

PARECER N° , DE 2015

Da COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado (PLS) n° 700, de 2007, do Senador Marcelo Crivella, que *modifica a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”)* para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

Relator: Senador **PAULO PAIM**

I – RELATÓRIO

Vem ao exame desta Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) o Projeto de Lei do Senado (PLS) n° 700, de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, que pretende modificar a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal.

A primeira alteração é o acréscimo de dois parágrafos ao art. 4º do ECA, que trata de deveres gerais que têm a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público para com crianças e adolescentes. O acréscimo modula o comando do *caput* do art. 4º, na medida em que especificamente se dirige aos pais, e não apenas à “família”.

A proposição segue, alterando agora o art. 5º do ECA para acrescentar que a inobservância de direito fundamental previsto no Estatuto é “conduta ilícita”, isto é, ato contra a ordem jurídica, conforme definido pelos artigos 186 e 187 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). O texto destaca, especificamente, o “abandono moral” como ato ilícito. O efeito mais previsível da mudança proposta é o da responsabilização civil, com reparação pecuniária, dos pais que tiverem, injustificadamente, “abandonado moralmente” filhos.

Em seguida, e sempre no mesmo sentido, a proposição acrescenta ao *caput* do art. 22 do ECA, que elenca deveres dos pais para com os filhos, ditames de convivência e de assistência moral e material, como forma de assegurar efetividade ao comando constitucional a esse respeito (art. 227).

A mudança seguinte que o projeto traz é a troca da expressão “poder familiar” pela expressão “pátrio poder”. É sabido que essa alteração terminológica foi solução adequada a grandes problemas de tensão de gênero e de igualdade de papéis entre homens e mulheres. A expressão está presente em dezenas de outras passagens do ECA, que não são objeto da proposição. O projeto data de 2007, e a inclusão da expressão “poder familiar”, no ECA, é de 2009.

A seguir, o projeto acrescenta um dispositivo, o inciso IV, ao art. 56 do ECA, que incumbe os diretores de escola a comunicar casos de lesões de direitos ao Conselho Tutelar. Passam a ter também a incumbência de denunciar os casos de negligência, abuso ou abandono conforme as novas definições propostas, isto é, referentes ao abandono moral.

Em seguida, o projeto altera o art. 58 do ECA, que versa sobre os valores que deverão ser respeitados no processo educacional de crianças e adolescentes, para acrescentar as ideias de valores “morais, éticos” às já vigentes de valores culturais, artísticos e históricos, em conformidade com o sentido geral do projeto, que visa dar concretude ao *Princípio Constitucional da Proteção Integral* (art. 227).

A proposição altera ainda o parágrafo único do art. 129, referente às medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, apenas para determinar que a aplicação das medidas observe não somente o disposto nos arts. 23 e 24, mas também o disposto no art. 22, que o mesmo projeto tratou de alterar para incluir a convivência e a assistência material e moral entre as incumbências dos pais, em consonância com a doutrina da proteção integral estatuída pela Carta Cidadã (art. 227).

À frente, o projeto propõe alterar a redação do *caput* do art. 130 para incluir a ideia de “responsável” entre os que podem ser afastados da moradia comum. A redação proposta ao art. 130 também inclui a negligência como hipótese que enseja o afastamento do agressor ou responsável da moradia comum. Tais medidas se prestam a ocupar lacunas indesejáveis no ECA.

Por fim, o PLS nº 700, de 2007, acrescenta o art. 232-A ao ECA, para tipificar como crime o abandono moral, punível com detenção de um a seis meses.

Na justificção, o autor do projeto argumenta que “a Lei não tem o poder de alterar a consciência dos pais, mas pode prevenir e solucionar os casos intoleráveis de negligência para com os filhos”.

O projeto foi objeto de análise pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), tendo sido por ela aprovado com a inclusão de seis emendas. O próprio autor fez uma emenda ao projeto, objetivando o seu aperfeiçoamento com a alteração do art. 1.589 do Código Civil, que trata dos direitos e deveres do pai em cuja guarda não estejam os filhos, propondo a substituição da expressão “poderá visitá-los e tê-los em sua companhia” por “deverá visitá-los e tê-los em sua companhia” (Emenda nº 01-CCJ). A segunda emenda refere-se à adequação da emenda; a terceira, à troca da expressão “assistência moral” por “assistência afetiva”; a quarta, à troca da expressão “abandono moral” por “abandono afetivo”; a quinta, à **supressão da proposta de inclusão de artigo no ECA que criminaliza o abandono**; e, por fim, a sexta emenda da CCJ suprime, do art. 2º do PLS nº 700, de 2007, a proposta de alteração do art. 24 da Lei nº 8.069, de 1990,

mantendo a redação em vigor quanto à perda e à suspensão do “poder familiar”, e não do “pátrio poder”.

Essas emendas resultaram do entendimento de que a expressão “abandono moral” não é a mais adequada para batizar o novo ilícito. De fato, “embora não conste expressamente do Código Penal (CP), a doutrina e a jurisprudência costumemente a empregam como *nomen juris* do crime previsto pelo art. 247 do CP”. A CCJ aprovou o seu Parecer atribuindo a essa conduta o nome jurídico de “abandono afetivo”, embora tenha decidido rejeitar a criminalização da conduta.

Vale lembrar que o referido dispositivo é dirigido aos pais que permitam a frequência de menor de 18 anos em casa de jogo, casa de prostituição ou espetáculo ofensivo ao pudor, bem como a convivência com pessoa viciosa ou de má vida e a prática da mendicância. Assim, a CCJ, com a finalidade de evitar indevida confusão de institutos, propôs o uso de “abandono afetivo” para designar a deficiente convivência da criança ou adolescente com seu genitor.

Também, a CCJ aprovou a retirada da menção ao art. 24 do ECA, por desnecessária. O atual texto do Estatuto é idêntico ao proposto no projeto que, por essa razão, foi retirado por meio de emenda aprovada naquele colegiado. Contudo, merece ser ressaltado que o PLS 700, de 2007, antecedeu a edição da Lei nº. 12.010, de 02 de agosto de 2009, que dentre outras alterações, substituiu a expressão “pátrio poder” por “poder familiar”, substituição essa que era objeto daquele dispositivo da proposição em exame.

Por fim, a CCJ suprimiu do projeto o novo art. 232-A, que seria acrescido ao ECA. Esse dispositivo previa a detenção de um a seis meses àquele que deixar, SEM JUSTA CAUSA, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, prejudicando o desenvolvimento psicológico e social.

A decisão desta CDH tem caráter terminativo. Não foram apresentadas emendas perante esta Comissão.

II – ANÁLISE

Compartilho do entendimento da CCJ que considerou a matéria tratada no PLS nº 700, de 2007, isenta de quaisquer vícios de constitucionalidade formal ou material. A matéria está, sim, compreendida no campo da competência legislativa privativa da União para legislar sobre Direito Civil e Direito Penal, consoante dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Ademais, seu autor possui legitimidade para iniciar o processo legislativo, nos termos do *caput* do art. 61 da Carta Magna.

Cabe à CDH opinar, nos termos do art. 102-E, do Regimento Interno do Senado Federal, sobre os aspectos relativos à garantia e à promoção dos direitos humanos e, também, à proteção à infância e à juventude. Por essa razão, a apreciação do PLS nº 700, de 2007, neste colegiado é pertinente.

Cabe reiterar que a CCJ promoveu alterações no texto original do projeto que ora analisamos, para “evitar indevida confusão de institutos”, conforme alerta o parecer daquele colegiado. De fato, “abandono moral” já designa, em boa parte da jurisprudência e da doutrina, a conduta dos pais que permitem a frequência de menor em casa de jogo, casa de prostituição ou espetáculo ofensivo ao pudor, bem como a convivência com pessoa viciosa ou de má vida e a prática de mendicância.

Segundo avalio, as alterações propostas na CCJ são pertinentes, inclusive a adoção dos termos “abandono afetivo” e “assistência afetiva” no lugar de “abandono moral” e “assistência moral”.

Na avaliação do mérito, observo, primeiramente, que o art. 1.638, inciso II, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono. Na prática, muitos juízes têm entendido esse abandono não apenas como o ato de deixar o filho sem assistência material, mas, também, como o DESCASO INTENCIONAL pela sua criação, crescimento e desenvolvimento. Merece registro, que a perda do poder familiar, lamentavelmente, se apresenta como prêmio a certos pais negligentes.

Contudo, a análise mais cuidadosa da matéria nos mostra que a caracterização do abandono afetivo como conduta ilícita ainda é bastante controversa, causando incerteza quanto à repressão a essa prática. Lembremos que, além do dever de guarda, os pais têm o dever, sempre que possível, de ter o filho em sua companhia (CF, art. 227), cumprindo uma

das funções familiares mais importantes para a formação da personalidade dos membros da família: a dedicação de atenção e afeto. E, mesmo sendo consenso que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, mas também de formação moral e afetiva, essa questão ainda não está regulada.

Dessa forma, apesar dos avanços trazidos pelo ECA, ainda faz-se necessário proteger nossas crianças e adolescentes contra o INTENCIONAL DESCASO AFETIVO, tão lesivo a sua formação.

Nesse contexto, consideramos que a responsabilidade dos pais pelos filhos não se resume exclusivamente ao dever de alimentar. Há, ainda, o dever dos pais de possibilitar a seus filhos o desenvolvimento humano pleno, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, entendo que a proposta corrige uma lacuna em nosso ordenamento jurídico e, por essa razão, é merecedora de nosso apoio.

Com efeito, a proposição de autoria do Senador MARCELO CRIVELLA tem o mérito de dar efetividade à Constituição Federal, que assim se pronuncia acerca dos deveres inerentes à paternidade:

“Art. 227. É DEVER DA FAMÍLIA, da sociedade e do Estado ASSEGURAR À CRIANÇA e ao adolescente, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à CONVIVÊNCIA FAMILIAR e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Dito isso, creio que a esperada conversão em lei da proposição em exame dará efetividade ao “PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL”, erigido pelo ART. 226, § 7º DA CARTA CIDADÃ. Muito embora o comando esteja insculpido em dispositivo que trata precipuamente do planejamento familiar, a expressão “paternidade responsável” tem mais de uma conotação.

Realmente, o dispositivo em apreço poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir, responsável e conscientemente, sobre ter ou não filhos, assim como, quantos filhos as pessoas desejam ter. Mas

também **DEVE SER INTERPRETADO SOB O ASPECTO DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS PARA COM OS FILHOS**, ou seja, o **dever parental**.

A esse respeito, oportuno trazer à colação a percuciente análise do eminente **Ministro CARLOS AYRES BRITTO**, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, sobre aquele dispositivo:

“O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera de modo binário, o que propicia a base constitucional para que um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à liberdade (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva.”.

(ADIN 3.510; “A Constituição e o Supremo”; 3ª ed.; Secretaria de Documentação do STF; Brasília; 2010; pág. 1360)

Por abundância, merece registro que o Estado Brasileiro é signatário de compromissos firmados por consenso internacional, que em nosso ordenamento legal ganham *status* de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º), que também apontam para a necessidade de aprimoramento das normas legais assecuratórias dos direitos das nossas criança e adolescentes, inclusive um adotado há mais de meio século, vejamos:

Declaração dos Direitos da Criança

Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº. 99.710/1990

PRINCÍPIO 2º

A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral,

espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança.

.....

PRINCÍPIO 6º

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. (...)

PRINCÍPIO 7º

(...)

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990

.....

ARTIGO 9

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

Importa lembrar que, hoje, qualquer relação parental em que haja sofrimento ou mágoa é passível de gerar pagamento de indenização. Inclusive, recentemente, para ser mais preciso, em maio de 2012, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fez uso dessa tese ao decidir que um pai deverá pagar indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo de sua filha. Essa decisão indica que os danos decorrentes das relações familiares não podem ser diferenciados dos ilícitos civis em geral. A relatora nesse processo no STJ, Ministra Nancy Andrighi, foi clara em sua decisão:

“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisdado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, AMAR É FACULDADE, CUIDAR É DEVER.”**

Vencida a questão do mérito da proposta, insta registrar que, em relação à caracterização de ilícito penal do “abandono afetivo”, capítulo ante o parecer da CCJ, que a rejeitou. Entretanto, essa aquiescência se motiva mais por uma conveniência do que pela contrariedade a essa

tipificação. Percebo que a enorme resistência oposta poderá inviabilizar a aprovação do restante da proposta, razão pela qual acolho tal rejeição.

Há pouco o Superior Tribunal da Justiça (STJ) repelia o reconhecimento do direito à indenização ao filho **INJUSTIFICADAMENTE** abandonado pelos pais. Na mesma árida oportunidade a proposta em análise foi apresentada ao Senado Federal, o que acabou refletindo de forma negativa em sua tramitação. Hoje o STJ evoluiu, convencido de que ela é devida.

Daí, espero que, em breve, também se reconhecerá, o “Abandono Afetivo” ao lado do “Abandono Material” (Código Penal, art. 244) e do “Abandono Intelectual” (art. 246). Mas, por ora, convém que se proceda ao menos os possíveis aperfeiçoamentos na legislação civil, muito embora isso não corresponda à toda extensão do dever decorrente da fixação do “princípio da paternidade responsável” na Carta Magna.

Assim, proponho manter suprimida a imposição de pena de um a seis meses de detenção para aqueles que deixarem, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos.

Finalmente, julgo que a **Emenda nº 1 – CCJ**, que torna obrigatória a visita dos pais aos filhos, e também a convivência, **não merece prosperar** e, por essa razão, não deve ser acolhida por este colegiado.

III – VOTO

Em face do exposto, concluímos este relatório com voto pela **aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007**, com as **Emendas nºs. 2 a 6** adotadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Sala da Comissão, 09 de setembro de 2015.

Senadora Angela Portela, Presidente Eventual

Senador Paulo Paim, Relator