

Cristiano Chaves de Farias
Rogério Sanches Cunha
Ronaldo Batista Pinto

ESTATUTO da pessoa com DEFICIÊNCIA COMENTADO

artigo por artigo

Prefácio

SENADOR ROMÁRIO de Souza Faria

4ª edição

Revista, ampliada e atualizada

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



TÍTULO II

DOS CRIMES E DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Legislação infraconstitucional – Lei 9.099/95, art. 89: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena”.

Comentários **INTRODUÇÃO** – A Constituição Federal busca garantir à pessoa com deficiência o seu ingresso na vida social e no ambiente de trabalho, programando um conjunto de normas compensatórias. A implantação dessas normas, contudo, não vem sendo respeitada por diversos setores, tanto do poder público quanto do privado.

Quando presente esse quadro de desrespeito e indiferença, são apresentados inúmeros instrumentos extrapenais para servir ao operador do Direito. Esses instrumentos, no entanto, estão se mostrando incapazes de coibir e punir eficientemente os vários comportamentos violadores dos direitos fundamentais individuais e coletivos da pessoa com deficiência.

Ora, é sabido que se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelam-se insuficientes para a tutela de determinado bem relevante, a sua criminalização é adequada e recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem insuficientes medidas civis ou administrativas, ao lado destas devem ser empregadas as de natureza penal.

Eis o espírito do Título II do presente Estatuto. O Direito Penal, subsidiário e fragmentário, foi chamado a intervir como mais um importante instrumento de controle social, criando crimes e cominando penas privativas de liberdade para os comportamentos que violam os direitos básicos das pessoas com deficiência.

Deve ser observado, porém, que as infrações penais criadas pela Lei 13.146/15 são, na sua maioria, de médio potencial ofensivo, com pena mínima não superior a 1 ano de reclusão, admitindo, em tese, o acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP) e o beneplácito da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

Já se percebe, no entanto, operadores querendo negar tais benefícios para crimes dessa natureza, sob o argumento de que o preconceito manifestado, explícita ou implicitamente, nas várias condutas típicas caracteriza grave violação a uma das metas fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 3º, IV). A justiça negocial, assim, significaria proteção insuficiente do Estado.

Com o devido respeito, discordamos. Aliás, é no ANPP e na suspensão do processo que o Ministério Público pode conquistar, com celeridade ímpar, a solução mais esperada pela vítima: a reparação do dano, ou a sua rápida inclusão, sem diferenças.

Feito esse breve introito, vamos analisar, em seguida, cada figura criminosa sob os seguintes aspectos: bem jurídico tutelado, sujeitos (ativo e passivo), conduta, voluntariedade, consumação e ação penal.

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I – recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material discriminatório;

II – interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet.

§ 4º Na hipótese do § 2º deste artigo, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Legislação infraconstitucional – Art. 100 do Código Penal – “A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido”.

Art. 140, § 3º, do Código Penal – “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro [...] § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião,

origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão de um a três anos e multa”.

Comentários **BEM JURÍDICO TUTELADO** – O delito do art. 88 tem como objetividade jurídica a tutela dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, lembrando que o art. 3º, IV, da CF/88, anuncia ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.

De acordo com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova York, março de 2007), “Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência”.

O objetivo anunciado está umbilicalmente relacionado com a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e ao respeito às diferenças, como exigência do pluralismo.

Dentre os mecanismos de política afirmativa trazidos pela Lei nº 13.146/15, a punição criminal tem o escopo de evitar que indivíduos que sofrem limitações físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais sejam submetidos a constrangimento em virtude dessa condição.

SUJEITOS DO CRIME – O crime é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa.

No polo passivo, por outro lado, somente pode figurar como ofendido a pessoa com deficiência, assim definida no art. 2º da Lei nº 13.146/15: “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”.

Temos, em suma, um crime comum no que se refere ao sujeito ativo, e próprio quando trata do ofendido.

O § 1º do art. 88 aumenta em um terço a pena se a vítima estiver sob cuidado e responsabilidade do agente. Exerce o cuidado, nos termos do art. 3º, inciso XII, da Lei nº 13.146/15, a pessoa, membro ou não da família, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas.

CONDUTAS – As condutas típicas são: *praticar (realizar)*, *induzir (provocar)* ou *incitar (incentivar)* a discriminação de alguém em virtude de sua deficiência.

Discriminar significa separar, estabelecer diferenças, dispensar tratamento desigual ou injusto fundamentado na deficiência física, mental, intelectual ou sensorial. O Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe em seu art. 4º, § 1º que: “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”.

A redação do novo tipo penal certamente fará surgir debates a respeito do (aparente) conflito com o art. 140, § 3º, do Código Penal, que qualifica a injúria quando utilizados pelo agente da ofensa elementos referentes à deficiência do ofendido. Alertamos, no entanto, que a mesma discussão já existe envolvendo o mesmo dispositivo do Código Penal (art. 140, § 3º) e o art. 20 da Lei nº 7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), cuja redação, aliás, do *caput* e dos parágrafos é praticamente idêntica à do art. 88 da Lei nº 13.146/15, diferenciando-se apenas pelo fato de dispor sobre preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Inclusive as penas das formas simples (*caput*) e qualificada (§ 2º) são as mesmas.

No conflito entre o art. 20 da Lei nº 7.716/89 e o art. 140, § 3º, do Código Penal, estabeleceu-se que a injúria preconceituosa não se confunde com o delito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89. Neste, pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem da sociedade) em função da raça ou da cor. No caso do § 3º do art. 140, o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima. Essa diferença, presente na maioria da doutrina, vem sendo negada pelo STJ (e discutida no STF). A Corte Cidadã, julgando agravo regimental no recurso especial nº 686.965/DF, considerou que a injúria racial está na seara dos crimes relativos ao racismo e é também *imprescritível*, pois tem sentido de segregação, somando-se às definições da Lei nº 7.716/89, que não traz um rol taxativo.

Ora, percebendo que o art. 88 da Lei 13.146/15 contém disposições idênticas às do art. 20 da Lei nº 7.716/89, o aparente conflito com o art. 140, § 3º, do Código Penal será dirimido pela doutrina da mesma forma que a discriminação quanto à raça, leia-se: caracteriza-se a discriminação da

Lei nº 13.146/15 se visar à marginalização de pessoas com deficiência. Se o propósito do agente for o de atingir a honra subjetiva da vítima, utilizando-se, para tanto, da sua condição de deficiente, haverá injúria qualificada.

Assim como ocorre no conflito entre injúria e racismo, a diferença tem relevância e repercussão prática: *xingar* alguém fazendo referência à sua deficiência é injúria, crime de *ação penal pública condicionada à representação da vítima*; *discriminar alguém em razão de sua deficiência* com pretensão de causar a marginalização é crime contra deficientes, cuja pena será perseguida mediante *ação penal pública incondicionada*.

Portanto, cuidado: recusar-se a conviver no mesmo ambiente (social, escolar, laborativo etc.) com pessoa com necessidades especiais, não configura injúria, mas o crime do art. 88 da Lei 13.146/15. Existe, contudo, campo fértil para a lição que entende que a ofensa preconceito também está abrangida pelo crime do art. 88, aplicando-se o mesmo espírito da jurisprudência do STJ quanto ao racismo impróprio, acima delineada.

Alertamos que o art. 8º da Lei n.º 7.853/89 (comentada mais adiante) também pune comportamentos discriminatórios em face da pessoa com deficiência. Nesse cenário, quando é que aplicamos os crimes de preconceito da Lei 7.853/89 e quando incide o art. 88 do Estatuto da Pessoa com Deficiência? Todos punem modalidades de discriminação. A relação entre as normas é de gênero (art. 88) e espécies (crimes da Lei 7.853/89). Presente ato discriminatório, primeiro analisamos a adequação nos tipos da Lei 7.853/89. Não havendo subsunção, aplica-se o art. 88 do Estatuto.

De acordo com o § 2º do art. 88, “Se qualquer dos crimes previstos no *caput* deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza”, a pena passa a ser de reclusão de dois a cinco anos. A redação do dispositivo é evidentemente equivocada, pois o *caput* do art. 88 não tipifica diversos crimes, mas apenas um, dividido em três ações nucleares (tipo misto alternativo), duas delas, como destacamos, dispensáveis.

Haverá a qualificadora quando a conduta discriminatória tiver potencialidade para chegar ao conhecimento de número indeterminado de pessoas, como quando veiculada em impressos distribuídos ao público, em redes sociais como *Facebook* ou *Twitter*, em páginas de *internet* etc.

No mais, na esteira da qualificadora, isto é, quando o delito é cometido em meios de comunicação social ou em publicação de qualquer natureza, o § 3º permite ao juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, mesmo antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: a) o recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material

discriminatório; b) a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet. E caso haja material apreendido, o § 4º estabelece, como efeito da condenação, a sua destruição.

VOLUNTARIEDADE – Quanto à voluntariedade, exige-se o dolo (direto ou eventual), inexistindo a forma culposa.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – O delito se consuma com a prática discriminatória, independentemente da quantidade de pessoas que tenham acesso ao conteúdo. Diante disso, na prática, parece-nos impossível a tentativa, ainda que na forma escrita, que, mesmo interceptada antes de eventual divulgação pública, sempre chegará ao conhecimento de quem interceptou (o próprio deficiente ou terceiro).

AÇÃO PENAL – Diante do silêncio da lei, a ação penal neste crime é pública incondicionada, na dicção do art. 100 do Código Penal. Assim como nos demais crimes abaixo listados, deve ser feita a ressalva quanto à faculdade de ingresso, pela vítima, de ação penal privada subsidiária da pública, nos termos do art. 29 do CPP, quando, ante a inércia do Ministério Público, poderá ofertar queixa-crime.

A forma simples (*caput*) admite suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95). Qualquer das formas admite, em tese, o acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP).

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; ou

II – por aquele que se apropriou em razão de ofício ou de profissão.

Legislação infraconstitucional – Art. 168, § 1º, inc. II do Código Penal – “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção [...] § 1º – A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa [...] II – na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial”.

Comentários BEM JURÍDICO TUTELADO – O delito do art. 89 tem como objetividade jurídica a tutela do patrimônio da pessoa com deficiência.

SUJEITOS DO CRIME – O crime é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, dispensando condição especial do agente ou algum vínculo deste com a vítima. Aliás, sendo o sujeito ativo **tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial ou agir em razão de ofício ou profissão**, a pena é aumentada de 1/3.

No polo passivo temos como ofendido a pessoa com deficiência (art. 2º. do Estatuto).

CONDUTAS – As condutas típicas são: *apropriar-se (inverter o animus da posse, agindo, arbitrariamente, como se dono fosse)* ou *desviar (dar finalidade diversa)* bens (móveis ou imóveis), proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência.

Na verdade, este tipo se aproxima daquele previsto no § 1º, inc. II do art. 168 do Código Penal, que trata da apropriação indébita qualificada em face da condição especial da vítima.

Entre os dois crimes, no entanto, existe uma diferença importante: a infração especial prevista na Lei 13.146/15 não menciona (ao menos expressamente) a necessidade de o agente estar na posse ou detenção dos bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento da vítima. Essa redação vai gerar, certamente, discussão na doutrina. Para nós, no entanto, embora o dispositivo em comento não faça menção expressa, é necessário que o sujeito ativo tenha a posse ou detenção da coisa. Não tendo a posse ou detenção do bem ou valor, estará configurado outro ilícito contra o patrimônio da pessoa com deficiência, podendo ser furto, estelionato, roubo etc.

Por fim, o dispositivo autoriza interpretação analógica, onde o legislador, depois de exemplificar o objeto material do crime (bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração), encerra com fórmula genérica (ou qualquer outro rendimento), autorizando o juiz, na análise do caso concreto, complementar esse rol.

VOLUNTARIEDADE – Quanto à voluntariedade, exige-se o dolo (direto ou eventual) e inexistente a forma culposa.

Discute-se se haverá o crime no caso de o agente atuar com ânimo de uso. A resposta, para nós, está umbilicalmente ligada à natureza da coisa apoderada (ou desviada) momentaneamente. Sendo consumível com o uso, existe o crime; se não consumível, teremos mero ilícito civil.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – O crime, na sua primeira modalidade (*apropriação*), se consuma no momento em que o agente se apropria

dos **bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência**, dispondo do objeto material como se dono fosse, retendo-o, alienando-o etc.

Analisando tipo semelhante praticado contra o idoso, o STJ, através da sua 5a. T, decidiu que o crime é permanente, cujo momento consumativo se prolonga no tempo, enquanto permanecer a inversão da posse (HC 111.120/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17.12.2010).

Na segunda modalidade (*desvio*), ocorre a consumação quando o agente altera o destino normal da coisa, empregando-a em fins outros que não o próprio.

Nas duas condutas a caracterização do crime não reclama lucro efetivo por parte do agente, pouco importando se a vantagem visada é conseguida ou não.

Podendo a execução ser fracionada em vários atos – *crime plurissubsistente* –, a tentativa mostra-se perfeitamente possível, tanto na apropriação, quanto no desvio.

O ressarcimento do prejuízo, a restituição ou a composição após a consumação não desfigura o crime, podendo constituir, conforme o caso, o arrendimento posterior, art. 16 do CP (se anterior ao recebimento da denúncia), ou atenuante de pena, art. 65 do CP (se posterior ao recebimento da inicial).

Diferentemente do Estatuto do Idoso, o legislador, quando criou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, não alterou o art. 183 do Código Penal, permitindo em crimes dessa natureza (contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça à pessoa) cometidos em face do deficiente, a incidência das imunidades absolutas e relativas dos arts. 181 e 182 do CP.

Os operadores do Direito, diante da novel Lei, já questionam: tais dispositivos (arts. 181 e 182 do CP) incidem nos crimes contra o patrimônio, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa com deficiência, previstos no presente Estatuto? É o caso, por exemplo, dos arts. 89 e 91.

Certamente muitos vão defender a sua aplicação, ostentando a bandeira da analogia *in bonam partem*.

Entendemos, depois de muita reflexão sobre o tema, que deve prevalecer o princípio da especialidade, isto é, crimes contra o patrimônio cometidos em face da pessoa com deficiência previstos neste Estatuto ou qualquer outra lei especial não são alcançados pelas citadas imunidades. Conclusão diversa redundaria numa clara proteção deficitária do Estado. Não se pode ignorar que, na esmagadora maioria das vezes, quem tutela o patrimônio da pessoa

com deficiência é seu parente próximo (cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão). Garantir-lhes, desde logo, causa especial de exclusão de punibilidade quando arbitrariamente atacam a fortuna da pessoa com deficiência, soa como indisfarçável absurdo.

AÇÃO PENAL – No silêncio da lei, a ação penal neste crime é pública incondicionada (art. 100 do CP).

A forma simples admite suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95). Sendo o sujeito ativo **tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial ou agir em razão de ofício ou profissão**, a pena é aumentada de 1/3, inviabilizando o benefício.

Qualquer das formas admite, em tese, o acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP).

Art. 90. Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigo ou congêneres:

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem não prover as necessidades básicas de pessoa com deficiência quando obrigado por lei ou mandado.

Legislação infraconstitucional – Art. 133, § 3º, incs. I, II e III, do Código Penal – “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: **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”.

Art. 244 do Código Penal – “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”.

Comentários BEM JURÍDICO TUTELADO – O crime em estudo continua tutelando os direitos fundamentais da pessoa com deficiência, mais precisamente, sua vida, incolumidade pessoal e liberdade.

Deve ser lembrado que o art. 31 do Estatuto garante à pessoa com deficiência moradia digna, no seio da família natural ou substituta, com seu cônjuge ou companheiro ou desacompanhada, ou em moradia para a vida independente da pessoa com deficiência, ou, ainda, em residência inclusiva.

SUJEITOS DO CRIME – No “caput”, o crime é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa.

Já na figura do parágrafo único, o delito é próprio, exigindo condição especial do agente (garante ou garantidor), podendo ser praticado somente por aquele que tem o dever (imposto por lei ou mandado) de garantir a subsistência da pessoa com deficiência. No caso de coobrigados, isto é, quando o dever de assistência recai sobre várias pessoas, cada um responderá como autor da sua omissão.

No polo passivo figura como ofendido a pessoa com deficiência (art. 2º. do Estatuto).

CONDUTAS – O tipo em estudo anuncia duas condutas típicas, uma no *caput* (abandono da pessoa com deficiência) e outra no parágrafo único (abandono material).

No “caput”, forma especial do crime do art. 133 do Código Penal, pune-se *abandonar* pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigamento ou congêneres.

Abandonar significa *deixar ao abandono, desassistido, desamparado*, traduzindo, no caso, uma ação ou omissão infringente da obrigação da respectiva guarda e assistência. Pode ser praticado mediante *ação* (levar a vítima a um hospital e ali deixá-la) ou *omissão* (afastar-se da vítima do lugar onde se encontra, deixando-a à própria sorte), sendo indiferente se o abandono foi temporário ou definitivo, desde que por tempo juridicamente relevante.

A figura típica admite interpretação analógica, pois o texto reconhece o abandono ocorrido em entidades congêneres, isto é, qualquer instituição, com ou sem fins lucrativos, que sirva de abrigamento, provisório ou não, da pessoa com deficiência.

O parágrafo único, por sua vez, forma especial do crime do art. 244 do Código Penal, castiga com a mesma pena do *caput* quem não prover as necessidades básicas de pessoa com deficiência quando obrigado por lei ou mandado.

Pune-se, portanto, a pessoa do garante ou garantidor, obrigado, por lei ou por ordem judicial, a cuidar da vida e da saúde da pessoa com deficiência. É o caso dos pais em relação aos filhos, ou do curador em relação ao curatelado.

Faltando essa condição especial do agente (garante ou garantidor), não pratica o crime. Logo, se alguém, percebendo que seu vizinho, pessoa com deficiência, está carecendo de necessidades básicas e nada faz para supri-las, não comete o crime em estudo, podendo, conforme o caso, configurar o delito de omissão de socorro do art. 135 do CP.

Por necessidades básicas da pessoa com deficiência entende-se o rol de recursos materiais necessários à sua sobrevivência, compreendendo alimentação, vestuário, tratamento da saúde etc., ou seja, as necessidades fundamentais à manutenção da pessoa humana com dignidade

VOLUNTARIEDADE – Quanto à voluntariedade, exige-se o dolo (direto ou eventual).

Não se pune a modalidade culposa.

Deve ser alertado que o dolo que move o agente deve ser o de perigo, consistente na vontade consciente de abandonar a vítima, colocando-a em risco. O dolo de dano exclui o dolo de perigo e altera a natureza do crime, passando a ser de dano: tentativa (ou consumação) de homicídio, lesão corporal etc.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – Trata-se de crime de mera conduta, consumando-se, no *caput*, com o abandono do ofendido. O delito é instantâneo. Logo, mesmo que o agente, depois de efetivar o abandono, resolva reassumir a assistência, não desnatura a infração penal.

Se praticado por ação, o delito assume forma plurissubsistente, admitindo a tentativa.

No abandono material, o delito consuma-se com o não provimento das necessidades básicas da pessoa com deficiência, prolongando-se a consumação durante todo o período da inação (delito permanente).

Tratando-se de crime omissivo próprio, a tentativa é inadmissível.

AÇÃO PENAL – No silêncio da lei, segundo o art. 100 do Código Penal, a ação penal neste crime é pública incondicionada.

O crime é de médio potencial ofensivo, admitindo suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei nº 9.099/95). Qualquer das formas admite, em tese, o acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP).

Art. 91. Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido por tutor ou curador.

Comentários BEM JURÍDICO TUTELADO – O dispositivo em exame tutela, basicamente, o patrimônio da pessoa com deficiência, sua saúde financeira.

SUJEITOS DO CRIME – O crime é comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa. Sendo o sujeito ativo **tutor ou curador**, a pena é aumentada de 1/3. No polo passivo figura como ofendido a pessoa com deficiência (art. 2º. do Estatuto).

CONDUTAS – As condutas típicas são *reter (deter)* ou *utilizar (usar)* cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem.

A ação do agente, especialmente no verbo *utilizar*, não pode ser antecedida de fraude, caso em que o crime passaria a ser outro, qual seja, estelionato (art. 171 do CP).

VOLUNTARIEDADE – Quanto à voluntariedade, exige-se o dolo (direto ou eventual) e inexistente a forma culposa. É imprescindível o fim especial de locupletamento próprio ou de outrem.

CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – O crime, na sua primeira parte (*reter*), consuma-se com a detenção da coisa e, na segunda parte (*utilizar*), perfaz-se com o seu efetivo uso, dispensando, nos dois casos, o enriquecimento do agente (delito formal).

Podendo a execução ser fracionada em vários atos – *crime plurissub-sistente* –, a tentativa mostra-se perfeitamente possível.

AÇÃO PENAL – A ação penal neste crime é pública incondicionada, ante o silêncio da lei em sentido inverso (art. 100 do CP).

O crime, na sua forma básica, é de menor potencial ofensivo, a admitir a transação penal e de competência, pois, dos Juizados Especiais Criminais. Admitindo transação penal, nesse caso, fica proibido o ANPP (art. 28-A, §2º, I, CPP).

Sendo o sujeito ativo tutor ou curador, a pena do crime é aumentada de 1/3, passando a ser de médio potencial ofensivo, competência do juízo criminal comum, admitindo, entretanto, a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Admite também, em tese, o acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP).

TÍTULO III

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 92. É criado o Cadastro Nacional de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Cadastro-Inclusão), registro público eletrônico com a finalidade de coletar, processar, sistematizar e disseminar informações georreferenciadas que permitam a identificação e a caracterização socioeconômica da pessoa com deficiência, bem como das barreiras que impedem a realização de seus direitos.

Fundamento na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova York, março de 2007) – Art. 31: Estatísticas e coleta de dados: “1. Os Estados Partes coletarão dados apropriados, inclusive estatísticos e de pesquisas, para que possam formular e implementar políticas destinadas a por em prática a presente Convenção. O processo de coleta e manutenção de tais dados deverá: a) Observar as salvaguardas estabelecidas por lei, inclusive pelas leis relativas à proteção de dados, a fim de assegurar a confidencialidade e o respeito pela privacidade das pessoas com deficiência; b) Observar as normas internacionalmente aceitas para proteger os direitos humanos, as liberdades fundamentais e os princípios éticos na coleta de dados e utilização de estatísticas. 2. As informações coletadas de acordo com o disposto neste Artigo serão desagregadas, de maneira apropriada, e utilizadas para avaliar o cumprimento, por parte dos Estados Partes, de suas obrigações na presente Convenção e para identificar e enfrentar as barreiras com as quais as pessoas com deficiência se deparam no exercício de seus direitos. 3. Os Estados Partes assumirão responsabilidade pela disseminação das referidas estatísticas e assegurarão que elas sejam acessíveis às pessoas com deficiência e a outros”.

§ 1º O Cadastro-Inclusão será administrado pelo Poder Executivo federal e constituído por base de dados, instrumentos, procedimentos e sistemas eletrônicos.

§ 2º Os dados constituintes do Cadastro-Inclusão serão obtidos pela integração dos sistemas de informação e da base de dados de todas as políticas públicas relacionadas aos direitos da pessoa com deficiência, bem como por informações coletadas, inclusive em censos nacionais e nas demais pesquisas realizadas no País, de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.