

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ILTON GARCIA DA COSTA

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuriúba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A PRÁTICA DO CRIME DE ABANDONO DOS FILHOS NO CÓDIGO PENAL E
SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO CIVIL**

**THE PRACTICE OF CHILDREN'S ABANDONMENT CRIME IN THE CRIMINAL
CODE AND ITS INFLUENCE IN CIVIL LAW**

**Catharina Orbage De Britto Taquary
Einstein Lincoln Borges Taquary**

Resumo

O artigo tem como problemática analisar se a caracterização do abandono dos filhos no Código Penal em vigor poderá provar o abandono afetivo na esfera cível. Objetiva-se identificar os requisitos para a caracterização do crime de abandono material, moral e intelectual no Código Penal e conhecer o que se denomina de abandono afetivo, figura típica inexistente na legislação brasileira, mas construída na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A metodologia empregada consiste em analisar a legislação penal que tipifica os crimes contra a assistência familiar e a jurisprudência dos Tribunais Superiores que construíram o conceito de abandono afetivo.

Palavras-chave: Direito à assistência dos filhos, Abandono material, Abandono moral, Abandono intelectual, Abandono afetivo

Abstract/Resumen/Résumé

The article's problematic is to analyze if the characterization of children's abandonment in the Brazilian Penal Code can prove the affective abandonment in the civil sphere. The objective is to identify the requirements of the crime of material, moral and intellectual abandonment and to know what is called affective abandonment, a typical figure that does not exist in Brazilian law, but is constructed in the jurisprudence of the Federal Supreme Court. The methodology used analyzes the criminal legislation that typifies crimes against family assistance and the jurisprudence of the Superior Courts that have built the concept of affective abandonment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to children's assistance, Material abandonment, Moral abandonment, Intellectual abandonment, Affective abandonment

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem fundamental relevância para a sociedade brasileira, haja vista a previsão do artigo 226 na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, o qual coloca a família como objeto de tutela na no Título VIII da Ordem Social, em especial no Capítulo VII - Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, caracterizando que a família como instituto basilar da sociedade merece uma proteção distinta do Estado. Devendo este fomentar sua assistência e de seus integrantes, promovendo a coibição da violência em suas relações. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

A obrigatoriedade de assistência familiar decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O planejamento familiar, segundo a Ordem Constitucional, é uma decisão livre do casal, contudo, cabe ao Estado gerar recursos educacionais e científicos para o fiel cumprimento desta decisão quando tomada pelos fundadores da família, sendo proibida qualquer forma de coerção por instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

Neste sentido, os genitores e / ou responsáveis por formar uma entidade familiar deverão assistir, criar e educar sua prole, assim como a prole deverá cuidar e amparar seus pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

Trata-se não somente de uma obrigatoriedade moral ou constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional de natureza penal em vigor no país estabelece penas para o crime de abandono material, moral ou intelectual, praticado contra os filhos, seja o vínculo civil ou não.

O abandono afetivo, na esfera cível ou penal, não foi tipificado. A legislação civilista em vigência no país estabeleceu, em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, em seu inciso IV, artigo 1.566, ser dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Os deveres impostos aos pais na legislação civil brasileira decorrem do poder familiar, os quais promovem um aglomerado de direitos e obrigações dos pais em face da pessoa e do patrimônio dos filhos (QUEIROGA, 2007. p. 319).

Trata-se do poder – dever oriundo de um imperativo natural, uma vez que todo ser humano, seja na infância ou na adolescência, necessita de quem os cuide e ajude promovendo sua criação, educação, mantimento e gerência de seus bens (QUEIROGA, 2007. p. 319).

Neste artigo, no decorrer da pesquisa será demonstrada e verificada a possibilidade de se caracterizar o abandono afetivo a partir da tipificação das formas de abandono previstas pelo Código Penal Brasileiro em vigor no Brasil (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

A problemática deste artigo pauta-se em analisar se a caracterização do crime de abandono material, moral ou intelectual estabelecido no Código Penal em vigor, previsto nos Crimes Contra a Família, em especial, no Crime Contra a Assistência Familiar, poderá provar o abandono afetivo na esfera cível (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

Objetiva-se identificar os requisitos para a caracterização do crime de abandono material, moral e intelectual, cuja previsão está no Código Penal Brasileiro em vigor, bem como conceituar abandono e identificar a obrigação de assistência estabelecida na legislação penalista nos Crimes Contra a Família.

E, ainda, demonstrar e analisar o que se denomina abandono afetivo, figura típica inexistente na legislação brasileira, mas construída na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial no Recurso Extraordinário n. 898060 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

A metodologia empregada neste artigo consiste em avaliar a legislação penal que tipifica os crimes contra a assistência familiar e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que construiu o conceito de abandono afetivo por intermédio da análise do Recurso Extraordinário n. 898060 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

2 O DEVER DE ASSISTÊNCIA AOS FILHOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A proteção integral aos menores de dezoito anos está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227. Esta proteção vincula tanto o Estado Brasileiro quanto todas as pessoas no território nacional, bem como a família e a sociedade (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

Como apresentado na introdução, em face do artigo 229, previsto pela Constituição Federal de 1988, no âmbito familiar, os responsáveis pela formação da família têm a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores. Quanto aos filhos maiores, estes têm o comprometimento de auxiliar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

O dever de assistência moral, material e intelectual está regulamentado na legislação infraconstitucional, por intermédio do Código Civil e do Código Penal em vigor, bem como pela previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/1990 (MORAES, 2017. p. 845).

Na legislação civilista a previsão de proteção dos filhos é encontrada no Livro IV - Do Direito de Família, no Capítulo V - relativo ao Poder Familiar, visto que dispõe no artigo 1.630 a sujeição dos filhos ao poder familiar em face de sua menoridade civil (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Deste modo, conforme o artigo 1.634 do Código Civil Brasileiro de 2002, compete aos pais no exercício do poder familiar: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do artigo 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-

lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Já a legislação penal, no Código Penal em vigor, tipifica no rol dos Crimes Contra a Família, em particular, nos denominados Crimes Contra a Assistência Familiar os três tipos de abandono, em quatro tipos penais, quais sejam: (I) o abandono material (artigo 244); (II) o abandono moral (artigos 245 e 247); e (III) o abandono intelectual (artigo 246) (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) impõe em seu artigo 22, abarcado no Título II - Dos Direitos Fundamentais, no Capítulo III - Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária que compete aos pais o sustento, guarda e educação dos filhos menores, sendo ainda incumbência dos pais zelar pelo interesse de seus filhos, inclusive nas obrigações de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Destaca-se, ainda, que a Lei nº 8.069/1990 faz previsão sobre os crimes de abandono cometidos contra crianças e adolescentes. Tal previsão está tipificada nos artigos 228 a 244-B do referido Estatuto (BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o instituto da filiação, como direito fundamental, impõem obrigações para os pais que respondem em caso de violação do instituto familiar, independente da forma de parentesco, seja o parentesco biológico ou socioafetivo. Esta jurisprudência foi consolidada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 898060, com repercussão geral (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2016).

A tese da repercussão geral no supramencionado Recurso Extraordinário se refere à tese sobre a paternidade socioafetiva, a qual fosse ou não assentada em registro público, não dificultaria ou evitaria o reconhecimento do instituto da filiação, bem como o seu vínculo, podendo ser tido também como vínculo de origem biológica para efeitos jurídicos próprios.

A decisão ratifica o princípio da paternidade responsável, além de confirmar também os princípios da solidariedade e o princípio da observância do melhor interesse do menor utilizado nos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos como regra cogente.

A interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal é fundada na proteção da família e nos deveres e direitos que são gerados para seus membros, em especial para os filhos incapazes, sob sua responsabilidade. Prestigia a Corte Suprema o princípio *pro homine*, isto é, a interpretação que melhor acolha o direito da pessoa humana.

3 AS FORMAS TIPIFICADAS DE ABANDONO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Estado Brasileiro não tipifica o abandono afetivo como infração penal, nem como ato ilícito expressamente mencionado na legislação civil ou, ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Todavia, a legislação penal em vigor estabelece os crimes de abandono tanto na forma comissiva ou omissiva, os quais violam os direitos fundamentais decorrentes da filiação. Tais condutas penais estão previstas no Capítulo III, do Título VII, nos Crimes contra a Família, na forma de abandono material, moral e intelectual (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O abandono material está previsto no parágrafo único, do artigo 244, do Código Penal, nas seguintes formas: (I) deixar de prestar alimentos; (II) deixar de socorrer em situação de grave enfermidade; (III) ou ilidir o pagamento de pensão de alimentos judicialmente acordada, fixada ou majorada (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O referido crime de abandono viola o direito de filhos menores de 18 anos, dos filhos inaptos para o trabalho ou dos maiores de 18 anos que obtiveram perante o Poder Judiciário o direito aos alimentos (MASSON, 2017. p. 354).

O legislador em matéria penal protegeu a família, colocando a salvo de abandono os filhos e os menores de 18 anos, os quais estejam sob a guarda, cuidados ou responsabilidade de terceiro.

Na esfera penal, a interpretação da expressão alimentos deve ser a realizada pelo legislador civil, visto que aqui se trata de uma lei penal em branco, a qual necessita ser completada pelo Código Civil.

Segundo o artigo 1920, do Código Civil de 2002, a denominação alimentos compreende, enquanto viver, tudo aquilo que seja referido como sustento, cura, vestuário, cura, casa e a educação – esta última se o filho for menor (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

Os alimentos compreendem o sustento necessário para uma vida digna, sem exageros e ostentações, devendo ser fixados observado o binômio da capacidade econômica do devedor dos alimentos e vulnerabilidade / necessidade de quem os recebe ou solicita. Os alimentos são devidos por força do vínculo de parentesco ou por decisão judicial, decorrente de acordo homologado ou de ação de jurisdição contenciosa.

O artigo 1694, do Código Civil, inovou ao prever a compatibilidade dos alimentos com a condição social. Faz a previsão que os parentes, cônjuges e companheiros podem solicitar entre eles os alimentos, quando necessitados, para viver de modo equivalente com suas condições sociais, em especial para as necessidades de educação (BRASIL. CÓDIGO CIVIL, 2002).

O crime de abandono material está tipificado em três partes: (I) misto; (II) alternativo; ou (III) de conteúdo múltiplo ou variado, visto que o agente poderá praticar as condutas descritas que receberá uma pena ou uma pena aumentada, na forma do artigo 71, do Código Penal, o qual dispõe sobre a continuidade delitiva (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

A primeira tipificação está disposta no *caput* do artigo 244, do referido Código, qual seja deixar sem motivos de aprovisionar a subsistência do cônjuge, do filho menor de 18 (dezoito) anos ou do inapto para o trabalho. E, ainda, do ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes fornecendo os recursos necessários (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O objeto de análise recai sobre os filhos, os quais devem ser na primeira figura menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho. Observou-se o critério cronológico, qual seja a idade e a incapacidade para o trabalho em caso de inaptidão. Esta figura típica não está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, apenas no Código Penal, não havendo o conflito aparente de leis.

A segunda tipificação prevê alternativamente a falta de pagamento da pensão de alimentos acordada, fixada ou majorada judicialmente. Observou o legislador a hipótese de

descumprimento da decisão judicial, a qual homologou o acordo de alimentos ou que o fixou ou majorou, independentemente de idade ou saúde do filho, no caso analisado.

Nas duas hipóteses acima, não deve existir justa causa para a não prestação dos alimentos, porque em ocorrendo, o tipo não se perfaz, sendo a conduta atípica. Esta atipicidade poderá ocorrer nos casos em que não há proporcionalidade ou compatibilidade com a condição social do alimentante e do alimentado.

A terceira tipificação dispõe sobre sem justa causa deixar de prestar socorro aos descendentes ou ascendentes enfermos de forma grave. Nesta figura típica, o descendente poderá ser o filho, neto ou bisneto, independentemente de idade, desde que haja o vínculo de parentesco e a vítima esteja gravemente enferma. Os elementos normativos do tipo - sem justa causa - e - gravemente enfermo - são essenciais para a caracterização do tipo.

A legislação penal também prevê a necessidade de prestação de socorro em caso de grave enfermidade. Isto significa que a omissão no caso do artigo 244, do Código Penal, a terceira figura criminosa, será relevante para caracterizar crime em caso de doença grave. Obviamente a gravidade da enfermidade deverá ser comprovada mediante perícia médica (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

A pena, para as hipóteses descritas acima é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, ensejando, em caso de condenação, no regime semiaberto ou aberto. Em razão da pena mínima é possível a suspensão condicional do processo (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O parágrafo único do artigo 244, do referido Código, prevê que nas mesmas penas incide aquele o qual, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer maneira, em especial por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão de alimentos acordada, fixada ou majorada judicialmente. Esta figura não se aplica aos filhos, os quais já estão protegidos no *caput*, por meio da previsão das outras figuras (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O crime de abandono moral, definido no artigo 245, do Código Penal, tem por *nomen iuris* a entrega de filho menor a pessoa inidônea. Trata-se da entrega de filho menor de 18 (dezoito) anos a alguém em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo. A pena para este crime é detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O abandono moral é caracterizado pelo perigo moral que a companhia de pessoas pode ensejar, ou material, referente a lugares onde os filhos menores de 18 anos frequentam ou permanecem, quando são entregues pelos seus pais, conhecedores deste perigo.

O crime poderá ser qualificado, na forma do parágrafo 1º, do artigo 245, do Código Penal, quando há o elemento subjetivo do injusto. Ou seja, quando o ofensor pratica o crime para obter lucro ou quando o menor é enviado a país estrangeiro ou, ainda, nos casos em que, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

Há também o crime de abandono moral, nas hipóteses previstas no artigo 247, do Código Penal, porém com a possibilidade de que o crime seja praticado pelos pais contra os filhos ou por pessoas que detenham o poder, a guarda ou vigilância de menores de 18 (dezoito) anos, crianças ou adolescentes.

Ocorre quando permitem que as seguintes situações que possam corromper ou facilitar a corrupção dos menores de dezoito anos: (I) frequente casa de jogo ou mal afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; (II) frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor ou participe de representação de igual natureza; (III) - resida ou trabalhe em casa de prostituição; e (V) mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comisseração pública. A pena cominada é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

Nota-se que o abandono moral, previsto nas figuras do artigo 245 e do artigo 247, do Código Penal, visa proteger os filhos menores de 18 (dezoito) anos ou pessoas que estejam subordinadas à guarda, cuidado vigilância, autoridade de outrem ou a outro vínculo jurídico, de convivência com pessoas que os coloquem em perigo moral ou material (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

Igualmente, no artigo 247, do Código supramencionado, o perigo moral ou material significa frequentar lugares perigosos ou insalubres, ou a convivência com pessoas viciosas ou de má vida, contudo, aqui o legislador enumera os locais e identifica a periculosidade das pessoas (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

A conduta de abandono moral e material poderá recair sobre pais, no caso da tipificação do artigo 245, ou no caso do artigo 247, sobre a conduta de qualquer pessoa que permitir que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou

vigilância frequente casa de jogo ou mal afamada ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor ou participe de representação de igual natureza; resida ou trabalhe em casa de prostituição; e mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O abandono intelectual está previsto no artigo 246, do Código Penal, quando os pais deixam, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. A punição está cominada em detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um mês), ou multa (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

O crime de abandono intelectual tem por finalidade assegurar o direito à educação, o qual é previsto na Constituição Federal de 1988, no artigo 227, aos menores de 18 (dezoito) anos prioritariamente (BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988).

O crime de Abandono Intelectual, previsto no artigo 246, do Código Penal, proíbe a conduta de não prover, sem justa causa, a educação primária do filho em idade escolar (BRASIL. CÓDIGO PENAL, 1940).

As três formas de crime de abandono têm por objeto os filhos, menores de 18 anos, e reforçam a proteção ao bem jurídico da assistência familiar, como obrigação que surge no momento da formação da família, como ato consciente e voluntário, pautado pela maternidade e paternidade responsáveis.

4 A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O ABANDONO DE FILHOS PELOS PAIS

Os Tribunais Superiores firmaram seus precedentes baseados no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, a qual estabelece o direito fundamental da criança e do adolescente à assistência e, ainda, na legislação infraconstitucional, conforme artigos 186, 1.566, 1.568, 1.579 do Código Civil de 2002 e artigos 4º, 18-A e 18-B, 19 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais estabelecem os pressupostos legais inerentes à responsabilidade civil e o dever de cuidado para com a criança e o adolescente.

O dever de convivência familiar compreende a obrigação de prestar auxílio afetivo, moral e psíquico aos filhos, além de assistência material. O descumprimento desse dever, de forma consciente e voluntária pode gerar a prática de uma conduta comissiva ou omissiva tipificada como crime ou como um ato ilícito, a esfera penal ou civil, respectivamente.

O julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP, no Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora a Ministra Nancy Andriighi, julgado em 24/4/2012, fixou o entendimento de que o abandono dos filhos, seja ele moral, material e intelectual é fato gerador do abandono afetivo que decorre da omissão do dever de cuidado para com a prole, constituindo o denominado dano moral compensável.

Neste sentido, o *non facere*, o qual “atinge um bem juridicamente tutelado, no caso, o necessário dever de cuidado (dever de criação, educação e companhia), importa em vulneração da imposição legal, gerando a possibilidade de pleitear compensação por danos morais por abandono afetivo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242-SP).

No voto proferido na ação acima mencionada, a Ministra Relatora destacou que o cuidado como expressão de várias manifestações psicológicas, “é um fator indispensável à criação e à formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica, capaz de conviver em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242-SP).

Salientou ainda que “na hipótese, não se discute o amar - que é uma faculdade - mas sim a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerar ou adotar filhos” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242-SP).

Igualmente no REsp nº 1.087.561-RS, relatado pelo Ministro Raul Araújo, julgado em 13/6/2017, os fundamentos jurídicos esposados foram baseados na Constituição Federal de 1988, no artigo 227, e na legislação infraconstitucional, o Código Civil de 2002 (artigos 186, 1.566, 1.568, 1.579) e do e o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos. 4º, 18-A e 18-B, 19 e 22), os quais determinam a obrigação dos pais de prestar auxílio afetivo, moral e

psíquico aos filhos, além de assistência material, que é direito fundamental da criança e do adolescente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.561-RS).

O voto do Min. Raul Araújo ressaltou que “a falta de afeto, por si só, não constitui ato ilícito, mas este fica configurado diante do descumprimento do dever jurídico de adequado amparo material” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.561-RS).

E, ainda, justificou sua posição ao estabelecer a correspondência entre a “omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio da dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.087.561-RS).

Na mesma linha de fundamentação jurídica estão os votos dos seguintes Recursos Especiais: (I) REsp 1.444.747-DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 17/3/2015; (II) REsp 1.298.576-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/8/2012; (III) REsp 757.411-MG, julgado em 27/3/2006; (IV) REsp 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009; e (V) REsp 757.411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/2005. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Pesquisa de Jurisprudência).

O abandono moral, material e intelectual foi julgado, por via obliqua, no Supremo Tribunal Federal, objeto do Recurso Extraordinário nº 8988060, com repercussão geral, com tema 622, discutiu a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. A filiação, como direito fundamental, impõem obrigações para os pais que respondem em caso de violação, seja o parentesco biológico ou socioafetivo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

A repercussão geral no RE compreende que a “paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

A tese da lavra do Ministro Luiz Fux prestigia a multiparentalidade gerando efeitos no Direito de Família, Direito Previdenciário e o Direito das Sucessões. A decisão ratifica o princípio da paternidade responsável, o princípio da solidariedade, e o princípio da

observância do melhor interesse do menor utilizado nos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, como regra cogente.

A interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal é fundada na proteção da família e nos deveres e direitos que são gerados para seus membros, em especial para os filhos e os menores de 18 (dezoito) anos sob sua responsabilidade.

Prestigia a Corte o princípio *pro homine*, isto é, a interpretação que melhor acolha o direito da pessoa humana, ratificando, com base no artigo 226, parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal de 1988, o tratamento isonômico que se deve dar a família monoparental e a decorrente de união estável, vedando a discriminação de espécies de filiação, reconhecendo todas concomitantemente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

Portanto garante aos filhos o direito de assistência, em todas as suas faces, visto que a família é “objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobre princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB/88) e da busca da felicidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

Reconhece o Supremo Tribunal Federal que a dignidade humana compreende o “ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

Trata-se que interpretação jurídica “cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

A afetividade, segundo o voto do Ministro Luis Fux, era utilizada como critério no Código Civil de 1916, nos casos de “extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua

condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

A afetividade pode ser construída com base nos vínculos biológicos ou nos vínculos de filiação construídos pela convivência familiar, abrangendo a “paternidade responsável, enunciada expressamente no artigo 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade”, sem necessidade de escolha entre um vínculo e outro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 8988060. 2016).

Os vínculos de filiação construídos pela afetividade ou biológicos são fatos geradores da responsabilidade dos pais ou daqueles que assumiram o dever de cuidado, guarda ou vigilância, decorrendo como consequência a assistência moral, material, intelectual, espiritual e afetiva.

5 O CRIME DE ABANDONO NO CÓDIGO PENAL PODERÁ CARACTERIZAR O ABANDONO AFETIVO?

O abandono afetivo, apesar de bastante discutido nas lides forenses, não está tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, na área penal, civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Quantificar o afeto devido aos filhos ou aos menores sujeitos a sua autoridade não é possível em qualquer área do saber. Também não se podem quantificar as perdas irreparáveis que a falta de afeto causa na vida humana.

Todavia, não área penal o legislador foi ousado e interferiu na família, ao prever os Crimes Contra a Assistência Material. Estabeleceu a necessidade de prover alimentos; de zelar pela criação saudável dos filhos, a salvo da corrupção moral, sexual ou ética; e da necessidade de prover a educação formal.

Ao estabelecer tais condutas o legislador brasileiro adotou o preceito de que os menores de dezoito anos são pessoas em desenvolvimento, devendo o Estado, a família e a sociedade respeitá-los para que cresçam equilibrados, saudáveis e felizes.

Em caso de práticas violadoras dos direitos dos filhos ou menores, o próprio Estado incondicionalmente proporciona a apuração dos fatos, sem manifestação da vontade das partes, por meio do devido processo legal.

As provas produzidas, no âmbito do inquérito policial, e ratificadas no processo pelo princípio do contraditório e da defesa ampla, poderão ser caracterizadoras dos crimes de abandono, previstos no Código Penal em vigor, mas poderão revelar um grave abandono afetivo, que se extrai da fome a que é submetido o filho; a violência moral, sexual e física que o humilha e destrói sua auto estima; e a sua vocação e habilidades que desprezadas são perdidas.

O abandono afetivo pode ser aferido pelo abandono material, moral e intelectual que são tipificados no Código Penal. Mas não será pela legislação penal que os abandonados estarão salvos.

O dever civil de assistência aos filhos decorrente da paternidade afetiva ou biológica é tratado na esfera penal, como abandono material, moral e intelectual. Tais condutas são caracterizadas como crime de ação penal pública incondicionada, o que exige que o estado apure o fato por meio de inquérito policial, instaurado de ofício, e a ação penal seja intentada por parte do Ministério Público.

Todas as provas lícitas produzidas no curso do processo serão aproveitadas no processo promovido na área cível, e servirão de provas para comprovar o abandono afetivo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A negativa de fornecer alimentos, por comissão ou omissão, bem como a omissão no cuidado dos filhos, gerando perigo material ou moral ou até o extravio dos filhos ou a sua comercialização, com envio para o exterior, com ou sem o fim de lucro, e ainda a falta de atenção à educação formal, podem gerar por meio de provas produzidas pelo Estado a caracterização do abandono afetivo, sendo reparado por meio de indenização.

6 CONCLUSÃO

O dever de familiar, em destaque o dever de assistir aos filhos, está previsto na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação infraconstitucional, tanto penal, civil ou no Estatuto Menorista, fundados no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

A proteção da família, constituída com base no casamento ou na união estável, monoparental ou entidade familiar encontram também na legislação infraconstitucional sua proteção.

O abandono afetivo, embora não tipificado na legislação civil ou penal, poderá ser caracterizado como ato de descumprimento das obrigações dos pais para com os filhos, decorrentes do princípio da paternidade responsável, no princípio da solidariedade e na convivência familiar.

Na legislação penal o abandono material, moral e intelectual podem ser formas de abandono afetivo, porque os deveres constitucionais são violados pelos pais ou responsáveis legais.

As formas de crime de abandono, quando comprovadas no curso da ação penal pelo Ministério Público, podem levar a caracterização do abandono afetivo, como base nos deveres e direitos que são gerados para seus membros, em especial para os filhos e os menores de 18 anos sob sua responsabilidade, com fundamento no princípio da paternidade responsável, solidariedade, e da observância do melhor interesse do menor utilizado nos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, como regra cogente, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

A interpretação realizada pelo STF é fundada no artigo 226, §3º e §4º, que ressalta o tratamento isonômico que se deve dar a família monoparental e a decorrente de união estável, vedando a discriminação de espécies de filiação, reconhecendo todas concomitantemente, e portanto garantido aos filhos o direito de assistência, em todas as suas faces, porque a família

A tese sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) n. 898060, com repercussão geral, tema 622, reconhece a multiparentalidade e

consequentemente direitos e deveres na área do Direito de Família, Direito Sucessório e Direito Previdenciário.

Esses efeitos são favoráveis aos filhos em relação aos seus pais ou responsáveis legais, independentemente do vínculo ser biológico ou afetivo.

O Superior Tribunal de Justiça fixou seu entendimento no sentido de que o abandono dos filhos, seja ele moral, material e intelectual ocasiona o abandono afetivo que decorre da omissão do dever de cuidado para com a prole, constituindo o denominado dano moral compensável.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite que a comprovação dos crimes de abandono material, moral e intelectual por todos os meios de prova admitidos em direito e lícitos, sejam provas testemunhais, periciais e documentais, são suficientes para comprovar o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar em prejuízo dos filhos, ensejando o abandono afetivo e um desprestígio ao princípio da paternidade responsável, do melhor interesse dos filhos e da dignidade da pessoa humana, pilares da obrigatoriedade da assistência familiar.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15.08.2017.

BRASIL. CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 15.08.2017.

BRASIL. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 15.08.2017

BRASIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 15.08.2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 898060. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645431&numeroProcesso=841528&classeProcesso=RE&numeroTema=622>. Acesso em 15.08.2017.

BRASIL. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em 15.08.2017.

ISHIDA, Kenji Valter. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e o ato infracional: medida socioeducativa é pena?** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MASSON. Cleber. **Curso de Direito Penal**. volume 3. Parte Especial. 11 ed., São Paulo. Método.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas 2017

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de Direito Civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.