**INTRODUÇÃO**

O presente projeto monográfico, cujo tema é a Responsabilidade Penal no Crime de Abandono Material, procurará responder, mais especificamente, ao seguinte problema: A aplicação da pena no crime de abandono material se faz eficaz no âmbito jurídico e social?

A fim de que se possa atingir essa meta, apresenta-se como hipótese o entendimento majoritário dos tribunais que não atribuem a caracterização do crime de abandono material por consequência de insuficiência probatória do cometimento do referido crime, assim na maioria dos casos é aplicado apenas à penalidade no âmbito civil caracterizando uma não eficácia do ponto de vista jurídico e social.

O presente estudo tem o escopo de analisar a eficácia da aplicação da pena no crime de abandono material. Verificar sua aplicabilidade no âmbito social, e sua (in) coerência com o texto de lei de acordo com o artigo 244 do Código Penal.

Especificamente, a pesquisa irá conceituar abandono material, com enfoque nas considerações gerais e suas especificações; realizar uma abordagem ampla acerca dos princípios fundamentais previstos no Direito Penal Brasileiro, caracterizar as condutas reprováveis para a qualificação de crime; para observar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da não aplicabilidade da pena no âmbito social.

O abandono material caracteriza-se pela omissão injustificada na subsistência familiar, ou seja, quando o responsável pelo sustento de uma pessoa deixa de contribuir, não lhe proporcionando recursos necessários ou deixando de pagar alimentos fixados judicialmente.

Sendo assim, o fato de alguém deixar desamparado o cônjuge (marido ou mulher), descendentes ou ascendentes idosos, sem oferecer condições de subsistência, configurará no crime de abandono material com previsão legal no art. 244 do Código Penal que assim dispõe:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou 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: pena- detenção de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Rogério Greco demonstra que o abandono material caracteriza-se quando a pessoa sem justo motivo deixa de prover a subsistência do cônjuge, filho menor ou inapto ao trabalho, bem como do ascendente inválido ou maior de sessenta anos, não proporcionando os recursos necessários ou no caso do menor, faltando ao pagamento e pensão alimentícia judicialmente acordada.

A relevância deste estudo justifica-se em função da importância da aplicação da pena no crime de abandono material, bem como a deficiência de aplicação de pena no âmbito jurídico, pelo desconhecimento social da existência deste crime.

A pesquisa foi bibliográfica, baseada em dados primários e secundários, à medida que se baseará em leis (fonte primária), e em doutrinas, jurisprudências, revistas, monografias, teses e artigos de internet, (fontes secundárias). A pesquisa terá um caráter jurisprudencial bastante acentuado, uma vez que as decisões reiteradas dos Tribunais refletem o atual grau de entendimento do Poder judiciário no que diz respeito ao tema.

O projeto será baseado no conhecimento interdisciplinar, à medida que estará voltado para o estabelecimento da conexão direta entre disciplinas da mesma área, primordialmente com o Direito Constitucional e o Direito Civil, uma vez que o primeiro permitirá a compreensão do entendimento do legislador pátrio acerca dos princípios que protege as pessoas envolvidas no crime de abandono material. Abrangerá aspectos constitucionais no que concerne aos princípios fundamentais da pessoa humana.

No que concerne ao Direito o presente estudo trará a comparação da conversão da pena em indenização no âmbito civil.

Alguns procedimentos específicos foram adotados: levantamento bibliográfico, resumos e fichamentos, cruzamento de dados e criticas bibliográficas por meio de fichamento e resenhas; definição de conceitos elementares á responsabilidade penal no crime de abandono material; comparação e análise crítica da aplicabilidade da responsabilidade penal no crime de abandono material no Direito Brasileiro, a partir de exemplos.

De forma a alcançar os objetivos acima propostos o presente projeto monográfico foi dividido em 3 capítulos. O 1 capítulo trata das noções básicas dos princípios fundamentais do Direito Penal, tais como, considerações iniciais e conceitos. O 2 capítulo trata da definição de crime e as condutas reprováveis no ordenamento jurídico brasileiro, abordando sua evolução histórica e a comparação da realidade social com o texto de lei. O 3 capítulo trata mais especificamente da responsabilidade penal no crime de abandono material, e da sua aplicabilidade no âmbito social do Brasil e os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca do tema.

**CAPÍTULO 1**

**PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO PENAL**

**1.1 Considerações iniciais e Conceito**

O Direito penal vem sendo sempre motivo de discussões e, consequentemente, destacando-se no direito brasileiro, em decorrência da evolução das atividades humanas, as quais geram grandes conflitos. Conforme ressalta Mezger “Direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”. Assim, toda atividade humana que seja contraria ao ordenamento jurídico deverá ser aplicada a sanção equivalente, mediante o poder punitivo do Estado.

Desta forma, o direito penal é aquela parte do ordenamento jurídico que define o fato-crime, e que dispõe sobre quem deva pelo crime responder, e por fim, fixa as penas e medidas de segurança a serem aplicadas. Desta forma, destaca Luiz Regis Prado:

O Direito Penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público interno que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas- penas ou medidas de segurança.

A fundamental função desse ramo da ordem jurídica baseia-se na proteção de bens jurídicos penais, sendo estes essenciais ao indivíduo e à coletividade. Para que seja cumprida tal proteção, em um Estado de Direito democrático, o legislador elenca os bens especialmente relevantes para a vida social, sendo por isso merecedores da tutela penal.

O Direito penal em resumo é um conjunto de normas jurídicas, voltado para a fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes a sua aplicação

A característica principal do ordenamento jurídico penal é a sua finalidade preventiva, assim dizendo, antes de punir, pretende evitar que seja cometido o crime, sob esse aspecto o direito penal é mais complexo e direto, pois os tipos legais de crime constituem verdadeira autorização primária para que o Estado possa intervir em certas áreas reservadas, desta forma, a intervenção do Estado na busca de reprimir a pratica de

crimes, encontra embasamento na tipificação legal dos delitos, pois assim o Estado estaria exercendo sua função que é manter a ordem social e evitar conflitos.

Como sabemos, toda lei precisa de princípios para que se fundamente e embasei as suas características, os princípios penais básicos formam o centro fundamental do Direito penal, servindo como base para a construção da definição do delito, visando estabelecer limites ao poder de punição por parte do Estado, sendo essencial para interpretação e aplicação da lei penal.

Desta forma, definir quais são os princípios fundamentais do Direito Penal significa demonstrar de que forma ele irá intervir no conteúdo das regras jurídicas da norma penal.

**1.2- Princípio da legalidade ou da reserva legal**

Este princípio traz em seu conceito que nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes tenham sido instituídos por lei, o tipo delituoso e a pena aplicável, este princípio encontra fundamentação na Constituição Federal no rol dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XXXIX e XL, in verbis: “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O princípio da legalidade costuma ser enunciado pela expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa, em outras palavras, que a formação das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei.

O princípio da legalidade possui enorme importância para o Direito Penal, servindo como reserva ao poder do Estado, garantindo os direitos do individuo. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já tratava do direito da legalidade: “A lei não deve estabelecer senão penas estritas e evidentemente necessárias e ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”.

Francisco de Assis Toledo ao abordar o princípio da legalidade, entende que sem ele nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes já tenha instituídos por lei os fatos delitivos e a pena respectiva.

**1.2.1- Garantias e consequências**

O princípio da reserva legal abarca uma série de garantias e consequências em que se manifesta o seu aspecto material, porém, não simplesmente formal, abordando o que venha a ser de interesse ao legislador e ao intérprete da lei penal, se traduzindo no sintético apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que serve como limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão.

Alguns juristas entendem que o princípio da legalidade se divide em quatro postulados:

a) Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia;

b) Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta;

c) Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta;

d) Nullum crimen, nulla poena sine lege certa.

*Lex praevia* visa a proibição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. Ao passo que a *Lex scripta*, visa a proibição da fundamentação da punibilidade pelo direito consuetudinário, a *Lex stricta*, traz a proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pela analogia e a *Lex certa*, abarca a proibição de leis penas indeterminadas.

Como forma de garantia penal, o princípio traz que não há crime, nem pena sem lei em sentido estrito, elaborada na forma constitucionalmente prevista. O fundamento de garantia da reserva legal, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por razão da particular relevância dos bens em discussão.

Além da garantia penal, tem-se também embutido nesse princípio a garantia jurisdicional e penitenciária, que completam o princípio da legalidade, sendo que, pela primeira garantia “ ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”( art. 5. LIII, CF) e que “ ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” ( art. 5. LVII, CF) e pela segunda garantia, a sanção penal será executada na forma prescrita em lei, “ a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5, XLVIII, CF); e “ é assegurado aos presos o respeito á integridade física e moral” ( art. 5, XLIX, CF).

**1.2.2- Princípio da irretroatividade da lei**

È um princípio constitucional, que visa restringir o arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa de lei prejudicial ao acusado, ressalvada a retroatividade favorável ao acusado, “a lei penal não retroagirá, salvo quando para beneficiar o réu” (art. 5, XL, CF; art. 2, CP).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 o aborda nos seguintes termos nos artigos 2 e 11:

Ninguém será condenado por ações ou omissões que no momento de sua pratica não forem delitivas segundo o Direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta penas mais grave do que a aplicável no momento da comissão do delito.

Esta disposição constitucional veda a modificação das normas penais em prejuízo da situação jurídica preexistente. Ou seja, uma lei nova não poderá agravar a situação de uma agente em face de um ilícito já cometido. Contudo, inversamente poderá funcionar para beneficiá-lo. Desta forma, se alguma conduta típica atual vier a ser descriminalizada os condenados pela sua prática poderão ter suas condenações revertidas e deixar de cumprir as penas que ainda estejam sujeitos.

**1.2.3- Princípio da taxatividade ou da determinação**

Este princípio diz respeito á técnica de elaboração da lei penal, que deve ser clara e precisa na criação do conteúdo do tipo legal e na formação da sanção para que exista real segurança jurídica. Procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, clausulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos.

O princípio da taxatividade diz que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente determinado para uma mais perfeita descrição do fato típico, possui função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui uma autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.

**1.3- Princípio da dignidade da pessoa humana**

Do conceito histórico, é a partir do cristianismo que tem lugar o conceito de pessoa como categoria espiritual, dotada de valor em si mesma, um ser de direitos absolutos, possuidor de direitos fundamentais e portador de dignidade.

Com a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana foi consagrada á categoria de valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais.

A ideia de dignidade humana, como fonte inerente ao ser humano enquanto tal, encerra, também a promoção do desenvolvimento livre e pleno da personalidade individual, e cultural. Deste modo, e coerentemente com a sua finalidade, o Estado de Direito democrático e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, privando-se de praticas a eles lesivas, assim como também propiciar condições para que sejam respeitados, com a eventual remoção de obstáculos á sua total realização.

O constituinte de 1988 deixou claro que o Estado democrático de direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1o, III, da Constituição Federal). Alexandre de Moraes assim a qualifica em sua doutrina:

Aquele reconheceu na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Desta forma, toda lei que viole a dignidade da pessoa humana deve ser classificada como inconstitucional. Assim, Júnior Cerezo dispõe que, “se o Direito não quiser ser mera força, mero terror, se quiser obrigar a todos os cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável”.

Os direitos abrangidos pela dignidade humana assentem à pessoa, independentemente de qualquer reconhecimento pela ordem jurídica; por conta disso podem ser oponíveis tanto ao Estado como à comunidade internacional e, ainda, aos demais indivíduos do grupo social.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura basicamente o reconhecimento do homem como ser superior, criador e medida de todas as coisas. A sua liberdade como valor preferencial é instância instituidora do direito, e a preservação dos direitos humanos, naturais e congênitos é condição indispensável da instituição da sociedade e do Estado democrático.

Este princípio possui uma relação com o direito natural. Considerando-se que o direito natural é aquele que nasce com o homem, a dignidade humana faz parte dele, observando que o homem possui capacidades próprias e poder de raciocínio desde o nascer, o que distingue dos demais seres. Todos os homens, ao nascerem, são iguais em dignidade; o que os diferencia num momento posterior, é o contexto sociocultural e econômico no qual estão inseridos.

**1.4- Princípio da culpabilidade**

Princípio que norteia que não há pena sem culpabilidade e que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade, ou seja, proporcionalidade na culpabilidade, que representa uma expressão de justiça material característica ao Estado de Direito democrático delimitadora de toda a responsabilidade penal.

A culpabilidade deve ser interpretada como fundamento e base de toda pena. Esse princípio refere-se ao caráter inviolável do respeito á dignidade do ser humano.

Segundo Lopes (1999, p.101), o princípio da culpabilidade encontra-se embutido em vários artigos da Constituição:

No Direito brasileiro, encontra-se ele, implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no art. 1°, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos arts.4°, II (prevalência dos direitos humanos) e 5°, caput (inviolabilidade do direito à liberdade), da CF. Vincula-se, ainda, ao princípio da igualdade (art. 5°, caput, CF), que veda o mesmo tratamento ao culpável e inculpável. Costuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte do seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena.

O princípio da culpabilidade induz ao entendimento de que não há crime sem culpabilidade. Apesar do princípio *nullum crimen sine* culpa já se encontrar caracterizado nos ordenamentos jurídicos do mundo civilizado, a história traz que no início da caminhada do direito penal adotou-se a responsabilidade objetiva.

Assim, para que alguém sofresse a punição do Estado, era preciso apenas que fosse estabelecida a relação de causalidade entre a conduta do agente e o resultado delituoso. Tínhamos o direito penal da responsabilidade objetiva, o direito penal do resultado, que predominou por muitos séculos.

A partir do momento em que iniciou a construção do conceito de culpabilidade, alterando em consideração as ideias da ‘evitabilidade’ e da ‘previsibilidade’, surgiu um novo direito penal, deixando para traz o direito penal da responsabilidade objetiva, o qual bastava a relação de causalidade entre a conduta e o resultado, para surgir um direito penal novo, um direito penal da responsabilidade subjetiva, um direito penal da culpabilidade.

Assim passou a ser impossível de se responsabilizar criminalmente um sujeito por uma ação ou omissão que tenha praticado sem dolo ou culpa. A exigência de responsabilidade subjetiva quer dizer que, havendo crime doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional e adequada á gravidade do desvalor da ação representado pelo dolo ou culpa, que forma, na verdade, o tipo injusto e não a culpabilidade. Desta forma, afastando-se a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado decorrente da atividade licita ou ilícita.

Não deve-se porém, confundir a responsabilidade objetiva com a responsabilidade pelo fato de outrem, a qual o autor responde pelo resultado, decorrente da conduta de outro, sem que este tenha contribuído para tal. Ao passo, que o Direito penal só pune fatos, daí estabelecendo uma responsabilidade por fato próprio, opondo-se assim a um direito penal do autor fundado no modo de vida ou no caráter.

O princípio da culpabilidade estabelece a subjetividade da responsabilidade penal. Não se permite no direito penal, uma responsabilidade objetiva, decorrida tão somente de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico.

No mesmo sentido dispõe Lopes (1999, p. 101):

A exigência de responsabilidade subjetiva quer dizer que, em havendo delito doloso ou culposo, a consequência jurídica deve ser proporcional ou adequada à gravidade do desvalor da ação representada pelo dolo ou a culpa, que integra, na verdade, o tipo de injusto e não a culpabilidade. Com isso, afasta-se a responsabilidade objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita.

Conclui-se, portanto, que a culpabilidade pode ser estudada sob três aspectos, em diferentes sentidos: como fundamento da pena, como limite da pena e como forma de impedir a responsabilidade objetiva.

**1.5 - Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**

A decorrência lógica do princípio da legalidade, da origem ao princípio da proteção dos bens jurídicos, entendido como “tutela de dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional”. Desta forma, o Direito penal visa proteger violações intoleráveis a bens jurídicos constitucionalmente relevantes, não se preocupando, porém, com lesões meramente simbólicas, assim, protegendo bens jurídicos relevantes ao direito penal.

O bem jurídico, conjuga o individual e o social, e possui importância para manter a livre convivência social.

Prado (2005, p. 148) elenca em sua obra as principais funções desempenhadas pelo bem jurídico na área penal, assim dispondo:

“a)Função de garantia: o bem jurídico é erigido como conceito-limite na dimensão material da norma. Essa função de caráter politico-criminal, restringe o jus puniendi estatal e indica que não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais; b) função teleológica: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance á finalidade de proteção de determinado bem jurídico, como conceito central do tipo; c) função individualizadora: como critério de medida da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico e d) função sistemática: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal.”

O princípio de proteção dos bens jurídicos baseia-se no estudo das funções do Direito Penal no Estado democrático de Direito. O entendimento majoritário da doutrina dogmática penal contemporânea é de que o Direito Penal cumpre uma função de tutela ou proteção dos bens e valores fundamentais indisponíveis para o desenvolvimento na vida da sociedade diante dos constantes conflitos. Tais bens ou valores do indivíduo ou da comunidade são centrais na sociedade pluralista e liberal e recebem a denominação de bens jurídicos.

A definição de bem jurídico se transforma em conceito principal do Direito Penal, sendo objeto típico de proteção das normas penais. De acordo com o exposto, todo ato ilícito, que lesiona ou coloca em perigo um bem jurídico, possui como conteúdo material a lesão ou perigo ao bem jurídico protegido no tipo penal.

Portanto, na função de valor inserido na esfera da intenção da ordem jurídica, exerce uma função protetora do indivíduo. A proteção dos bens jurídicos, feita através da apreciação axiológica feita pelo legislador, fica submetida a três condicionamentos: dignidade de proteção do bem que se completa segundo um valor conferido pela cultura; necessidade de proteção assentada na vulnerabilidade de ataque; capacidade de proteção, comprovada através da própria natureza do bem. Os critérios de apreciação devem ser jurídicos.

Para tanto, não há de se confundir o bem jurídico com objeto da ação ou material que é o elemento sobre o qual funda o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. O objeto material não é característica comum a todo delito, pois só tem fundamento quando a consumação depende de uma alteração da realidade fática.

**1.6- Princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade**

O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal somente deve agir na esfera de defesa dos bens jurídicos imprescindíveis á convivência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Assim, a lei penal, só deverá intervir quando for realmente necessário para a sobrevivência da comunidade, e de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. Pois o uso excessivo da sanção criminal não garante uma maior proteção de bens, pelo contrário, prejudica o sistema penal lhe atribuindo uma função meramente simbólica e negativa.

A intervenção do Estado no âmbito dos direitos do cidadão deve ser sempre a mínima possível, garantindo assim o seu desenvolvimento. A penalidade é medida extrema e grave, devendo ser aplicada somente nos casos em que a intervenção estatal realmente diminuirá a violência social, impedindo a vingança privada e prevenindo novos crimes.

O princípio da intervenção mínima desempenha um papel fundamental perante o Estado Democrático de Direito, pois evita que os autores dos chamados “crimes de bagatela” sejam enviados aos presídios tão somente porque sua conduta estava descrita em um tipo penal, acarretando uma superlotação nos estabelecimentos prisionais, prejudicando ainda mais o sistema de ressocialização ao qual se fundamenta a aplicação de penalidades.

A interferência do Direito Penal só deve atuar quando as barreiras inclinadas nos demais ramos do Direito forem ineficazes. A intervenção repressiva do Estado só deve atuar quando último recurso para a proteção do bem jurídico tutelado (*ultima ratio*).

Já o princípio da fragmentariedade, correlacionada ao primeiro princípio, entende-se que a maior função a proteção de bens jurídicos, atribuída á lei penal não é absoluta. Isso quer dizer que somente as ações ou omissões mais graves praticadas contra bens valiosos podem ser sujeitas a objeto de criminalização.

Deste modo, pratica uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada a tipologia agressiva que se demonstra dotada de indiscutível relevância referente á gravidade e intensidade da ofensa. Apenas a grave lesão ao bem jurídico com dignidade penal merece tutela penal.

O direito penal somente é instrumentalizado em razão da persecução penal, em consequência do devido processo legal constitucional e a sua implicação no ordenamento jurídico como um todo. Desta forma, o amparo dos bens significativamente imprescindíveis ao controle da sociedade, com objetivo de manter a pacificação social, demanda a instauração da lide persecutória, até porque, como já dito, o Direito Penal somente se realiza no processo penal.

A fragmentariedade não se trata de uma deliberada lacunosidade na tutela de alguns bens e valores e na busca de certos fins, mas sim um limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo preponderante para a liberdade.

**1.7- Princípio da pessoalidade**

Este princípio impede a punição por fato alheio cometido, o qual a pessoa nada tenha contribuído, vale dizer, só o autor da infração penal poderá ser apenado: “ nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” ( art. 5, XLV, CF).

Esse princípio também é chamado de princípio da intranscendência, ou principio da intransmissibilidade da pena, limita a ação penal apenas aos autores do delito, coautores e partícipes, não alcançando terceiros, sejam amigos ou parentes. Assim, toda sanção penal não passa da pessoa do condenado e, salvo o perdimento de bens, mesmo que a pena guarde natureza patrimonial, a exemplo da multa, se circunscreverá ao réu, individualmente considerado.

Apenas os efeitos cíveis, como a obrigação da reparação ex-delito, se transmitem aos herdeiros, ainda assim até o esgotamento da herança recebida. Sendo assim, prevalece à incomunicabilidade da pena aos herdeiros, os quais só respondem com o seu hereditário, porem jamais com o seu próprio patrimônio.

**1.8- Princípio da individualização da pena**

Este principio obriga o julgador a fixar a pena, conforme a cominação legal e a determinar a forma de sua execução: “ a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos” ( art. 5., XLVI, CF).

Desta forma, seu objetivo é garantir que as penas dos infratores não sejam igualadas, por mais que tenham cometido crimes idênticos. Isto porque, independente da prática da mesma conduta, cada individuo possui um histórico pessoal, cabendo a cada qual somente a punição que lhe é devida.

**1.9- Princípio da proporcionalidade**

Este princípio tem como principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, como critério constitucional determinante a proteção dos indivíduos contra intervenções estatais abusivas ou excessivas, que podem causar danos ao cidadão. Na esfera legislativa, o objetivo do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir.

Para aplicação de pena, agregam-se, além dos requisitos de idoneidade e necessidade, a proporcionalidade. Pela idoneidade , a sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto e adequado á consecução da finalidade do legislador. O requisito da necessidade, quer dizer que o meio escolhido é indisponível, necessário, para atingir o fim pretendido, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia.

Para entender o alcance da proporcionalidade como adequado princípio jurídico, é necessário levar em consideração que nos textos constitucionais modernos, entre os quais, a Constituição Federal de 1988 os princípios jurídicos formam, ao lado das regras, as espécies de normas existentes. A coexistência de ambos, tendo-se em vista suas fundamentais diferenças e os importantes papéis por eles desenvolvidos, permite a compreensão da Constituição como um sistema aberto, excluindo-se a possibilidade de caracterizar-se como um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, caso fosse instituído exclusivamente por regras, assim como não se caracteriza como um sistema falho de segurança jurídica, como ocorreria caso fosse composto apenas por princípios.

O princípio da proporcionalidade é um princípio implícito, que não se encontra expresso na Carta Magna, a qual finalidade consiste em limitar a atuação do Poder Público frente aos direitos fundamentais do indivíduo. Como bem expõe Bitencourt, “o princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno”.

Proporcionalidade é algo mais além que um critério ou uma regra, ela constitui um princípio inerente ao Estado de Direito, e a sua correta utilização se demostra com uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades individuais.

O princípio da proporcionalidade exige um liame axiológico e, portanto, graduável, que há entre o fato cometido e a cominação legal da pena, sendo evidentemente proibido qualquer excesso. Em síntese, a pena deve ser proporcionada á intensidade da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e no caso de medida de segurança á periculosidade criminal do agente.

No âmbito do direito penal, a noção de que deve existir uma medida de proporcionalidade na relação dos delitos e das penas não é recente, uma vez que já constituiu de forma significativa o conteúdo da lei do talião. Assim, a lei do talião, que traduz seu conteúdo através da expressão “olho por olho, dente por dente” pode ser entendida como a primeira resposta encontrada para se estabelecer a qualidade da pena a ser imposta a cada conduta delitiva, tendo estado presente em todos os ordenamentos jurídicos arcaicos, desde o Código de Hamurabi, a Bíblia e a Lei das XII Tábuas.

Quando fala-se de proporcionalidade, é necessário observar o fato de que, tanto a doutrina, como também a jurisprudência costumam fazer uma relação, igualmente, ao princípio da razoabilidade, conceito que mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da proporcionalidade. De modo geral, ambos os conceitos encontram-se presente nos ordenamentos jurídicos atentos à constante busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos.

O doutrinador Humberto Ávila (2007, p. 158) estabelece uma diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, conforme expõe:

“A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade”.

Assim exposto, não há que se confundir razoabilidade com racionalidade, pois trata-se de conceitos totalmente distintos, que não devem ser confundidos, especialmente quando se trata de verificar se uma norma incriminadora é pertinente. Razoabilidade é a racionalidade entendida como elemento de equilíbrio e de medida, enquanto racionalidade é a qualidade de quem é provido de razão, ou a conformidade a uma ordem ou a um critério racional. Ao passo, que a racionalidade de uma lei diz respeito aos problemas da coerência e da não contradição, enquanto a razoabilidade mede-se em relação ao princípio da oportunidade, ao bom uso do poder, ao exercício de certo grau de discricionariedade.

**1.10- Princípio da humanidade**

A discussão sobre a humanização das penas tem sido objeto de reinvindicação constante no sentido evolutivo do Direito Penal. Das penas mais severas, como pena de morte e corporais, passa-se de modo progressivo, ás penas privativas de liberdade e destas ás penas alternativas. No Brasil, um país democrático, é vedado a criação, a aplicação ou a execução de pena, assim como de qualquer outra medida que violar a dignidade da pessoa humana.

É de suma importância, ressaltar, a noção de humanidade, objeto principal de preservação pertinente neste princípio, que apresenta-se como uma diretriz de ordem material e restritiva da lei penal, guardiã da dignidade pessoal, tendo contudo, relação com os princípios da culpabilidade e da igualdade. A Constituição Federal estabelece como fundamento do Estado de Direito democrático a dignidade da pessoa humana, dispondo em seu texto de lei que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5, XLI, CF).

O princípio da humanidade do Direito Penal é o maior liame para a adoção da pena capital e da prisão perpétua. Este princípio baseia que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesione a constituição psíquica dos condenados.

O princípio de humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito.

Este princípio tem, pois, como cerne, o respeito à pessoa humana, à sua dignidade e, olhado a partir de uma perspectiva utilitarista, ainda tem o condão de legitimar a atividade estatal. Imprescindível apontar que, ainda que possível extrair, tal como acabamos de fazer, o núcleo do princípio da humanidade das penas, que é o respeito à pessoa humana, esse princípio, tal qual aquele de que decorre, o da dignidade da pessoa humana, tem um caráter histórico-cultural na medida em que a realidade social de determinada época e cultura é fator condicionante de seu conteúdo.

A busca do conceito do princípio da humanidade das penas exige que voltemos à obra do pensador iluminista Cesare Baccaria “Dos delitos e das penas”, que se mostra verdadeiro marco no processo de humanização das penas. E, não obstante os séculos que separam sua primeira impressão (1764) dos dias hodiernos, seus escritos não possuem apenas importância histórica como também são informados por ensinamentos ainda hoje atuais.

Demonstrando em sua obra, o que pensa, escreveu Beccaria:

[...] os gemidos dos fracos, sacrificados à cruel ignorância e à opulenta indolência; os bárbaros tormentos multiplicados com pródiga e inútil severidade; crimes não provocados ou quiméricos; a desolação e os horrores de uma prisão, aumentados pelo mais cruel verdugo dos desgraçados - a incerteza -, deveriam inquietar os magistrados que orientam as opiniões das mentes humanas (2004, p.16).

Contudo, não se pode afirmar que o Direito Penal não é necessariamente assistencial e visa primeiramente á Justiça distributiva, responsabilizando o infrator pela violação da ordem jurídica.

A implantação de um Estado Democrático de Direito, enquanto Estado constitucional principiológico, que tem como núcleo axiológico a dignidade da pessoa humana, a partir da qual todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado e na qual todos os órgãos do Poder Público devem se pautar, demanda uma incessante busca pela efetividade dos princípios constitucionais , sob pena de progressiva deslegitimarão das instituições estatais.

O princípio da humanidade recomenda a reinterpretação do que se pretende com ‘reeducação e reinserção social’, uma vez que, se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social (Juan Bustos Ramirez citado por Bitencourt, 2006, p.22). Temos aqui a perspectiva de função social da pena que é justamente cuidar de “curar” aqueles que possuem enfermidades comportamentais que por certas atitudes entram em conflito com o ordenamento jurídico.

**1.11 – Princípio da adequação social**

A teoria da adequação social significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, ou seja, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada. Cabe observar que “as condutas socialmente adequadas não são necessariamente exemplares, senão condutas que se mantêm dentro dos marcos da liberdade de ação social”.

O tipo penal implica em uma seleção de comportamentos, e ao mesmo tempo uma valoração. Contudo, é verdade, que certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

A tipicidade de um comportamentos proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem juridicamente protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material.

O conceito da adequação social é um tanto vago e impreciso, criando insegurança e excesso de subjetividade na análise do tipo material, entretanto, em conjunto com outros princípios pode levar à exclusão da tipicidade.

Segundo Capez (2012, p. 651), o tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente àqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para assim, serem considerados infrações penais, e por conseguinte, cominados da respectiva sanção.

**1.12- Princípio da insignificância**

O princípio da insignificância esta relacionado com a expressão *mínima non cura praeter,* enquanto manifestação contrária ao uso excessivo da sanção crimina, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico penal. A irrelevante lesão ao bem jurídico protegido não justifica a aplicação de uma pena, devendo eliminar a tipicidade em caso de danos de pouca importância.

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio que Klaus Tiedeman nomeou de *princípio de bagatela,* é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal pois o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica.

Os princípios fundamentais do Direito Penal tem como principal função manter a ordem jurídica, e prestar ao ordenamento jurídico assistência estabelecendo requisitos e limitações ao poder punitivo do Estado, ao punir o agente que tenha cometido um crime. Para que esses princípios encontrem aplicabilidade no direito penal, faz-se necessário que na aplicação de uma pena tenha sido cometido um crime, onde carece de fundamento aplicar pena aquele que não tenha cometido algum crime previsto no Código Penal Brasileiro, como será demonstrado no próximo capítulo.

**CAPÍTULO 2**

**CONCEITO DE CRIME E AS CONDUTAS REPROVÁVEIS**

**2.1 Considerações iniciais e conceito**

De inicio, o primordial para a análise deste capítulo se faz na discussão da evolução histórica referente ao conceito de crime, e como ocorreu essa mudança na definição de crime, com o desenvolvimento da sociedade. Para isso, será necessário estudo de obras da parte geral e introdutória do Direito Penal bem como, o posicionamento doutrinário com a evolução da sociedade e o ordenamento jurídico.

Todavia, para analisar as condutas reprováveis na sociedade atual, faz-se necessário abordar alguns artigos da Constituição Federal de 1988, onde consta princípios fundamentais já estudados no capítulo anterior, para, contudo tornar a pesquisa mais completa abrangerá o Código Penal, que regula as condutas reprováveis e a necessidade de ser aplicada sanção penal.

Obras como, Bitencourt, Beccaria e Capez será utilizadas para levantar os aspectos históricos da conceitualização de crime. Será utilizado também obras para analisar o poder punitivo do Estado perante a sociedade, bem como, a grande diferença e contradição que há, entre a lei e a sua aplicabilidade na sociedade atual, e as deficiências encontradas ao serem executadas tais leis.

**CAPÍTULO 3**

**A APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE PENAL NO CRIME DE ABANDONO MATERIAL NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

**3.1 Considerações iniciais e conceitos**

Neste capítulo, será abordado mais especificamente o abandono material, será definido seu conceito, a relação existente entre abandono material e o Direito Civil, a função social do abandono material, o que ele busca proteger. As obras necessárias, será de direito penal e pesquisas realizadas na internet, como forma mais recente para uma comparação.

O objetivo será principalmente explanar sua aplicabilidade no direito penal e chegar a uma conclusão para possível resposta do problema que busca responder esta pesquisa.

Será analisado basicamente neste capítulo o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o abandono material e sua aplicabilidade no âmbito social.

**REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal I**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 651p.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARACAJÁ. Luciano de Almeida. **Princípio da culpabilidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24939/o-principio-da-culpabilidade-como-faceta-do-estado-democratico-de-direito#ixzz3qjFa6Zxa<. Acesso em 10 novembro 2015 ás 15:55.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 128.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1: parte geral. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TOLEDO. Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.