

# Abandono Moral

Simone Ramalho Novaes

*Juíza de Direito do TJ/RJ.*

A questão do abandono moral ainda é bastante polêmica e demanda prudência e cautela na análise do caso concreto.

As regras de experiência comum ensinam que as separações dos casais, na maioria das vezes, são tormentosas e acabam gerando aos filhos havidos da união dificuldades no trato com o cônjuge que não detém a guarda, seja por sentimentos de ódio e vingança que lhes são transferidos por seus genitores, seja pelo abandono moral de um destes.

Em sendo assim, faz-se necessária uma maior atenção do Judiciário ao apreciar e julgar pedidos de indenização com fundamento em abandono moral de genitor, a fim de que a decisão não sirva somente de instrumento de vingança, mas sim de reparação de um dano, de fato, suportado, com prejuízos para a formação da personalidade e identidade da criança.

O tema, como já dito, demanda inúmeras discussões e diferentes decisões, sendo que nossos E. Tribunais Superiores ainda não firmaram entendimento predominantemente favorável à questão, existindo apenas alguns julgados nos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

O E. Superior Tribunal de Justiça, de igual modo, firmou entendimento contrário à questão; todavia, em recente julgado, o Ministro Barros Monteiro ficou vencido quando do julgamento do REsp. nº 757411/MG (4ª Turma, Relator Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/11/05, DJ27/03/06, p. 299), por entender devida indenização ao filho abandonado moralmente por seu pai.

Salientou o Eminentíssimo Ministro existir conduta ilícita do genitor que, ao lado do dever de assistência material, teria o dever de dar

assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e dar-lhe o necessário afeto, posto que, do contrário, afrontaria o disposto no art. 159, do CC/16.

Inobstante posicionamentos em sentido contrário, entendo ser perfeitamente possível a condenação a indenização por abandono moral de genitor, que encontra guarida em nossa legislação pátria.

A anterior concepção de família teve como antecedente o modelo proveniente da civilização romana. O *pater familias* detinha o papel de senhor, sendo possuidor de todos os direitos e bens da família de que era o titular.

O Código Civil de 1916 adotou a expressão "pátrio poder" como definição da autoridade exercida pelos pais sobre os filhos menores, mas foi com a promulgação da Constituição da República de 1988 que avançamos no tema. O princípio da dignidade da pessoa humana erigido neste ordenamento jurídico ensejou que as relações familiares passassem a ocorrer de acordo com a importância e individualidade de cada membro, a começar pelo estabelecimento da igualdade entre homens e mulheres, inserido no art. 5º, inciso I.

Desta forma, a autoridade então exercida pelos pais transformou-se em poder de proteção com relação aos filhos.

No capítulo que trata da família, da criança e do adolescente, dispôs ser *"dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, 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"*. (art. 227 da CR).

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente, que reproduziu a norma constitucional, inserindo no art. 19 que: *"Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes"*. Pela norma supra transcrita constata-se que o direito a ser educado e criado no seio da família foi incluído entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente representa real avanço na garantia dos direitos menoristas estabelecidos pela Carta Magna, pois afastou, de uma vez, a concepção de menores como objeto de intervenção por parte de quem os represente ou guarde, posto que estes também são titulares de todos os direitos humanos.

E não poderia ser diferente, posto que a família é condição indispensável para que a vida se desenvolva regularmente, com a formação segura da personalidade do indivíduo.

Em comentários ao artigo do ECA, Maria do Rosário Leite Cintra, da Pastoral do Menor de São Paulo, assim se manifestou:

*"Desabrochar para o mundo inclui um movimento de dentro para fora, o que é garantido pelos impulsos vitais vinculados à hereditariedade e à energia próprias do ser vivo. Mas este movimento será potenciado ou diminuído, e até mesmo obstaculizado, pelas condições ambientais: 60%, dizem os entendidos, são garantidos pelo ambiente. Não basta pôr um ser biológico no mundo, é fundamental complementar a sua criação com a ambiência, o aconchego, o carinho e o afeto indispensáveis ao ser humano, sem o que qualquer alimentação, medicamento ou cuidado se torna ineficaz.*

*O ideal é que os filhos sejam planejados e desejados por seus pais e que estes possam garantir-lhes a sobrevivência nas condições adequadas. É fundamental, pois, que os adultos que geram a criança a assumam e adotem.*

*A família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há a iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo." (in Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado - Comentários Jurídicos e Sociais, 3ª edição, Malheiros Editores, p. 85).*

A legislação específica dispôs ainda, em seu art. 21, que: *"O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a*

*qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".*

E, complementa, incumbe aos pais *"o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais."* (art. 22 do ECA).

Em perfeita harmonia com as normas citadas, o novo Código Civil de 2002 estabeleceu que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos é conjunta, atribuindo-lhe o nome de "poder familiar", disciplinado nos arts. 1.630/1.638.

Ao adotar referida expressão, fixou a Lei Civil a autoridade aos componentes da família da criança, definida pela Constituição da República como entidade familiar, seja esta constituída pelo casamento, pela união estável, pela família natural ou substituta.

Desta forma, o poder familiar foi instituído visando a proteção dos filhos menores por seus pais, na salvaguarda de seus direitos e deveres.

Em sendo assim, analisando os diplomas legais citados, chega-se à conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.

A preocupação constante de alguns julgadores contrários à indenização por abandono moral é no sentido de que se estaria incentivando a "indústria do dano moral" ao conceder ao filho, abandonado pelo pai, indenização pecuniária.

Embora justificado o entendimento, e considerando que muitas vezes a intenção seja somente financeira, não se pode generalizar, sendo necessário examinar cada caso isoladamente.

A banalização do dano moral e a mercantilização das relações extrapatrimoniais irão sempre existir em um grande número de casos, valendo citar, como exemplos, algumas reclamações que crescem assustadoramente na Justiça, tais como, negativas individuais no SPC e SERASA, corte indevido no fornecimento de energia elétrica, bloqueio de conta e cartão de crédito sem que haja comprovado inadimplemento por parte do titular, bagagem extraviada, o sinal da loja que soa porque o balconista esqueceu-se de retirar o alarme do produto, a mercadoria que não foi entregue dentro do prazo estabelecido.

Enfim, inúmeras situações presenciadas pelos operadores do direito e que, na sua grande maioria, são interpretadas como ofensas à dignidade moral da pessoa.

Assim, não podemos deixar de entender que o abandono moral do genitor, o seu descaso com a saúde, educação e bem-estar do filho não possam ser considerados como ofensas à sua integridade moral, ao seu direito de personalidade, pois aí sim estaríamos banalizando o dano moral.

Se o pai não tem culpa por não amar o filho, a tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter cumprido com o seu dever de assistência moral, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei.

Ajunte-se a isso ser imperioso considerar, conforme assinala Silvio Rodrigues, que "*dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como questão mais relevante, porque as crianças de hoje serão os homens de amanhã, e nas gerações futuras é que se assenta a esperança do porvir*" (**Direito de Família**, volume 6, p. 368/371). Por essa razão é que o Código Civil de 2002 pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono, entendido este não apenas o ato de deixar o filho sem assistência financeira, mas também o descaso intencional pela sua criação.

É preciso atentarmos, ainda, para o fato de que "*temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade*", conforme assinalou o Eminentíssimo Des. Sergio Cavalieri em sua obra **Programa de Responsabilidade Civil**, concluindo que "*a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos.*" (obra citada, p. 94).

Portanto, violados esses direitos, hão de ser reparados pela via da indenização por dano moral.

Saliente-se, ainda, por ser de suma importância, que o indivíduo, muito antes do seu nascimento, quando ainda é gerado no útero materno, necessita de se abastecer não só de alimento, mas so-

bretudo de amor, para se desenvolver sadiamente, nascendo para o mundo e se tornando um homem/mulher seguro.

O que se pode concluir é que, mesmo a jurisprudência brasileira ainda sendo reticente à questão, a situação dos filhos abandonados por seus pais representa um dos maiores problemas sociais que assolam o País, e deve ser enfrentado sem temores e por todos os enfoques e órgãos públicos.

Dissertando sobre o tema, Maria Celina Bondim de Moraes assim se manifestou:

*O viés jurídico, já garantido pelo direito de família positivo, passa pela conscientização de que a lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicológica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Em caso de dano moral, determina também a Constituição, no art. 5º, X, que surge o dever de indenizar. Conseqüentemente, o abandono moral gera reparação. Este não é um raciocínio radical nem tampouco abstruso; ao contrário, parece límpido e em consonância com o tempo presente." (RBDF, nº 31, Jurisprudência Comentada, p. 66).*

Em conclusão, entendo que o abandono moral praticado por genitor caracteriza ofensa à dignidade do filho, por não ter tido a assistência paterna imprescindível ao seu desenvolvimento como cidadão, sendo, pois, indenizável.☰