

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ALINE FORMIGA SAMPAIO BEM

**MEDIDAS ALTERNATIVAS À RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO**

RECIFE
2023

ALINE FORMIGA SAMPAIO BEM

**MEDIDAS ALTERNATIVAS À RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do
Título de Bacharel em Direito

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Renata Cristina Othon Lacerda
Andrade

RECIFE
2023

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

B455a Bem, Aline Formiga Sampaio.
Medidas alternativas à responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo / Aline Formiga Sampaio Bem. - Recife, 2023.
53 f.

Orientador: Profa. Dra. Renata Cristina Othon Lacerda Andrade.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2023.
Inclui bibliografia.

1. Abandono afetivo. 2. Família. 3. Novos paradigmas. 4. Reparação de danos. 5. Indenização pecuniária. 6. Penas alternativas. I. Andrade, Renata Cristina Othon Lacerda. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2023.2-001)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ALINE FORMIGA SAMPAIO BEM

**MEDIDAS ALTERNATIVAS À RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE
ABANDONO AFETIVO**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente(a):

Examinador(a):

AGRADECIMENTOS

Inicialmente gostaria de agradecer meus pais, Francisco e Geralmísia, por serem a minha base, obrigada por todo amor, carinho, atenção, por sempre me apoiarem e acreditarem em mim mesmo em momentos difíceis, até quando eu achei que não seria possível. Obrigada por me incentivar e proporcionar toda a estrutura possível e impossível, para que eu possa realizar os meus sonhos. Sou muito orgulhosa de ser filha de vocês, amo vocês.

Obrigada também aos meus irmãos Rafael e Gabriel, por sempre estarem ao meu lado e me apoiarem sempre que eu pedia uma ajuda, seja ela a mais simples possível. Obrigada por sempre me trazerem alegria, vocês podem contar comigo sempre, tenho vocês como padrões que quero seguir a vida.

Agradeço também as minhas primas, que considero mais como irmãs, Kerol e Lala, obrigada por tudo, obrigada por sempre contar com vocês e dividir todas as dores e as delícias da vida, em especial a vida acadêmica nesse momento, sempre me acalmam em momentos difíceis, me espelho muito em vocês.

Quero agradecer toda a minha família também por todo amor, carinho, e por sempre me apoiarem durante toda a vida.

Agradeço as minhas amigas pela amizade, por todos os momentos juntas que passamos ao longo dessa jornada em busca dos nossos sonhos.

Um agradecimento em especial, à minha orientadora Prof.^a Dr.^a Renata Andrade, que aceitou participar dessa pesquisa comigo, pela paciência com os diversos questionamentos durante a minha vida acadêmica, sempre disponível para tirar dúvidas e atenciosa com todos.

RESUMO

Esse trabalho visa verificar medidas alternativas para diminuir o conflito familiar diante do abandono afetivo, desse modo é necessário a análise do instituto da família e suas configurações ao longo da história, bem como abordar o estudo do abandono afetivo e seus desdobramentos na seara jurídica para a responsabilização do genitor infrator, além de traçar um estudo comparativo entre o direito penal e o direito civil sobre as penas alternativas de liberdade como forma de superação à indenização pecuniária e por fim, identificar medidas alternativas e complementares à indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo. Dessa forma, a pesquisa tem como metodologia, o estudo descritivo, com uma abordagem qualitativa, através do método hipotético dedutivo. Portanto, chegou à conclusão da insuficiência da indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo, sendo necessária, por isso, medidas alternativas e complementares como forma de reparação do dano.

Palavras-chaves: Abandono afetivo; Família; Novos paradigmas; Reparação de danos; Indenização pecuniária; Penas alternativas.

ABSTRACT

This work aims to verify alternative measures to reduce family conflict in cases of emotional abandonment, thus it is necessary to analyze the family institute and its configurations throughout history, as well as address the study of emotional abandonment and its legal consequences for the accountability of the offending parent, in addition to outlining a comparative study penal law civil law on alternative freedom sentences as a way of overcoming pecuniary compensation in cases of emotional abandonment. Thus, the research methodology is a descriptive study, with qualitative approach, through hypothetical-deductive method. Therefore, it concluded that monetary compensation was insufficient in cases of emotional abandonment, and that alternative and complementary measures were accordingly as a way of repairing the damage.

Keywords: Emotional abandonment; Family; New ways; Damage repair; Money compensation; Alternative sanctions.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	5
2	ORIGEM E FUNÇÕES DA FAMÍLIA NO OCIDENTE	8
2.1	Perspectiva histórica das principais mudanças na organização da família no ocidente	8
2.2	Os novos paradigmas da família contemporânea	11
2.3	O princípio da afetividade no direito brasileiro	14
3	O ABANDONO AFETIVO E SUA CONFIGURAÇÃO JURÍDICA.....	17
3.1	O que se pode entender como abandono afetivo.....	17
3.2	O tratamento do abandono afetivo no Brasil.....	19
3.3	As sanções à luz da jurisprudência atual	21
3.3.1	A reparação pecuniária	23
3.3.2	Pressupostos para indenização	24
3.3.3	A dificuldade de mensuração do dano moral no sistema brasileiro e à crítica à sanção pecuniária.....	27
4	A EXPERIÊNCIA DAS PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ABANDONO AFETIVO	32
4.1	As penas tradicionais e as penas alternativas	32
4.2	Requisitos para aplicação das penas alternativas.....	36
4.3	O sistema alternativo de sanções e sua viabilização no direito civil	40
4.4	Sanções alternativas para o abandono afetivo	41
4.4.1	Realização de terapia coletiva ou individual	43
4.4.2	Prestação de serviços comunitários	44
4.4.3	Fornecimento de cestas básicas	44
5	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Atualmente a problemática do abandono afetivo tem sido amplamente discutida não somente pela sociedade civil, mas também por operadores do direito. Em razão do aumento gradativo de casos concernentes a esta ausência de afeto paternal ou maternal e as dolorosas consequências psicossociais a que são submetidos os filhos nestes casos, é vital e necessário estabelecer medidas reparadoras aos atingidos por esse abandono e a efetiva responsabilização do(a) genitor(a) por esse distanciamento.

O instituto do abandono afetivo se tornou mais estudado com as novas configurações e funções da família perante a sociedade e o advento da constituição de 1988, que reforçou como um dos princípios do Direito de Família o princípio da afetividade, solidariedade familiar, princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a igualdade do homem e da mulher quanto a questão da responsabilidade para com o filho, e não menos importante, o princípio da convivência familiar. Dado que em séculos anteriores a visão de família era extremamente patriarcal, onde a mulher e os filhos eram subjugados ao poder do *pater*, conseqüentemente sem voz no seio da família e da sociedade.

Hoje pode-se afirmar que a família está pautada no carinho, no afeto, nos objetivos de vida em comum. A constituição federal no caput do seu artigo 226 estabelece que a família é a base da sociedade e, visando o melhor interesse da criança, constitui como dever dos pais o cuidado, o direito à dignidade, à vida, à educação etc., uma vez que estes são os detentores do poder familiar. Já o artigo 227 da Carta Magna, expressa que são deveres da família: de prestar assistência, atenção, carinho, afeto e orientação, inerentes ao poder familiar.

Desta forma, pode-se observar que a família é como local de realizações pessoais dos indivíduos, uma relação que é pautada no carinho, no afeto e na convivência familiar. Sendo assim, é um espaço de fundamental importância para a formação moral, social e psicológica de uma pessoa.

A par dessa conjuntura, é relevante diferenciar o que os doutrinadores chamam esse dever de cuidar como afetividade, que é muito diferente do afeto, que é um sentimento subjetivo. Neste véis, é válido salientar que não se pode cobrar o afeto, alheio ao Direito, contudo, é possível cobrar afetividade, um sentimento que é inerente as relações paterno-filiais e que pode ser verificado objetivamente no mundo concreto.

A presente pesquisa possui relevância ao estudo do abandono afetivo, pois ainda hoje muito se discute sobre os danos psicossociais irreparáveis causados pelo distanciamento

paternal e/ou maternal à formação de uma criança e adolescente. Danos estes que, sem dúvida, merecem ser reparados, sejam eles supridos através de uma indenização em dinheiro ou de outras formas, tal como a prestação de serviço comunitário em orfanatos pelo pai ou a mãe, sendo estas, medidas enérgicas que causem mais impacto ao genitor(a) como uma forma de aprendizado.

Pretende-se que esta pesquisa beneficie a sociedade civil em geral, especialmente, os filhos que sofreram com a ausência de afeto dos genitores durante anos, e que isto os acarretou danos psicossociais inimagináveis como ser humano, em razão do descumprimento dos deveres legais de criar, cuidar, dar afeto, educar, respeitar, orientar e conviver.

Diante de tal cenário, surge a seguinte indagação: Como sancionar a reparação de danos causados pelo abandono afetivo, diante do atual modelo de indenização, que se mostra insuficiente, à luz da responsabilidade civil?

O abandono afetivo pode ser conceituado como o afastamento do(a) genitor(a) ao seu filho, infringindo os deveres, previstos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, de prestar assistência, atenção, carinho, afeto e orientação, inerentes ao poder familiar. Neste contexto, é necessário a análise do abandono afetivo, sob um enfoque além da indenização pecuniária, pois somente restituição em dinheiro como critério pedagógico punitivo para reparação do dano causado ao filho é insuficiente para a resolução efetiva do conflito.

Assim, é necessária a análise de medidas alternativas e complementares à indenização pecuniária como um outro critério punitivo-pedagógico, para que desta forma não mais ocorra o abandono afetivo. Desta maneira, pode-se afirmar que a ausência de afeto não poderá ser compensada. Entretanto, punições adequadas ao genitor trará um sentimento de satisfação ao filho que foi abandonado afetivamente.

Neste viés, o presente trabalho tem como objetivo basilar demonstrar que o abandono afetivo pode ser sancionado de maneiras diversas à reparação pecuniária como vem sendo aplicado de modo mais usual no país. Ademais, tem-se como objetivos específicos: analisar o instituto da família e suas transformações ao longo do tempo, analisar o abandono afetivo e os seus desdobramentos, traçar um estudo comparativo entre o direito penal e o direito civil sobre as penas alternativas de liberdade como forma de superação à ação de indenização pecuniária e, por fim, apresentar novos modelos de superação da simples reparação de danos em pecúnia nos casos de abandono afetivo.

A metodologia adotada para esta pesquisa, é o estudo descritivo, com abordagem qualitativa, através do método hipotético-dedutivo. É descritivo, pois visa a estipulação da

relação entre as variáveis propostas no objeto do estudo em discurso. Pode ser considerada qualitativa, porque interpreta o fenômeno que observa e os analisa de uma maneira crítica. E finalmente, pode-se afirmar que o método da pesquisa é hipotético-dedutivo, pois o referido método tem como premissa a busca da verdade eliminando tudo o que é falso. E para enriquecer a pesquisa pretende-se utilizar pesquisas bibliográficas em artigos científicos, livros, legislação e ainda jurisprudência dos tribunais brasileiros específica acerca do tema.

O presente trabalho, no primeiro capítulo visa analisar sobre o instituto da família e seus desdobramentos ao longo do tempo nas sociedades ocidentais, sua conceituação, suas funções e princípios presentes no ordenamento jurídico.

No segundo capítulo pretende discorrer sobre o abandono afetivo, seu conceito jurídico e psicológico e seus desdobramentos, sua configuração jurídica atual, a possibilidade de sua reparação de danos e seus pressupostos.

Por fim, no terceiro e último capítulo pretende abordar medidas alternativas utilizadas na seara do direito penal e a sua possível aplicabilidade no direito civil. Inicialmente, objetiva-se analisar o que são essas penas alternativas à privativa de liberdade e o porquê que surgiram essas penas alternativas e depois a sua aplicação no direito privado, e apresentar as medidas alternativas como sanção nos casos de abandono afetivo.

2 ORIGEM E FUNÇÕES DA FAMÍLIA NO OCIDENTE

A presente pesquisa possui como tema o abandono afetivo, com uma visão para além da indenização em pecúnia, deste modo, esse capítulo visa analisar sobre o instituto da família e seus desdobramentos ao longo do tempo nas sociedades ocidentais.

O abandono afetivo, diante dos novos modelos e funções da família no âmbito da sociedade com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se um instituto observado e analisado pelos operadores do direito. Nesse sentido, é necessário que se faça uma retrospectiva do conceito de família, para que se entenda melhor o abandono afetivo.

2.1 Perspectiva histórica das principais mudanças na organização da família no ocidente

Etimologicamente, a palavra família possui vários significados, no minidicionário Ediouro da língua portuguesa (2000, p. 340), elenca-se como família: “**fa.mí.lia** *sf.* 1. Conjunto de pessoas do mesmo sangue. 2. Conjunto formado por pai, mãe e filhos. 3. Ascendência. 4. Bot. Zool. Categoria taxonômica situada abaixo da ordem e acima do gênero” [grifos do autor].

Historicamente, a expressão família possuiu diversas acepções para chegar o que hoje se entende por família. Se formos imaginar na pré-história, por exemplo, os seres humanos já viviam em grupos/bandos como uma maneira de sobrevivência, ou seja, conviviam entre si, tinham noção de que eram necessárias novas crianças para que a espécie não se extinguisse, faziam atividades como pesca e agricultura para conseguir alimentos, em linhas gerais pode-se afirmar que essa união de pessoas, de certo modo, já poderia significar uma família.

Seguindo essa linha de pensamento, Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 51) observam que:

[...] a formação de grupamentos, em sociedades antigas, já permitiria realizar algumas das finalidades [da família], ainda que rudimentares, como a de produção (o trabalho conjunto para a satisfação das necessidades básicas de subsistência), a de reprodução (preocupação procriacional, na formação de descendência) e a de assistência (defesa contra inimigos e seguro contra a velhice).

Um outro exemplo que se pode trazer à tona seria os indígenas, especialmente indígenas brasileiros. São grupos de pessoas, que vivem em comunidades, onde as mulheres e os filhos são responsáveis pelo plantio de alimentos, fazer atividades que hoje são consideradas domésticas, tais como: preparar a comida, lavar as roupas, cuidar da casa etc. E

os homens faziam as atividades de caça e pesca. Um ponto interessante a ser destacado quando se fala desse tipo de sociedade é que apesar de existir a procriação, os bebês que nasciam só conheciam suas mães e conseqüentemente seu vínculo maternal era muito forte, pois, nesses grupos a noção de procriação para que existissem descendentes era grande, então não se tinha a noção de monogamia, que se possui atualmente, um índio possuía várias mulheres e os filhos que nasciam eram da mãe e da comunidade, mas não do pai, tanto que o estado de filiação só era contado pela linha materna.

Uma das chaves para a virada dessa noção de grupamento de pessoas para se tornar uma família, foi quando houve uma mudança de mentalidade, esses grupos deixaram de ser uma etapa de satisfação individual das coisas básicas como sono, sexo, comida e bebida para criação de um conglomerado de pessoas que se identificassem, de maneira recíproca, como indivíduos de uma efetiva coletividade.

Ainda na antiguidade, a sociedade romana a expressão família possuía outro significado. Em Roma, a família norteava-se numa “unidade econômica, política militar e religiosa, que era comandada sempre por uma figura do sexo masculino, o *pater familias*” segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, p.54) [grifos do autor].

O critério que preponderava para a determinação do parentesco era o vínculo de agnição, ou seja, de subordinação ao pater familias, e não a consanguinidade (pessoas que possuem o mesmo laço de sangue) ou o vínculo afetivo, que são duas das formas aceitas atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. E isso diz muito sobre a sociedade da época, pois as mulheres eram subjugadas, se antes elas pertenciam ao seu pai, depois do casamento ela pertencia ao seu marido e o pater família dele. O *pater familias*, que em regra era o mais velho, possuía absoluta autoridade, desse modo, independentemente da idade, todos os descendentes deveriam continuar lhe respeitando e devendo obediência ao mesmo, até a sua morte. Ele detinha o poder sobre a vida e a morte de todos que estavam sob a sua autoridade.

Com a queda do império Romano e a ascendência do Cristianismo, houve uma mudança pequena na semântica de família, a família cristã teve como características básicas o patriarcado e o casamento. A família tinha como centro o pai, que seria um provedor da casa, líder espiritual para todos e a mulher continuava à margem, cuidava dos filhos e dos afazeres domésticos.

Nesse sentido, Dias aduz:

Em uma sociedade conservadora, para merecer aceitação social e reconhecimento jurídico, o núcleo familiar dispunha de perfil **hierarquizado e patriarcal**. Necessitava ser chancelado pelo que se convencionou chamar de **matrimônio**. A

família tinha **formação extensiva** [...] Tratava-se de uma entidade **patrimonializada**, cujos membros representavam força de trabalho (2016, p. 22) [grifos da autora].

Essa concepção de família perdurou por séculos na sociedade ocidental, desde a Idade Média até a Idade Moderna, que seu início foi marcado pela Revolução Industrial no século XXVIII e um novo entendimento sobre família surgiu.

A Revolução Industrial, em todas as suas fases, foi de grande importância para que o conceito de família fosse alterado, pois como por exemplo na Inglaterra, que foi o berço dessa revolução, as indústrias necessitavam de mão de obra e a pobreza era grande nas cidades inglesas e com isso as mulheres começaram a integrar o mercado de trabalho, deixando assim de ser só para procriar e cuidar das desgastantes atividades do lar, e também a passou a ter uma fonte de renda para ajudar nas contas de casa.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017), devido ao altíssimo custo de vida e a diminuição das áreas de convivência, as famílias passaram a repensar a quantidade de filhos que iriam ter, além disso houve uma valorização dos vínculos afetivos entre os membros nucleares. Nesse mesmo véis, segundo Dias (2016) com o advento da Revolução Industrial a organização da família modificou-se, tornou-se nuclear, reservada ao casal e a sua prole. Nasceu a ideia da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. “A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação” (Dias, 2016, p. 22).

A concepção de um único formato de família, tal qual: pai, mãe e filhos em uma visão tradicional foi alterada nos séculos XVIII, XIX, e principalmente no século XX influenciados por vários acontecimentos, a exemplo do movimento feminista, a criação de grandes centros urbanos, o divórcio como uma possibilidade moralmente aceita pela sociedade, a tutela da criança, do adolescente e do idoso, como uma consequência da dignidade da pessoa humana, vetor principal das sociedades, em especial no Brasil, em que a Carta Magna brasileira em seu artigo 1º, inciso III, coloca como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Um outro fato importante foi a mudança dos papéis nas famílias, o predomínio da dignidade humana sobre o patrimônio material, pois, o Codex Civil de 1916, por exemplo, possuía um cunho patrimonialista sob o instituto da família. A estrutura familiar legitimava o pai como autoridade central, tido como o chefe da família e o tomador de decisões, enquanto isso a esposa e os eventuais filhos ficavam subordinados a ele, como já vistos em outras épocas. A família era entendida como um núcleo patrimonial e procriacional, prevalecendo

ainda o instituto do pátrio poder, instrumento de caráter machista e patrimonialista. Diferentemente dos dias atuais, visto que com a promulgação da Carta Magna de 1988, fincou-se a igualdade de tratamento entre homens e mulheres em todas as esferas, principalmente quando se fala em direito de família à luz do princípio estruturante da dignidade humana.

Dessa maneira, a família mudou de conceito, e o reconhecimento do afeto como valor essencial das relações familiares, tornando a família em um LAR (Lugar de Afeto e Respeito), expressão criada por Maria Berenice Dias, ao contrário da noção patriarcal e patrimonialista.

2.2 Os novos paradigmas da família contemporânea

Hoje pode-se afirmar que a família contemporânea está pautada no carinho, no afeto, nos objetivos de vida em comum. Neste sentido Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 49) conceituam família como “[...] é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”.

Nessa nova ideia de arranjos familiares, pautados pelo afeto, Lôbo (2009, p. 14) esclarece: “A família é sempre socioafetiva, em razão de ser grupo social considerado base da sociedade e unida na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos”.

Para Nader (2016, p. 40) a família se caracterizaria como uma “instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum”.

Jacques Lacan (1938, *apud* Pereira, 2015, p. 10) afirma que a família não é um fato natural, mas sim um fato cultural, nas suas palavras: “Ela não se constitui apenas por homem, mulher e filhos. Ela é, antes, uma estruturação psíquica, onde cada um dos seus membros ocupam um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”.

A família é o primeiro local socializador do homem, assim, na Constituição do 1988 em seu art. 226, foi declarada como a base da sociedade e, por esse motivo, possui tratamento diferenciado pelo Estado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevê

em seu art. XVI, inc. III que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

Importante passo jurídico e social que a sociedade brasileira deu ao reconhecer que existem diversos tipos de família, e não apenas aquelas formadas por homens e mulheres ao se casarem; uma pessoa criando seu filho, biológico ou não também deve ser considerada uma família, o que os juristas chamam de família monoparental; e muito menos famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, que por muito tempo viveram e ainda vivem à margem da sociedade, sofrendo preconceitos e discriminação. E ainda aqueles que possuem o pensamento conservador de que como será a criação dessa criança, de que ela precisa de um pai e uma mãe, está mais do que atrasado e fora da realidade, pois como já foi citado exaustivamente nesse trabalho, família é um lugar de amor e afeto, não é sua orientação sexual que irá determinar se a pessoa é um bom pai ou boa mãe.

Portanto, é possível verificar que o texto constitucional trouxe apenas um rol exemplificativo de modelos de famílias, uma vez que com o pluralismo das relações familiares acarretou uma própria mudança na estrutura da sociedade, tendo como o afeto, valor jurídico, base do instituto. Como se pode ver através das famílias constituídas a partir do matrimônio, famílias monoparentais, recompostas, homoafetivas dentre outras.

A Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), em seu artigo 5º, inciso III, ao definir o que seria família expressa “qualquer relação íntima de afeto”. Essa conceituação do instituto corrobora com a visão atual do que seria família, em conformidade Dias explica: “agora - e pela primeira vez – a lei define a família atendendo seu perfil contemporâneo” (2017, p. 231).

Existem diversos princípios que norteiam as relações familiares dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, na qual na visão de Gagliano e Pamplona Filho (2017, p; 61) “consiste em um valor jurídico fundamental de respeito e existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”. Previsto na Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III, é considerado o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido Gagliano e Pamplona Filho citando Tepedino “[...] configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento” (Tepedino, 2002, p. XXV *apud* Gagliano, Pamplona Filho, 2017, p. 82).

Dias citando Eduardo Bittar argumenta que “o respeito à dignidade humana é o melhor legado da humanidade na modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive” (Bittar, 2005, p. 298 *apud* Dias, 2016, p.73). Segundo a prestigiada autora Maria Berenice Dias, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como

princípio nuclear da ordem constitucional, o legislador trouxe à tona a preocupação com a promoção dos direitos humanos e a justiça social. Ademais, trouxe a pessoa como aspecto fundamental da sociedade ocasionando a despatrimonialização os institutos jurídicos.

Um outro princípio seria o da solidariedade, que está previsto na Carta Magna de 1988, como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil em seu inciso I do artigo 3º, no sentido de formar uma sociedade livre, justa e igualitária. E para Tartuce (2012), esse princípio se aplica perfeitamente nas relações familiares, visto que a solidariedade é um dos requisitos necessários para existir esses relacionamentos pessoais.

A solidariedade, acaba por determinar o amparo, a assistência moral e patrimonial recíproca entre todos os membros de uma família, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo como exemplo desse princípio, a obrigação de pagamento de alimentos em casos de necessidade como estabelece o artigo 1.694 do código civil de 2002.

O princípio da convivência foi uma novidade trazida pela constituição de 1988 que, em regra, pais e filhos devem permanecer juntos. O afastamento dos filhos de seus familiares é considerado uma exceção, a última *ratio*, ou seja, a última solução. No ordenamento jurídico brasileiro, o Estatuto da criança e do Adolescente, em seu artigo 23 estabelece que motivos de ordem econômica sozinhos não são suficientes para a perda ou suspensão do poder familiar. E isto é valioso para o modelo que se adota atualmente de família, pois como ela é pautada por afeto, carinho, atenção, não é porque os pais não tenham condições financeiras para criar os seus filhos, que esses serão separados dos genitores.

Um outro princípio importante para o estudo do abandono afetivo é o princípio da afetividade. É por muitos, considerado implícito na Constituição Federal, sendo um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual está localizado no Art. 1º, III, da Carta Magna, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como já mencionado anteriormente.

O princípio da afetividade trouxe à família a proteção de seus direitos fundamentais, de maneira que os interesses patrimoniais não mais podem se sobrepor ao sentimento de afeto e de solidariedade reconhecidos juridicamente no seio da família. É válido salientar que, afetividade é diferente de afeto, e esta distinção será tratada no tópico seguinte.

O princípio da igualdade entre os filhos está previsto no artigo 227, § 6º da Constituição Federal e artigo 1.596 do Código Civil. Esse tratamento isonômico dado aos filhos atualmente percorreu uma longa jornada, filhos concebidos fora do casamento não eram legalmente considerados filhos e por isso não possuíam os direitos devidos, dessa forma

sofriam muita discriminação, passavam por momentos vexatórios; à luz dos novos modelos de configuração de família, filhos sejam eles biológicos, adotivos, socioafetivos devem ser tratados de maneira igual. Nesse sentido o texto constitucional traz: “Os filhos, havido ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Um outro ponto a ser tratado é a intervenção do Estado nas relações familiares. Hoje em dia, a doutrina e a jurisprudência brasileira adotam como princípio, a intervenção mínima do Estado. Na visão de Pereira (2006, p. 157) “a intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.

O código civil de 2002, no artigo 1.513, prevê que é proibido qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família. Entretanto, quando existir alguma lesão ou ameaça a lesão de direitos de qualquer um dos integrantes da estrutura familiar, ou até da família como um todo, o Estado pode e deve interferir nessas ocasiões por ser um defensor da família que se constitui como base da sociedade.

Um outro princípio que deve ser levando em consideração e possui uma grande importância para o direito de família é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Inicialmente, é necessário entender o que seria o “melhor interesse”.

Para alguns doutrinadores, o melhor interesse significa a plena e a absoluta proteção das crianças e adolescentes, visto que a família, em especial os pais, ao exercerem seu papel social buscam os meios adequados para que os filhos tenham uma vida digna e sadia, até mesmo quando os pais se divorciam e não mais vivem sob o mesmo teto. Previsto no texto constitucional no artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 3º, é mais um aliado na renovação constitucional que possui como vetor principal a dignidade humana.

2.3 O princípio da afetividade no direito brasileiro

Afeto é um sentimento subjetivo que não pode ser auferido no mundo concreto. Para a psicologia, ainda que possam receber conceituações diferentes de acordo o marco teórico no qual sejam inseridas, afetos/emoções podem ser entendidas como "disposições corporais dinâmicas que especificam os domínios de ações" nos quais o ser vivo, em especial

o ser humano, vai desenvolver suas relações” (Maturana, 2001, p.129 *apud* Brazão, 2015, p. 346).

Na visão de Maturana (2001) todo sistema racional fundamenta-se sobre disposições afetivo-emocionais que orientam as coordenações de ações. Dessa forma, as premissas que norteiam as ações sociais de uma pessoa, abrangendo desde suas opções políticas, profissionais e intelectuais, são estabelecidas, inicialmente, pelos seus estados afetivo-emocionais.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue, bem como admite-se atualmente o parentesco socioafetivo.

Para Hironaka (2006, p. 9):

A afetividade, por sua vez, contamina o fato, nos seus desvãos positivos (e aí ela pode ser sinônimo de amor, de carinho), ou nos seus desvãos negativos (e então sua sinonímia se faz pelo avesso), tudo isso exatamente porque o afeto não é apenas amor, mas antes ternura. E a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que os envolva (de conjugalidade ou de parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflito.

A constituição federal no caput do seu artigo 229, visando o melhor interesse da criança, constitui como dever dos pais o cuidado, o direito à dignidade, à vida, à educação etc.

A afetividade, segundo Rodrigo da Cunha Pereira, é fonte de obrigação jurídica porque significa atenção, imposição de limites, convivência e todos os cuidados necessários para o desenvolvimento saudável de uma criança ou adolescente. Sem isso não há sujeito, não há humanidade. É obrigação dos pais cuidarem dos seus filhos.

O princípio da afetividade, de acordo com Paulo Lôbo, é aquele mediante o qual a afetividade se torna um dever imposto aos pais para com os seus filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O descumprimento de tal “dever” caracterizaria o abandono.

Em outras palavras, o que a doutrina majoritária entende por afetividade é o dever dos pais de cuidar dos filhos, não somente em relação a assistência material, mas também com uma assistência afetiva. Como diz o ditado popular, “nem só de dinheiro vive o homem”.

O princípio da afetividade, como já mencionado anteriormente não possui expressa cominação legal, mas implicitamente está agrupado com o princípio estrutural da dignidade da pessoa humana. Acerca desse assunto, Tartuce observa que “a afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na constituição, implícito e explícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento” (2017, p. 786)

Dessa forma, é importante ressaltar que não se pode exigir o afeto, sentimento alheio ao Direito, entretanto, é possível cobrar afetividade, um sentimento que é inerente as relações paterno-filiais e que pode ser verificado objetivamente no mundo concreto. Em síntese, como bem proferiu a Ministra Nancy Andriahi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

3 O ABANDONO AFETIVO E SUA CONFIGURAÇÃO JURÍDICA

No presente capítulo visa analisar sobre o instituto do abandono afetivo e seus desdobramentos na seara jurídica.

O abandono afetivo, diante dos novos modelos e funções da família no âmbito da sociedade com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se um instituto observado e analisado pelos operadores do direito.

3.1 O que se pode entender como abandono afetivo

Com o advento da constituição federal de 1988, crianças e adolescentes passaram a ser sujeitos de direito e ganharam proteção especial pelo Estado. A carta magna põe a termo o princípio da proteção integral, onde prevê que todos os menores serão protegidos de qualquer tipo de negligência. O ECA elenca como direito fundamental de crianças e adolescentes o desenvolvimento sadio e harmonioso. Além disso, lhe garante o direito de serem criados e educados no seio da família, nos termos do artigo 19.

A doutrina majoritária brasileira acredita que o abandono afetivo é uma das maneiras de descumprimento das obrigações emanadas pela carta magna de 1988. Seguindo esta linha de pensamento, Lôbo (2009, p. 312) conclui que “o abandono afetivo nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas”.

Em geral, o abandono afetivo é realizado pelo genitor, num evidente contexto sócio histórico em que vivemos, onde cabe a mulher uma função quase que exclusiva sobre os cuidados dos filhos. Não são raras as experiências e narrativas do desempenho dessa função sozinha, sem o apoio do pai da criança. A mulher, nos dizeres populares, se torna “*pãe*”, pois é a única responsável pelo cuidado do filho, ou seja, exerce a função de mãe e adicionalmente a de pai.

O abandono afetivo advém da indiferença, da ausência de assistência afetiva, assim como de amor e carinho não dispendidos pelos pais na criação do menor, ocasionando, desse modo, um possível dano ao futuro dos filhos. Há o dever dos pais de estar na companhia do filho, prestando toda assistência necessária, seja ela de cunho educacional, social, material e, inclusive, a do campo da afetividade, visando sempre à proteção do melhor interesse da criança.

Para Hironaka (2005, p. 4):

A ausência injustificada do pai, como se observa, origina evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção – função psicopedagógica – que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. Além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.

Atualmente, se observa que nas famílias em que ocorreram o divórcio dos genitores há uma maior probabilidade de o abandono afetivo acontecer. Nesse sentido Madaleno (2006, p. 300) escreve:

justamente por conta das separações e dos ressentimentos que remanescem na ruptura da sociedade conjugal, não é nada incomum deparar com casais apartados, usando os filhos como moeda de troca, agindo na contramão de sua função parental e pouco se importando com os nefastos efeitos de suas ausências, suas omissões e propositadas inadimplências dos seus deveres. Terminam os filhos, experimentando vivências de abandono, mutilações psíquicas e emocionais, causadas pela rejeição de um dos pais e que só servem para magoar o genitor guardião. Como bombástico e suplementar efeito, baixa a níveis irrecuperáveis a autoestima e o amor próprio do filho enjeitado pela incompreensão dos pais.

A psicologia tem um importante papel na discussão do afeto e das relações sociais. Freud sabiamente diz que para ter um filho é necessário amar o que somos, o que fomos e o que gostaríamos de ser, assim como os que cuidaram de nós.

Winnicott (1971) contribui ao assegurar que a mãe é a pessoa mais qualificada para desempenhar essa função (a de criação), devido a sua capacidade de desviar o interesse do seu próprio íntimo para o bebê (preocupação materna primária). No entanto, isso só será possível se a mãe se sentir segura em sua relação ao pai do bebê, com a própria família e com a sociedade.

Segundo Tânia da Silva Pereira (2008, p. 309), “o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana”. Citando Waldow, a autora alerta para o fato de que atitudes de “não cuidado” desenvolvem sentimento de impotência, perda, desvalorização como pessoa e vulnerabilidade, além de “tornar-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória” (2008, p. 309).

A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não pode mais se

abster a essa realidade, tanto que os estudiosos do direito começaram a discutir sobre paternidade responsável. Nesse viés, Dias (2016, p. 138) preleciona:

Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

3.2 O tratamento do abandono afetivo no Brasil

Atualmente, com a mudança de paradigma de valores sociais, políticos etc. pode-se afirmar que a Carta Magna brasileira ao instituir o princípio da dignidade humana elencado no artigo 1º, inciso III, como princípio norteador, é considerado um guia dos diversos princípios presente no texto constitucional, sendo assim é necessário que toda noção jurídica seja abalizada sob sua ótica, dessa forma privilegiando os aspectos pessoais mudando a visão patrimonialista para proteção da pessoa, nesse viés, a responsabilidade civil para acompanhar essa mudança, agora prioriza nas palavras de Thais Venturi “essencialmente a proteção da vítima do dano injusto, desvalorizando a conduta do ofensor” (2006, p. 8).

Assim, foi verificado um aumento nas possibilidades de responsabilidade civil objetiva, visando um sistema de responsabilização mais adequado com as demandas sociais da sociedade atual, por ser mais solidário e é compatível com as relações de massas, segundo Schreiber.

Devido à falta de cuidado e afeto causados pelo abandono geram consequências enormes a criança que um dia foi abandonada. Nesse contexto, pode-se afirmar que o abandono afetivo é considerado um dano moral, uma vez que atinge a parte subjetiva da pessoa abandonada, causando grandes efeitos psicológicos que por vezes perduram durante toda a vida.

Atualmente prepondera duas correntes doutrinárias acerca da responsabilização civil por abandono afetivo. A primeira defende que deve sim haver a reparação pecuniária pela ausência e aos transtornos causados ao filho pelo genitor, uma vez que este descumpriu os deveres elencados no Carta Magna, Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Filiados a essa posição estão: Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Giselda Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira, Flávio Tartuce dentre outros.

Como explica Pereira, precursor da tese que admite tal indenização:

o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível (Pereira, 2015, p. 401).

Alinhada com essa ideia Hironaka (2005, p. 22) “conclui-se que a possibilidade de se demandar em razão de abandono afetivo não se verifica de forma desarrazoada, irresponsável, ou desapegada da realidade.” O STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP em 2012, condenou um pai a pagar uma indenização a filha por abandono afetivo, essa decisão foi inovadora, para esse ramo do Direito.

Por outro lado, existe o posicionamento de que não é possível responsabilizar civilmente o genitor ou genitora pelo abandono afetivo, porque o pai ou a mãe não são obrigados a amar seu filhos, e devido a isso não gera um ato ilícito, um dos requisitos básicos para que ocorra o dever de indenizar, além do nexo de causalidade e o dano. O STJ ao julgar o Recurso Especial nº 757.411/MG, em 2005, acatou esse argumento, e ao julgar um recurso especial firmou a tese de que o abandono afetivo seria situação incapaz de gerar reparação pecuniária.

Outro ponto defendido por essa corrente, é que com a indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo ocasionaria a monetarização do afeto, ou seja, o Poder Judiciário seria abarrotado por uma indústria de ações, querendo a reparação dos danos sofridos. Mas cabe ao Judiciário, segundo Hironaka, a cada caso concreto, “se fizer a necessária análise ética das circunstâncias envolvidas, a fim de verificar-se a efetiva presença de danos causados ao filho pelo abandono afetivo paterno, ou materno.”

Tartuce (2017), corroborando com o pensamento de Hironaka aduz que:

c a reparação dos danos morais em seu art. 5º, incs. V e X. Aliás, se tal argumento for levado ao extremo, a reparação por danos extrapatrimoniais não seria cabível em casos como de morte de pessoa da família, por exemplo.

A ação de indenização nos casos de abandono de abandono afetivo possui o prazo prescricional de três anos, a partir da maior idade civil.

Diante do exposto, portanto, conclui-se que o abandono afetivo ganhou maior notoriedade com o advento da(s) nova(s) concepção de família(s), e que a falta de zelo, afeto e o abandono ocasionado pelo pai, ou pela mãe, causam prejuízos indeterminados a crianças e adolescentes que um dia foram abandonadas.

3.3 As sanções à luz da jurisprudência atual

Uma questão ainda tímida entre os operadores do direito no Brasil é sobre a perda ou suspensão do poder familiar nos casos de abandono afetivo. É notório que o Poder Familiar trouxe uma nova realidade para as relações familiares com o advento do Código Civil de 2002, uma vez que traz uma responsabilidade solidária para os genitores na proteção integral, física e psíquica dos filhos menores, e retirou a noção de dominação presente no pátrio poder e transformou-se em proteção integral no poder familiar em relação aos filhos.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho explicam que o poder familiar é “o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face de seus filhos, enquanto menores e incapazes” (2017, p. 600).

O artigo 1634 do Código Civil elenca quais são os deveres que os pais devem obedecer ao cuidar do filho, são alguns deles: “I- dirigir-lhe a criação e educação, II- tê-los em sua companhia e guarda” dentre outros.

A prestigiada autora Maria Berenice Dias argumenta que de todos os direitos e que as crianças e adolescentes possuem, falta que para ela é o mais importante, o afeto. Segundo a estudiosa:

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. [...] (2015, p. 465-466)

O princípio da afetividade não possui expressa cominação legal, embora esse fato não impeça o Estado de assegurá-lo, e a autora supracitada ainda argumenta que é prioridade do Estado fazer o acompanhamento dos deveres dos pais para com os filhos, através de seus órgãos competentes, a exemplo dos conselhos tutelares e ministério público.

O descumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico podem acarretar a perda do poder familiar, por meio de decisão judicial. É claro que a perda do poder familiar deve ser analisada de forma minuciosa e caso a caso, pois é uma grande mudança na vida dos filhos, devendo esta ser a última opção adotada, quando não tiver mais nenhum outro jeito de resolver a situação.

Os autores que defendem a tese da perda do poder familiar nos casos de abandono afetivo, utilizam-se como base o artigo 1.638 do Código Civil que prevê as hipóteses de

destituição do poder familiar, dentre elas o inciso II traz que “perderá por meio de ato judicial, o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono”. Visto que, o abandono afetivo é caracterizado pelo descumprimento das obrigações previstas na legislação, e que o pai ou a mãe negligentes não mantenham contato com os filhos, no tocante à sua criação, educação, alimentação e assistência material e moral aos seus filhos menores. É válido salientar que, o poder familiar somente é exercido enquanto os filhos ainda forem menores e não chegaram a plena capacidade civil.

De acordo com o artigo 249 do Estatuto da Criança e do adolescente prevê o pagamento de multa em caso de descumprimento dos deveres do poder familiar, essa multa não se reverte em benefício ao filho, mas sim para o poder público, em seu Fundo Municipal dos direitos das crianças e do adolescente.

A suspensão do poder familiar está prevista no artigo 1.637 do código civil brasileiro pode ser decretada e revogada a qualquer tempo, e o magistrado analisará as medidas adequadas para a proteção e melhor interesse da criança ou adolescente.

O descumprimento comissivo ou omissivo das obrigações constitucionais por parte dos genitores acarretará o rompimento da relação familiar, e mesmo ao perder o poder familiar, a vítima que foi abandonada continua possuindo os direitos alimentícios e a sucessão hereditária, para que essa ação não corresponda uma premiação ao pai ou a mãe faltosos.

Ademais, a perda do poder familiar pertencentes ao pai ou mãe negligente apesar de ser uma sanção para os mesmos visa mais a proteção da criança ou do adolescente para que não ocorra mais danos na vida daquele indivíduo respeitando os princípios constitucionais da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente. Seguindo essa linha de raciocínio Dias aduz:

“A suspensão e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicáveis aos genitores por infração aos deveres que lhes são inerentes, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo. Visa muito mais a preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas” (2016, p. 470).

O Projeto de Lei 3145/2015 de autoria do deputado Vicentinho Júnior que prevê a exclusão da herança por deserdação nos casos de abandono afetivo está aguardando apreciação pelo Senado Federal. Ao tramitar pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em 2019 ficou aprovada a adição de incisos nos artigos 1.962 e 1.963 do Código Civil brasileiro, cuja redação seriam:

Art. 1.962 Além das causa mencionadas no artigo 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes pelos ascendentes [...] V- abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres

Art. 1.963 Além das causa mencionadas no artigo 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes [...] V- abandono em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres

A questão da deserdação em casos de abandono afetivo é interessante pois visto que o pai ou mãe negligente, não se interessavam pelo filho(a), seria justa a sanção da perda da herança, na medida em que descumpriu os deveres legais de convivência, cuidado, assistência material e moral previstos no ordenamento jurídico brasileiro, porque estes teriam direito a algo que foi descumprido.

Não seria sensato uma pessoa que violou direitos de os filhos receber a herança deles, se tornaria uma espécie prêmio ao invés de uma sanção, não cuidou dos filhos, entretanto, receberiam o patrimônio deles em caso de morte.

Uma outra sanção que está sendo discutida é o projeto de lei que visa a criminalização do abandono afetivo. O projeto de lei n. 700/07 de autoria do então deputado Marcelo Crivella resultaria uma mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente haveria uma imposição ao pai ou a mãe que deixar de prestar assistência afetiva ao filho(a), seja pela convivência, seja pela visitação periódica, tornando ilícita a conduta, cabível a reparação de danos, independentemente de outras sanções apropriadas, a ação ou omissão que viole direitos fundamentais de criança ou de adolescente sob pena de detenção de um a seis meses. Cujas redação seria: “art. 232-A Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos nos termos do §§ 2º e 3º desta Lei, prejudicando o desenvolvimento psicológico e social. Pena: Detenção, de um a seis meses”.

Além da sanção penal, o então Deputado Marcelo Crivella ainda é o autor do projeto de lei 3212-A que visa a caracterização do abandono afetivo como um ilícito civil, alterando dessa forma o Estatuto da criança e do adolescente. Esse projeto se encontra atualmente esperando parecer da Comissão de Constituição, de Justiça e Cidadania.

Esses dois projetos de lei acabariam os debates doutrinários e os diferentes julgados acerca da responsabilização civil do abandono afetivo, pois ao tipificar como crime e um ilícito civil não restaria mais diferentes entendimentos sobre o assunto.

3.3.1 A reparação pecuniária

A responsabilidade civil é baseada na obrigação de reparar o dano causado a outrem. Para o jurista Rui Stocco “Do que se infere que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever de não prejudicar a outro, ou seja, o *neminem laedere*” (2004, p. 118). Seguindo essa linha de pensamento Gagliano e Pamplona Filho aduz que a responsabilidade civil “deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo ao causador do dano, a consequente obrigação de indenizar a vítima”. (2017, p. 750).

Nesse sentido, conforme o artigo 927 do Código civil preleciona “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo”. E o ato ilícito, é uma violação aos direitos de outrem mesmo que por comissão ou omissão, de acordo com o artigo 186 do Codex Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em linhas gerais, tanto para os casos de indenização de danos materiais como em casos de danos morais, a reparação em pecúnia é a sanção mais conhecida e utilizada para casos de responsabilidade civil. Para os danos materiais, é mais fácil sua mensuração, visto que é algo palpável, quantificável e que a indenização se mede pela extensão dos danos, nos moldes do artigo 944 do Código Civil. Entretanto nos casos de danos morais é mais difícil, de modo que é algo mais subjetivo, lida com sentimento, mas de toda forma o ordenamento jurídico e a doutrina expressam a possibilidade da compensação em dinheiro, embora não apaguem o dano, visam dar um afago a vítima.

A reparação de danos nos casos de abandono afetivo, costumeiramente, é feita através de uma compensação em dinheiro, uma vez que não dá para restituir o dano psicológico gerado, voltar para seu estado psicológico anterior, mas sim trazer um afago a pessoa abandonada por tudo o que já sofreu.

3.3.2 Pressupostos para indenização

De acordo com a doutrina majoritária brasileira, a responsabilidade civil possui quatro elementos, são eles: a conduta do agente (que pode ser comissiva ou omissiva), culpa em sentido amplo e *stricto sensu*, dano, que é uma violação a um bem jurídico tutelado e por fim, o nexo de causalidade, que é uma relação obrigatória entre a conduta humana e o dano.

O primeiro pressuposto a ser analisado será a conduta humana. Na responsabilidade civil é preciso uma violação de um dever jurídico, essa violação poderá ocorrer de ações ou omissões, de forma que; mesmo que o agente tenha praticado um ato que

não chegou a se concretizar (comissiva), ele deixou de averiguar uma obrigação, portanto, deixa de cumprir um ato legal.

Quando um direito é ferido, seja por ação ou omissão cabe ao ordenamento jurídico recompor o equilíbrio individual ou social, isso gera uma obrigação de reparar os danos, sejam eles morais ou materiais.

Quando existe uma reponsabilidade civil qualificada juridicamente de lícita ou ilícita já se cogita a existência de ações positivas ou negativas (comissão e omissão).

Para alguns estudiosos a conduta humana e a culpa podem ser consideradas um só elemento subjetivo, essa tese é defendida por Gagliano e Pamplona Filho, mas para melhor entendimento será melhor dividi-las.

Nesse sentido podemos considerar que conduta humana positiva quando é causada por uma ação ao passo que uma conduta humana negativa é causada pela ação de omissão. Mas o que se deve ter em mente é que a regra é que ação do ato comissivo, já para omissão é preciso que tenha a vontade e o dever jurídico de praticar o ato (omissão genérica), se a conduta não foi praticado (omissão específica). Tartuce sobre esse assunto aduz que para o omissão é “necessária a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ser evitado” (2017, p. 340).

Ao considerar a culpa como um elemento da responsabilidade civil é necessário analisar a culpa em sentido amplo, ou o que Tartuce (2017) explica como culpa genérica (culpa lato sensu), que engloba o dolo e a culpa estrita (stricto sensu).

Para o jurista supracitado pode-se conceituar o dolo como uma “violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar alguém. É válido ressaltar que não importa para o Direito Civil a caracterização que o Direito penal atribui para o dolo e sua eventual divisão. O ofensor deve arcar integralmente com todo o prejuízo.

A culpa *stricto sensu* é quando mesmo sem a intenção de causar o dano, o mesmo acontece; se retrata na imprudência (é uma ação que não foi pensada), negligência (quando há falta de cuidado e desleixo proposital em determinada função) e imperícia (quando falta qualificação de realizar uma função). Seguindo essa linha de pensamento, o Código Civil brasileiro de 2002 em seu artigo 186 preceitua “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O próximo pressuposto é o nexo de causalidade. O nexo causal, segundo Flávio Tartuce constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil. Significa a relação

entre a conduta ilícita e o dano sofrido, ou seja, uma relação de causa e efeito. A conduta ilícita é a causa intrínseca e determinante à ocorrência do dano.

Nesse sentido, pode-se inferir que se a conduta não for a causa determinante para ocorrência do dano, não há responsabilidade civil. Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves preleciona “é uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se tome absolutamente certo de que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar” (2010, p.348-349).

E o último pressuposto a ser analisado é o dano. Para a caracterização da responsabilidade civil é necessário a ocorrência de um dano, assim sem a ocorrência da lesão, não existiria o que indenizar e, em consequência não haveria a responsabilidade de compensar. Portanto, pode-se afirmar que, em regra, sem danos não há responsabilidade.

Acerca desse assunto, Gagliano e Pamplona Filho citando Cavalieri Filho explica:

“O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria de que se falar em indenização, nem ressarcimento se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. [...] Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.” (Cavalieri Filho, 2008, p.70 *apud* Gagliano e Pamplona Filho, 2017, p. 840).

A noção de dano foi se modificando ao longo da história. Dano, é um prejuízo, uma perda, uma lesão. Entretanto, atualmente é possível conceituar dano, nas palavras de Anderson Schreiber é uma “lesão a um interesse juridicamente protegido a abranger tanto o dano patrimonial quanto o dano moral” (p. 621-622). Seguindo essa linha de raciocínio Gagliano e Pamplona Filho prelecionam que dano é uma “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator” (2017, p. 882).

É necessário diferenciar o que seria dano patrimonial e dano extrapatrimonial. O primeiro, que alguns doutrinadores denominam de dano material, em suma, são os que afetam objetos do mundo externo, algo material e palpável, possuem natureza econômica, nas palavras de Flávio Tartuce (2017, p. 351) os danos materiais “constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém”. Estes ainda se dividem em danos emergentes (o que se efetivamente perdeu) e lucros cessantes (o que se deixou de ganhar).

A reparação do dano material pode ser feita através da restituição in natura da coisa, ou seja, substituir a coisa por outra igual quando for possível fazê-la ou uma indenização em dinheiro. E como a indenização se mede pela extensão do dano devido a

previsão legal do artigo 944 do Código Civil de 2002 a doutrina brasileira entrou em debate em como medir a extensão dos danos, quais os critérios a serem utilizados para essa aferição, majoritariamente os estudiosos elencam quatro fatores, tais como: a gravidade do ilícito, grau de culpa do ofensor, condição patrimonial do ofensor e por fim, o enriquecimento mediante a conduta danosa. E se existir excessos, o juiz poderá rever conforme preconiza o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002.

O dano moral, ou também denominado de dano extrapatrimonial, está relacionado com algo subjetivo do ser humano, a doutrina afirma que é coisa ligada a sentimentos, ânimos, intenções, ou seja, algo que é difícil de ser materializado, contabilizado, posto no mundo palpável. Conforme Humberto Theodoro Jr., os danos morais são aqueles “ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana [...], ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua” (2016, p. 19).

Existe a previsão legal para o dano moral no artigo 5º, incisos V e X da Carta Magna brasileira acabando com o debate entre os estudiosos do direito se era cabível a reparação de danos morais. A sua reparação, em regra, se dá através de uma compensação na forma de dinheiro, é notório que não poderá retomar o *status quo* anterior, mas trazer um alívio para a vítima.

A partir dos pressupostos analisados, pode-se afirmar, portanto, que o abandono afetivo cumpre os requisitos tradicionais da reparação de danos. Uma vez que, há a conduta humana do(a) genitor(a) ao abandonar o seu filho(a), que é um ato contrário ao direito, agiu de maneira culposa ao cometer o ato ilícito, o dano existiu pois o filho(a) ao ser abandonado(a), gerou prejuízos psicológicos e o nexo de causalidade existe, devido a conduta de abandonar ser determinante para a ocorrência do dano.

3.3.3 A dificuldade de mensuração do dano moral no sistema brasileiro e à crítica à sanção pecuniária

De acordo com o artigo 944, a indenização se mede pela extensão do dano. Mas o ordenamento jurídico não estabeleceu os critérios de avaliação para mensurar o dano. Dessa forma os operadores de direito entraram em debate para quais seriam esses critérios.

Em casos de danos materiais, sua mensuração é mais objetiva, dado que o objeto é algo quantificável. Conforme citado anteriormente, a doutrina elencou quatro critérios, sendo eles: a gravidade do ilícito, grau de culpa do ofensor, condição patrimonial do ofensor e por

fim, o enriquecimento mediante a conduta danosa. E se existir excessos, o juiz poderá rever conforme preconiza o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil de 2002.

Entretanto para os casos de danos morais, essa mensuração se torna difícil, pois a doutrina brasileira entende que a regra do artigo 944, *caput* não terá sua aplicação de forma direta, visto que não é possível quantificar, por exemplo, os danos psicológicos decorrentes do abandono afetivo, é algo mais abstrato e subjetivo, por isso os operadores do direito afirmam que os juízes ao se depararem com esses casos devem aplicar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao ponderar o problema, para estar em congruência com os princípios ordenadores do direito e os ideais de justiça existentes na sociedade atual.

Para entender sobre a insuficiência da indenização em pecúnia para os casos de danos morais em especial sobre o abandono afetivo, que é objeto de presente estudo faz-se necessário analisar as funções da responsabilidade civil.

A doutrina brasileira estabeleceu que a responsabilidade civil possui três funções basilares, sendo elas: a função compensatória, a função punitiva e por fim, a função pedagógica. A primeira delas, a função compensatória, sendo a mais conhecida. De acordo com Nelson Rosenvald (2017), uma função pode predominar sobre a outra de acordo com o período histórico analisado, assim como a sociedade da época e seu regime jurídico vigente.

A função compensatória, como o próprio nome já diz visa compensar o dano. Mas o que seria compensar? E como isso é feito e posto no ordenamento jurídico brasileiro, será abordado a seguir. Primeiramente é importante salientar que, de acordo com Dicionário Escolar da Língua Portuguesa, compensar significa “1. Igualar em sentido oposto o efeito de uma coisa com outra; (...) 2. Estabelecer a igualdade; contrabalancear, equilibrar (...) 3. Ressarcir, fazer com que a valia de uma coisa supra a desvalia da outra.” (2008, p. 329).

A partir desse verbete pode-se entender que a compensação não apenas proporciona a tentativa da volta do bem jurídico ao estado anterior (*status quo ante*) que é mais fácil de ser verificada e cumprida em bens patrimoniais/materiais, assim como busca satisfazer a vítima de seu prejuízo de alguma forma em bens extrapatrimoniais, que são tipos de bens aferido mais na subjetividade, onde o dano foi direcionado a algo íntimo e interior, feriu os direitos de personalidade da pessoa humana, hipótese que o abandono afetivo se encaixa, pois é considerado um dano extrapatrimonial.

Nesse sentido, Thais Venturi explica:

“o chamado efeito compensatório revela não uma pretensão propriamente ressarcitória no sentido de se recompor ao estado originário tudo aquilo que a vítima perdeu (em termos patrimoniais), mas sim, proporciona-lhe uma forma de satisfação

que possa amenizar suas perdas e suas dores em razão da ocorrência da conduta danosa.” (Venturi, 2006, p. 120).

Ainda seguindo essa linha de pensamento, a estudiosa salienta que alguns autores brasileiros afirmam que há diferença entre compensar e indenizar. A primeira visa “o reequilíbrio da relação não através da reposição de algo ao seu estado anterior (nesse caso impossível), mas sim, através de alguma satisfação que possa contrabalancear o mal causado, muito embora esse não possa ser apagado” (Venturi, 2006, p. 122). Já a indenização traz a ideia de restaurar algo ao seu estado originário.

A função punitiva tem como objetivo penalizar o agente causador do dano. É interessante abordar que aqui o sujeito ativo é quem cometeu o ato ilícito e não a vítima, seguindo a tríade da reponsabilidade civil, os quais a conduta, dano e nexos de causalidade estão inseridos.

A função punitiva tem a intenção de corroborar as sanções no que tange a responsabilidade civil, com intuito de reprimir e evitar a efetivação do dano. Nesse sentido, Thais Venturi citando Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler afirma: “a função punitivo-pedagógica tem como objetivo desempenhar um duplo papel: o de punir o agente causador do dano e, ainda, ser instrumento de dissuasão a comportamentos antissociais, possuindo um caráter de exemplaridade e, conseqüentemente, preventivo”. (Martins-Costa; Pargendler, 2005, p.16 *apud* Venturi, 2006, p.126).

Vale ressaltar que aqui não se confunde a responsabilização civilmente e penalmente do causador do ilícito. São esferas distintas, nesse caso sanção civil não se mistura com a sanção penal, sendo assim não há dupla punição, respeitando o princípio da vedação ao bis in idem. Esse tema será abordado no próximo capítulo.

A função punitiva para alguns estudiosos não pode ser ignorada no sentido de que tanto na esfera pena quanto na civil são independentes, porém ambas tem pontos em comum, pois as duas visam punir o autor do ato ilícito, e possui a característica de dissuasão da conduta reprovável visando as ideias de justiça e bem-estar da sociedade.

Entretanto, alguns doutrinadores não concordam com o caráter punitivo da responsabilidade civil. Estes acreditam que a tese de punição atrelada a seara civilista estaria superada, coadunando com o movimento da despenalização da responsabilidade civil. Para os que acreditam que o caráter punitivo pedagógico deve sim ser inserido à teoria da responsabilidade civil argumentam que na insuficiência de instrumentos/modelos utilizados pela reponsabilidade civil utilizando-se apenas de sua função compensatória.

É importante salientar que a função punitiva não viola as garantias constitucionais da reserva legal (art. 5º, II, da anterioridade da lei penal (art. 5º, XXXIX), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). Assim, a função punitiva através de uma sanção que fixa uma soma em pecúnia, transcende a seara da reparação de danos, serve para desestimular atos ilícitos e que venham sendo praticados costumeiramente.

De acordo Nelson Rosenvald, a função compensatória sozinha é incapaz de explicar a dinâmica do ilícito civil. Defende a tese que é necessário ao instituto da responsabilidade civil criar “mecanismos capazes de sancionar comportamentos ilícitos de agentes econômicos, em caráter preventivo e de forma autônoma a sua notória vocação ressarcitória de danos” (2017, p. 73).

A terceira e última função caminha estreitamente com a segunda, assim, a função pedagógica, ainda pouco reconhecida e utilizada nos tribunais brasileiros, como o próprio nome já fala, possui o intuito de tentar evitar que a conduta ilícita ocorra novamente, serve como uma medida educativa, sendo assim visa desencorajar o agente à prática de atos ilegais e tendo como efeito colateral a inibição da ação similar por parte de pessoas que estariam na mesma circunstância.

Existem autores que defendem a insuficiência na reparação pecuniária em casos de danos morais. Um dos autores é Anderson Schreiber, ele defende a tese de que o dinheiro será sempre insuficiente em casos de danos morais, uma vez que nas palavras do jurista:

“Oferecer à vítima unicamente uma indenização pecuniária não significa apenas atribuir-lhe um remédio insuficiente para reparar o dano moral sofrido, mas também dar margem para uma série de efeitos negativos que decorrem da exclusividade da resposta monetária. Nesse sentido isto induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que esteja disposto a arcar com o “preço” correspondente.” (2017, p. 47)

Portanto, pode-se afirmar que, em casos de dano moral, em especial o abandono afetivo, a indenização ser exclusivamente pecuniária acaba promovendo soluções iguais, em casos que são personalíssimos e deveriam ser analisados caso a caso conforme as repercussões causadas as vítimas.

Há uma incongruência entre os doutrinadores ao redor do mundo ao analisar a indenização dos danos morais, pois mesmo ao considerar o dano moral como um dano extrapatrimonial insistem ao solucionar o caso com uma indenização em dinheiro, ou seja, um

bem patrimonial. Faz-se necessário analisar outras formas de reparação de danos, em especial nos casos de abandono afetivo.

Como por exemplo nos casos de abandono afetivo é notório que a indenização em pecúnia não traz de volta o estado psíquico anterior da vítima, e não garante que o genitor(a) que abandonou o(a) filho(a) não o faça novamente. Pois, se por exemplo, um pai ao abandonar o filho é condenado ao pagamento de uma indenização no valor de R\$ 50.000,00 mas seu patrimônio é totalizado em R\$ 20.000.000,00, o valor dessa indenização é irrisório, tem-se a sensação que o abandono compensa pois só lhe causou um prejuízo pequeno. Por isso, é de extrema importância a utilização da função punitiva e pedagógica da responsabilidade civil nesses casos, punir não somente com a indenização, mas também com uma prestação de serviços à comunidade em orfanatos, entre outros traria uma maior efetividade ao reparar o dano.

Há casos em que a doutrina e a jurisprudência já admitem a reparação de forma não pecuniária em caso de danos morais, se tem como exemplo a retratação pública ou privada que fere direitos de personalidade, sendo eles o direito à imagem e o direito à honra.

Vale ressaltar que a crescente busca por meios não pecuniários para a reparação de danos morais, não impedem a sua restituição de forma pecuniária, mas sim, estão lado a lado para a maior efetividade na satisfação da vítima, sendo assim, aumentando as possibilidades de responsabilização e dessa maneira respondendo os anseios e as mudanças que a sociedade atual traz.

4 A EXPERIÊNCIA DAS PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O ABANDONO AFETIVO

Nesse capítulo pretende-se abordar sobre a utilização das penas alternativas no âmbito do direito penal e a sua possível aplicabilidade no direito civil, em especial, sua contribuição para o abandono afetivo e apresentar medidas alternativas como forma de sancionamento ao abandono afetivo. Inicialmente, para entender o que são essas penas alternativas à privativa de liberdade, é necessário entender o conceito de pena para o direito penal, quais são os seus fundamentos e o porquê que surgiram essas penas alternativas.

4.1 As penas tradicionais e as penas alternativas

A expressão pena, derivada do grego *poinê*, possui 3 significados: punição ou castigo imposto por lei a algum crime, delito ou contravenção, ou seja, é o conceito de sanção; grande sofrimento psicológico; sentimento provocado por sofrimento alheio.

A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando uma pessoa comete uma infração penal. Quando o infrator pratica um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer o seu *ius puniendi*. Assim, pode-se afirmar que a pena é uma espécie do gênero sanção penal.

Ensina Luiz Régis Prado (2014) que a pena é uma consequência do ilícito penal praticado. Na visão do autor “(...) é a importante das consequências jurídicas do delito. Consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal” (Prado, 2014. p. 444).

Para Guilherme Nucci (2017, p. 213), a pena é “a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes” (grifos do autor).

Seguindo nessa linha Damásio de Jesus (2015, p. 563) afirma “é uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.

A pena existe desde a antiguidade, onde a noção de pena era igualada a de castigo, ou seja, feito algo errado era punido por isso, e em regra, essas punições tinham como mote agressões físicas.

Hoje em dia, a doutrina mundial acredita que a pena possui três funções. A primeira dela é a retributiva, a qual os autores chamam de Teoria Absoluta ou Retributiva da pena, esta vertente dizia que a base da pena era a retribuição, compreendendo a mesma como um requisito de justiça, então não existia nenhum outro objetivo a não ser a obediência ao imperativo categórico da Justiça uma influência kantiana. Para a Teoria absoluta, a noção de retribuição jurídica entende que a pena deveria ser proporcional ao injusto culpável. Refere-se à retribuição do ato ilícito executado pelo agente e punindo o mesmo porque ele realizou um ato ilícito. À vista disso, essa teoria entende a pena como um fim em si mesmo, o famoso “aqui se faz, aqui se paga”.

A teoria da Relativa ou Preventiva da pena visava a pena, de acordo com Sá (2013, p. 7) “instrumento preventivo de garantia social para evitar a prática de delitos futuros, justificando-se por utilidade social”. Essa prevenção se divide em Geral, relacionada com sociedade em geral, para evitar novos crimes e a Especial, ligada exclusivamente ao agente infrator. A primeira ainda se subdivide em positiva, ou seja, serve para tranquilizar a sociedade, mostrando o poder e a efetividade do direito penal. E negativa, o que os estudiosos chamam de “Direito Penal do Terror”, pois seu efeito dissuasivo levaria as pessoas a não cometer atos ilícitos; Na Especial, o Estado sanciona para que ele não volte a praticar crimes. Também se subdivide em: negativa (Prevenção Especial Mínima) que compreende simplesmente em evitar a reincidência, enquanto a Positiva (Prevenção Especial Máxima) consiste na ressocialização do delinquente.

A terceira e última função da pena é a chamada ressocializadora, ou seja, que o indivíduo mesmo depois de cometido o ato ilícito, entenda que é errado, não volte mais a cometê-lo e ensine outros ofícios para que quando volte a conviver em sociedade como um todo, possua algo para fazer. Denominada também de Teoria Mista, Eclética ou Unitária. Como o próprio nome já diz, ela mistura os conceitos da Teoria Retributiva com a da Teoria da Prevenção. Assim, para essa vertente, a pena possuía três funções, retributiva, preventiva (geral e especial) e ressocializadora. O Brasil adota essa teoria como se pode verificar a redação do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime [grifo nosso].

As penas privativas de liberdade, como o próprio nome já diz, são aquelas que restringem o infrator de sua liberdade física, ou seja, seu livre arbítrio de se locomover

livremente, quando e onde quiser. Sendo assim, ao ser condenado vai para uma penitenciária, na qual fica encarcerado por um período pré-determinado, sem contato com a sociedade de maneira geral.

De acordo com o artigo 33 do Código Penal, as penas privativas de liberdade são as de pena de reclusão e pena de detenção. A maior diferença entre as duas são em relação aos limites impostos ao magistrado para o regime de cumprimento da pena. Desse modo afirma-se que as penas de reclusão devem ser cumpridas em regime fechado, semiaberto e aberto. Já as de detenção, em regime semiaberto ou aberto, com a exceção da necessidade de transferência ao regime fechado. Nessa perspectiva apenas os delitos mais graves são puníveis com a pena de reclusão.

Ao longo dos anos percebeu-se que a utilização de uma sanção penal única e tão somente de natureza excludente do agente infrator da sociedade, não estava tendo resultado e gradativamente a criminalidade estava aumentando, surgindo mais criminosos, o distanciamento do indivíduo da convivência em sociedade com a aplicação da pessoa, e conseqüentemente a pena não estava cumprindo qualquer uma de suas finalidades trazidas anteriormente nesse capítulo.

Dessa forma, foi necessário um reestudo sobre as penas privativas de liberdade, ou seja, daquelas em que os indivíduos que cometeram crimes ficam encarcerados, privados de sua liberdade. Tendo como principal articulador Von Liszt e buscando obter soluções alternativas que correspondessem a uma maior eficiência das expectativas sociais e simultaneamente pudesse, eficientemente, impor ao delinquente uma sanção penal coerente e adequada em resposta à violação do ordenamento jurídico, foi assim que surgiram as penas alternativas.

Com a decadência da tradicional pena privativa de liberdade e a superlotação nas prisões, o mundo precisou repensar nos modelos penais adotados por seus países, criando alternativas à pena de prisão. Dessa forma, levando em conta os dizeres da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, além do Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Cívicos e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, as organizações internacionais começaram a analisar penas não privativas de liberdade e como daria a sua aplicação efetiva no âmbito dos Estados.

Uma das mais importantes codificações internacionais para a aplicação das medidas alternativas da prisão foi a chamada Regras de Tóquio (Resolução nº 45/110 de 14 de dezembro de 1990) que consistiu em “um manual de instruções completo sobre a operacionalização de medidas não-privativas de liberdade em todas as fases processuais da

Justiça Penal, sendo normas norteadoras das políticas de aplicação de penas e medidas alternativas à prisão” segundo Sá (2013, p. 9).

São conceituadas como alternativas, porque em alguns casos previstos em lei, podem substituir as chamadas penas privativas de liberdade, que em regra, como o próprio nome já diz, o indivíduo perde a sua liberdade como forma de sanção ao cometimento do delito. De acordo com Bitencourt:

Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados. A reformulação do sistema surge como uma necessidade inadiável e teve seu início com a lura de Von Liszt contra as penas curtas privativas de liberdade e a proposta de substituição por recursos mais adequados. (Bitencourt, 2015, p. 655).

Conforme Bitencourt (2011), uma das primeiras penas alternativas de que se tem notícia até hoje foi criada na Rússia em 1926, a chamada prestação de serviços à comunidade elencada nos artigos 20 e 30 do Código Penal Soviético. A Inglaterra criou as penas de finais de semana em 1948, já a Alemanha, em 1953, introduziu essa mesma sanção, entretanto, só as utilizava para menores infratores.

No cenário nacional, as penas alternativas surgiram no ano de 1984, com a reforma do código penal introduzidas pela Lei nº 7.209/84, as chamadas penas restritivas de direitos, com um caráter substitutivo, na visão de Bitencourt (2011), às penas privativas de liberdade com o objetivo de desobstruir o judiciário e ressocializar o preso de uma forma mais coerente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, dado o problema da superlotação das cadeias em todo território nacional.

Ademais com a entrada em vigor da Lei 9099/95 que dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais Criminais, e seu objetivo maior é a regulação das infrações de menor potencial lesivo, ou seja, os atos ilícitos que a lei cominava com pena mínima cominada não superior a um ano, de uma forma mais célere, e a possibilidade de composição civil dos danos para infrações de menor potencial lesivo contribuíram para a solidificação das penas alternativas.

Nesse contexto aliado com a Regras de Tóquio a qual o Brasil está vinculado, foi promulgada a Lei nº 9.714/98, que aumentou o rol de hipóteses de penas restritivas de direito, pois na Reforma de 1984, só foi elencado como substitutos à pena de prisão, a prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. E outras leis posteriores ampliaram o rol de hipóteses de penas alternativas e que se estenderam por todo território nacional.

Bitencourt faz uma crítica a denominação “penas restritivas de direito” pois na sua visão de todas as hipóteses de penas alternativas apenas uma de fato restringe um direito, as demais tais como prestação pecuniária e perda de bens e valores possuem natureza pecuniária; já prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana relacionam-se diretamente à restrição da liberdade do condenado.

De acordo com o prestigiado autor, era melhor ser dividido em:

privativas de liberdade (reclusão e detenção); restritivas de liberdade (prisão domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade); restritivas de direitos (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições) e pecuniárias (multa, prestações pecuniárias e perda de bens e valores) (BITENCOURT, 2018, p. 974) [grifos do autor].

4.2 Requisitos para aplicação das penas alternativas

As penas alternativas previstas no artigo 43 do Código Penal tem caráter autônomo, dessa forma não pode ser executada simultaneamente com a pena privativa de liberdade. E sendo elas substitutivas é necessário o indivíduo ter sido condenado a pena de prisão para poderem ser aplicadas.

Essa possível substituição da pena privativa de liberdade, por uma pena restritiva de direitos, se encontra expressa no artigo 59, inciso IV, do Código Penal Brasileiro, se o crime cometido pelo infrator, for doloso e tiver pena máxima de quatro anos ou se culposo independentemente do tempo da pena conforme artigo 44 do código penal, o juiz deverá analisar se é possível a substituição.

Deve ser aplicada na sentença no momento da determinação da pena, pois com a promulgação da lei das Penas Alternativas, a substituição tornou-se um direito subjetivo do apenado. Neste contexto, Bitencourt observa que:

[...] como na dosagem da pena o juiz deve escolher a *sanção mais adequada*, levando em consideração a personalidade do agente e demais elementos do artigo citado, e particularmente, a *finalidade preventiva*, é natural que nesse momento processual se examine a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2015, p. 659) [grifos do autor].

Para existir essa substituição é preciso seguir alguns critérios/pressupostos previstos no artigo 44 do Código Penal Brasileiro. Inicialmente se subdivide em critério objetivos (relacionado ao crime e a pena) e o subjetivo (referente ao apenado).

Quanto ao pressuposto objetivo: o primeiro requisito que deve ser analisado é o tempo de pena a qual o infrator foi condenado. Porque ficou estabelecido que para crimes dolosos, o tempo máximo não deve ser superior a 4 (quatro) anos. Entretanto, para os crimes culposos, o legislador não pré-determinou um tempo máximo, ou seja, é possível a aplicação de uma pena alternativa para esses tipos crimes independente do tempo de pena estipulado pelo magistrado na sentença. Outro requisito a ser observado é se o crime foi cometido com violência ou grave ameaça, pois se foi praticado dessa maneira não é possível a substituição.

Quanto ao pressuposto subjetivo, este está relacionado ao indivíduo sentenciado. De acordo com o artigo 44, inciso II, do Código Penal para que exista a substituição é preciso que o condenado não seja reincidente. Nesse caso o legislador nacional não especificou se essa condição se refere apenas a crimes dolosos ou se também a crimes culposos, dessa forma a doutrina brasileira entende que o infrator não seja reincidente em nenhum delito, não importando se ele seja doloso ou culposos.

Um requisito a ser analisado é o que Bitencourt (2011) chama de “prognose de suficiência da substituição”, que no seu entendimento está ligado à função de prevenção especial, onde o magistrado deverá observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do fato, de acordo com o artigo 44, inciso III do Código Penal Brasileiro.

O artigo 43 do Código Penal brasileiro elenca quais são as penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos, penas pecuniárias, perda de bens e valores.

É importante ressaltar que será estudado apenas as características gerais de cada pena alternativa, visto que esse não é o objeto da presente pesquisa.

A prestação de serviços à comunidade é uma das mais importantes penas alternativas, é a qual a população ver o direito penal em ação, e não traz a sensação de impunidade como a maioria das penas alternativas traz. Na concepção de Nucci (2017, p. 253) “(...) da melhor sanção penal substitutiva da pena privativa de liberdade, pois obriga o autor de crime a reparar o dano causado através do seu trabalho, reeducando-se, enquanto cumpre pena”.

Para a doutrina penalista, essa sanção alternativa consiste na obrigação de prestar específicas quantidade horas de trabalho, de maneira gratuita e útil para a sociedade durante o tempo livre em prol de pessoas carentes ou entidades assistencialistas. Nesse mesmo véis o Código Penal brasileiro no artigo 26 estabelece:

ART. 46 (...) § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na **atribuição de tarefas gratuitas ao condenado**. § 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (grifo nosso).

O trabalho comunitário deverá ser realizado durante 8 (oito horas semanais) distribuídas entre sábado, domingos, feriados ou dias úteis em que o condenado possa, sem interferir na sua atividade profissional e levando em consideração as suas aptidões, conforme o artigo 46, § 3º do Código Penal.

A próxima pena restritiva de direito a ser analisada é a limitação de fim de semana. Consiste na obrigação do sentenciado de permanecer aos sábados e domingos, durante 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou em estabelecimento adequado. Essa regra não é muito rigorosa, pois cabe ao juiz da execução levar em consideração a disponibilidade do estabelecimento e que, especialmente, não prejudique as atividades profissionais do condenado. Esse tipo de pena alternativa visa também impedir consequências econômicas para a família do apenado por exemplo, a sua função vai além do não encarceramento do agente infrator.

Essa modalidade está quase em desuso no país, pois devido à má infraestrutura do sistema penal há poucas casas de albergagem ou estabelecimentos adequados para o cumprimento dessa sanção e as que tem também não tem estrutura suficiente para atender a grande quantidade de condenados.

A interdição temporária de direitos como o próprio nome já diz, possui como objetivo maior proibir a realização de função ou atividade específica por um período estipulado, em razão do cometimento de um crime relacionado a esta função ou atividade, é prevista no artigo 47 do Código Penal. A sanção se subdivide em três: a primeira é a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo, nessa hipótese é preciso que o infrator seja funcionário público, e bem como Bitencourt (2011) adverte: o crime cometido tem que ser em razão desse cargo, função ou atividade e não necessariamente ser um crime contra a Administração Pública.

A segunda é a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilidade especial, licença ou autorização do Poder Público, percebe-se que nessa modalidade é muito específica, pois exigem determinadas profissões, ofício ou atividades (remuneradas ou não), e a violação delas. É válido ressaltar que a responsabilidade penal não vai impedir responsabilidade de natureza administrativa por exemplo, um advogado que comete um crime nos moldes dessa previsão penal pode ser punido com a suspensão pela

Ordem dos Advogados do Brasil, seu órgão administrativo que regula a profissão dos advogados.

A terceira seria a suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. Com base no artigo 57 do Código Penal, essa modalidade é aplicável apenas para crimes culposos de trânsito. Devido ao aumento de crimes de trânsito foi necessário colocar uma medida como essa.

A próxima a ser analisada é a pena pecuniária. De acordo com Nucci (2017, p. 253), essa pena alternativa “consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada, com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos”. Tem como finalidade principal a antecipação da reparação do dano causado pelo delito à vítima.

É importante salientar que pena pecuniária é diferente de pena de multa. Esta é uma espécie de pena que pode ser aplicada isoladamente, alternadamente ou cumulativamente, o que normalmente é chamado de “dias-multa” e o seu valor arrecadado vai para o Fundo Penitenciário. Enquanto aquela tem natureza reparatória e se destina à vítima.

Para Nucci (2017, p. 253) a perda de bens e valores trata-se:

da perda, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, de bens e valores adquiridos lícitamente pelo condenado, integrantes do seu patrimônio, tendo como teto o montante do prejuízo causado ou o proveito obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime, o que for maior.

A aplicação de penas alternativas vem progressivamente aumentando em todo o Brasil em razão de se evitar a superlotação carcerária e substituir o encarceramento. Dessa maneira é necessário analisar as suas vantagens e desvantagens. Como vantagens pode se elencar: a diminuição da superlotação dos presídios; reduz a reincidência; diminui os gastos enormes que o Estado possui com cada preso, sendo assim ele poderia fazer outros investimentos em áreas mais defasadas e primordiais a exemplo da educação e da saúde; reduz a criminalidade e dessa maneira traz mais segurança para a população; Não atinge o agente infrator pelo convívio com os demais detentos, pois é notório que atualmente a maioria das cadeias brasileiras são uma “escola do crime” e por fim, beneficia entidades com a prestação de serviços gratuitos e etc.

O que os principais estudiosos brasileiros acreditam ser a principal desvantagem é no tocante à fiscalização do cumprimento das penas restritivas de direito. A efetiva execução de não-restrição da liberdade como pena é ainda um desafio muito grande para a política

penal atual. É necessário haver um mecanismo eficiente para fiscalização que transmita segurança tanto para a sociedade como para os operadores do direito.

Foram criadas algumas centrais de fiscalização em várias cidades do Brasil para fiscalizar os serviços prestados pelo condenado à exemplo da CEAPA (Central de Penas e Medidas Alternativas), CENAPA (Central Nacional de Apoio e Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas), CEPEMA (Central de Coordenação da Execução das Penas e Medidas Alternativas), CONAPA (Comissão Nacional do Programa de Penas e Medidas Alternativas) e etc.

A liberdade é um bem jurídico muitíssimo precioso para ser sacrificado sem necessidade, e a doutrina mundial acredita que a prisão não é o lugar mais propício para, nas palavras de Bitencourt (2015, p. 661) “empreender qualquer tentativa de reeducação ou tratamento terapêutico de problemas estruturais de personalidade”.

Portanto, resta claro que as penas alternativas surgiram como uma nova maneira de sanção dado que a utilização das penas privativas de liberdade aliadas ao sistema prisional brasileiro está fracassada, e que medidas alternativas também poderiam ser utilizadas nas relações familiares, especialmente nos casos de abandono afetivo.

4.3 O sistema alternativo de sanções e sua viabilização no direito civil

Nesse tópico agora abordará sobre a aplicabilidade das penas alternativas, institutos pertencentes ao Direito Penal no Direito Civil e como seria possível, visto que existe a independência das searas civil e penal.

Em um primeiro momento, é válido salientar que sanção e pena não são a mesma coisa, são distintos. Conforme a doutrina, pode-se dizer que a sanção é consequência positiva ou negativa estabelecida pelo ordenamento jurídico para determinada conduta realizada por uma pessoa. E a pena, como uma espécie de sanção, pois ao cometer um ato ilícito ocorre uma consequência negativa para o infrator. Dessa forma, infere-se que a sanção pode ser considerada um gênero e a pena uma espécie, pois a primeira possui um caráter mais abrangente do que a segunda.

É mister ressaltar a diferença entre sanção civil e a sanção penal. É notória a independência das esferas civis e penais, a separação delas agora do Direito, onde as sanções civis cuidam da reparação de danos a vítima, nos termos da responsabilidade civil e as sanções penais cuidam em aplicar a pena imposta ao ofensor pelo Estado, que detém o *ius puniendi*.

A utilização das penas alternativas seria cabível no Direito Civil? Sabe-se da independência das esferas, onde na penal, só há sanção se existir previsão legal, ou seja, tipos fechados, diferentemente do Direito Civil na qual existem tipos abertos e pode haver sanções que não possuem expressa cominação legal, entretanto na medida em que pode ser levada em consideração os princípios constitucionais, à luz de um direito civil constitucional, a possibilidade de uma sanção diversa.

Um outro ponto é se ocorreria uma dupla punição ao se utilizar da função punitiva, ferindo ao princípio da vedação do *bis in idem*, preceito basilar do Direito Penal; conforme alguns doutrinadores explicam que não, pois no caso do abandono afetivo, não existe tipificação legal, ou seja, não há crime e por isso o sujeito infrator não seria punido duas vezes.

Inclusive, como já abordado anteriormente, existe um projeto de lei que visa a criminalização do abandono afetivo. O projeto de lei n. 700/07 de autoria do então deputado Marcelo Crivella resultaria uma mudança no Estatuto da Criança e do Adolescente haveria uma imposição ao pai ou a mãe que deixar de prestar assistência afetiva ao filho(a), seja pela convivência, seja pela visitação periódica, tornando ilícita a conduta, cabível a reparação de danos, independentemente de outras sanções apropriadas, a ação ou omissão que viole direitos fundamentais de criança ou de adolescente sob pena de detenção de um a seis meses.

4.4 Sanções alternativas para o abandono afetivo

Assim como o Direito Penal existiu a necessidade de buscar novas maneiras de penalizar o agente infrator da norma jurídica, em razão da insuficiência das penas privativas de liberdade, seja por não cumprir seu papel ressocializador, seja pela não diminuição da reincidência, portanto, não atingindo a sua função educativa, seja pelo seu alto custo, e assim surgiram as penas alternativas, denominadas de penas restritivas de direito.

Para alguns especialistas a reeducação e a ressocialização do infrator são mais eficientes e eficazes quando se utiliza das penas alternativas, cumprindo dessa forma a função da pena. Isso porque além de serem mais humanas, visto que o apenado não perde o convívio social, e para o Estado, se torna mais eficaz a utilização das penas alternativas por serem menos onerosa, na medida que o custo de manutenção do sistema carcerário é altíssimo.

Faz-se necessário o Direito Civil procurar novas formas de reparação do dano, além da indenização pecuniária nos casos de abandono afetivo, uma vez que esta não é suficiente e eficaz para a satisfação da vítima.

A utilização da função punitiva é imprescindível nesse momento, uma vez que objetiva punir o agente que cometeu o ato ilícito de forma mais enérgica e evitar que ocorra a reincidência e a prevenção, na medida que não incentiva a outros a cometer o mesmo ilícito. Nesse sentido, Thais Venturi citando Maria Cecília Bodin de Moraes, preleciona:

“não são poucos os que afirmam que a satisfação do dano extrapatrimonial, visa, além de atenuar o sofrimento injusto; desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo.” (Moraes, 2004, p. 47 *Apud* Venturi, 2006, p. 167)

Tendo em vista que o princípio da dignidade da pessoa humana seja um princípio vetor da Carta Magna brasileira, e toda interpretação e preceitos deve ser orientados por essa máxima, faz se necessária novas maneiras de reparação de danos para a satisfação da vítima nos casos de danos morais, a exemplo do abandono afetivo, devido a insuficiência da indenização pecuniária como forma de restituição (sanção).

Quando um filho chega até as vias de uma ação indenizatória, é porque não existe mais uma relação familiar, e dessa forma nem uma indenização em dinheiro seria capaz de restaurar essa relação familiar, dessa maneira não sendo eficaz e eficiente a reparação.

Voltando a ideia de sanção, se por exemplo um genitor condenado ao pagamento de indenização, mas não possui uma condição financeira econômica boa é a mesma coisa que afirmar que não há o cumprimento da sanção, pois a restituição não será feita. Ou no oposto, se o genitor detiver uma boa situação econômica ao pagar a indenização não terá o efeito de punir e educar como se deveria, ocorrendo dessa forma o seu favorecimento, sendo a assim a sanção não foi eficaz.

Sabe-se que no direito penal, ao ocorrer o descumprimento de uma pena restritiva de direito, ou seja, uma pena alternativa, o ordenamento jurídico brasileiro já prescreve o retorno para as penas privativas de liberdade, dessa forma voltam ao regime carcerário, conforme o artigo 44, § 4º do Código Penal. Entretanto, surge a indagação: se essas medidas alternativas fossem aplicadas pelo direito civil, em especial, no abandono afetivo, objeto dessa pesquisa, o que iria ocorrer, caso o descumprimento aconteça?

Inicialmente, surge a ideia de aplicação de multa, como uma solução aceitável, visto que cumpre com os requisitos preestabelecidos da responsabilidade civil e com o direito

das obrigações. Porém, incorre no mesmo problema de se utilizar de uma medida pecuniária em casos de dano extrapatrimonial, que em alguns casos não atingem o objetivo desejado, qual seja, a punição imposta ao agente infrator e o efeito desestimular para a sociedade, uma vez que o critério pecuniário para aquele que possui renda suficiente para arcar com tal punição, não irá, de fato, influir na sua vida, tornando-se uma medida ineficaz. Já para aqueles que não detém uma boa vida financeira, não há punição, devido ao não pagamento e conseqüentemente a vítima sente que a resposta oferecida pela Justiça não foi suficiente para solucionar o seu caso, gerando um sentimento de impotência.

As astreintes, ou multas diárias aplicáveis a cada dia por descumprimento de uma ordem judicial, não possui previsão normativa no que diz respeito aos valores a serem estabelecidos para tais multas. Entretanto, a jurisprudência pátria entendeu que devem ser arbitrados pelo magistrado à luz das circunstâncias do caso concreto, bem como conforme aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Adicionalmente, é válido salientar que as referidas astreintes podem ser aplicadas pelo magistrado tanto de ofício quando provocado a requerimento da parte. Portanto, por mais que recorrer ao critério monetário não seja totalmente satisfatório, ainda pode ser considerada uma solução viável no atual arcabouço jurídico pátrio.

Agora, nos subitens abaixo, serão analisadas as medidas alternativas que poderiam ser utilizadas como sanção nos casos de abandono afetivo, como modo de complementação à indenização pecuniária.

4.4.1 Realização de terapia coletiva ou individual

Um tipo de sanção seria a Terapia Familiar Sistêmica, criada na Califórnia nos Estados Unidos, nesse tipo de terapia não se busca o culpado nem tão pouco, individualizar as condutas isoladamente. A terapia, pois tão somente tenta arrumar os efeitos, de forma que não se culpem os envolvidos pois é mais importante harmonizar a família do que ficar procurando culpados, uma vez que sob a ótica terapêutica, isso não leva a lugar nenhum pois não há que se falar em culpa, visto que não se busca a causa.

Nas sessões terapêuticas familiares não podemos apontar culpas, o psicólogo nesses casos se torna o “juiz” e por muitas vezes as pessoas se sentem sendo julgadas, sendo assim o processo tradicional da terapia frequentemente são abandonados. Por isso a terapia familiar sistêmica tem-se sua abordagem com o foco no processo da desculpabilização. Não

significa em “retirar o sintoma, mas resituá-lo em um novo contexto” nas palavras do psicólogo.

Em suma, de acordo com Cavalcante (2000) “A Terapia Familiar Sistêmica propõe a busca da função. A pergunta passa a ser: qual a função desse sintoma? Ele serve a que? O que é que ele sustenta? A grande tarefa do terapeuta não seria o de eliminar o sintoma, mas compreender ao que ele serve”

Essa linha de abordagem, no Brasil, vêm sendo aplicada tanto nos conflitos familiares como nos conjugais. Por ter uma maneira mais lúdica, divertida, nesse sentido a terapia instiga novos estímulos que se tornam mais eficazes para renovar as relações familiares.

Essa abordagem terapêutica para os casos do abandono afetivo seria inovadora visto que seria interessante essa linha visando não apenas a culpa, onde o genitor que abandonou e o filho abandonado teriam uma nova “chance” para recomeçar a relação familiar, em um ambiente seguro e controlado, em que as desavenças, mágoas e intrigas são deixadas um pouco de lado, óbvio que não se pode forçar o amor, mas pode tentar restaurar aos poucos esse vínculo, tão importante na vida de um indivíduo.

4.4.2 Prestação de serviços comunitários

Uma nova forma de compensação seria a utilização de prestação de serviços comunitários em orfanatos e abrigos para crianças e adolescentes para que pelo menos ele se conscientize acerca do prejuízo causado ao filho e mesmo que não tenha a reaproximação entre os dois, uma vez que o afeto não pode ser cobrado, por ser um sentimento, ao algo subjetivo, nesse sentido a Ministra do STJ Nancy Andrichi brilhantemente preleciona “Amar é uma faculdade, cuidar é dever”, mas pelo menos ele tendo esse tipo de sanção vai se ter uma melhor noção dos traumas gerados.

4.4.3 Fornecimento de cestas básicas

O fornecimento de cestas básicas, como uma espécie de pena alternativa, seria uma outra opção viável para os casos de abandono afetivo, pois na medida em que ao genitor negligente seja responsável pelo pagamento e distribuição de cestas básicas para orfanatos, abrigos e lares que cuidam de crianças e adolescentes, ele veja a real situação em que esses menores vivem e o sofrimento que as geraram por terem sidos abandonadas por seus pais

biológicos e portanto, entender que o que fez é moralmente e juridicamente errado, passando por essa experiência para não mais cometer o mesmo erro.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar sobre o abandono afetivo e seus desdobramentos na seara jurídica. Inicialmente foi feito um estudo sobre o instituto da família e suas mudanças de configurações ao longo da história, e depois foi abordado o abandono afetivo e suas problemáticas para o direito atualmente e por fim, foi analisado novas maneiras de reparar o dano nos casos do abandono afetivo, utilizando-se da contribuição das penas alternativas do direito penal.

Atualmente o estudo do abandono afetivo tem obtido o merecido destaque para discussão tanto na sociedade civil, como entre os operadores do direito. Em face do crescente número desses abandonos e as consequências nefastas morais e psicossociais causadas aos indivíduos que foram afetados pelo distanciamento dos seus genitores, sendo assim necessária medidas reparadoras para vítima abandonada e a responsabilização daqueles que cometeram o ato ilícito.

Família é um local de realizações pessoais, a busca da felicidade. Como foi tratado na presente pesquisa, o instituto da família passou por diversas transformações, configurações e conceitos ao longo da história. Em um primeiro momento, nas sociedades primitivas eram aqueles agrupamentos de pessoas para conseguir sobreviver através de atividades rudimentares e a noção da procriação.

Depois surgiu a ideia da família em torno do pater famílias, o homem mais velho, que detém o poder e responsabilidade sobre todos aqueles que ao seu redor, possuindo um caráter extremamente patriarcal, uma vez que a mulher só possuía as funções de donas de casa e para procriação, elas não possuíam voz, primeiro eram subordinadas ao seu pai, depois seu marido e depois o pater família, sendo assim durante muito tempo a família possuía um caráter patriarcal, machista e patrimonialista.

Por muito tempo se teve como ideia de família aquela formada a partir do matrimônio, e aqueles que não se encaixavam nessa estrutura familiar, sofriam diversas discriminações, preconceitos e viviam à margem na sociedade.

Hoje em dia, com a mudança de paradigma de valores sociais, políticos etc. pode-se afirmar que a Carta Magna brasileira ao instituir o princípio da dignidade humana elencado no artigo 1º, inciso III como princípio norteador, é considerado um guia dos diversos princípios presente no texto constitucional, sendo assim é necessário que toda noção jurídica seja abalizada sob sua ótica, dessa forma privilegiando os aspectos pessoais mudando a visão patrimonialista para proteção da pessoa. E ao privilegiar a dignidade da pessoa humana como

valor estrutural, surgiram diversos princípios nesse véis para privilegiar a vida humana, dentre eles a solidariedade familiar, a convivência familiar, a igualdade entre os filhos e os cônjuges, melhor interesse da criança e do adolescente e sua proteção integral.

Dessa forma, como se pode ver na presente pesquisa, a família é a base da sociedade de acordo com o texto constitucional. É pautada no carinho, no afeto, no respeito, nos objetivos de vida em comum, e visando uma vida digna e sadia para as crianças e adolescente, os pais, enquanto genitores, precisam cumprir as suas funções, de educação, orientar, cuidado, carinho etc., deveres elencados na carta magna e provenientes do Poder Familiar, Portanto, não apenas proporcionar assistência material, mas também assistência moral, afetiva.

O abandono afetivo é considerado o distanciamento do pai ou da mãe para com o filho, que causam sérias consequências materiais, e principalmente morais e psicológicas, que podem perdurar por toda a vida. Na sua acepção jurídica, o instituto é considerado o inadimplemento das obrigações jurídicas presentes no ordenamento jurídico, a exemplo dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, art. 4º do ECA dentre outros, nesse sentido o jurista Paulo Lôbo preleciona “o abandono afetivo é o descumprimento dos deveres jurídicos de paternidade” (2009, p. 312).

A partir disso, surgiu o debate se é cabível uma indenização por abandono afetivo. Como bem destacado na pesquisa, não se pode cobrar o afetivo, sentimento subjetivo do ser humano, não se pode cobrar ninguém a amar outrem, porém pode cobrar o que se denomina de afetividade, que são aqueles deveres constituídos no Poder Familiar.

De um lado aqueles que argumentam que pode sim, visto que o abandono afetivo é justamente descumprimento das obrigações jurídicas decorrentes do Poder Familiar, é considerado um dano moral, pois atinge o lado psicológico de ser humano, algo interno, e ao violar esses deveres incorre em ato ilícito e por isso é cabível a indenização conforme os artigos 186 e 927 do Código Civil.

Já a corrente doutrinária contrária afirma que não é possível cobrar o afeto, porque o pai ou a mãe não são obrigados a amar seu filhos, e devido a isso não gera um ato ilícito, um dos requisitos básicos para que ocorra o dever de indenizar, além do nexo de causalidade e o dano. Ademais, argumentam que esse tipo de indenização geraria uma monetarização do afeto, visto que o judiciário receberiam milhares de ações, exigindo a reparação dos danos sofridos. Dessa celeuma, a doutrina majoritária e a jurisprudência nacional adotaram que é possível a indenização por abandono afetivo, como bem disse a Ministra Nancy Andrighi “amar é uma faculdade, cuidar é dever”.

Nesse sentido surgiu o problema da mensuração do dano moral, uma vez que como estabelece o artigo 944 do Código Civil, a indenização se mede pela extensão do dano. Para bens materiais é fácil a sua mensuração, pois é quantificável, quando não poder ser restituído, se pagará uma indenização em pecúnia, utilizando-se de critérios estabelecidos pela doutrina nacional. Entretanto, para bens morais, em especial direitos de personalidade, a situação muda de figura, pois como não são coisas palpáveis, presentes no mundo externo, é difícil sua quantificação e precificação. Ainda é um ponto sensível entre os estudiosos do direito, o que se adota hoje em dia é a ponderação de valores através da proporcionalidade e razoabilidade, para não tornar uma “indústria de danos”.

O abandono afetivo tem como principal sanção, a indenização pecuniária, que sem dúvidas o dinheiro traz um afago para as vítimas abandonadas, entretanto não responsabiliza de maneira contundente o agente infrator. Como foi visto, a doutrina insiste em reparar o dano moral com uma indenização pecuniária, ou seja, com um bem patrimonial, por isso é necessário ir além da prestação pecuniária, que em muitos casos foi demonstrado insuficiente para a resolução do problema.

A função punitiva pedagógica da responsabilidade civil entra em cena nesse momento, para punir de maneira contundente aquele que cometeu o ato ilícito e dissuadir os outros a não fazer o mesmo diante de situação parecida. Inclusive como foi abordado no segundo capítulo existem projetos de lei para sancionar o abandono afetivo, a exemplo do projeto de lei n.700/2007, 3212-A/2015 que visam respectivamente a criminalização do abandono afetivo na seara penal, e um ilícito civil no direito civil, além do projeto de lei 3145/2015, que prevê a exclusão da herança por deserdação em casos de abandono afetivo, utilizando-se como base o artigo 1.638, inciso II, que dispõe a perda do poder familiar em casos de abandono dos filhos.

Por todo o exposto, são necessárias novas medidas reparadora para os casos de abandono afetivo. Utilizando-se do direito penal e suas penas alternativas, no capítulo terceiro foi analisado um estudo sobre essas penas alternativas, sua origem e suas características gerais. Uma vez que a principal sanção que o sistema penal teve por muito tempo foi a pena de prisão restringindo a liberdade do indivíduo, valor jurídico indispensável, ademais no território nacional percebeu-se a falência do sistema prisional, na medida em que esse encarceramento não cumpre duas das principais funções da pena, sendo elas a ressocialização e evitar a reincidência, não há estrutura física e social para tal, a superlotação dos presídios, e não menos importante o alto custo de manutenção desse sistema para o Estado, para as penas

serem cumpridas de forma satisfatória, foram criadas as chamadas as penas restritivas de direito, ou comumente chamadas de penas alternativas.

Uma das principais vantagens das penas alternativas é o retorno do apenado ao convívio em sociedade, a diminuição de custos da estrutura carcerária, e a última, mas não menos importante, a ressocialização e a reeducação do agente infrator de uma maneira mais efetiva e eficaz.

Mas daí surge a questão se essas medidas alternativas podem ser utilizadas no direito civil, em especial nos casos de abandono afetivo. Como visto, a seara civil é independente da esfera penal, não seria uma violação ao princípio da vedação do bis in idem, visto que ainda não existe a tipificação do abandono afetivo como crime, dessa forma não estaria punindo o agente infrator duas vezes. Portanto, pode sim ser utilizadas no campo privado, pois o direito penal possui um tipo fechado, ou seja, só pode ser aplicado aquilo que houver expressa previsão legal, diferentemente do direito civil que possui um tipo mais aberto e que pode utilizar-se de medidas não previstas em lei, mas se forem de acordo com os princípios do direito, é possível sua aplicação.

Seguindo a ideia de que a indenização pecuniária é insuficiente em casos de abandono afetivo, e da mesma maneira que surgiu a necessidade de o direito penal de criar medidas alternativas à pena de prisão, é preciso que o direito civil se utilize de novas formas de reparar o dano nos casos do abandono afetivo.

Partindo dessa lógica, portanto, foi analisado a possibilidade de aplicação das penas alternativas nos casos do abandono afetivo, tais como: a prestação de serviços comunitários em orfanatos e lares que cuidam de crianças e adolescentes, fornecimento de cestas básicas para crianças e adolescentes em situação de abandono, e a terapia coletiva e individual. É necessário frisar que, essas medidas apesar de não apagar os transtornos psíquicos à criança ou adolescente que foi abandonada, trará um afago a sua alma, e ocasionará uma punição aos genitores que abandonaram seus filhos um dia. E todas essas medidas alinhadas com a ideia de uma sociedade justa e pacífica, visando a dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança e do adolescentes.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e Alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 26 out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 de dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 15 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01 de set. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei nº 700/2007**. Projeto de lei que visa criminalizar o abandono afetivo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 05 de set. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei nº 3145/2015**. Projeto de lei que acrescenta inciso aos artigos 1.962 e 1.963 da Lei nº 10.406, de 2002, Código Civil, de modo a possibilitar a deserção nas hipóteses de abandono. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1805805>. Acesso em: 10 de set. 2023.

BRASIL. **Projeto de lei nº 3212-A/2015**. Projeto de lei que altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 10 de set. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1159242/SP**. Civil e Processual Civil. Família. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. Ministra Relatora: Nancy Andrighi. 10 maio 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1159242&b=ACOR&p=true&l=10&i=7>. Acesso em: 07 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº 757411/MG**. Responsabilidade Civil. Abandono Moral. Reparação. Danos Morais. Impossibilidade.

Ministro Relator: Fernando Gonçalves. 27 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=757411&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>. Acesso em: 07 ago. 2023.

BRAZAO, José Carlos Chaves. A Implicação do Afeto na Psicologia do Desenvolvimento: uma Perspectiva Contemporânea. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 35, n. 2, p. 342-358, abr.-jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932015000200342&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 05 ago. 2023.

CALAFIORI, Loyanne Verdussen de Almeida Firmino. **O valor jurídico do abandono paternal à luz do princípio da afetividade**: o direito do lado esquerdo do peito. Orientador: Doutor Nivaldo dos Santos. 2015. 133 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2369493#. Acesso em: 01 mai 2023.

CAVALCANTE, Antonio Mourão. **Quando a família vai à terapia**. Disponível em: <http://priority.com/psych/mour0400.htm>. Acesso em: 27 set. 2023.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Pai! Por que me abandonaste?** 2012. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_590\)pai._por_que_me_abandonaste.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_590)pai._por_que_me_abandonaste.pdf). Acesso em: 12 maio 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplinar sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas**. Belo Horizonte: Dey Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos**: além da obrigação legal de caráter material. 2005. Disponível em: http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.doc. Acesso em: 12 maio 2018.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, n 3, p. 35-41, jul./set. 2000. ISSN 1517-6290.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGLENDER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. **Revista da Justiça Federal: CEJ**, Brasília. v.9, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. ISSN 1414-008X

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 17. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Wanessa de Figueiredo Giandoso. **Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno/materno filial**. Orientador: Doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues. 2014. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1582663#. Acesso em: 01 maio 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A afetividade como fonte de obrigação jurídica. **Revista Consultor Jurídico**. Jun. de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-26/rodrigo-cunha-pereira-afetividade-obrigacao-juridica>. Acesso em: 15 maio 2023.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÁ, Rodrigo Moraes. **O caráter punitivo das penas alternativas**. 2013. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Ocarterpunitivodaspenasalternativas2013.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**. v. 6, n. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005. ISSN 2594-4932.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Reparação não pecuniária dos danos morais**. *In*: DE PAULA, Fernanda Pessoa; MENEZES, Iure Pedroza; CAMPELO, Maria Cristina Barbosa (Coords).

Direito das obrigações: reflexos no direito material e processual: obra em homenagem à Jones Figueredo Alves. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família.** 2012. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> Acesso em: 20 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 7. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **Dano Moral.** 8. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **A responsabilidade civil e sua função punitivo pedagógica no direito brasileiro.** Orientador: Eroulths Cortiano Junior. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35934> Acesso em: 23 out. 2023

WINNICOTT, Donald Woods. **Playing and Reality.** Nova Iorque: Tavistock Publications, 1971.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediouro da Língua Portuguesa.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ediouro, 2000.