negligência.

De acordo com Serra (2010, p. 96), “a violência e o envelhecimento humano são fenômenos inerentes à humanidade, assumindo múltiplas configurações” e o vertiginoso crescimento mundial da população idosa possui como desafio analítico a relação velhice/violência, já que, muitas das vezes, as pessoas idosas vivenciam o abandono e/ou a negligência familiar.

Pensando nessa característica, imperioso se faz repensar o papel do Estado, da sociedade e da família nesse *munus*, para que se busque formas de diminuir o abandono das pessoas idosas, seja ele material ou imaterial.

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PESSOA IDOSA.

O Estatuto do Idoso reforçou o direito personalíssimo de envelhecimento com dignidade, conforme já previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propiciando a proteção integral e constitucional da pessoa idosa. (DA ROSA, 2020, s.p)

Sem embargos, a realidade fática brasileira é diversa da idealização de proteção integral da pessoa idosa, as quais, muitas das vezes, são negligenciadas, esquecidas e abandonadas por seus familiares, culminando na violação de princípios e garantias constitucionais. (DA ROSA, 2020, s.p)

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Trata-se de um princípio inerente à personalidade humana, que procura respeitar, compreender e amparar o ser humano em sua individualidade e em suas relações, concedendo-lhe dignidade, fazendo do Estado uma organização centrada no ser humano. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 90)

Classificado como princípio fundamental, encontra-se positivado no art. 1º, inciso III na Constituição Federal, in verbis: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e tem como fundamentos (...) III - a dignidade da pessoa humana”

Assim, a dignidade da pessoa humana é considerada o núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais. (SOUZA JÚNIOR, 2012, s/p)

[...] a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito, Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. (SILVA, 1998, p. 92).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana apresenta-se, não apenas como um direito de proteção individual em relação ao Estado, mas também, nas relações individuais, particulares, constituindo-se num dever fundamental de tratamento igualitário entre as partes. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 90)

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana deve ser protegida por todos os poderes estatais, estando vinculada à noção de direitos fundamentais, sendo, portanto, um direito basilar e inviolável, garantindo o pleno desenvolvimento e a boa convivência familiar para a pessoa idosa. (SANTOS, 2020, p. 10)

Neste ínterim, o Estatuto do Idoso possui, como finalidade, a proteção da dignidade das pessoas idosas, coibindo todos os atos capazes de prejudicar sua saúde mental e física, vejamos:

Art. 2º A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Ademais, mister destacar que o envelhecimento alcançou o *status* de direito social, devendo-se proteger o protagonismo e vontade das pessoas idosas, garantindo-lhes dignidade, respeito e prioridade, conforme positivados nos artigos 3º, 8º e 10º do Estatuto do Idoso.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

Sobre o tema, Paulo Frange (2004, p.12) descreve que o Estatuto do Idoso ratifica e traz efetividade às previsões constitucionais:

O artigo 2º do Estatuto do Idoso ratifica/confirma o artigo 5º da Constituição Federal (CF), que versa, genericamente, sobre direitos e garantias fundamentais de todo cidadão brasileiro. Entretanto, este artigo vai além da norma constitucional, vez que prevê especificamente os interesses e necessidades dos idosos. O artigo 5º da CF aduz/prevê o Princípios da Igualdade/Isonomia, proibindo distinções de qualquer natureza, garantido direitos básicos do indivíduo, tais como à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Sobre a importância do Estatuto do Idoso, muito bem descreveu Bertolini e Vicili (2014, p.1): “O Estatuto apresenta-se apenas como mais uma ferramenta, muito importante, de um processo voltado à construção de um espaço em que a dignidade da pessoa humana ocupe espaço em destaque e eminência”.

Ressalte-se, ainda, a importância da ligação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a cidadania, cujo exercício torna-se impossibilitado caso o referido princípio não seja respeitado. Nas palavras de Silva (2008, p. 40) *apud* Silva (2006, p. 18), tal ligação constitui-se em um “núcleo de irradiação dos direitos fundamentais da pessoa humana” e, “se a cidadania não é respeitada, se a dignidade da pessoa humana não se efetiva na prática, equivale a dizer que o Estado Democrático de Direito está sendo desfigurado”.

2.2. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

O reconhecimento da afetividade como bem juridicamente tutelável nasceu da valorização da afetividade como fonte impulsionadora das relações familiares, conforme descrito por Ricardo Calderón (2017, p.37):

O que se ressalta na análise da família é a percepção de que ela está em movimento constante, amoldando-se de acordo com o contínuo caminhar social. Muito mais do que instituto jurídico, família é realidade em movimento. Exemplo disso se dá com a presença da afetividade nos relacionamentos familiares, que, de anteriormente irrelevante, cada vez mais se evidencia, e com intensidade de tal ordem que não permite mais que seja ignorada pelo Direito.

Decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da afetividade é “um dever de cuidado, de respeito e de manutenção dos laços familiares com a pessoa idosa”,

não estando expresso no nosso ordenamento jurídico, todavia, encontra-se implícito nos artigos 1.593 e 1.596, do Código Civil de 2002. (SANTOS, 2020, p.9)

Neste sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo (s.a.; p.8):

[...] projetou-se, no campo jurídico constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas. A Constituição abriga princípios implícitos que decorrem naturalmente de seu sistema, incluindo-se no controle da constitucionalidade das leis. Encontram-se na Constituição Federal brasileira algumas referências, cuja interpretação sistemática conduz ao princípio da afetividade, constitutivo dessa aguda evolução social da família. [...]

A afetividade pode ser de ordem subjetiva ou objetiva. A afetividade subjetiva está relacionada com o sentir ou não sentir de cada indivíduo, e, por não se tratar de sentimento obrigatório, ainda que presumido nas relações familiares, não gera interesse ao Direito, visto que não há a possibilidade de resguardar e imputar tal obrigação.

Já a subjetividade objetiva possui conexão com a demonstração da afetividade por meio de atos capazes de presumir a afetividade subjetiva:

Para enaltecer esse aspecto seria possível falar de um princípio da afetividade objetiva, que se concentra na averiguação da manifestação de atos e fatos que possam caracterizar sua presença. Ou seja, não interessa se a pessoa efetivamente nutre afeto ou não, eis que esta é uma questão totalmente estranha ao Direito, interessa apenas a averiguação de atos e fatos que sejam significativos no sentido de externar isso. (CALDERÓN, 2017, p. 137).

Sobre o tema, Viterbo (2020, p.16) esclarece que somente é possível averiguar a manifestação ou violação da afetividade jurídica caso a caso, senão vejamos:

Cumprir registrar que não há possibilidade de definir tais atos e fatos, pois inúmeras são as formas de expressão do afeto, além de variar conforme a situação fática e a relação jurídica (dever jurídico) existente; razão pela qual só se é possível averiguar a manifestação ou a violação da afetividade jurídica no caso concreto. Portanto, a afetividade é um bem de relevância jurídica o qual o Direito vem reconhecendo e tutelando.

Dessa forma, o ato de amar é uma escolha ou possibilidade, não podendo ser imputado, mas o cuidado é uma obrigação além da moralidade, é um dever jurídico imposto.

A Afetividade e o cuidado estão diretamente relacionados com a alteridade, com a preocupação em relação as carências e necessidades do outro. A contrário sensu, a ausência de cuidado e afetividade pode configurar o abandono afetivo, caracterizado pela omissão da

essencialidade dentro das relações familiares, incluídas as necessidades físicas, psíquicas e social. (VITERBO, 2020, p. 17)

Destarte, conforme Kelly Moura Oliveira Lisita (2020, s.p.), o abandono afetivo gera danos significativos ao indivíduo, na medida em que não recebem os cuidados mínimos necessários para o envelhecimento digno.

2.3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL E FAMILIAR.

A Solidariedade familiar importa no desenvolvimento de seus membros, na participação ativa e na edificação de relações afetivas saudáveis, encorajando a autonomia e o desenvolvimento dos indivíduos a atuarem solidariamente, de modo a garantir, além das necessidades básicas de subsistência, o acesso a direitos como lazer, saúde, cultura e convivência familiar. (VITERBO, 2020, p. 8-9)

A solidariedade familiar constitui dever mútuo de cuidado, devendo cada membro suprir as necessidades físicas e psíquicas, bem como zelar pelo bem estar uns dos outros, em respeito à dignidade humana.

Com tantas mudanças sociais, a família não pode mais ser vista de maneira engessada, atribuindo a apenas um as obrigações por esta ou aquela atividade. Por isso, a solidariedade patrimonial e afetiva passou a prevalecer nas relações, sendo atribuição de todos o bem-estar das relações, conforme preceitua o art. 3º, I, da Constituição Federal. Essa solidariedade é transportada para o direito de família na sua abrangência e complexidade, garantindo a todos os membros de uma entidade familiar direitos e obrigações, estendendo aos seus integrantes o dever de guardar e alimentar. (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017, p. 1.628).

A Solidariedade não possui marco na consanguinidade, podendo ser exercida por meio de relações afetivas e de convivência, sendo descrito por Lôbo (s.a., p.5) que “há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado”.

No mesmo sentido, Tartuce (2018, p. 1.162) leciona que “ser solidário significa responder pelo outro”; se preocupar com suas necessidades em todos os sentidos, “afetivo”, “social”, “moral”, “patrimonial”, “espiritual” etc.

Sobre o Tema, o Ministro Roberto Barroso relatou:

A família passou, então, a ser compreendida juridicamente de forma funcionalizada, ou seja, como um instrumento (provavelmente o principal) para o desenvolvimento dos indivíduos e para a realização de seus projetos existenciais. Não é mais o indivíduo que deve servir à família, mas a família que deve servir ao indivíduo. (STF - RE: 878694 MG, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 16/04/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/05/2015)

Vale salientar que a prestação alimentar entre os familiares, seja filho, cônjuge, companheiro, irmãos, pais ou avós é fundamentada pela solidariedade. (GAGLIANO; FILHO, 2019, p. 116).

Viterbo (2020, p.8), descreve que a solidariedade é um desdobramento do princípio macro da Dignidade da Pessoa Humana, com previsão nos artigos 3º, inciso I, 227, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

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.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Assim, tem-se que o dever de cuidado e de zelo pela pessoa idosa é um reflexo obrigacional do princípio da solidariedade, consagrado no artigo 229 da CRFB/88, sendo este princípio um dos objetivos fundamentais da República. (VASCONCELOS, 2022, P. 195)

Imperioso salientar que, em virtude do princípio da solidariedade, todos devem se responsabilizar pelos cuidados e pela manutenção da pessoa idosa, sendo o dever objetivo de cuidado, e o de prestar assistência, uma obrigação solidária da entidade familiar (SANTOS, 2020, p.5)

Ressalta-se que a preocupação legislativa e Constitucional em relação à pessoa idosa não trata somente da assistência material, mas também da esfera psicológica, em especial as relações de afeto.

Nesse diapasão, Vasconcelos (2022, p. 195) descreve que, ainda que haja previsão expressa de pagamento de prestação pecuniária, no artigo 1.696 do Código Civil de 2022, não há garantia de vida digna, saúde física e psíquica e segurança ao alimentando, principalmente quando se trata de pessoa idosa, cuja vida e saúde encontram-se fragilizadas:

A omissão de apoio afetivo pelos filhos ocasiona diversos danos a saúde dos idosos, estando estes, expostos e vulneráveis para males diversos, que tolhem suas virtudes, seus valores e que atingem sua qualidade de vida. Além disso, geram dor, angústia e sofrimento, podendo contribuir para o agravamento de doenças e, conseqüentemente, até mesmo a morte

Sobre o tema, se posiciona Tiago Fensterseifer (2008, p. 151): “a solidariedade expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal”.

Santos (2020, p. 5-6) conclui que o abandono leva ao isolamento da pessoa idosa do convívio social e ao rompimento dos laços afetivos familiares, deixando sequelas irreparáveis.

3. CRIME DE ABANDONO À PESSOA IDOSA PREVISTO NO ESTATUTO DO IDOSO.

3.1. TIPO PENAL E SEUS ELEMENTOS.

O crime de abandono de idoso está previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso, *in verbis*:

Art. 98, Estatuto do Idoso - Abandonar a pessoa idosa em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:
Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

O dispositivo em voga apresenta duas condutas distintas: a primeira, de abandonar o idoso em locais ali estabelecidos, abrangendo o abandono moral; a segunda, de não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado, abrangendo o abandono material. Observe-se que o referido artigo abrange, tanto o abandono moral, quanto o abandono material da pessoa idosa. (ASSUNÇÃO, 2015, p.52)

Quanto ao bem jurídico tutelado no crime de abandono de idoso, há divergências doutrinárias. Ferreira (2016, p.37) descreve que o artigo 98 do Estatuto do Idoso não faz referência ao objeto da tutela penal, mas que alguns doutrinadores entendem que o bem jurídico tutelado é a vida, a saúde (nesta incluída a saúde psíquica) e a integridade física da pessoa idosa.

Outros doutrinadores descrevem que, em relação à primeira conduta descrita, o bem jurídico tutelado é a vida e a saúde, e, na segunda, a assistência familiar. (Pinheiro, 2008, p. 541)

Há, ainda, doutrinadores que entendem que o bem jurídico tutelado é o da assistência familiar, pois, geralmente, seriam os membros da família os autores do crime (LARA, 2013, p.110). Outros apontam que a assistência familiar não é objeto de tutela penal, por se

consubstanciar em um dever ético moral, não podendo, o legislador, tipificar criminalmente a falta de amor. (ANSANELLI JUNIOR, 2009, p. 73).

3.2. SUJEITO ATIVO.

Em relação ao crime de abandono moral, o tipo não estabeleceu o sujeito ativo, motivo pelo qual alguns doutrinadores descrevem que o agente do crime pode ser qualquer pessoa por se tratar de um crime comum:

“No que tange à primeira figura delituosa, qualquer pessoa pode cometer o referido crime, sendo ele, portanto, delito comum”. (PINHEIRO, 2008, p. 541)

Entretanto, há doutrinadores que entendem que o sujeito ativo do abandono moral só pode ser cometido por quem tem o dever de prestar assistência à pessoa idosa, tratando-se de crime próprio:

O delito caracteriza o chamado crime próprio, ou seja, aquele que exige uma condição especial do agente. O crime, dessa forma, não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas apenas por aqueles que tiverem a obrigação, por lei ou por mandado, de cuidar do idoso. Não havendo o dever jurídico (decorrente de lei ou ordem judicial) de cuidar da vida e da saúde do idoso, não há que se falar no crime em tela. (FREITAS JUNIOR, 2011, p. 215)

O crime de abandono material, previsto na segunda parte do artigo 98 do Estatuto do Idoso, trata-se de crime próprio, ou seja, o sujeito ativo é aquele que possui a obrigação legal ou determinada mandado a prover as necessidades básicas da pessoa idosa. De acordo com o ordenamento de direito civil, o dever de prestar alimentos incumbe aos ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuge e companheiro ou companheira. (FERREIRA, 2016, p. 44)

De acordo com Ferreira (2016, p. 44) “também pode ser sujeito ativo o curador; ou seja, o tipo exige a existência de vínculo entre os agentes.”

Outrossim, mister ressaltar que a obrigação alimentar para com a pessoa idosa é solidária, podendo a pessoa idosa escolher entre os prestadores, conforme disposto no artigo 12 do Estatuto do Idoso. Assim, vários são os obrigados, na medida em que a obrigação é solidária, ou seja, se um dos obrigados pagar a integralidade, os outros se desobrigam daquela prestação. Não obstante, na esfera criminal, caso ninguém cumpra a obrigação, todos serão autores colaterais do crime de abandono. (ASSUNÇÃO, 2015, p. 43)

3.3. CONSUMAÇÃO.

No crime de abandono moral da pessoa idosa a conduta abandonar significa desamparar, desassistir, deixar, largar, podendo ser comissiva ou omissiva. A forma comissiva se dá quando o agente abandona a pessoa idosa em um dos locais elencados no artigo; a forma omissiva ocorre quando o agente deixa de procurar a pessoa idosa, não lhe prestando assistência. (Pinheiro, 2008, p. 541).

Sobre o tema, Freitas Junior (2015, p. 231) descreve que, no crime de abandono moral a conduta é comissiva, sendo a vontade de abandonar a pessoa idosa pré-existente ao abrigo e a consumação se dá no mesmo momento em que a mesma é deixada no local; já na conduta omissiva não há vontade prévia do agente de abandonar a pessoa idosa em um dos locais elencados no artigo, mas posteriormente decide em fazê-lo, consumado o delito.

De acordo com Lara (2013, p.115), na forma comissiva do crime de abandono moral pode-se configurar a tentativa.

Em relação ao crime de abandono material, este pode coexistir, ou não, com o crime de abandono moral, sendo a conduta do primeiro eminentemente omissiva, na medida em que o agente teria o dever legal ou por mandado de prestar assistência e alimentos e não o faz.

No abandono material, o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a livre e consciente vontade de não prover as necessidades do idoso. O crime se consuma quando o agente não provê, por tempo juridicamente relevante, as necessidades básicas do idoso. Por ser crime omissivo próprio, não é admitida a tentativa.

Ressalta-se que não há previsão legal de um lapso temporal para a configuração do crime de abandono na modalidade omissiva, devendo o Juiz analisar em cada caso o *animus* do agente, de modo que um simples telefonema pode ser o suficiente para interromper o prazo para a configuração do crime de abandono, conforme descrito por Lara (2013, p. 121): “A omissão ocasional ou o mero atraso no cumprimento da prestação não configuram o crime em tela”.

Ademais, o crime de abandono moral pode, ou não, estar acompanhado do abandono material, por ser um tipo misto alternativo. Caso configure-se abandono moral e abandono material o agente responderá pelo abandono de pessoa idosa e não por cada uma das condutas separadamente. (FERREIRA, 2016, p.47)

3.4. AÇÃO PENAL.

A ação penal possui previsão legal no artigo 95 do Estatuto do Idoso, sendo um dos mais valiosos pontos no que tange a proteção penal da pessoa idosa: “Art. 95. Os crimes definidos

nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal.”

Desta forma, os crimes previstos no Estatuto do Idoso não dependem de representação do ofendido, cabendo ao Ministério Público tomar as decisões legais cabíveis quando do recebimento da denúncia, como descrito por Pinheiro (2208, p. 530-521):

Inicialmente, determina o art. 95 que todos os delitos tipificados no Estatuto do Idoso são de ação penal pública incondicionada, ou seja, a persecução criminal é desencadeada de ofício, devendo a autoridade policial lavrar o termo circunstanciado, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ou instaurar o inquérito policial, nos demais casos, bem como o Ministério Público deve oferecer a denúncia independentemente de qualquer manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. A seguir é vedada a aplicação do disposto nos arts. 181 e 182 do Código Penal, que tratam, respectivamente, de imunidade penal absoluta e do condicionamento à representação da ação penal nos crimes contra o patrimônio cometidos em prejuízo de parentes.

Tal previsão legal é de grande relevância quanto à proteção da pessoa idosa, na medida em que, na prática, a vítima acabava, muitas vezes, por não noticiar o crime por medo.

Entretanto, alguns doutrinadores afirmam tratar-se de previsão legal dispensável, uma vez que há outras normas que levam ao mesmo objetivo, como, por exemplo, o artigo 100 do Código Penal:

Acredita-se que essa disposição era desnecessária, já que, quando a lei não faz referência à ação penal, esta será pública incondicionada. É o que se depreende do disposto no artigo 100, *caput*, do Código Penal: “a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”, bem como do § 1º do mesmo artigo: “a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”. (LARA, 2013, p. 81)

Frise-se que o artigo 95 do Estatuto do Idoso previu, ainda, que não são aplicados aos crimes estabelecidos nesta lei, os artigos 181, que trata da isenção penal e 182, que trata da punibilidade relativa do Código Penal, o que acaba por afastar a possibilidade de isenção de pena e o pré-requisito da representação do ofendido, sendo um crime de ação pública incondicionada.

Além disso, Ansanelli Junior (2009, p.41- 42) ensina que o artigo 110 do Estatuto do Idoso inseriu o inciso III ao artigo 183 do Código Penal, vedando a aplicação dos artigos 181 e 182 aos crimes descritos no Título II do Código Penal, ou seja, a inaplicabilidade das escusas absolutórias não se restringe aos delitos capitulados no Estatuto do Idoso, sendo vedada, ainda,

a aplicação dos referidos dispositivos aos crimes patrimoniais contra pessoas idosas, capitulados no Código Penal, conforme transcrito abaixo:

O artigo 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:

(...)

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Sobre o tema, Rangel (2005, p.598) descreve que a referida inovação mostra-se mais protetiva à pessoa idosa e, em contrapartida, mais gravosa e severa ao autor do fato, não podendo, desta forma, retroagir, por força do artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal:

A inovação visa possibilitar a imputação penal face do autor de crime contra idoso, independentemente de manifestação de vontade de quem quer que seja. Em outras palavras: a norma do art. 183, III, do CP é mais severa e, portanto, prejudicial ao autor do fato. A norma constitucional do art. 5º, XL, é penal material e processual não sendo lícito interpretá-la apenas como sendo material, pois a Constituição não distinguiu não cabendo ao intérprete fazê-lo. Ademais, as regras concessivas de direitos comportam interpretação extensiva analógica e analogia. Portanto, se o fato é anterior à vigência do Estatuto a ação continuará sendo pública condicionada à representação, se for na hipótese do art.182 do CP.

Outrossim, em que pese a ação pública ser incondicionada, para as infrações penais previstas no Estatuto do Idoso, não se exclui a possibilidade do ofendido ajuizar ação penal subsidiária da pública quando da inércia do Órgão Ministerial, nos termos do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, art. 100, § 3º, do Código Penal e art. 29 do Código de Processo Penal (Pinheiro, 2008, p. 532).

3.4. PROCEDIMENTO

O Estatuto do Idoso prevê, no artigo 94, que ao crime de abandono de idoso do mesmo disposto legal, entre outros, será aplicado o procedimento previsto na Lei 9.099/1995, *in verbis*:

Art. 94. Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Desta forma, o crime de abandono de idoso, previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso é de competência da justiça comum, porém com a utilização do procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099.

o Estatuto do Idoso fez referência apenas ao procedimento, ou seja, ao rito previsto na Lei nº 9.099/1995, a forma pela qual os atos processuais deverão ser praticados, sendo que não se modificou o conceito, muito menos a atribuição ministerial e a competência do órgão jurisdicional. Em outras palavras, em se tratando de crime previsto na Lei nº 10.741/2003, cuja pena seja superior a dois anos e menor ou igual a quatro anos, a atribuição para atuar, em havendo justa causa, é do Promotor de Justiça que atua junto ao Juízo Criminal comum, sendo a competência das Varas Criminais comuns. Não há dúvidas de que, em não tendo ainda a necessária justa causa, a atribuição é da Promotoria de Investigação Penal das Centrais de Inquéritos, porém tão logo se obtenha aquela, os autos deverão ser enviados ao Juízo Criminal comum (não ao JECRIM), a fim de ser adotado o rito sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95. (SOUSA, 2005, p. 289-290)

Assim, o Estatuto do Idoso trouxe maior celeridade à apuração, processo e julgamento das infrações praticadas contra a pessoa idosa. (FREITAS, 2003, s.p.)

Outro ponto importante é o apresentado por Ramayana (2004, p.94), descrevendo que deve-se aplicar o artigo 94 do Estatuto do Idoso de forma restrita à questão procedimental aos crimes previstos nesta, não sendo ampliado o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo:

As infrações de menor potencial ofensivo são definidas na Lei 9.099/95 e 10.259/2001; portanto, sob a ótica da legislação pátria, podemos admitir que são aquelas cuja pena máxima não ultrapasse de 2 (dois) anos. A mens legislatoris apenas determinou que o procedimento fosse aplicado de forma idêntica às leis supracitadas, o que significa que a norma em questão é de cunho meramente processual (...) Os crimes tipificados no Estatuto do Idoso, cuja pena não ultrapasse 4 (quatro anos), seguem o procedimento da Lei 9.099/95.

No mesmo sentido, o Dr. Cláudio Calo Sousa (2005, p. 291):

Em suma, perfílo o posicionamento de que somente são infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes em que as penas máximas abstratamente cominadas não superam dois anos, desde que não tenham rito especial, sendo que o simples fato de ser aplicado o rito da Lei nº 9.099 não tem o condão de tornar de menor potencialidade lesiva a infração penal, alterando-se a atribuição ministerial e a competência do órgão jurisdicional.

Mister salientar que o Supremo Tribunal Federal (STF), na ADIN 3.096-5, impediu a aplicação de medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor de crimes previstos no Estatuto do Idoso.

Desta forma, tratando-se do crime previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso aplicar-se-á o procedimento da Lei 9.099/95 sem os institutos concernentes à composição civil de danos e transação penal, reconhecendo-se o sursis processual quando cabível ao autor do fato dentro do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95. (FREITAS, 2003, s.p.)

4. COMPARAÇÃO ENTRE OS CRIMES DE ABANDONO DE IDOSO PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL E O PREVISTO PELO ESTATUTO DO IDOSO

4.1. DO CRIME DE ABANDONO DE INCAPAZ

O crime de abandono de idoso também encontra previsão no Código Penal, mais precisamente nos artigos 133, § 3º, III, *in verbis*:

Abandono de incapaz

Art. 133, CP - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena - detenção, de seis meses a três 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

Assim, é possível verificar que há conduta semelhante entre o crime descrito na primeira parte do artigo 98 do Estatuto do Idoso com a do crime previsto no artigo 133 do Código Penal.

Entretanto, Lara (2013, p. 115) explica que o crime de abandono de incapaz, previsto no artigo 133 do Código Penal, importa violação de dever do agente para com a vítima, exigindo, ainda, a ocorrência de perigo concreto para a vida e saúde da vítima, enquanto que o crime de abandono moral, previsto na primeira parte do Estatuto do Idoso, é de perigo abstrato.

Os crimes de abandono de pessoa idosa e de abandono de incapaz possuem pena de detenção de seis meses a três anos, sendo que, no primeiro, há previsão de pena de multa, enquanto que no segundo, há causa especial de aumento de pena, aumentando-se em 1/3 na forma do § 3º, incisos I-III, do artigo 133, do Código Penal, o que torna a pena deste crime bem maior do que a do abandono moral de idoso (LARA, 2013, p. 115).

Sem embargos, Ansanelli Junior (2009, p. 76-77) descreve que, no crime de perigo abstrato há presunção absoluta de que, uma vez praticada a conduta, há situação de perigo, e, desta forma, estaria o legislador tipificando a ausência de amor como crime.

Assim, de acordo com Ansanelli Juiniior (2009, p. 80), não se trata, o crime de abandono previsto no Estatuto do Idoso, de crime de perigo abstrato, mas de perigo concreto, ou seja, se o agente abandonar a pessoa idosa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, o expondo à perigo, responderá pelo crime de abandono de incapaz (artigo 133, § 3º, inciso III do Código Penal); e se abandonar pessoa idosa nos locais definidos pelo artigo 98 do Estatuto do Idoso, independentemente de expô-la à perigo, responderá pelo crime de abandono de idoso.

Neste sentido, Pinheiro (2008, p. 541):

Percebem-se, portanto, elementos especiais em cada tipo. No presente artigo 98 do Estatuto do Idoso, não se exige que a pessoa idosa esteja sob o *cuidado, guarda, vigilância* ou *autoridade* do sujeito ativo, diferentemente do artigo 133 do Código Penal. Por ser óbvio, os elementos de cada tipo devem se adequar por completo em relação à conduta do agente. Assim, o ato de abandonar o idoso, havendo ou não a relação de cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, deve ligar-se aos locais estabelecidos pelo tipo, vale dizer, hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres. Não ocorrendo esta vinculação, cabe analisar a ocorrência do tipo descrito no artigo 133 do Código Penal.

4.2. DO CRIME DE ABANDONO MATERIAL

O crime de abandono material de idoso também encontra-se positivado no artigo 244 do Código Penal, *in verbis*:

Abandono material

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

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

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

De acordo com Lara (2013, p. 120), o abandono material previsto no artigo 244 do Código Penal possui características muito próximas do descrito na segunda parte do artigo 98 do Estatuto do Idoso, entretanto, o crime do Código penal reconhece como sujeito passivo, além da pessoa acima de 60 anos, o cônjuge, filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho e o ascendente inválido de qualquer idade, sendo mais abrangente quando comparado ao do Estatuto do Idoso.

Já em relação ao o sujeito ativo do crime de abandono material, previsto no Estatuto do Idoso, pode ser qualquer pessoa obrigada por lei ou por mandado a suprir as necessidades básicas do idoso, enquanto no do Código Penal são apenas o cônjuge, os pais, descendentes e ascendentes.

Conforme descrito por Lara (2013, p.121), o crime de abandono material previsto no artigo 244, do código penal, configura-se somente se não existir justa causa para que o agente deixe de prover os recursos necessários, ou seja, o fato será atípico caso exista uma escusa plausível. Em relação ao mesmo crime previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso, a doutrina

majoritária entende que, havendo justa causa, não configurar-se-á o delito, mesmo não havendo a menção à justa causa de forma expressa no tipo penal, pois os alimentos não serão devidos.

Ademais, a tipificação da primeira parte do artigo 244 do Código Penal consiste em deixar de prover a subsistência do sujeito passivo, ou seja, engloba apenas os alimentos naturais indispensáveis ao alimentando, enquanto no artigo 98 do Estatuto, a tipificação consiste em deixar de prover as necessidades básicas da pessoa idosa, incluindo todas as necessidades do sujeito passível e não somente o essencial ao seu sustento, desde que dentro das possibilidades do sujeito ativo, sendo mais abrangente do que o crime previsto pelo artigo 244, do Código Penal, apesar da pena, em abstrato, ser mais branda. (LARA, 2013, p. 121)

Nessa trilha, diante das similaridades e da tênue diferença entre os crimes de abandono previstos no Estatuto do Idoso e os previstos no Código Penal, para que se tenha a correta tipificação deve ser analisado, individualmente, cada caso, atendo-se o Ministério Público e o Juízo à gravidade concreta do delito praticado e às respectivas consequências, para que possa haver, então, um julgamento justo e proporcional.

CONCLUSÃO.

No Brasil, o aumento da população idosa não foi acompanhado pela capacitação e conscientização da sociedade no que diz respeito ao acolhimento e aos cuidados necessários a este segmento. Todavia, o dever de ampará-los e defendê-los não é só da família, mas ainda do Estado e de toda a sociedade.

Ressalte-se a importância da ligação existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a cidadania, cujo exercício torna-se impossibilitado caso o referido princípio não seja respeitado. Para garantia da dignidade, outros princípios mostram-se igualmente importantes e basilares, sendo eles, o da afetividade e da solidariedade familiar.

A solidariedade familiar expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em sociedade, diante de uma teia de relações intersubjetivas, de maneira que se pode concluir que o abandono leva ao isolamento da pessoa idosa do convívio social, bem como ao rompimento dos laços afetivos familiares, deixando sequelas irreparáveis.

A afetividade pode ser de ordem subjetiva ou objetiva. A afetividade subjetiva, relacionada com o sentir ou não sentir de cada indivíduo, e, por não se tratar de sentimento obrigatório, não gera interesse ao Direito, visto que não há a possibilidade de resguardar e imputar tal obrigação.

Já a afetividade objetiva possui conexão com a demonstração de atos capazes de presumir a afetividade subjetiva. Entrementes, temos o cuidado como uma obrigação para além

da moralidade, mas como um dever jurídico imposto. Por conseguinte, a ausência de cuidado e afetividade pode configurar o abandono afetivo, caracterizado pela omissão da essencialidade dentro das relações familiares, incluídas as necessidades físicas, psíquicas e social.

Não há conflito de normas em relação ao crime previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso e nos artigos 133 e 244 do código Penal. O crime de abandono material, previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso, trata-se de crime próprio. Na primeira parte, configura-se o abandono moral, cuja conduta pode ser omissiva ou comissiva, sendo, a segunda, consistente na vontade pré-existente de abandonar a pessoa idosa ao abrigo e a consumação se dá no mesmo momento em que a mesma é deixada no local, já na conduta omissiva não há vontade prévia do agente de abandonar a pessoa idosa em um dos locais elencados no artigo, mas posteriormente decide em fazê-lo, consumado o delito.

O crime de abandono moral pode ou não estar acompanhado do abandono material, por se tratar de um tipo misto alternativo. Para a configuração do abandono material, faz-se necessária a presença do dolo como elemento subjetivo, consistente na vontade livre e consciente de não prover as necessidades do idoso, e o crime se consuma quando o agente não provê, por tempo juridicamente relevante, as necessidades básicas do idoso, sendo a conduta eminentemente omissiva, na medida em que o agente teria o dever legal ou por mandado de prestar assistência e alimentos e não o faz.

Considerando que os elementos de cada tipo devem se adequar por completo em relação à conduta do agente, há de se destacar as diferenças entre o artigo 98 do Estatuto do Idoso e o artigo 133 do Código Penal. O primeiro não exige que a pessoa idosa esteja sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo, diferentemente do artigo 133 do Código Penal. Assim, o ato de abandonar o idoso, havendo ou não a relação de cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, deve ligar-se aos locais estabelecidos pelo tipo: hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres. Não ocorrendo esta vinculação, cabe analisar a ocorrência do tipo descrito no artigo 133 do Código Penal.

Além disso, importa ressaltar que o crime de abandono de incapaz, previsto no artigo 133 do Código Penal, importa violação de dever do agente para com a vítima, exigindo, ainda, a ocorrência de perigo concreto para a vida e saúde da vítima, enquanto que o crime de abandono moral, previsto na primeira parte do Estatuto do Idoso, é de perigo abstrato.

O abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal, possui características muito próximas do descrito na segunda parte do artigo 98 do Estatuto do Idoso, entretanto, configura-se somente se não existir justa causa para que o agente deixe de prover os recursos necessários, ou seja, o fato será atípico caso exista uma escusa aplausível. Em relação ao mesmo

crime previsto no artigo 98 do Estatuto do Idoso, a doutrina majoritária entende que, havendo justa causa, não configurar-se-á o delito, mesmo não havendo a menção à justa causa de forma expressa no tipo penal, pois os alimentos não serão devidos.

Ademais, a tipificação da primeira parte do artigo 244 do Código Penal consiste em deixar de prover a subsistência do sujeito passivo, ou seja, engloba apenas os alimentos naturais indispensáveis ao alimentando, enquanto no artigo 98 do Estatuto, a tipificação consiste em deixar de prover as necessidades básicas da pessoa idosa, incluindo todas as necessidades do sujeito passível e não somente o essencial ao seu sustento, desde que dentro das possibilidades do sujeito ativo, sendo mais abrangente do que o crime previsto pelo artigo 244 do Código Penal, apesar da pena, em abstrato, ser mais branda.

Destarte, diante das similaridades e da tênue diferença entre os crimes de abandono previstos no Estatuto do Idoso e os tipos previstos no Código Penal, para que se tenha a correta tipificação deve ser analisado, individualmente, cada caso, atendo-se o Ministério Público e o Juízo à gravidade concreta do delito praticado e às respectivas consequências, para que possa haver, então, um julgamento justo e proporcional.

Por fim, o artigo 94 do Estatuto do Idoso não fez surgir dois conceitos de crimes de menor potencial ofensivo, o que acarretaria a quebra do princípio da igualdade, apenas previu a aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 para os crimes nele previstos que tenham pena máxima entre dois e quatro anos.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), na ADIN 3.096-5, impediu a aplicação de medidas despenalizadoras e de interpretação benéfica ao autor de crimes previstos no Estatuto do Idoso. Assim, tratando-se do crime previsto no artigo 98 do referido Estatuto, aplicar-se-á o procedimento da Lei 9.099/95 sem os institutos concernentes à composição civil de danos e transação penal, reconhecendo-se o sursis processual, quando cabível, ao autor do fato, dentro do procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Carla Maria Lobato. Rompendo com o silêncio: uma breve análise sobre violência familiar contra idosos em São Luís, Maranhão. **Revista Kairós**, São Paulo, 11. dez. 2008, pp 81-94. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/viewFile/2394/1487>> Acesso em: 10 abr. 2023

ANSANELLI JUNIOR, Angelo. **Crimes no Estatuto do Idoso**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

ASSIS NETO, Sebastião de. **Manual de direito civil** / Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus, Maria Izabel de Melo. 6. ed. Rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2017.

ASSUNÇÃO, Rafael Coelho. **Responsabilização civil e criminal dos filhos pelo abandono dos pais**. 62 f.: 30 cm. Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2015

BERTOLIN, Giuliana; VIECILI, Mariza. Abandono Afetivo do Idoso: Reparação Civil ao Ato de (nã) Amar?. In: **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 338-360, 1º Trimestre de 2014. Disponível em <www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. > Acesso em: 10 abr. 2023

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 abr. 2023.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. **Estatuto do idoso: lei federal nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

_____. **Lei nº 8.842**, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e da outras providências.

_____. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DA ROSA, Joanna Cunha Machado. A deserdação em decorrência da violação do princípio da afetividade pelos filhos frente aos genitores idosos. In: **IBDFAM**. 2020. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/1564/A+deserda%C3%A7%C3%A3o+em+decorr%C3%Aancia+da+viola%C3%A7%C3%A3o+do+princ%C3%ADpio+da+afetividade+pelos+filhos+frente+aos+genitores+idosos#_ftn1>. Acesso em 15 abr 2023

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental de direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico constitucional. **Direitos Fundamentais e Justiça**: Revista do

Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, n. 2, p. 132-157, jan./mar. 2008

FERREIRA, Ana Carolina de Oliveira. **A Tutela Penal Do Idoso No Direito Brasileiro**. 2016. 72f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário “Antônio Eufrásio De Toledo” De Presidente Prudente, Presidente Prudente/SP, 2016. Disponível em <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5927>>. Acesso em 06 mai. 2023

FRANGE, Paulo. **Estatuto dos Idosos comentado**. Uberaba, 2004.

FREITAS, Jayme Walmer de. **O Estatuto do Idoso e os crimes de menor potencial ofensivo**. 2003. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2003-nov-21/estatuto_idoso_crimes_menor_potencial_ofensivo>. Acesso em 15 abr. 2023

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso. Doutrina, jurisprudência e legislação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume 6: direito de família / PabloStolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios: PNAD: microdados**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

LARA, Luciana Lima do Amaral. **Da tutela do idoso no Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013

LISITA, Kelly Moura Oliveira. Abandono material, intelectual, afetivo: uma análise sobos aspectos cível, penal e suas sequelas em breves considerações. In: **IBDFAM**. 2020. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1572/Abandono+material>>. Acesso em 4 mai. 2023

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus. In: **IBDFAM**. <Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/193.pdf> Acesso em 20 abr. 2023

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **DIREITO CONSTITUCIONAL DESCOMPLICADO**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017

PINHEIRO, Naide Maria. **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas/SP: Servanda, 2008.

RAMAYANA, Marcos. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004, p. 94

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Santos, Paula Mara Ferreira dos. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELO ABANDONO DO IDOSO E A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. 2020. Pós Emerj SILVA, Alda de Almeida. **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA O TRATAMENTO ESTATAL AO MÍNIMO EXISTENCIAL**. Tese (Mestrado em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado) - Faculdade de Direito – PUC. Rio de Janeiro.

Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=12937@1>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SERRA, Jacira do Nascimento. VIOLÊNCIA SIMBÓLICA CONTRA OS IDOSOS: forma sigilosa e sutil de constrangimento. **Revista de Políticas Públicas.** 2010, 14(1), Disponível em <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321127307010>>. Acesso em 30 abr. 2023

SILVA, José Afonso. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR SUPREMO DA DEMOCRACIA. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 212: 89-94; abr/jun. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>>. Acesso em: 18 abr. 2023

SOUSA, Cláudio Caio. “Estatuto Do Idoso”, O Poder Investigatório Do “Parquet” E O Conceito De Infração Penal De Menor Potencial Ofensivo (Brevíssimas Considerações). In: **Revista da EMERJ**, v. 8, n. 29, 2005. p. 287-291. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista29/Revista29.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2023

SOUZA JÚNIOR, Luiz Lopes de. A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais: Princípio ou direito absoluto? In: **E-GOV**, Santa Catarina, Março de 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/dignidade-da-pessoa-humana-e-os-direitos-fundamentais-princ%C3%ADpio-ou-direito-absoluto>> Acesso em: 15 abr. 2023

Tartuce, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. rev., atual.e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de. **unção política e social do direito e teorias da constituição 4** / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022

VITERBO, Grasielli Rodrigues. **O Abandono Afetivo de Idosos e a Responsabilidade da Família na Violação do Dever de Cuidado**. 2020. 51f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNIFTC, Feira de Santana-BA, 2020. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-abandono-afetivo-de-idosos-e-a-responsabilidade-civil-da-familia-na-violacao-do-dever-de-cuidado/1149990568>> />. Acesso em 15 abr. 2023

WHO, World Health Organization. **Active Ageing – A Police Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging**. Madrid, Spain, April, 2002. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67215/1/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf>. Acesso em 10 abr. 2023.