

ABANDONO MORAL

Simone Ramalho Novaes

Juíza de Direito

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 necessário 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 na 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 a 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 a 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, pág. 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 de 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 8069/90 - 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 minoristas 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, pág. 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, incumbir 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. 1630/1638.

Ao adotar referida expressão fixou a Lei Civil à autoridade aos componentes da família da criança, definidas pela Constituição da República como entidades familiares, 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 a conclusão de ser perfeitamente possível a condenação por abandono moral de filho com amparo em nossa legislação.

A preocupação constante de alguns julgadores contrários a 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 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 ofensa a 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 possa ser considerado como ofensa 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, pág. 368/371). Por essa razão 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, pág. 94).

Portanto, violados esses direitos, não 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 se abastecer não só de alimento, mas sobretudo 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 a questão, a situação dos filhos abandonados por seus pais representa um dos maiores problemas sociais que assola 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 véis 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, surge o dever de indenizar. Consequentemente, 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, pág. 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.