

## Abandono moral – fundamentos da responsabilidade civil

*Nehemias Domingos de Melo*

### I – INTRODUÇÃO

Recentemente, o Judiciário foi instado a se manifestar sobre a questão de abandono moral, tendo surgido algumas decisões condenando pais que, independentemente de ter se desincumbido do ônus alimentar, faltaram com o dever de assistência moral aos seus filhos na exata medida em que se fizeram ausentes e, por via de consequência, não prestaram a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.

A questão é polêmica e controvertida, razão porque é preciso cautela e prudência para se analisar cada caso concreto. Não se pode esquecer que as separações de casais, no mais das vezes, se processam num clima de ódio e vingança. Nestas circunstâncias, a experiência tem nos mostrado que aquele que fica com a guarda da criança, quase sempre cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, não tenha acesso à criança. Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança daquele que detém a sua guarda isolada, de tal sorte que, em muitos casos, é a própria criança que passa a não querer ver a mãe ou o pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça.

Somente por essas razões, já se recomendaria cuidado na análise de procedência de pedido de indenização por dano moral com fundamento no abandono moral, porquanto não se pode transformar o Judiciário num instrumento tão somente de vingança pessoal, disfarçado sob o manto da necessidade de punir a falta de assistência moral à criança.

Como adverte a professora Teresa Ancona Lopez, é preciso cuidado para não transformar as relações familiares em relações argentarias, de tal sorte que dependendo de cada caso concreto, o juiz deverá ser sábio na aplicação do direito em face de postulações a esse título. Diz mais: “é preciso avaliar como a pessoa elaborou a indiferença paterna. Acredito que só quando ficar constatado em perícia judicial que o projeto de vida daquele filho foi truncado pelo abandono, configurando o dano psicológico, é que cabe indenização”. Em conclusão, alerta para o fato de que “é muito comum as mães jogarem os filhos contra os pais, quando o certo seria tentar preservar a imagem paterna” (Jornal do Advogado – OAB/SP – n° 289, dez/2004, p. 14).

O professor Álvaro Villaça Azevedo considera que “o descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença” (Jornal do Advogado – OAB/SP – nº 289, dez/2004, p. 14).

## II – DECISÕES DA JUSTIÇA

A primeira decisão sobre a matéria vem do Rio Grande do Sul, e foi proferida na Comarca de Capão de Canoas, pelo juiz Mario Romano Maggioni, que condenou um pai, por abandono moral e afetivo de sua filha, hoje com nove anos, a pagar uma indenização por danos morais, correspondente a duzentos salários mínimos, em sentença datada de agosto de 2003, transitada em julgado e, atualmente, em fase de execução. Ao fundamentar sua decisão o magistrado considerou que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança”. Concluindo que “a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos” (Espaço Vital, acesso em 11.01.2005, disponível em: <http://www.espacovital.com.br/colunaespacovital18062004a.htm>).

De destacar que o Ministério Público, tendo intervindo no feito por haver interesse de menor, manifestou-se contrário à concessão da indenização, conforme parecer da promotora De Carli dos Santos, cujo entendimento foi o de que a questão não poderia ser resolvida com base na reparação financeira tendo em vista que “não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor”. A ilustre promotora alertou ainda para os riscos do precedente: “senão, os foros e tribunais estariam abarrotados de processos se, ao término de qualquer relacionamento amoroso ou mesmo se, diante de um amor platônico, a pessoa que se sentisse abalada psicologicamente e moralmente pelo desamor da outra, viesse a pleitear ação com o intuito de compensar-se, monetariamente, porque o seu parceiro ou seu amor platônico não a correspondesse” (Ibidem).

Esta não é a única decisão tratando da matéria. Em recente julgado, o juiz da 31ª Vara Cível de São Paulo - Dr. Luis Fernando Cirillo, condenou um pai, por danos morais, a indenizar sua filha, no importe de 190 salários mínimos, aproximadamente, reconhecendo que a “paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia”. Apesar de considerar não ser razoável que um filho “pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai”, o ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que “não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido

sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens” (31a. Vara Cível Central de São Paulo – Processo nº 000.01.036747-0 – j. 07.06.2004).

Outra decisão que merece ser trazida à lume foi proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, pelo voto do relator Unias Silva, que reformou sentença de primeiro grau, acolhendo o pedido de uma rapaz contra seu pai, por abandono moral, cuja condenação também foi fixada em duzentos salários mínimos, cuja fundamentação principal foi a de que “ser pai não é só dar o dinheiro para as despesas, mas suprir as necessidades dos filhos”, considerando ainda que “a responsabilidade não se pauta tão-somente no dever alimentar, mas se insere no dever de possibilitar o desenvolvimento humano dos filhos, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”. O ilustre magistrado, justificando o dever indenizatório afirmou ser “legítimo o direito de se buscar indenização por força de uma conduta imprópria, especialmente quando ao filho é negada a convivência, o amparo afetivo, moral e psíquico, bem como a referência paterna, magoando seus mais sublimes valores” (TAMG – Ap.Civ. nº 0408550-5-B.Horizonte – 7a. Câm.Cív. – Rel. Juiz Unias Silva – j. 01.04.2004).

Há também, uma decisão abordando questão similar, proferida pela 10a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual foi reconhecido o direito à indenização por danos morais, no importe de oitenta salários mínimos, a um rapaz em face de que seu padrasto lhe moveu uma ação negatória de paternidade para desconstituição do registro de nascimento, o que, lhe teria gerado constrangimentos.

Para uma melhor compreensão do ocorrido, explicitemos: O padrasto mantinha lar convivencial com a mãe da criança, relação esta que se iniciou quando a mulher ainda estava grávida. Quando a criança nasceu o padrasto assumiu, espontaneamente, a paternidade, registrando-a em seu nome, mesmo sabendo não ser o pai biológico. Ocorre que, anos depois, ao romper a relação convivencial com a mãe do agora rapaz, o padrasto ingressou com ação negativa de paternidade com o fim de alterar o registro de nascimento. O “enteado”, argumentando ter sofrido violento abalo psicológico, por ter sido exposto a situação vexatória, além de ter se submetido à realização de exame de DNA, em face da ação negatória de paternidade, ingressou com ação pedindo indenização por danos morais, julgada improcedente em primeiro grau.

A sentença foi reformada pelo tribunal de justiça que, acolhendo voto da relatora, juíza-convocada ao tj Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, condenou o padrasto ao pagamento de uma indenização equivalente a oitenta salários mínimos. Em seu voto a ilustre relatora reconheceu que a matéria guardava contornos de dramaticidade, porquanto “não é difícil imaginar a tortura psicológica por que passou o apelante, premido pelas sucessivas negativas de paternidade daquele a quem conheceu como pai”. Apesar de ressaltar que o padrasto tinha o direito de perquirir sobre a paternidade, a magistrada considerou sua atitude “contrária aos princípios mais mezinhos da ética” na exata medida em que o mesmo deveria ter melhor avaliado a questão pois, de outro lado, o enteado tinha, constitucionalmente assegurado, o direito à dignidade e à privacidade, que restaram violados, pela propositura da indigitada ação negatória de paternidade. “Sem hesitar, digo

desnecessária a situação pela qual passou o apelante. No mínimo, o apelado deveria ter sopesado as conseqüências de seus atos”, afirmou a magistrada. Disse mais: “a atitude afoita, quiçá prenhe de contornos pessoais, redundou em prejuízos desmedidos ao rapaz, que perdeu o nome, a filiação, o referencial e, quem sabe, a segurança para interagir no seu convívio social” (TJRS – ap.civ. nº 70007104326-B.Gonçalves – rel Juíza Conv. Ana Lucia Carvalho Pinto Vieira – j. 17.06.2004).

Esclareça-se por oportuno, que as decisões referenciadas ainda estão pendentes de recurso, o que forçará o Egrégio Superior Tribunal de Justiça a se manifestar, em breve, sobre a questão.

A guisa de registro, somente a decisão de Capão de Canoas/RS transitou em julgado, tendo em vista que o réu sequer contestou a ação, estando em fase de execução de sentença, via precatória, já que o executado reside em município do estado de Santa Catarina.

### III – GUARDA COMPARTILHADA (solução?)

O novo Código Civil, em perfeita consonância com a Constituição Federal de 88, estabeleceu que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos é conjunta, atribuindo-lhe o nome de “poder familiar”, disciplinando seu exercício, suspensão e perda (arts. 1.630 a 1.638).

Para melhor disciplinar a matéria, há em tramitação na Câmara Federal, um projeto de lei de autoria do ex-deputado Tilden Santiago, que trata da questão da guarda compartilhada. A importância do projeto é que, se aprovado, o juiz não mais decidirá isoladamente a guarda dos filhos. Embora a decisão final ainda deva ser pronunciada pelo juiz, esta decisão não mais será isolada, havendo a exigência de uma avaliação multidisciplinar formada por assistente sociais e psicólogos, além de valorar a opinião da própria criança, para se chegar a uma solução final, na qual a prioridade seja o bem estar do menor.

É de notória sabença que quando o casal se separa, os ódios e rancores afloram e o cônjuge que fica com a guarda da criança, de forma consciente ou inconsciente, procura dificultar ou mesmo impedir o acesso do outro cônjuge à criança. Constata-se ademais que, além de dificultar o acesso ao filho, o cônjuge que permanece com a guarda procurar inculcar na mente da criança conceitos depreciativos em relação ao outro cônjuge o que acaba por reforçar o distanciamento e o grau de dificuldade de acesso que, muitas vezes, conta com a cumplicidade inocente da própria criança.

Há sólidas opiniões no sentido de que a guarda compartilhada possa ser o remédio para uma melhor convivência dos filhos com os seus genitores, principalmente em face de separação do casal. Se a determinação judicial for no sentido de que ambos os pais continuem com os deveres e obrigações decorrentes da guarda, acredita-se que isso poderia contribuir para equilibrar a influência que os mesmos exercem sobre seus filhos, evitando-se que somente um deles possa influenciar a criança, principalmente no que diz respeito a despertar na mesma a rejeição pelo outro genitor.

Por essas razões, acredita-se que a guarda compartilhada seria a melhor solução para evitar-se o distanciamento dos filhos em relação aos pais, vindo a preservar a criança, no que diz respeito à convivência com os pais, de tal sorte que não ficasse privada da atenção, carinho e amor que tem direito de receber de ambos os pais.

Desta forma, conforme tão bem assinalou a psicanalista Eliana Riberti Nazareth, “afastamento dos pais tenderia a ocorrer em muito menor grau se a guarda dos filhos fosse compartilhada e se, em lugar do direito de visita, fosse instituído o direito à convivência” (Jornal do Advogado - OAB/SP nº 289, p.14).

#### IV – CONCLUSÃO

Cumprе assinalar, que não se pode olvidar de que existe em nosso ordenamento jurídico uma cláusula geral de proteção à pessoa humana, que está contida no Inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal – a dignidade humana. Além disso, a Carta Magna protege os direitos à personalidade ao estabelecer que são invioláveis os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, caput), declarando, ainda mais, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (art. 5º, inciso X) e que qualquer lesão a esses direitos se assegura o direito de resposta além da eventual indenização por dano material e moral (art. 5º, inciso V). Daí porque, os direitos à personalidade, enquanto atributos jurídicos, estão devidamente protegidos.

Por seu turno, o novo Código Civil dedica o capítulo segundo (arts. 11 a 21) à proteção aos direitos da personalidade, disciplinando de forma mais clara e alargando os preceitos constitucionais contidos nos incisos V e X do art. 5º acima mencionado.

Não bastasse isso, é preciso considerar também, conforme assinala Silvio Rodrigues, que “dentro da vida familiar o cuidado com a criação e educação da prole se apresenta como a 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”. Por isso, o Código Civil pune com a perda do poder familiar aquele que deixar o filho em abandono (art. 1.638, II), entendido o abandono não apenas como o ato de deixar o filho sem assistência material, mas o descaso intencional pela sua criação, crescimento, desenvolvimento e moralidade (Direito civil – direito de família, v. 6, p. 368-371).

É preciso atentar para o fato, conforme preleciona Sérgio Cavalieri Filho, que “temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade”, com reflexos inevitáveis na conceituação de dano moral, na exata medida em que, os valores que compõem a dignidade humana são exatamente aqueles que dizem respeito aos valores íntimos da pessoa, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à honra, ao bom nome e outros inerentes à dignidade humana que, em sendo violados, hão de ser reparados pela via da indenização por danos morais (Programa de responsabilidade civil, p.85).

Desta forma, não se pode classificar de teratológica as decisões enunciadas porquanto há fundamento jurídico que as embasam, demonstrando ademais, que o tema em foco deixa

de ser uma mera questão vinculada, exclusivamente, ao direito de família, para ser tratado à luz dos pressupostos da responsabilidade civil, encontrando-se no na Constituição Federal e no Código Civil, os postulados que autorizam a sua aplicação.

Em face da jurisprudência que começa e ser formada a respeito do tema, há que se fazer uma dupla advertência: ao profissional do direito, que tenha cautela na propositura de ações a esse título e, ao Judiciário, que pautar suas decisões pela prudência e severidade, de tal sorte que não se venha a dar guarida a sentimento de vingança, onde a criança, apenas e tão somente, seja usada como instrumento na obtenção de indenizações que, ao invés de remediar a situação, venha tão somente a atender sentimentos menores com os quais, com a devida vênia, a justiça não pode compactuar.

#### V – BIBLIOGRAFIA

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil – Direito de Família, 28a. edição. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1911/Abandono-moral-Fundamentos-da-Responsabilidade-Civil>  
Acesso em: 26/05/09