

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

BRUNA GUZZATTI DE BARROS

**ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS:
POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Florianópolis - SC

2013

BRUNA GUZZATTI DE BARROS

**ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS:
POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção de grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis - SC


2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

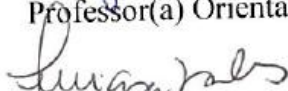
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "Abandono afetivo de pais idosos: possibilidade de reparação civil à luz do Direito Brasileiro", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Bruna Guzzatti de Barros**, defendida em **13/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (10), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.


Florianópolis, 13 de Junho de 2013



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Luciana Faisca Nahas
Membro de Banca



Mayla Regina Rathje
Membro de Banca

Aos meus pais, com meu amor.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, pai amoroso que ilumina meu caminho e transmite a força necessária para seguir em frente.

Aos meus pais, Andréia e Marcus não há palavras ou atos capazes de expressar toda a alegria em ser sua filha. Felizes aqueles que, como eu, encontram em seus pais a inspiração para fazer o bem e o interesse pelos estudos. Sem o seu amor, nada seria possível. Agradeço, em especial, pelo apoio incondicional nas difíceis decisões tomadas neste ano, das quais o presente trabalho é resultado.

Ao amado irmão Marcus, hoje advogado, por apresentar-me a disciplina jurídica e incentivar-me firmemente nos estudos. Obrigada pelo apoio fundamental para a conclusão deste trabalho.

À mestre avó Nyette, professora das primeiras letras e das mais importantes lições sobre a vida. Só tenho a agradecer pelo amor, cuidado e atenção durante todos os anos em que vivemos juntas. Não há dúvidas de que o presente trabalho é fruto dos seus ensinamentos.

Ao amado namorado Rafael, presença constante em meus pensamentos, por dar-me a coragem, a paciência e a calma necessárias para os momentos de dificuldade.

Agradeço às amigas Aline, Bianca, Bruna, Cherranea, Juliana e Taioná que com seu incentivo e carinho iluminaram de maneira especial os meus pensamentos para a concretização deste trabalho.

Por fim, o afeto e admiração pela Professora Leilane pela total dedicação aos seus alunos e pelo comprometimento com os mesmos. Agradeço de forma particular por amparar-me e na realização deste trabalho.

“Viver é envelhecer, nada mais.”

Simone de Beauvoir

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de reparação dos danos morais pelo abandono afetivo de pais idosos com base no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Dessa forma, é explorada a realidade do idoso como ser humano, suas peculiaridades, necessidades e papéis no âmbito familiar. A fim de conceituar o fenômeno do abandono afetivo como ato ilícito, são estudados os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da solidariedade familiar, além da teoria da proteção integral ao idoso. Após demonstrar o amparo legal que fundamenta o dever de auxílio imaterial dos filhos, pontuou-se o assunto no âmbito da responsabilidade civil, especialmente no campo do dano moral e seus pressupostos. Ainda, discorreu-se sobre o caráter do dano moral e a dificuldade de sua valoração. Após, relacionou-se todos estes conceitos com os princípios e legislações aplicáveis à hipótese do abandono, no intuito de esclarecer o dever de reparação na hipótese do abandono afetivo. Por fim, a análise de um projeto de lei sobre o assunto e da jurisprudência relacionada ao abandono afetivo no âmbito familiar, especialmente no caso de abandono de filhos, buscou-se demonstrar a tendência cada vez mais acentuada à posição aqui exposta.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Relação paterno-filial. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Projeto de lei n. 4.294/2008.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONCEITO E ALCANCE DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS	12
1.1 O envelhecimento e suas implicações	14
1.2 O conceito de idoso	17
1.3 O aumento da população idosa	19
1.4 As relações familiares sob a ótica da Constituição Federal de 1988.....	19
1.5 A proteção ao idoso na legislação infraconstitucional	22
2 O DIREITO DOS IDOSOS E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO	24
2.1 O Estatuto do Idoso: teoria da proteção integral.....	24
2.2 Princípios do direito de família	27
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	28
2.2.2 Princípio da afetividade no direito de família.....	30
2.2.3 Princípio da solidariedade familiar.....	32
2.3 Obrigações dos filhos para com os pais idosos	35
3 ADMISSIBILIDADE DA REPARAÇÃO MORAL APLICADA À HIPÓTESE DO ABANDONO AFETIVO	39
3.1 A responsabilidade civil e seus pressupostos	39
3.1.1 Ação ou omissão	41
3.1.2 Culpa.....	42
3.1.3 Nexo causal	44
3.1.4 Dano	45
3.2 Natureza do dano moral e arbitramento.....	47
3.3 A aplicabilidade da reparação civil na hipótese do abandono afetivo de idosos.....	51
3.4 Projeto de Lei 4.294/2008	58
3.5 A jurisprudência relativa aos danos morais por abandono afetivo.....	59
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS.....	67

INTRODUÇÃO

O fenômeno do envelhecimento da população é realidade que exige reflexão acerca dos fundamentos de validade e legitimidade da tutela dos direitos dos idosos no âmbito jurídico, de forma a garantir a dignidade humana assegurada pela Constituição Federal de 1988.

As implicações físicas, sociais e econômicas advindas da terceira idade precisam ser refletidas à luz dos direitos assegurados aos idosos pela legislação brasileira, de forma a perquirir se, de fato são observados ou se constituem meramente leis desprovidas de eficácia.

Dentre os diversos institutos voltados à proteção do idoso, o direito à convivência familiar e ao afeto, constitui tema extremamente atual, tendo em vista a nova concepção de família que vem sendo construída.

Nesse contexto, abre-se espaço para demandas em razão do abandono afetivo de idosos no âmbito familiar, em especial, pelos filhos – tema central deste trabalho.

Ter-se-á por objetivo principal a análise de todo o ordenamento a fim de caracterizar o abandono como conduta ilícita. Ao mesmo tempo, analisar-se-á os pressupostos para configuração de dano moral.

O problema que se busca dirimir diz respeito à possibilidade de condenar civilmente o filho que não cumpre seu dever de prestar assistência moral ao genitor idoso, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimos indispensáveis ao adequado respeito às pessoas de maior idade.

O presente trabalho é composto de três capítulos, os quais embasam não só a admissibilidade de reparação pelo abandono afetivo de idosos, mas a sua obrigatoriedade, nos casos em que todos os requisitos para a responsabilidade civil se fizerem presentes.

Inicialmente se abordará as implicações advindas do envelhecimento, o conceito de idoso no ordenamento jurídico brasileiro e o

crescimento de tal faixa da população brasileira. Neste ponto, enfatizar-se-á a vulnerabilidade normalmente comum à pessoa do idoso, as modificações físicas e psicológicas típicas do processo de envelhecimento, as quais exigem o cuidado da família para a manutenção de sua dignidade.

Em momento posterior tratar-se-á da teoria da proteção integral do idoso adotada pelo Estatuto do Idoso. Na sequência, abordar-se-á o princípio da dignidade da pessoa humana, seguido dos princípios da afetividade e solidariedade familiar. Serão, ainda, estudados de forma pontual os deveres dos filhos estabelecidos pela legislação em relação aos seus pais. Nesse ponto, a finalidade é demonstrar que o abandono cometido pelos pais está previsto implicitamente como conduta ilícita em diversas normas.

À frente, serão tratadas as questões da responsabilidade civil, como a classificação em responsabilidade civil objetiva e subjetiva e o exame dos pressupostos para responsabilização. Examinar-se-á o conceito de dano moral para, em seguida, identificar os requisitos da responsabilização na hipótese específica do abandono afetivo, com base nos princípios e legislação estudados anteriormente.

Por fim, será abordado projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, o qual visa inserir previsão específica acerca do direito dos idosos de obter reparação em casos de abandono afetivo pelos filhos. A posição da jurisprudência acerca do abandono afetivo também será brevemente retratada, tendo em vista a inexistência de decisões relativas ao abandono afetivo de idosos especificamente. De qualquer modo, dar-se-á preferência às decisões que admitiram a possibilidade do dano moral, ainda que em parte. Ademais, será possível constatar a mudança de posicionamento que vem ocorrendo recentemente, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, o qual no ano passado proferiu a primeira decisão favorável ao tema em foco.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo e o método de procedimento, o monográfico. A temática será desenvolvida utilizando-se a técnica de documentação indireta, realizada a partir da pesquisa bibliográfica.

1 CONCEITO E ALCANCE DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS

“O abandono talvez seja o sentimento mais cruel que o ser humano possa sentir, pois a indiferença do amor de um filho faz com que a pessoa perca o sentido da vida. A gente precisa, da valorização de um filho, de estímulo do amigo e da compreensão de um parente (N. L., 66 anos, domiciliado)” (BONHO CASARA, MERLOTI HERÉDIA, ASSUNTA CORTELLETTI, 2004).

O abandono afetivo de idosos é tema bastante atual, fruto do reconhecimento da dignidade humana como princípio que deve orientar a proteção de todas as pessoas, sem quaisquer distinções.

O ser humano tem necessidade de atenção do outro, sobretudo nos períodos em que se vê fragilizado, vulnerável, como na infância e na velhice. Maria Isabel Pereira da Costa (2008) afirma que os autores, quando buscam classificar o grupo familiar entre os grupos constituídos nas sociedades humanas, o colocam entre aqueles indispensáveis à sobrevivência da espécie, inserindo a família ora como grupo natural, ora espontâneo, ora biológico, mas sempre como algo indispensável.

Vânia Herédia, Ivonne Cortelletti e Miriam Casara (2004) compartilham deste mesmo entendimento ao afirmar que a família é responsável pelo equilíbrio não só físico, mas psíquico e afetivo, na medida em que configura o primeiro referencial de socialização e de estabelecimento de vínculos. O idoso espera da família que ela o mantenha e cumpra com o papel estabelecido pela sociedade, mesmo que a conheça e saiba de seus limites. Crê que esse grupo social seja o seu mantenedor final e que possa lhe dar a atenção necessária para enfrentar as agruras que a vida impõe. Essa crença é fortificada pela intensidade das relações pessoais estabelecidas com o grupo familiar.

Nas palavras das autoras:

Quando da inexistência ou fragilidade de laços afetivos, quando da falta de amor, de perguntas sem respostas, de conversas sem atenção, o idoso é deixado de lado por filhos, familiares e amigos. Sua presença participativa, cooperativa e operativa é ignorada, não há convívio familiar, não há espaço para partilhar – dar e receber atenção. A oportunidade de integração lhe é negada; fica sem apoio e carinho, sentindo-se negligenciado afetiva e socialmente.

Destarte, somente aqueles idosos que passam por essa situação de abandono é que podem expressar toda a dor sofrida com a rejeição dos

familiares mais próximos, e porque não dizer, os filhos, logo os que deveriam proteger seus pais.

Sobre as consequências do abandono afetivo de idosos, Karan (2008) esclarece que o sentimento de rejeição experimentado causa danos de ordem moral devastadores, levando a doenças, que podem ocasionar a diminuição dos anos de vida e a sensação de perda da dignidade humana, amplamente protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, o abandono afetivo ainda não foi expressamente tratado pelo legislador e, por conseguinte, tampouco foi conceituado na lei. Ou seja, não há uma norma expressa caracterizando o abandono como ato ilícito.

Entretanto, embora não exista expressamente um dispositivo legal objetivando responsabilizar civilmente os pais por abandono dos filhos, a Constituição Federal de 1988, a legislação infraconstitucional e diversos princípios norteadores do ordenamento jurídico como o princípio da dignidade humana e os princípios da afetividade e o da solidariedade familiar, abarcam o tema e devem ser interpretados harmonicamente.

Nesse sentido, assevera Azevedo (2004, p. 14):

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.

A própria Constituição Federal de 1988 reconhece em seu art. 229 o dever da família de zelar pelos seus idosos, ao determinar que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Por fim, o próprio Estatuto do Idoso estabelece deveres dos filhos em relação aos seus pais idosos, como o cuidado, a convivência, a dignidade entre outros:

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer,

ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art. 4º: Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma de lei.

O enfoque proposto, então, parte da compreensão do envelhecimento humano e suas implicações para, posteriormente tratar dos princípios jurídicos que envolvem a proteção ao idoso e a consequência de sua inobservância no caso do abandono de idosos, a saber, a reparação civil.

1.1 O envelhecimento e suas implicações

O envelhecer é um processo natural do ser humano. Queira-se ou não, estamos envelhecendo dia após dia, visto que “envelhecer é um processo fisiológico e natural pelo quais todos os seres vivos passam, e em especial o ser humano” (CALDAS, 1998, p. 28).

O envelhecimento tem uma dimensão existencial. Como todas as situações humanas, ele modifica a relação do homem com o tempo, seu relacionamento com o mundo e com sua própria história. “Só pode ser entendido na sua totalidade, não representa uma ação ou efeito biológico ou psicológico, é também um efeito sociocultural” (VARGAS, 1983, p.75)

Tais mudanças características do processo de envelhecimento – tanto físicas quanto psicológicas – são inafastáveis, sendo necessário, a partir de tal constatação – o amparo de toda a sociedade para garantir a dignidade da pessoa humana nesta fase delicada.

Sobre tal experiência extrai-se da lição de Altair Loureiro que:

É difícil alguém se aperceber quando a velhice se instala em si mesmo. É comum a surpresa no encontro, após longo tempo, com os amigos contemporâneos, quando acontece a percepção das marcas do passar inexorável do tempo nestes, o que obviamente em ambos ocorreu. Diante do espelho, é mais comum pensar que ele mente, que a imagem está deformada por culpa do espelho que já não reproduz bem a imagem diferente, de pele rugosa, opacidade no olhar e tremor no corpo, É difícil a aceitação da realidade dura da mudança física da aparência, até pouco

tempo plena de frescor, cor e postura firme, substituída pelo decadente corpo que se torna decrépito, a cada dia” (LOUREIRO, 1998, p.22).

Esse momento não só é traumático, como constitui o instante em que se apresenta uma crise de identidade. De fato, Suzana H. Wolff (2009) sustenta que mesmo com o avanço das ciências da saúde, o envelhecimento implica em vulnerabilidade, a qual se manifesta na face psíquica, social e espiritual, exigindo um, novo equilíbrio vital e psicológico, condizente com uma nova situação existencial.

Ao definir a vulnerabilidade indissociável da condição de idoso, a autora (WOLFF, 2009) explica que atualmente o envelhecimento está relacionado a menor interação de contatos sociais; decorrentes de uma série de situações como a perda da juventude, aposentadoria, afastamento dos filhos, perda de amigos, todas elas agravadas pelo rechaço da sociedade em que vivem, a qual valoriza apenas o novo, o consumo, a produção econômica.

Quanto ao papel do idoso na sociedade, destaca-se que os mesmos deixam de ser percebidos como investimento e consumo, para serem vistos como causa de aumento de custos sociais para o Estado. AGUSTINI (2003) destaca a pouca importância dada ao trabalho exercido pelos idosos, em razão dos padrões de produção exigidos pelo capitalismo moderno. Assim, a discriminação do idoso como integrante da sociedade contemporânea que potencializa os valores de produção, eficiência e custo-benefício configura fator que contribui para a sensação de vulnerabilidade do idoso.

Segundo Cavalcante (2005) nota-se na sociedade a cultura de descartar tudo o que é considerado “velho”. Vive-se uma fase onde tudo se torna rapidamente obsoleto e aqueles que não acompanham mais a grande onda, tornam-se, rapidamente, desinteressantes. A realidade do idoso é reflexo de tal constatação. A falta de reconhecimento de sua utilidade dentro da sociedade, inclusive na família, leva à vulnerabilidade psicológica, na medida em que o idoso vê-se excluído do convívio social.

Sobre o assunto, Rodrigues (2006) lembra que o convívio e o relacionamento entre as pessoas são fatores imprescindíveis não só à formação do ser humano, mas a sua maturação física e psíquica. Assim, na falta do convívio,

Karan (2009) afirma que os idosos, vítimas de abandono, sofrem prejuízos de ordem moral causados pela sensação de rejeição, gerando assim, tristeza, angustia, saudade e diversos sentimentos negativos, que culminam com o surgimento de diversas doenças e conseqüentemente, a diminuição dos anos de vida.

Sobre a participação da família nesse processo, Michelly Oliveira, Marla Fernandes e Rosana Carvalho:

E em meio a essa crise da velhice, onde o idoso vive em isolamento e perde sua identidade, cada vez mais se distancia da cidadania que deveria ser mantida pela família e construída pela sociedade. É preciso perceber a família como chave da sociedade. Pois é dentro desse núcleo de valores que são construídos e se expressarão mundo a fora. Perceber, também, que não basta viver junto, é preciso viver bem junto. (RODRIGUES DE OLIVEIRA, Michelly Cristina; FERNANDES, Marla; RIBEIRO CARVALHO, Rosana, disponível em: [HTTP://WWW.JOINPP.UFMA.BR/JORNADAS/JOINPP2011/CDVJORNADA/JORNADA_EIXO_2011/TRANSFORMACOES_NO_MUNDO_DO_TRABALHO/O_PAPEL_DO_IDOSO_NA_SOCIEDADE_CAPITALISTA_CONTEMPORANEA.PDF](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/cdvjornada/jornada_eixo_2011/transformacoes_no_mundo_do_trabalho/o_papel_do_idoso_na_sociedade_capitalista_contemporanea.pdf))

Na mesma ideia, Grams (2000, p. 74), pondera que a velhice bem-sucedida “depende da rede de relações sociais que permite apoio e confiança, são laços íntimos e de afeto, mais do que rede de relações, constituindo-se segurança do ambiente acolhedor e na autonomia permitida pelo ambiente estimulador”.

A contribuição de Wolff (2009) é no sentido de que a sociedade atual não tem contribuído para o equilíbrio vital e psicológico dos idosos, visto que se sustenta na onipotência da força, representada pela juventude, tendo no velho a representação da vulnerabilidade e da fragilidade que pretende ser superada.

Deste modo, conclui-se que o envelhecimento constitui um processo de determinantes não apenas biológicas, mas, sobretudo, uma composição múltipla de elementos socioculturais. A compreensão da vulnerabilidade do idoso conforme explicitado neste capítulo esclarece o dever não só do Estado em garantir políticas de atendimento ao mesmo, mas, sobretudo, a importância de enfatizar o papel social da família que, atualmente se encontra esquecido.

1.2 O conceito de idoso

O Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003) define em seu artigo 1º que é considerada idosa a “pessoa com idade igual ou superior a 60 anos”. É interessante observar que não há alusão a qualquer característica individual do ser humano, como condição social, sexo, entre outros, apenas utiliza como referencial, a idade.

Sobre o assunto, Mishara e Riedel (1995) afirmam que qualquer definição de velhice baseada uma idade fixa, para diferentes sociedades, corre o risco de ser arbitrária e não representar a verdadeira realidade:

(...) é arbitrário colocar o umbral nos 70, 75 anos ou em qualquer outro momento. A realidade é que estas distinções não são permanentes. Antigamente era raro encontrar indivíduos de 65 anos, enquanto que agora, nos países industrializados, são numerosas as pessoas de 70. Com frequência os velhos jovens se mostram ativos e estão livres dos problemas associados com o envelhecimento. Na nossa época se prolonga constantemente a duração da vida ativa e de outras características da juventude (MISHARA, RIEDEL, 1995, p. 23).

Da mesma forma, segundo Carvalho e Andrade (2000, p.82), no plano individual, aumentar os anos vividos não é o único critério a ser adotado quando se fala em envelhecimento, existindo outros fatores de ordem psíquica e social a serem observados, visto que os indivíduos se diferenciam entre si de acordo com a educação, sexo, renda, enfim, de acordo com o meio social e econômico em que estão inseridos.

Agustini (2003) lembra que há quem considera o início do envelhecimento logo após a fecundação, em função da carga genética e de um processo de envelhecimento celular; outros arbitram os 65 (sessenta e cinco) anos como marco inicial da senectude.

De qualquer forma, sempre haverá aqueles que imprimem um pouco mais de abrangência aos conceitos, resultando em uma série de significações. A psicóloga e gerontóloga Elvira C. Abreu e Mello Wagner, por exemplo, entende que existem várias idades para a velhice: cronológica, biológica, social e psicológica. Ou seja, cada uma dessas etapas apresenta diferentes

características e torna-se necessário fazer um estudo de cada uma delas para que se possa entender o todo – a velhice como representação humana.

Simone Beauvoir entende que não é fácil circunscrever a velhice: “Ela é um fenômeno biológico: o organismo do homem idoso apresenta certas singularidades” (BEAUVOIR, 1990, p. 15).

Para Teófilo Queiroz, a velhice “é um seguimento populacional enquanto faixa etária” e, que, no aspecto legal, tem direitos e recebe concessões “calibradas do Estado” (QUEIROZ, 1986, p.10-11).

Apesar de tais orientações, o critério cronológico, na visão de Agustini (2003) continua sendo o critério mais utilizado quando existe a necessidade de delimitar a população a ser estudada, seja do ponto de vista epidemiológico ou administrativo, ou para comparação de dados.

A própria Constituição Federal de 1988 determinou – lembra Agustini (2006) - em vários momentos, uma idade mínima para a obtenção de determinados direitos como a gratuidade dos transportes aos sessenta e cinco anos e a aposentadoria compulsória aos setenta anos.

A Política Nacional do Idoso, Lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994, além de assegurar direitos sociais, criando mecanismos que promovem autonomia, integração e participação do idoso na sociedade brasileira, definiu o conceito de idoso. Adotou-se novamente, o critério cronológico: “Art. 2º Considera-se idoso, para os efeitos desta Lei, a pessoas maiores de sessenta anos de idade”.

Assim, por mais esclarecedoras sejam as conceituações de idosos baseadas em critérios plurais, para fins de conceituação neste trabalho, tal será considerado o indivíduo a partir dos sessenta anos de idade.

1.3 O aumento da população idosa

O tema aqui tratado ganha importância especial na medida em que a população, não só brasileira, mas mundial, passa por um intenso processo de envelhecimento.

Os últimos dados divulgados pelo IBGE no ano de 2012 revelam que as pessoas maiores de sessenta anos somam 23,5 milhões dos brasileiros: mais do que o dobro registrado no ano de 1991, quando a faixa etária contabilizava 10,7 milhões de pessoas¹

Na comparação entre 2009 e 2011, o grupo da terceira idade aumentou 7,6%, ou seja, mais de 1,8 milhão de pessoas. Ao mesmo tempo, o número de crianças de até quatro anos no país caiu de 16,3 milhões, em 2000, para 13,3 milhões, em 2011.

Consequência de tal constatação é a necessidade de maior atenção ao processo de envelhecimento, buscando-se garantir o bem-estar de tal parcela da população.

Se por um lado, o aumento da longevidade configura uma importante conquista social, há de se entender, como adverte Camarano, que este novo cenário preocupa as instituições estatais. A demanda por novas políticas projeta um perfil de atendimento diferente do atual, na medida em que amplifica os custos de manutenção das estruturas do Estado (AGUSTINI, 2003, p.41).

Assim, o processo de envelhecimento da população deve ser interpretado pelo Estado como um alerta à necessidade de políticas voltadas ao bem-estar do idoso, pautando-se no cumprimento das disposições previstas no Estatuto do Idoso e da própria Constituição Federal. Nesse contexto, não há dúvidas de que o direito ao afeto da família está inserido no âmbito de proteção estatal, conforme será demonstrado adiante.

1.4 As relações familiares sob a ótica da Constituição Federal de 1988

¹ Dados Disponíveis em:

<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo patriarcal de família: estabeleceu a igualdade entre os cônjuges; promoveu o reconhecimento de novas manifestações familiares; aboliu a discriminação dos filhos em razão da origem e, em suma, erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana como bússola hermenêutica a guiar o intérprete e aplicador do direito.

A questão dos idosos é tratada de forma explícita a partir da Carta de 1988, a qual defere um capítulo próprio destinado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso. O art. 229 da Constituição Federal² passa a determinar o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. O dispositivo é complementado pelo seguinte que determina o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, garantindo o direito a uma vida digna.

De qualquer forma, apesar da disciplina específica, a Constituição Federal promove, de igual maneira, a proteção aos idosos ao impor como seus princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, sendo um de seus objetivos fundamentais “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”³

Em relação à tutela dos idosos na Constituição Federal de 1988, Oswaldo Peregrina Rodrigues (2005) acrescenta como norma de proteção ao idoso a previsão da isonomia decorrente do art. 5º, caput: “Todos são iguais perante

² **Art. 229, CF** - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230, CF - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

³ **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Sobre o assunto, pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos:

À primeira vista talvez não se perceba a importância desse dispositivo constitucional para as pessoas idosas. Trata-se, todavia, de um enorme engano. (...)”

“A afirmação de que a República Federativa do Brasil fundamenta-se na cidadania e na dignidade da pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em relação à efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso o espaço de abrangência da concepção que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional aponta, portanto, no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda a sua vida (ROBERTO, 2002, p. 43)

Assim, no sentido da proteção estatal à família, a Constituição Federal de 1988 ultrapassa quaisquer restrições, alcançando a tutela de toda e qualquer entidade familiar. Em relação a cada um dos seus núcleos, ou até mesmo a cada um dos seus entes separadamente desenvolveu-se um sistema de proteção, tanto em forma de legislação pertinente (estatutos, leis esparsas) como na própria juridicização dessa proteção, a fim de garantir a efetividade dos direitos de cada um.

Nessa concepção, o diálogo de complementaridade entre a Constituição Federal, o Código Civil e os microssistemas jurídicos criados para a salvaguarda dos direitos de cada ente familiar – como o Estatuto do Idoso, por exemplo – constitui arcabouço jurídico à efetiva tutela das relações familiares.

De forma precisa a Constituição de 1988 eleva a princípios regentes do direito de família: a dignidade da pessoa humana – fundamento da própria República – a afetividade, a solidariedade familiar, entre outros aplicáveis às relações no âmbito da família conforme o ente considerado (melhor interesse da criança e do adolescente, paternidade responsável, melhor interesse do idoso, planejamento familiar, entre outros).

Sérgio Gischkow afirma que “O direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade” (GISCHKOW, 2007). Com base

em tais reformas, pode-se entender a entidade familiar como um grupo de pessoas que vivem em comunhão, com base apenas na afinidade e no amor, sem convenções ou tradições, apenas pessoas reunidas em torno de compatibilidade e afinidade na convivência mútua.

Como consequência a relação familiar pauta-se em novos valores como na solidariedade decorrente do respeito mútuo e não dos laços de sangue propriamente.

Consustanciando tal entendimento, Roberto Senise Lisboa esclarece que “(...) as relações jurídicas privadas familiares passam a se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consustanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade” (LISBOA, 2002, p.23).

Cristiano Chavez de Farias aponta claramente a evolução do Direito de Família após a Constituição Federal de 1988:

A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do art.1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil (FARIAS, 2004, p. 15).

Dessa forma, levando em conta todos esses dispositivos, infere-se que o direito ao envelhecer digno é reconhecido a todos os seres humanos, na medida em que o direito a uma vida digna é o pressuposto para a garantia de qualquer outro direito.

1.5 A proteção ao idoso na legislação infraconstitucional

O influxo da chamada globalização impõe constante alteração de regras, leis e comportamentos. No entanto, a mais árdua tarefa é mudar as regras do direito das famílias (DIAS, 2007). Há muito existem normas voltadas a proteger e assegurar os direitos às pessoas idosas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, por exemplo, já estabelecia proteção direta ao envelhecimento, conforme se depreende do seu art. XXV⁴ (RODRIGUES, 2005).

A primeira norma infraconstitucional de relevância na descrição dos direitos à pessoa idosa é a Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei 8.842 de 4 de janeiro de 1994. O desenvolvimento da mesma baseou-se em uma série de acontecimentos sociais de extrema relevância, como a criação da Fundação da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia em 1961, o surgimento do Programa de Assistência ao Idoso em 1975, a Associação Nacional de Gerontologia em 1985 (KARAM, 2011).

A Política Nacional do Idoso tem como objetivo “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”, conforme determina o art. 1º da Lei 8.842 de 1994. O próprio conceito de idoso, considerado pessoa maior de sessenta anos de idade, foi determinado no referido diploma, em seu art. 2º (segundo)⁵

Depois disso, em 2003 houve a instituição do Estatuto do Idoso com o objetivo de oferecer maior concretude à tutela da pessoa idosa e prevenir o processo de exclusão social dos maiores de sessenta anos. O referido Estatuto, estabelecido pela Lei 10.743/2003, representa verdadeiro microssistema legislativo de proteção específica à pessoa do idoso, conforme demonstrar-se-á a seguir.⁶

⁴ **Art. XXV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão:**

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, **na velhice** ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

⁵ **Art. 1º, Lei 8.842/94** - A Política Nacional do Idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Art. 2º, Lei 8.842/94 - Considera-se o idoso, para os efeitos desta Lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

2 O DIREITO DOS IDOSOS E A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO

2.1 O Estatuto do Idoso: teoria da proteção integral.

Em que pese a previsão de ampla proteção ao idoso estampada na Constituição Federal de 1988, há críticas no sentido de considerar-se amparado pela referida norma apenas o idoso dependente economicamente.

Em comentário ao art. 230 da Constituição Federal, afirmam Celso Ribeiro Bastos e Ivo Gandra Silva Martins que até então:

Idoso a que se refere é aquele sem condições de auto-sustentação, dependente, como o são as crianças na sua primeira infância ou os adolescentes que não trabalham, com o que tanto a própria família, quanto a sociedade em que se integram, ou o Estado, que tem a obrigação de por eles zelar, são responsáveis por seu bem-estar, devendo ampará-los (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 1.109).

A ideia de proteção constitucional reservada apenas ao idoso hipossuficiente foi abandonada a partir da criação da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso.

Trata-se de uma mudança de paradigmas. A proteção conferida pela Constituição Federal até então determinava uma atuação de resultados, ou seja, atuação nas situações de hipossuficiência. Sendo assim, agia-se apenas na consequência e não na causa do problema. O idoso era visto como objeto de proteção, todavia, não era sujeito de direitos. Sobre o assunto:

O Estatuto do Idoso quebrou tal barreira. Nele, a proteção é integral, vale dizer, abrange todos os idosos e em tudo aquilo que se refere à vida em sociedade. A proteção econômica não é a única, embora a mais premente: a manutenção da dignidade passa, de regra, pelo resgate da inclusão social e esta se faz pela geração de recursos econômicos necessários para o acesso a bens indispensáveis à vida humana. Mas também a solidariedade, o afeto, a consideração, independente da idade do idoso, ali lhe são assegurados (INDALENCIO, 2007, p. 63)

O Estatuto do Idoso representa, então, um verdadeiro microsistema legislativo, pois retrata regras e diretrizes materiais e processuais, em seara civil, penal e administrativa, no que concerne aos direitos, garantias e

proteções à pessoa idosa. A partir do referido diploma, o direito ao envelhecimento passa a ser considerado um direito fundamental imanente a todo e qualquer ser humano, desde o seu nascimento, visto que a partir desse momento o processo de envelhecimento começa dia após dia. É a previsão do art. 8º da Lei 10.741/2003, segundo o qual “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”.

De qualquer modo, importante acrescentar que a garantia do mero envelhecer seria insuficiente, porquanto determina a regra constitucional que toda e qualquer pessoa tem o direito de preservação a sua dignidade. Assim, não se trata simplesmente do direito a envelhecer, mas do direito a envelhecer com dignidade.

No que toca as suas disposições normativas e sua finalidade instrumental, deve-se destacar, inicialmente, ter sido edificado o texto em exame, sob o manto de uma teoria – a teoria da proteção integral (utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente) – incorporando-a e reafirmando-a em todos os seus institutos, buscando resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social (INDALÊNCIO, 2007).

A compreensão da referida teoria é possível na lição de Munir Cury, que a define sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente:

A proteção integral tem como fundamento a percepção que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento (CURY, 2002, p.21)

Ao tomar por base tal teoria, o Estatuto do Idoso busca o atendimento a todas as necessidades do ser humano, respeitando-se os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Justamente por pautar-se na ideia da proteção integral – explica Maristela Indalêncio Nascimento (2007) - é que o Estatuto do Idoso estabelece situações de vantagens tendentes a reduzir situações concretas de desigualdade (como na previsão de vagas em estacionamentos, não pagamento de tarifas em transporte público, prioridade de atendimento nos locais de prestações de

serviços etc.), cria aparatos para garantir tais preferências – como órgãos e conselhos – e, principalmente, oferece instrumentos para a responsabilização da família, do Estado e da sociedade em caso de omissão relativa a qualquer forma de proteção ao idoso, dando efetividade à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana.

As situações de vantagens previstas referem-se à ideia da prioridade absoluta a qual vem estatuída nos arts. 2º e 3º da Lei 10.741/2003⁷.

“Ressalte-se que a prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais”, estes, enumerados nos artigos citados no parágrafo anterior (AMIN, 2011, p. 23).

O termo “proteção” pressupõe basicamente uma desigualdade, um ser humano que precisa de outro ser humano. A teoria da proteção integral veio assegurar, entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o direito à vida, à saúde, à educação, à liberdade, ao respeito, à dignidade, juntamente com o convívio familiar. Sobre o assunto, esclarece Maristela Nascimento Indalêncio:

⁷ **Art. 2º, lei 10.741/2003** - O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º, Lei 10.741, 2003 - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

A ideia de prioridade é, pois, a tradução da prevalência dos direitos dos idosos colocando-o, portanto, em situação de vantagem jurídica, necessária para o resgate da igualdade. Eis aí um dos principais desdobramentos da doutrina da proteção integral, já utilizado em relação à criança e ao adolescente (INDALÊNCIO, 2007, p. 66).

A teoria da proteção integral preconiza que os direitos dos idosos têm características especiais, haja vista esses merecerem um cuidado especial em razão da idade avançada. Com o processo natural de envelhecimento, a pessoa idosa se torna mais frágil, tornam-se comuns os problemas de saúde, implicando assim, maiores dificuldades. Desta maneira, são necessárias medidas que equilibrem as condições e possibilidades dessas pessoas em relação às demais; se não há mais forças em razão da idade, indispensável a maior proteção, como tradução genuína do princípio da igualdade (PONTES, 2006).

Assim, não há dúvidas de que o legislador optou por deferir aos idosos a maior proteção possível, valendo-se para tanto da teoria já utilizada como fundamento pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Isso, porque, o Estatuto do Idoso, na trilha do Estatuto da Criança e do Adolescente, é mais um instrumento para a realização da cidadania plena. Ambos têm o propósito de operacionalizar a garantia dos direitos consagrados por meio de políticas públicas e mecanismos processuais (INDALENCIO, 2007).

O Estatuto do Idoso configura real conquista social, na medida em que assegura os direitos inerentes à condição de pessoa idosa, com fulcro nos chamados novos princípios do direito de família, como o princípio da solidariedade familiar e o princípio da afetividade, os quais serão tratados a seguir.

2.2 Princípios do direito de família

A Constituição da República Federativa do Brasil insere no ordenamento jurídico brasileiro disciplina inovadora a respeito das relações familiares através, sobretudo, da consagração de princípios que constitucionalizam o Direito de Família.

Princípios, nesse contexto, exprimem a ideia de alicerce, pontos básicos e vitais para a sustentação da ordem jurídica, traduzindo o mais cristalino e alto espírito do Direito (PEREIRA, 2005). Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, “são eles que traçam as regras ou preceitos, para toda espécie de operação jurídica e têm um sentido mais relevante que o da própria norma jurídica” (PEREIRA, 2005, p. 24).

Assim, o enfoque proposto deve partir da compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade, da solidariedade familiar, além de outros ligados aos direitos dos idosos especificamente, a fim de buscar fundamentar em momento posterior a responsabilização dos filhos pelo abandono dos pais idosos.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O fundamento de tal princípio encontra-se estampado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 logo em seu artigo 1º, inciso III:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana

(...)

Trata-se de valor supremo, “fundamento precípua da nossa Constituição Federal de 1988, o qual deve obrigatoriamente ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares” (LISBOA, 2002, p. 40).

A proteção do ser humano é o seu principal objeto, com vistas ao respeito recíproco. Neste contexto, toda a busca do homem pela felicidade, pelo

bem viver, sai da esfera individualista e atinge a esfera social, onde o homem deixa de pensar só em si e passa a pensar também no outro.

No âmbito do Direito de Família, a dignidade da pessoa humana é assegurada pela Carta Constitucional aos idosos de forma expressa no seu art. 230, conferindo à família, ao Estado e à sociedade conjuntamente o dever de ampará-los:

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, **defendendo sua dignidade** e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Ensina Maria Berenice Dias que a dignidade “(...) encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem” (DIAS, 2009, p. 62).

A dignidade da pessoa humana como macroprincípio orientador das relações familiares é tratada por Rolf Madaleno:

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E **a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa**, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional [...].

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, e não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar. (MADALENO, 2011, p. 42).

Segundo Cléber Francisco Alves (2011), por se tratar de viga mestra em relação à interpretação do ordenamento jurídico, caracteriza-se por incrível dinâmica, ou seja, diante de uma situação fática na qual incide de forma direta, faculta sentido à outra disposição normativa, podendo aplicá-la ou restringi-lhe o significado.

A família deve, assim, ser concebida de forma a promover o respeito mútuo entre seus entes. Corroborando tal entendimento, ensina Perlingieri:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida (PERLINGIERI, 2002, p. 24).

O próprio Estatuto do Idoso, analisado em tópico separado, acentua, de forma específica, em diversos dispositivos legais a obrigação de respeito à dignidade do idoso:

Art. 3º - É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art.10 – É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito, e a dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

(...)

§ 3º. É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

A doutrina de Alexandre de Moraes ensina:

“Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para o seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2008, p. 835).

Assim, não há dúvidas de que há um dever primordial da família em velar pela dignidade de cada um de seus membros, sob pena de configurar-se um ato lesivo passível de reparação civil.

2.2.2 Princípio da afetividade no direito de família

A afetividade nas relações familiares constitui inovação decorrente das mudanças de paradigmas a partir de Constituição de 1988, corolário

da dignidade da pessoa humana. A partir do reconhecimento de tal princípio, o direito de família passa a ter fundamento na comunhão de vida, na estabilidade das relações socioafetivas, restando em segundo plano as considerações de caráter patrimonial e biológico.

De fato, o vocábulo “afeto” não se encontra expresso no texto constitucional: deriva diretamente da nova disciplina aplicável ao direito de família. Consideram-se manifestações do princípio da afetividade: o reconhecimento da igualdade entre irmãos biológicos e afetivos, a pluralidade das entidades familiares, o direito à convivência familiar, a prioridade absoluta assegurada às crianças e adolescentes, entre outros.

Sobre o enquadramento constitucional do referido princípio, discorre Paulo Lôbo:

“Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas” (LÔBO, 2000, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/527>)

Assim, o afeto – e não apenas a mera consanguinidade - passa a ter valor jurídico na esfera das relações familiares, consubstanciado na dignidade da pessoa humana.

Em relação aos idosos, ainda que haja o dever de cuidado imposto à família pelo Estatuto do Idoso, há um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de jurisdição, que não necessitam de regulamentação. A afetividade é, então, meio primordial para tutelar a dignidade garantida expressamente a cada um dos entes familiares.

“O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2011, p. 95).

Em resposta à falta de afeto tornou-se comum a multiplicação de demandas judiciais no direito de família, sendo a busca de reparação civil pelo abandono afetivo, justamente espécie delas. Tal constatação foi observada por Rolf

Madaleno segundo o qual “a sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto” (MADALENO, 2011, p.95).

A ausência da afetividade pode gerar problemas psíquicos, refletindo em angústia e afastamento social. Ressalta-se a importância da entidade familiar, conforme ensina Oswaldo Rodrigues:

O convívio e relacionamento entre as pessoas, além de ser intrínseco à sua formação, ao seu desenvolvimento, e, portanto, ao próprio envelhecimento, são fatores imprescindíveis à maturação física e psíquica do ser humano; ao falar-se em convívio e relacionamento, há que se realçar que eles se apresentam em diversos setores da vida, tais como na família, na comunidade, no trabalho, enfim, na sociedade em geral (RODRIGUES, 2005, p. 775).

A resistência ao reconhecimento da afetividade como valor jurídico e por tanto, fundamento para demandas judiciais, existe na medida em que o seu significado não é compreendido. A lição de Paulo Lôbo sobre o caráter do princípio é esclarecedora:

“A afetividade, como princípio jurídico, não se confunde com afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.”

(...)

“Por isso, sem qualquer contradição, podemos referir a dever jurídico de afetividade oponível a pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente, independente dos sentimentos que nutram entre si” (LÔBO, 2012, p. 70).

Assim, o conceito de *afeto* a ser considerado baliza do Direito de Família é, justamente, aquele referente a um dever jurídico, na medida em que é o único elo responsável por manter as pessoas unidas nas relações familiares.

2.2.3 Princípio da solidariedade familiar

A solidariedade encontra-se prevista na Constituição Federal como um dos objetivos da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

A relevância da compreensão da solidariedade como princípio jurídico é retratada por Paulo Lôbo:

O mais importante nessa viragem rumo ao princípio jurídico da solidariedade é a compreensão de que a solidariedade não é apenas dever positivo do Estado na realização das políticas públicas, mas também que importa deveres recíprocos entre as pessoas. (LOBO, 2011 disponível em: <http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>)

Em decorrência de tal entendimento, impossível não se falar em solidariedade no âmbito do direito de família, em que são tuteladas justamente as formas de associações humanas mais singelas, verdadeiras bases da sociedade.

A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são os dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiro. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todos para com sua realização existencial, nomeadamente do grupo familiar; de outro lado, os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades. (LOBO, 2011 disponível em: <http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>)

O doutrinador esclarece as faces do princípio em comento, mencionando a ligação umbilical com a afetividade:

A solidariedade familiar é fato e direito; realidade e norma. No plano fático, as pessoas convivem, no ambiente familiar, não por submissão a um poder incontrariável, mas porque compartilham afetos e responsabilidades. No plano jurídico, os deveres de cada um para com os outros impuseram a definição de novos direitos e deveres jurídicos, inclusive na legislação infra-constitucional, a exemplo do Código Civil de 2002, o que não significa que se alcançou a dimensão ideal da solidariedade, impondo pugnar-se por avanços legislativo. (LOBO, 2011 disponível em: <http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>)

De fato, o princípio é composto pela afeição e pelo respeito, os quais, nas palavras de Roberto Senise Lisboa: “são vetores que indicam o *dever de cooperação mútua* entre os membros da família e entre os parentes, para fins de assistência imaterial (afeto) e material (alimentos, educação, lazer)” (LISBOA, 2002, p. 54).

No que tange ao amparo material, Maria Berenice Dias leciona que:

Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigi-la daquele a quem se negou a prestar auxílio (DIAS, 2009, p. 66).

Vale lembrar, contudo, que a previsão dos alimentos no caso dos idosos foi disciplinada não só à luz do princípio da solidariedade familiar, mas em atenção ao melhor interesse do idoso, conforme art. 12 do Estatuto do Idoso: “A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”.

Sobre o assunto, cabe destacar o entendimento esposado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial REsp nº 775.565/SP, cujos termos transcreve-se:

[...] Assim, por força da lei especial, é incontestável que o Estatuto do Idoso disciplinou de forma contrária à Lei Civil de 1916 e 2002, adotando como política pública (art. 3º), a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade a efetivação do direito à alimentação.

Para tanto, mudou a natureza da obrigação alimentícia de conjunta para solidária, com o objetivo de beneficiar sobremaneira a celeridade do processo, evitando discussões acerca do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso para figurarem no pólo passivo. (STJ, REsp 775.565/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13.06.2006, DJU 26.06.2006)

De qualquer forma, o princípio da solidariedade abrange não somente o auxílio material aos membros da família, mas também o afeto e apoio moral. Corroborando tal entendimento Madaleno (2011) explica que a ajuda mútua deve ser prestada sempre que for necessário, visto que os vínculos familiares só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação. Nesse contexto, afirma que a solidariedade deve ser considerada, então, o oxigênio de todas as relações familiares e afetivas.

Pode-se dizer, portanto, que a família atual, considerada espaço de realização existencial das pessoas em suas dignidades está inevitavelmente envolta pelo princípio da solidariedade. Certamente, ao referir-se à

"sociedade solidária" a ordem constitucional inclui, evidentemente, a "base da sociedade"⁸, que é a família.

2.3 Obrigações dos filhos para com os pais idosos

Após a análise do aparato jurídico relacionado à defesa dos direitos dos idosos, sobretudo aos cuidados indispensáveis ao envelhecimento digno, resta pontuar especificamente os dispositivos que fundamentam o dever de afeto dos filhos aos pais idosos.

Conforme já ressaltado, a Constituição Federal é a primeira a estabelecer tal dever ao estabelecer no seu art. 229 o dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Em comentário ao referido dispositivo, discorre Vilas Boas:

Infelizmente precisou que tal dispositivo ficasse assim escrito. É vergonhoso que a obrigação alimentar, mais moral que material, ficasse registrada na Lei Maior. Esse dever é anterior a qualquer lei. É uma obrigação de cunho afetivo e moral. Qualquer filho que tenha caráter e dignidade terá que cumprir fielmente este dever de consciência (VILAS BOAS, 2005, p.31).

De qualquer forma, mais que obrigação alimentar, tal dispositivo abrange os cuidados de cunho afetivo, intrínsecos às relações entre pais e filhos.

Interessante tese sobre o assunto é apresentada pelo Desembargador Jones Figueirêdo Alves (2006) em artigo intitulado "Abuso de direito no Direito de Família". Ao iniciar a temática, elege a valoração do afeto nas relações familiares como solução preponderante e imprescindível ao cotejo do problema do abuso.

Basicamente, ao referir-se à definição de abuso de direito desenvolvida por Gustavo Tepedino – "uma conduta que, embora ilícita mostra-se

⁸ **Art. 226** - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

desconforme com a finalidade que o ordenamento pretende naquela circunstância fática alcançar e promover”⁹ - elege a não afetividade do que deveria ser afetivo, como instrumento condutor do abuso de direito na família.

Nas palavras de Jones Figueiredo Alves:

A indagar-se, então, qual seria o maior abuso de direito familiar, não apenas no plano jurídico, mas, na contextura do sentimento palpitante da realidade, ao qual deve se espelhar o direito posto, todas as respostas dirão que se terá aquele que atende contra o significado fundante e coexistencial do afeto na elaboração do casal e das famílias, não somente enquanto sujeitos de direitos, sobretudo como pessoas titulares de dignidade (ALVES, 2006, p. 482).

(...)

“O estelionato do afeto representa a mais severa forma abusiva de direito, em afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade e da confiança, da assistência mútua e do respeito recíproco, e a todos os valores de ordem moral e jurídica que compreendam as relações familiares.

Neste viés, levanta a necessidade de tratar a questão dos atos abusivos de direito na esfera da responsabilidade civil, erigindo a lesividade afetiva a uma das formas de configuração de abuso de direito no direito de família. Figueirêdo Alves cita como configuração mais densa do abuso de direito em família a decisão da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que determinou o pagamento de indenização por danos morais de cinquenta e dois mil reais a um filho cujo pai foi considerado ausente do convívio familiar.

Ora, conforme já visto, não restam dúvidas do dever de afeto dos filhos em relação aos pais, visto ser indissociável das relações de família. Logo, a ausência da afetividade na relação entre pai e filho configura indiscutivelmente o referido abuso de direito e, como consequência, enseja a devida reparação civil.

Outro dispositivo da Constituição Federal destaca o caráter obrigacional da família, no mesmo sentido já visto:

⁹ Outras definições importantes de abuso de direito:

A definição de Luís Flávio de Vasconcelos Naves (1999) para quem o exercício ou a simples pretensão de exercício irregular, anormal, imoderado ou injusto de um direito reconhecido.

A definição prevista no art. 187 do CC:

Art. 187, Código Civil: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 230 A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito a vida.

O Estatuto do Idoso, por sua vez, traz disposições em seu art. 3º, parágrafo único, V, art. 4º e art. 10, parágrafo primeiro:

Art.3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, a cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

V – priorização do atendimento ao idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar exceto dos que não a possuem, ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Art. 10 É obrigação do estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

V – participação na vida familiar e comunitária;

É importante chamar atenção, para o fato de que a família é a primeira a ser convocada a zelar e cuidar para que os direitos dos idosos sejam cumpridos. Posteriormente, assume essa obrigação, também, a comunidade, a sociedade e o Poder Público. A família assume um lugar de destaque, tendo a obrigação fundamental de cuidar de seus idosos (KARAM, 2011).

Portanto, esta deverá fornecer um ambiente propício a um envelhecimento tranquilo e sereno, com compreensão e dedicação entre seus integrantes, proporcionando um envelhecimento ativo, participativo, e isento de exclusões, quer seja familiar, quer seja na comunidade.

Sobre a importância do convívio familiar para a manutenção a integridade psíquica Cláudia Maria Silva afirma que “[...] o conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico” SILVA (2000, p. 123).

O princípio da solidariedade familiar, como visto, só reafirma esse dever de prestar assistência aos demais entes familiares, e o princípio da afetividade nada mais é do que o ensinamento de que as famílias atuais são constituídas justamente por laços de afeto. Não haveria, então, como os filhos abandonarem seus pais após os cuidados por estes despendidos durante toda a sua vida.

A dignidade humana entra em questão exatamente porque esse idoso abandonado afetivamente, apesar de já possuir a personalidade formada, não tem qualquer amparo psicológico e moral para enfrentar as implicações típicas da fase do envelhecimento humano. Dessa forma, seus direitos da personalidade são afetados.

Sendo assim, observa-se que é direito do idoso a convivência familiar e comunitária, assim como é dever dos filhos prestar auxílio material e imaterial aos pais. As determinações do Estatuto do Idoso em consonância com as diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal travam um diálogo no sentido de resguardar e proteger o relacionamento entre pais e filhos, de modo a fortalecer o afeto nas relações familiares.

Não há dúvidas de que o descaso por parte de um ou de ambos os filhos pode e deve ser caracterizado como descumprimento de todos os conceitos e dispositivos apresentados ao longo deste capítulo. Princípios estes que devem ser interpretados pelo aplicador da norma de forma sistêmica e, desse modo, não há falar em abandono afetivo como conduta não prevista como ato ilícito.

Para a caracterização do dano moral, entretanto, mister estudar os conceitos da responsabilidade civil no caso do abandono afetivo.

3 ADMISSIBILIDADE DA REPARAÇÃO MORAL APLICADA À HIPÓTESE DO ABANDONO AFETIVO

3.1 A responsabilidade civil e seus pressupostos

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico o vocábulo não foge de tais conceitos. É a lição de Sérgio Cavalieri Filho, que explica tratar-se do dever de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico (CAVALIERI FILHO, 2010).

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6).

A doutrina define dois critérios para a classificação da responsabilidade civil. Quanto à presença do elemento culpa, divide-se em responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. Em relação à natureza da norma violada, pode ser contratual ou extracontratual.

A responsabilidade civil contratual difere da responsabilidade civil extracontratual na medida em que pressupõe um vínculo obrigacional preexistente oriundo de um contrato, cujo descumprimento gera o dever de indenizar. A responsabilidade civil extracontratual, por sua vez, decorre da transgressão a um dever jurídico imposto pela lei, gerado fora dos contratos, mais precisamente fora dos negócios jurídicos (CAVALIEIRI FILHO, 2010).

Quanto à classificação doutrinária baseada na existência do elemento volitivo, a responsabilidade civil subjetiva é aquela fundada na culpa. Rizzardo (2011) aponta como pressupostos da responsabilidade subjetiva: a ação ou omissão do agente; conduta culposa; o nexo causal e o dano.

Sérgio Cavalieri Filho partilha do mesmo entendimento, a partir da interpretação do art. 186 do Código Civil:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 18).

A responsabilidade civil, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, é subjetiva “quando se esteia na ideia da culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa” (GONÇALVES, 2011, p.21).

Na mesma obra, referido doutrinador corrobora a proposição de que a responsabilidade civil subjetiva continua a ser regra necessária, porém, “sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos (...). Isto significa que a responsabilidade objetiva não substitui a subjetiva, mas fica circunscrita aos seus justos limites” (GONÇALVES, 2003, p. 23).

A responsabilidade civil objetiva não exige a presença do elemento culpa, bastando para sua configuração os elementos: ação ou omissão, nexos causal e dano.

Sobre a responsabilidade objetiva, esclarece Sérgio Cavalieri Filho:

Pela concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa (CAVALIERI FILHO, 2010, p.16).

Assim, surge a responsabilidade objetiva, sustentada pelas teorias do risco e da culpa presumida previstas nos arts. 927, *parágrafo único* e 931 do Código Civil¹⁰.

¹⁰ **Art. 927., CC** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Tratar-se-á, a seguir, acerca de cada um dos pressupostos da responsabilidade civil, bem como da ocorrência deles na hipótese do abandono afetivo dos pais idosos. Será adotada a classificação tradicional tratada pela maioria dos autores pelo fato de ser a mais difundida.

3.1.1 Ação ou omissão

Nas palavras de Rui Stoco, “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”. E continua, dizendo que “esse ilícito, como um atentado a um bem juridicamente protegido, interessa à ordem normativa do Direito justamente porque produz um dano. Não há responsabilidade sem um resultado danoso” (STOCO, 1996, p.131).

A lição de Gonçalves (2011, p. 70) esclarece que em matéria de culpa contratual o dever jurídico consiste na obediência do acordado. Já na culpa extracontratual, em cumprimento de lei ou regulamento. Sendo assim, sempre que ação ou omissão contrariar o pactuado entre as partes ou a matéria prevista no ordenamento, haverá a possibilidade da parte lesada buscar reparação.

No entendimento de Cavalieri Filho (2010) a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta e consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada por alguém. Ao tratar da omissão, retrata a chamada “relevância jurídica da omissão”, a qual torna o omitente responsável quando este tem dever jurídico de agir, dever este que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta do próprio omitente.

A omissão como pressuposto da responsabilidade civil é tratada por Sampaio (2003, p. 31):

Embora de difícil visualização, o comportamento omissivo pode gerar a obrigação de reparar o dano. Para que o comportamento omissivo ganhe essa relevância, faz-se necessário que se tenha presente o dever jurídico

Art. 931., CC Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

de praticar determinado fato (de não se omitir) e que do descumprimento desse dever de agir advenha o dano (nexo de causalidade). Esse dever de agir pode decorrer de lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidente imposto a todo condutor de veículo – art. 175, XVI, do Reg. do CTB), de convenção (pessoa que assume a guarda, vigilância ou custódia de outra e omite-se no desempenho das obrigações delas decorrentes) ou da própria criação de alguma situação de perigo (criada a situação de perigo, surge a obrigação de quem a gerou de afastá-la).

Assim, toda ação ou omissão que viole dever jurídico pré-existente e resulte em danos, é passível de reparação, desde que satisfeitos os demais requisitos analisados a seguir.

3.1.2 Culpa

Inicialmente, cabe repetir o já registrado nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, que “na teoria da responsabilidade subjetiva, ocupa lugar preponderante a noção genérica de culpa, uma vez que é o elemento distintivo em relação à teoria objetiva” (PEREIRA, 1998, p. 52).

Sergio Cavalieri Filho (2011, p. 35) conceitua culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”. O autor ensina que existem dois critérios de aferição da previsibilidade, os quais devem ser conjugados em prol de uma solução justa:

Há dois critérios de aferição de previsibilidade: o objetivo e o subjetivo. O primeiro tem em vista o homem médio, diligente e cauteloso. Previsível é um resultando quando a previsão do seu advento pode ser exigida do homem comum normal, do indivíduo de atenção e diligência ordinárias. Pelo critério subjetivo a previsibilidade deve ser aferida tendo em vista as condições pessoais do sujeito, como idade, sexo, grau de cultura, etc

Sobre a previsibilidade da conduta danosa, a lição de Carlos Roberto Gonçalves deixa clara a adoção do critério objetivo no ordenamento brasileiro:

O critério para aferição da diligencia exigível do agente e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento com o do *homo medius*, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.

Para a responsabilização, colhe-se da obra de Carlos Roberto Gonçalves o entendimento de que não basta agir objetivamente mal. É essencial que o agente proceda com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil¹¹. Agir com culpa, no entendimento do doutrinador “significa atuar o agente em termos de merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo” (GONÇALVES, 2011, p. 571).

Além das discussões acerca da previsibilidade da culpa, os autores costumam classificá-la em culpa estrito senso e dolo. A respeito do assunto, Cavalieri Filho (2011, p. 31) esclarece que “no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente da falta de cuidado”. No mesmo sentido, a explicação de Rizzardo:

Já o dolo corresponde à prática voluntária de uma infração à lei. Age a pessoa deliberadamente no rompimento da ordem natural das coisas ou do equilíbrio no relacionamento humano. A infração é pretendida, repercutindo maior gravidade nas consequências e no combate pela Lei (RIZZARDO, 2011, p. 2).

Entretanto, apesar dessa diferença conceitual doutrinária, o Código Civil determina a reparação do dano independente de tal distinção. “Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano e não pelo grau de culpa” (GONÇALVES, 2011, p. 572).

Quanto à culpa estrito senso, caracterizada pela negligência, imprudência e imperícia, continua o doutrinador:

O juízo de reprovação próprio da culpa pode, pois, revestir-se de intensidade variável, correspondendo à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última, hoje, a imprudência e a imperícia. Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção de medidas capazes de evitá-los (GONÇALVES, 2011, p.490).

¹¹ **Art. 186., CC** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Os conceitos desses elementos se entrelaçam, contudo, é possível conceituar imperícia como a “falta de habilidade exigível em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos. Já negligência consiste na ausência da diligência e prevenção, do cuidado necessário às normas que regem a conduta humana”. E por fim, a imprudência “revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos” (RIZZARDO, 2011 p.3).

No presente estudo, a culpa é fator indispensável, visto que a responsabilidade oriunda do abandono afetivo de idosos é subjetiva, conforme será discutido adiante.

3.1.3 Nexo causal

Carlos Roberto Gonçalves conceitua nexos de causalidade como “a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186 do Código Civil. Sem ela não existe a obrigação de indenizar.” E vai além, ao determinar:

Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele causado o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento.

Na lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 46).

Deve-se ter em mente que o nexos de causalidade é requisito também indispensável para a configuração do dever de indenizar, independente da espécie de responsabilidade civil considerada. É a informação extraída da lição de Sílvio Venosa, segundo o qual “a responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas

nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida” (VENOSA, 2003, p. 39).

Questão bastante discutida sobre tal requisito refere-se à chamada teoria da causalidade adequada adotada pelo direito brasileiro. Cavalieri Filho esclarece o assunto afirmando que “quando diversas condições concorrem para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for a mais adequada à produção do evento” (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 48).

Sílvio Venosa trata das questões a serem enfrentadas na determinação do nexos de causalidade, referindo-se também à teoria da causalidade adequada:

Primeiramente, existe a dificuldade em sua prova; a seguir, apresenta-se a problemática da identificação do fato que constitui a verdadeira causa do dano, principalmente quando este decorre de causas múltiplas. Nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato, sua causa eficiente. Normalmente aponta-se a teoria da causalidade adequada, ou seja, a causa predominante que deflagrou o dano.

Face o exposto, não há dúvidas de que o elo entre a conduta do agente e o dano causado é indispensável também na análise da responsabilidade civil por abandono afetivo de idosos aqui tratada.

3.1.4 Dano

O dano como pressuposto da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo causado a outra pessoa.

Segundo Alvim, o termo dano, “em sentido amplo, vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral” (ALVIM, 2008, p. 171). Assim, além dos danos patrimoniais, o termo dano inclui os inerentes a personalidade humana, como a vida, a honra, a saúde e outros.

Não há que se falar em responsabilidade civil se não houver prejuízo a alguém. É a lição de Rui Stoco (1996) que vai além:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva (...) Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, que nem sempre exige um resultado danoso para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil, é a extensão ou o quantum do dano que dá a dimensão da indenização. Alíás, (...) o art. 944 do atual Código Civil preceitua que a indenização “mede-se pela extensão do dano”. Do que se infere que, não havendo dano, não há indenização, como ressuma óbvio, pois o dano é pressuposto da obrigação de indenizar (STOCO, 1996, p.129).

A respeito da reparação do dano, Carlos Roberto Gonçalves lembra que “indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o status quo ante, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito” (GONÇALVES, 2011, p. 545).

Esclarece:

Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de indenização monetária. Deste modo, sendo impossível devolver a vida à vítima de um crime de homicídio, a lei procura remediar a situação, impondo ao homicida a obrigação de pagar uma pensão mensal às pessoas a quem o defunto sustentava, além das despesas de tratamento da vítima, seu funeral e luto da família (GONÇALVES, 2011, p. 545).

Importante observação na obra de Sílvio Venosa refere-se à utilização do termo “dano injusto” pelo doutrinador, a qual “traduz a noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista ao vulto que tomou a responsabilidade civil” (VENOSA, 2003, p. 28). A percepção de Sílvio Venosa é compartilhada na obra de Fernando Noronha o qual alude à noção de “lesão a um bem jurídico protegido” como requisito próprio para configurar o dever de indenizar:

Podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil de forma mais didática dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: (...)

e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido. (NORONHA, 2010, p.491).

Fernando Noronha (2010) aprofunda a ideia da lesão a um bem jurídico protegido, concluindo não ser qualquer conduta apta a causar danos

que acarretem a reparação civil. Assim, para que seja possível falar-se em indenização, deve haver a violação de uma norma que tutele determinado bem ou direito:

Nas palavras de Fernando Noronha:

Será o exame da norma jurídica violada, será sua *ratio legis* que esclarecerá quais são os valores e interesses tutelados, quais são em especial os danos que podem ser reparados e quais são as pessoas que a norma intenta proteger. A ação de reparação deve ser reservada às pessoas que a norma violada visa proteger e deve ter por objeto apenas os danos visados pela norma. Fala-se, a este respeito, no princípio, ou na teoria, do escopo da norma violada, ou da relatividade aquiliana (NORONHA. 2010, p. 493).

A percepção de tais doutrinadores acerca da necessidade da lesão a um bem jurídico protegido como pressuposto da responsabilidade civil encaixa-se perfeitamente à hipótese do abandono afetivo de idosos, conforme será analisado em momento oportuno.

3.2 Natureza do dano moral e arbitramento

Dano moral é dano de natureza não econômica que “se traduz em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado” (THEODORO JUNIOR, 1999, p.2).

No entendimento de Arnaldo Rizzardo:

Dano moral, ou não patrimonial, ou ainda extrapatrimonial, é aquele que atinge a honra, a paz, a reputação, a tranquilidade de espírito e o indivíduo como ser humano, sem atingir a esfera patrimonial, os bens do indivíduo ou sua integridade física. Evidencia-se na dor, na angustia, no sofrimento, no desprestígio, no descrédito, no desequilíbrio da normalidade psíquica, na depressão, etc (RIZZARDO, 2011, p. 232).

Na mesma corrente, Sílvio Venosa afirma que “dano moral é o prejuízo que afeta o animo psíquico, moral e intelectual da vítima” (VENOSA, 2003, p. 33). Ademais, afirma abranger também os direitos da personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo. E assim, chega a conclusão que:

Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento, ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.

A indenização por dano moral é assegurada pela Constituição Federal no seu art. 5, incisos V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Em relação a sua comprovação há o entendimento de que o mesmo não precisa ser provado, visto que inserido na própria ofensa. O dano moral deriva exclusivamente do próprio fato ofensivo; há uma presunção natural do dano, que deriva da experiência comum. É o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2011) que exemplifica:

Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras de experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 86).

Quanto à função da responsabilização civil no âmbito dos danos morais, é comum entre os doutrinadores a referência à tutela compensatória com caráter punitivo, ressarcitório e/ou preventivo, conforme o autor.

Rizzardo (2011), por exemplo, adota o posicionamento de que em matéria de dano moral não cabe alegação de indenização, mas reparação com caráter punitivo e ressarcitório. O caráter punitivo existe no sentido de que o

causador do dano pague pela ofensa que praticou; o caráter ressarcitório, por sua vez, visa proporcionar à vítima prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Entendimento interessante é lecionado por Carlos Roberto Gonçalves (2011), para quem, “indenizar” significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo* anterior, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como isto não é possível na maioria dos casos, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem (GONÇALVES, 2011, p.670).

Tal entendimento encontra-se, também, corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, que atribui caráter dúplice – compensatório e punitivo - à reparação civil por danos morais:

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. (REsp 575.023/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 21/06/2004 p. 204).

Assim, analisadas as possíveis funções do dano moral, passa-se ao exame da dificuldade de valoração.

É pacífico entre os autores a dificuldade de se estabelecer um critério seguro para valorar o montante justo e coerente no dano moral. Conforme visto, a indenização, dado o seu caráter extrapatrimonial, visa amenizar os prejuízos sofridos pela vítima, se afigurando como uma medida compensatória ante o dano injustamente causado, amenizando-lhe a dor e o sofrimento. Assim, tendo em vista a impossibilidade de exprimir o dano moral em dinheiro, prejudicada se torna a intenção de restituição do *status quo* ante do ofendido em face do agravo extrapatrimonial sofrido, tornando-se fundamental, portanto, o arbitramento em juízo

de prestação pecuniária de natureza compensatória, de modo a amenizar a lesão moral sofrida.

Nesse sentido, Cavalieri Filho assim esclarece:

Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.

Vários são os critérios desenvolvidos pela doutrina para a justa reparação do dano moral. Rizzardo (2011) trata da teoria do duplo caráter da reparação e estabelece que a reparação deve se pautar na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e na correta punição do causador do ato. Afirma, ainda, que é preciso ponderar as especificidades de cada caso, levando-se em conta fatores como a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a posição social das partes, a condição econômica dos envolvidos, entre outros.

Em relação à posição econômica do ofensor, analisada como critério de fixação dos danos morais, deve ser fixado valor que, dentro das condições financeiras do mesmo, se afigure como uma reparação justa e considerável (não pode ser em valor ínfimo) a impor-lhe também uma “sanção”, visando desencorajá-lo de reincidir no cometimento de atos atentatórios desta natureza (CAVALIEIRI FILHO, 2010).

Outro critério objetivo a ser considerado na fixação do dano moral é a capacidade sócio econômica do ofendido, a fim de que o valor da indenização atinja a finalidade primordial de compensação dos prejuízos sofridos, como forma de amenizar a dor e o sofrimento.

O professor Humberto Theodoro Júnior pondera acerca da necessidade de justa reparação do dano moral:

Se de um lado se aplica uma punição àquele que causa dano moral a outrem, e é por isso que se tem de levar em conta a sua capacidade patrimonial para medir a extensão da pena civil imposta; de outro lado, tem-se de levar em conta a situação e o estado do ofendido, para medir a reparação em face de suas condições pessoais e sociais. Se a indenização não tem o propósito de enriquecê-lo, tem-se que lhe atribuir aquilo que, no seu estado, seja necessário para proporcionar-lhe apenas a obtenção de

'satisfações equivalentes ao que perdeu' (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 63-64).

Por fim, o terceiro critério objetivo a ser levado em consideração, não menos importante do que os demais é a gravidade do dano, que engloba não só a sua natureza, mas também, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor-responsável.

Carlos Roberto Gonçalves sustenta que, em casos de dano moral, o grau de culpa deve ser levado em consideração ao medir-se a indenização, inclusive como fator de atenuação:

Em geral, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor (GONÇALVES, 2011, p. 676).

Assim, da análise de todos os critérios tratados pelos autores, conclui-se que a fixação da quantia indenizatória requer prudência, devendo ser realizada conforme as peculiaridades de cada caso. De qualquer forma, deve sempre se pautar pelo caráter reparatório estampado nas funções compensatória e punitiva. A indenização deve ser fixada não apenas pela capacidade econômica do agente e da vítima, mas também pelo vínculo entre a ação ou omissão do réu, pelo grau de culpa e pelo dano ocasionado à vítima.

3.3 A aplicabilidade da reparação civil na hipótese do abandono afetivo de idosos

A análise dos requisitos indispensáveis à responsabilização civil em conjunto ao estudo do aparato jurídico destinado à proteção do idoso não deixa dúvidas acerca da reparação do dano moral no caso da violação de seus direitos da personalidade, inclusive o abandono afetivo.

Flávio Tartuce (2007) assinala que o principal argumento jurídico a favor da admissibilidade da reparação dos danos morais nos casos de abandono afetivo seria o enquadramento da hipótese ao art. 186 do Código Civil o

qual estabelece que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Nesse caso, a violação do dever de assistência moral aos idosos assegurado pela legislação brasileira configura o ato ilícito a ser reparado.

Essa é a ideia defendida por Azevedo, ao ensinar 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 (AZEVEDO, 2004, p. 14).

Ressalte-se, entretanto, que tendo em vista a relação paterno-filial ser baseada exclusivamente na afetividade entre seus sujeitos, não há como aplicar-se integralmente os princípios que ditam a responsabilidade civil.

Desse modo, cabe aferir em que proporção o comportamento do filho foi responsável pelo rompimento entre os eventuais laços de afetos entre pais idosos e filhos. Bernardo Castelo Branco ensina que “a admissibilidade da reparação não pode servir de estopim a provocar o desfazimento de vínculos que devem existir entre os sujeitos daquela relação”. Esclarece:

“Parte-se do pressuposto de que a ocorrência da lesão moral tenha sido de tal magnitude que opere como consequência o rompimento do vínculo afetivo (...), pois é certo que, mesmo diante da existência de uma relação de filiação, pode-se admitir que não se tenha estabelecido qualquer laço de afeto e respeito entre pais e filhos. Seria incabível deduzir pretensão cujo acolhimento significasse o sacrifício de um direito maior a afetar o próprio lesado” (CASTELO BRANCO).

Ao adotar tal posicionamento, afasta-se o risco de que a reparação dos danos morais sirva como fator que determine o rompimento do vínculo filial, pois atuará, somente nos casos em que este já se mostre desfeito. De qualquer forma, defende o autor que “o que não se concebe é a simples negativa quanto à possibilidade de reparação dos danos nas relações de filiação, fundada na qualidade jurídica do vínculo entre ofendido e ofensor.”.

No que tange ao pressuposto conduta do agente, em relação ao abandono afetivo de idosos, a ação ou omissão faz-se presente no comportamento e conduta adotados pelos filhos que deliberadamente deixam de cumprir o dever de amparo aos pais idosos, seja por negligência nos cuidados com

os mesmos, seja pelo descumprimento do dever de convivência familiar, devendo ser analisado caso a caso.

Alguns autores afirmam que, em muitos casos, a falta de assistência material é acompanhada do próprio abandono afetivo. Nesse sentido as observações de Adriana Medianeira Toaldo e Hilza Reis Machado:

No caso em pauta a decorrência da própria necessidade alimentar, por si só já caracteriza abandono afetivo, pois, se os familiares não visualizam as necessidades mínimas de sobrevivência, certamente este idoso encontra-se em total abandono.

Compreende-se que aquele que respeita o idoso, não necessita de uma lide para cumprir com sua obrigação alimentar, portanto o abandono afetivo é consequência do abandono material, pois este se encontra ferido em seus direitos mais profundos, como em sua dignidade humana.

(...)

O abandono pode ainda ser físico, psicológico, financeiro, por ação, omissão, ou por absoluta impossibilidade das pessoas que tem o dever de cuidado com o idoso (TOALDO. Adriane Medianeira; MACHADO, Hilza Reis. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_caderno&revista_caderno=)

Nesse contexto, o abandono afetivo dos filhos pode ocorrer em diversas relações familiares. Mister salientar que somente em alguns casos existirá o dever de reparação, devendo ser feita uma análise minuciosa de cada caso concreto.

Inúmeros autores das áreas de sociologia, psicologia e antropologia dedicam-se ao estudo da convivência familiar em relação ao idoso, identificando diferentes formas de relacionamento entre seus membros. Guite Zimerman (2000) relata algumas delas em sua obra, descritas por meio de comportamentos exemplificativos:

- * Velhos e filhos entrosados, com os pensamentos, sentimentos e atitudes em harmonia.
- * Velhos que se queixam dos filhos e filhos que se queixam dos velhos.
- * Filhos que verbalizam: 'Ela nunca deu nada e agora quer que a gente dê tudo'.
- * Filhos que tentam resolver suas raivas passadas em cima de pais debilitados.
- * Filhos que tratam os velhos como coitados.

* Estruturas familiares com conflitos, fragmentadas, frágeis, indefinidas e rígidas, o que cria uma série de problemas para o velho e para a família (ZIMERMAN, 2000, p. 57).

As observações da referida autora demonstram a complexidade das relações do idoso no âmbito familiar, deixando clara a necessidade de análise do caso concreto para averiguar o cumprimento do requisito “ação ou omissão” da responsabilidade civil. Conforme já visto, a legislação brasileira estabelece o dever recíproco entre pais e filhos de amparo moral, oferecendo apoio, afeto e atenção. Sobre o assunto, Cristhian De Marco e Charlotte De Marco:

É óbvio que não se pode cobrar amor de ninguém. Não se pode obrigar os pais a amarem seus filhos, tampouco os filhos a amarem e honrarem seus pais, porém, deve-se ao menos permitir que o prejudicado receba a devida indenização pelo dano que lhe foi causado (DE MARCO, Cristhian; DE MARCO, Charlotte, 2012)

De qualquer forma, há casos em que o próprio idoso decide residir em local distante dos filhos, casos em que não se deve cogitar de responsabilidade civil. Seja morando sozinho ou com outras pessoas o idoso precisa sentir-se confortável (ZIMERMAN, 2000).

Situações como essa exemplificam a importância dos pressupostos da responsabilidade civil serem analisados em conjunto, em cada caso concreto. Se ficar constatado a impossibilidade de aproximação, após tentativas do filho ausente, mesmo o dano estando presente, estariam os filhos eximidos de culpa.

Assim, em relação ao requisito subjetivo, é preciso verificar se o abandono afetivo se deu por culpa exclusiva do filho que está sendo acusado. Como já exemplificado, pode acontecer de o idoso ou do filho passar a residir em local distante ou até mesmo em outro país. Em uma circunstância como essa, evidente que o filho, não possuidor de muitos recursos, por exemplo, teria dificuldades de entrar em contato e se fazer presente na vida do pai idoso.

Relativamente à hipótese tratada neste trabalho, o nexo causal seria, então, a relação entre o abandono, o dano sofrido pelo genitor idoso e a atitude causadora do filho.

No caso do abandono de idosos deve-se atentar para o fato de que, em muitos casos, uma gama de fatores pode contribuir para a existência de danos psicológicos. Zimmerman (2000) ilustra o tema ao apresentar causas correntes para o isolamento do idoso como a perda do companheiro, de amigos, de dinheiro, a dificuldade de adaptação a novos papéis, as limitações físicas, entre outros. Assim, indispensável a aferição do nexu causal entre o dano sofrido e a conduta de abandono, de forma a responsabilizar apenas os autores do ato ilícito.

Quanto à comprovação do dano à luz do abandono afetivo, é possível encontrar dois entendimentos doutrinários: a desnecessidade da prova em razão da própria natureza do dano moral - conforme já visto em tópico específico - e a aferição do mesmo por meio de laudos psicológicos e psiquiátricos, de forma a determinar a extensão do comprometimento psicológico e físico do idoso causado pela falta de assistência moral dos filhos.

Sobre o assunto Ionete de Magalhães Souza (2011), em artigo sobre abandono afetivo, aborda que:

As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: psicólogos, assistentes sociais, entre outros; prova documental (...); depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do juiz competente.

A realização de perícias também é apontada como meio de prova pela jurispiciana Giselle Câmara Groeninga na análise da responsabilidade civil por abandono afetivo de filhos menores:

[...] não é suficiente a falta de figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna (GROENINGA, 2005, p. 416).

O dever de assistência moral dos filhos em relação aos pais, quando descumprido geram danos emocionais incomensuráveis. O deputado Carlos Bezerra explicita os danos causados pelo abandono afetivo de idosos em seu projeto de lei sobre o assunto, o qual será tratado em tempo oportuno:

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação

tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Em relação ao último pressuposto – lesão a um bem jurídico protegido – analisado em conjunto ao *dano*, não há dúvidas de sua comprovação, tendo em vista o arcabouço jurídico de proteção ao idoso analisado anteriormente neste trabalho. Tanto a Constituição Federal, como o Estatuto do Idoso e demais leis esparsas garantem direitos aos idosos, dentre os quais se inclui o dever de assistência moral e o afeto, entre tantos outros já abordados.

Importante esclarecer, na hipótese em estudo, a face assumida pelo caráter do dano moral: punitivo, educativo e ressarcitório. Prevalece entre os doutrinadores o entendimento de que nas relações de família, as demandas de responsabilidade civil não tem por escopo a obtenção de vantagens econômicas, mas a salvaguarda dos direitos de personalidade, funcionando como um sistema compensatório, preventivo e educativo.

Sobre o assunto, Bernardo Castelo Branco:

A reparação, embora expressa em pecúnia, não busca, nesse caso, qualquer vantagem patrimonial e, benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa uma sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí seu efeito preventivo. (BRANCO, 2006, p.116)

No entendimento do autor, a responsabilização surge como uma resposta do Estado, o qual, mesmo não reparando o dano causado, procura compensar o mal sofrido, dentro do que lhe compete fazê-lo, haja vista o dinheiro poder oferecer conforto e alento à vítima. A forma preventiva da sanção, por sua vez, não se limita aos indivíduos diretamente ligados à obrigação de reparação, refletindo por toda a sociedade, vez que atua na consciência coletiva, fazendo com que os indivíduos naturalmente se abstenham de condutas que porventura lhes imponham responsabilização.

Ponto a ser esclarecido refere-se à alegação da doutrina contrária à reparação do abandono afetivo de que *não se pode dar preço ao amor*. Esse argumento não deve servir de respaldo para que o responsável se exonere pelo abandono afetivo cometido, visto que vai de encontro aos direitos básicos dos idosos, os quais, conforme já visto, merecem uma atenção especial por parte da família, da sociedade e do Estado.

Eis o entendimento de Charlotte de Marco e Christian de Marco (2012):

É óbvio que não se pode cobrar amor de ninguém. Não se pode obrigar os pais a amarem seus filhos, tampouco os filhos a amarem e honrarem seus pais, porém, deve-se ao menos permitir que o prejudicado receba a devida indenização pelo dano que lhe foi causado. Disso decorre o caráter pedagógico do instituto da responsabilização civil por abandono afetivo praticado, pois, além de uma forma de sanção para aqueles que abandonam afetivamente, também serviria como um desestímulo àqueles que, porventura, possam causar tal tipo de dano (DE MARCO, Christian; DE MARCO, Charlotte, 2012).

A discussão sobre o abandono afetivo não deve apresentar como foco se o afeto pode ou não ser imposto, mas sim, em uma análise técnico-jurídica, a presença da lesão a um direito alheio, pelo desrespeito a uma dever jurídico estabelecido em lei (TARTUCE, 2007).

Em relação às críticas acaloradas feitas ao tema, no que concerne a monetarização do afeto, Bernardo Castelo Branco assevera que:

Não se propugna a aplicação da responsabilidade civil a tais relações, como uma fonte para obtenção de vantagens econômicas por parte do lesado, o que somente contribuiria para a efetiva desagregação da família, porquanto seria inconcebível que a instituição familiar ficasse resumida a vínculos puramente patrimoniais. O que se busca, ao contrário, é uma análise mais profunda, a partir da ordem normativa já existente, relativamente aos mecanismos capazes de coibir os abusos ordinariamente praticados por aqueles que, cientes da falta de qualquer sanção, violam sistematicamente os direitos fundamentais de pessoas que, muitas vezes, deles deveriam receber a devida proteção (BRANCO, 2006, p. 120).

Assim, a análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, mais do que prever a possibilidade jurídica de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo, exige a aplicação do referido instituto, como forma de garantir a proteção dos direitos do idoso em sua integralidade.

3.4 Projeto de Lei 4.294/2008

Em 12 de novembro de 2008, o Deputado Carlos Bezerra apresentou o Projeto de Lei 4.294, o qual visa, justamente, à previsão expressa da responsabilidade civil por abandono afetivo de idosos no Código Civil e no Estatuto do Idoso.

O projeto busca acrescentar parágrafo ao art. 3º do Estatuto do Idoso, dispondo que “o abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.”

A justificação segue exatamente a linha delineada no presente trabalho, acentuando que as obrigações entre pais e filhos não se resumem ao auxílio material, mas também ao suporte afetivo, devendo-se garantir reparação pelo dano moral experimentado pelo prejudicado:

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado (Justificação Projeto de Lei n. 4.294/2008).

A proposição foi distribuída à Comissão de Seguridade Social e Família, encontrando-se em apreciação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O comprometimento psicológico ocasionado pelo abandono afetivo foi ressaltado pela relatora da Comissão de Seguridade Social e Família - Deputada Jô Moraes - a qual, em 16 de setembro de 2010, votou pela aprovação do projeto. A mesma ressaltou a extrema utilidade e conveniência de introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral oriunda do abandono

afetivo por familiares. Atentou, ainda, para a importância da conscientização e dissuasão das outras pessoas, de forma a evitar a mesma conduta, considerada grave moral e socialmente.

A Comissão de Seguridade Social e Família, em 13 de abril de 2011, aprovou unanimemente o projeto nos termos do parecer da relatora.

Após a aprovação, o projeto foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, onde se encontra até a presente data aguardando a apreciação do voto do relator Deputado Antônio Bulhões. Este, relator, em 7 de março de 2012, publicou voto favorável a aprovação do Projeto:

Embora seja verdade que não se possa obrigar alguém a amar ou a manter relacionamento afetivo, ocorrem casos em que o abandono ultrapassa os limites do desinteresse e, efetivamente, causa lesões no direito da personalidade do filho, com atos de humilhações e discriminações. Nesses casos, estaria configurado o abandono afetivo gerador do direito à indenização moral.

(...)

Portanto, haverá hipóteses em que o abandono afetivo advirá a obrigação pela reparação pelo dano moral causado ao filho ou ao idoso.

Desde então, aguarda-se pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça.

3.3 A jurisprudência relativa aos danos morais por abandono afetivo

Inicialmente cabe ressaltar a divergência de opiniões sobre o assunto, havendo corrente favorável e contrária à possibilidade de indenização por abandono afetivo por familiares. No que se refere à questão dos danos morais por abandono afetivo do idoso, tema tratado especificamente neste trabalho, ainda não houve posicionamento nos tribunais brasileiros.

De qualquer forma, é possível encontrar decisões que explicitam a importância do afeto e da manutenção dos vínculos familiares em relação ao idoso.

Os desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, amparados no artigo 229 da Constituição Federal¹², concederam, em sede de mandado de segurança, a um filho a possibilidade de reduzir a sua carga horária de trabalho e a remuneração, para que pudesse cuidar de seu pai, um idoso doente.

A decisão funda-se justamente no princípio da efetividade máxima das normas constitucionais, conforme segue:

Mandado de Segurança – Princípio da efetividade máxima das normas constitucionais – Pedido de redução de carga horária, com redução de salário, formulado por filho de pessoa idosa objetivando assistir-lhe diante da doença e solidão que o afligem – Cuidados especiais que exigem dedicação do filho zeloso, única pessoa responsável pelo genitor – *Dever de ajuda e amparo impostos à família, à sociedade, ao Estado e aos filhos maiores ordem concedida*. (AC 2005.0110076865 – TJDF – 5ª Turma Cível, Relator Desembargador João Egmont, 26.4.2007). (AC 2005.0110076865 – TJDF – 5ª Turma Cível, Relator Desembargador João Egmont, 26.4.2007).

Outra manifestação da importância de manutenção dos vínculos familiares entre o idoso e seus entes refere-se à concessão do direito de visitas ao idoso, conforme se depreende do julgado a seguir:

Direito de Visita – Regulamentação – Filha impedida de visitar a mãe – Violação, em tese, ao direito de convivência familiar, assegurado pelo artigo 3º, da Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso – Presença de interesse processual da filha – Extinção do processo afastada – Recurso provido (AC 387.843-4/5-00 – TJSP – 3ª Câmara Direito Privado – Rel. Des. DonegáMorandini, 30.8.2005). (SÃO PAULO, 2001 apud FREITAS JUNIOR, 2008, p. 15).

Tais casos refletem a evolução jurisprudencial em relação ao reconhecimento dos deveres dos familiares ante seus idosos. Demonstram que o idoso só pode ser afastado de sua família, em casos de violência ou se ele assim o quiser, porém nada deve ser forçado, nem mesmo o convívio familiar. O afeto dispensado ao idoso deve fazer parte da família de maneira natural e espontânea.

Em relação às decisões relativas ao abandono afetivo propriamente dito, os julgados existentes concernem ao abandono afetivo da criança e do adolescente, os quais devem servir de paradigma para a aplicação judicial da responsabilidade civil por abandono afetivo do idoso.

¹² **Art. 229., CF** Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

No caso do abandono da criança e do adolescente, a maioria das decisões filia-se à corrente contrária à possibilidade de indenização, ou por entender que não há ato ilícito, ou por entender que a medida adequada a ser adotada é a destituição familiar, ou ainda, pela impossibilidade de obrigar alguém a amar e de valorar esse amor.

É possível observar julgados desde o ano de 2003 com decisões, na maioria das vezes, desfavoráveis à possibilidade de indenização. Exemplificativamente, estão: Recurso Especial n. 757411 MG¹³, Apelação Cível n. 2006.017863-1, de Lages, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior; Apelação Cível n. 2010.026873-7, de Criciúma, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato; Apelação Cível n. 2006.012075-7, de Mafra Relator: Des. Mazoni Ferreira; Apelação Cível n. 2010.023344-2, de Imbituba, Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari.

Todos esses acórdãos amparam-se no artigo 159 do antigo Código Civil ou no artigo 186 do novo Código Civil, aduzindo como principais razões de decidir o não preenchimento dos pressupostos para a caracterização do dever de indenizar, especialmente, não comprovação do dano; e a impossibilidade de indenizar-se a falta de afeto.

Contudo, é inegável que esse posicionamento vem mudando. O primeiro julgado favorável à reparação em sede de Recurso Especial foi proferido em 2012, sendo crescente o número de filhos que já tiveram reconhecidos seus direitos à indenização por abandono materno-paterno em instâncias inferiores.

Em Santa Catarina, o Tribunal de Justiça já julgou procedente ação envolvendo dano moral por abandono do filho pelo pai. Extrai-se da Ementa do julgamento da Apelação Cível n. 2006.015053-0, relator Desembargador Monteiro Rocha:

O pai que se omite em cuidar do filho, abandonando-o, ofende a integridade psicossomática deste, acarretando ilícito ensejador de reparação moral.

¹³ EMENTA:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido

O sofrimento do filho abandonado pelo pai gera à figura materna daquele danos morais, principalmente quando a consequência desse sofrer é decisiva na formação da personalidade como um todo unitário (grifo no original).

No caso em tela, a genitora pleiteou a reparação dos danos morais em nome próprio, visto que atingida de forma reflexa pelo abandono afetivo de seu filho por parte do pai. Assim, a Segunda Câmara de Direito Cível de Santa Catarina, entendeu que o ato omissivo praticado pelo pai caracterizou ofensa não apenas à dignidade do filho, mas também à dignidade da mãe, afrontando princípios éticos e morais regentes das relações familiares, razões pelas quais se imputou ao réu a responsabilidade civil pelos danos morais enfrentados pela autora.

O precedente de maior importância adveio de decisão do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2012. O recurso especial n. 1.159.242,¹⁴ oriundo do acórdão 2009/0193701-9 de São Paulo, foi julgado parcialmente procedente, levando à condenação de um pai a pagar duzentos mil reais pelo abandono da filha.

Ponto essencial discutido em tal julgamento refere-se ao reconhecimento da admissibilidade da responsabilidade civil nas relações familiares. A Terceira Turma do STJ decidiu, por maioria, que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”.

¹⁴ EMENTA:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido

A Min. relatora Nancy Andrichi explicitou os principais fundamentos aqui tratados. Em especial, tratou de esclarecer e rebater a tese de que não se pode obrigar alguém a amar ou mensurar o amor a fim de quantificar a indenização. O cuidado devido pelos familiares é apontado pela relatora como valor jurídico. Nas palavras da mesma: **“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.”** (grifo no original).

Assim, ensina que a ilicitude do ato de abandono encontra-se, justamente no descumprimento do dever de cuidado:

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se o necessário dever e criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Em relação ao dano e ao nexos causal novamente confirmou o entendimento aqui exposto de que a existência de um laudo formulado por especialista que vincule o dano ao descuido do genitor é a forma mais simples de aferição.

A condenação por danos morais determinada pelo Tribunal de São Paulo foi mantida, havendo apenas redução do montante de quatrocentos e quinze mil reais para duzentos mil reais.

Apesar de relacionar-se à análise da criança, o acórdão citado enfrenta as consequências psíquicas e sociais que o abandono afetivo acarreta, notadamente o dano moral. É preciso compreender que com os idosos, as consequências não são menores. Conforme já visto, a esses é assegurado pelo ordenamento pátrio atenção, acompanhamento, ajuda e afeto de seus entes familiares.

As situações, obviamente, devem ser analisadas caso a caso, cabendo ao Poder Judiciário efetivar uma justa ponderação dos valores envolvidos em cada litígio, sempre no sentido de proporcionar a máxima efetividade do princípio constitucional da dignidade humana, agindo, assim, corretiva e preventivamente.

CONCLUSÃO

A análise dos direitos assegurados aos idosos pela legislação brasileira representa sério compromisso da sociedade, sobretudo, em razão do crescimento de tal faixa populacional. As estatísticas demonstram um desafio para a sociedade brasileira a qual precisa ater-se à busca de condições que resultem em qualidade de vida para os idosos.

Faz-se necessário o empenho de todos os seguimentos sociais em atenção à pessoa idosa, com atenção à dimensão social do envelhecimento e também para as políticas públicas, dando prioridade absoluta no trato com o idoso, protegendo-o da violência doméstica e familiar, de forma a garantir sua dignidade.

Nesse contexto, a valorização do afeto nas relações familiares, erige o tema relacionado ao abandono afetivo a patamar de extrema importância. De fato, não há dúvidas de que a afetividade representa valor fundamental no direito brasileiro, oferecendo novos contornos à família.

Esta, sob a proteção da Constituição Federal, tem como escopo a dignidade da pessoa humana da qual nascem todos os outros direitos. A família deixou de ter apenas uma função produtiva e reprodutiva e passou a ser uma entidade de afeto e de solidariedade, pautada em relações pessoais, cujo principal foco é o desenvolvimento da pessoa humana.

Assim, os princípios de direito de família aqui estudados – afetividade, solidariedade, dignidade da pessoa humana e a própria teoria da proteção integral – asseguram o dever de proteção aos membros da entidade familiar, cada um na sua individualidade, incluindo-se aí o idoso. O dever de assistência imaterial configura-se como fundamental na relação paterno-filial, determinando a prestação de cuidados e atenção.

É justamente nesse ponto que observam divergências doutrinárias acerca do assunto. Inúmeros são os argumentos de juízes e doutrinadores relativos à monetarização do afeto e à impossibilidade de se cobrar o amor.

De qualquer forma, o presente trabalho procurou demonstrar, por meio da interpretação de diversas normas, a identificação do abandono afetivo com o conceito de ato ilícito, apto a gerar a responsabilidade civil. O direito do idoso a convivência familiar está previsto na legislação brasileira, assim como é dever dos filhos prestar auxílio material e imaterial aos pais. O filho que desrespeita esta obrigação descumpra a lei.

Não há dúvidas de que ninguém é obrigado a amar ou sentir carinho por outra pessoa, mas deve o direito ao menos sancionar aqueles que não cumprem o dever de amparo mínimo necessário à dignidade da pessoa humana.

Assim, apesar de se tratar de questão controversa, acredita-se que paulatinamente restará consolidado o reconhecimento da possibilidade de indenização por danos morais por abandono afetivo, e que no futuro a questão a ser analisada em cada caso concreto ater-se-á apenas ao fato de estarem ou não preenchidos os requisitos necessários para responsabilização civil.

De fato, conforme exposto, decisões recentes apontam para o reconhecimento do abandono afetivo como ilícito indenizável, de forma a prestigiar os novos princípios do direito de família. Ainda, a propositura de projeto de lei sobre o tema visando alterar legislações já existentes, tem por objetivo afastar essa situação de insegurança jurídica existente pelo fato do abandono afetivo depender de interpretação para ser configurado como ilícito civil e reparável.

Por fim, cabe ressaltar que o entendimento aqui construído reflete a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil por danos morais à hipótese do abandono afetivo de idosos independente da existência de legislação expressa, garantindo-se a proteção integral e eficaz do direito à assistência imaterial amparado pelo conjunto normativo brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao direito do idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001.

ALVES, Jonas Figueirêdo. Abuso de Direito no Direito de Família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord). **Família e Dignidade Humana. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3ª ed. Ed. Jurídica e Universitária, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. Editora Atlas, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 8º volume, 1988.

BEAUVOIR, Simone. **A Velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BONHO CASARA, Miriam; MERLOTI HERÉDIA, Vânia Beatriz. **Idoso Asilado: um estudo gerontológico**. EDIPUCRS, 2004.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Editora Método, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 775.565/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 13.06.2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 17/03/2013

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 575.023/RS**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 21/06/2004 p. 204. . Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 17/03/2013

CALDAS, C. P. (org). *A saúde do idoso: a arte de cuidar*. Rio de Janeiro: UERJ, 1998.

CARVALHO, José A. Magno de; ANDRADE, Flávia C. Drummond. Envejecimiento de la población brasileña: oportunidades y desafíos. In: **ENCUENTRO LATINOAMERICANO Y CARIBEÑO SOBRE LAS PERSONAS DE EDAD**, 1999, Santiago. Anais. Santiago: CELADE, 2000. p. 81-102. (Seminarios y Conferencias – CEPAL). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/perfilidoso/perfidosos2000.pdf>> Acesso em: 24 mar. 2013.

CAVALCANTE, Lidiany L. **O papel da família frente ao idoso institucionalizado**. In: Congresso Social da Amazônia. Anais. (4.: 2005, PA). Centro de convenções do Centur – Belém – Pará./ Coordenadores: Edval Bernardino Campos.../Et al./ Belém:GTR, 2005

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. **Revista jurídica Notadez**, São Paulo, 2008.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. Cury, Garrido e Marcuro. 3ª ed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DE MARCO, Cristhian; DE MARCO, Charlotte. **O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis**. II Simpósio

Internacional de Direito: dimensões materiais e eficaciais dos Direitos Fundamentais, 2012.

DIAS, Maria Berenice Dias, **Manual de Direito das Famílias**. 5ª edição, São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 17ª ed. aum. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-1-2001) São Paulo: Saraiva, 2003..

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Constitucional à família: Um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade Constitucional**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2004.

FRAGOSO, Ana Karina Ciríaco. Abandono afetivo: Uma questão de personalidade. **Revista da ESMape**, Recife, v.14, n. 29, p. 17-38, jan./jun.2009.

GARCIA, Edinês Maria Sormani. **Direito de Família: Princípio da dignidade da pessoa humana**. Leme: Editora de direito, 2003.

GISCHKOW PEREIRA, Sérgio. **Direito de Família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAMS, Angela Tramontini. **A Felicidade na adultez final e suas implicações gerontológicas**. Espanha: Universidade de Salamanca, 2000. Tesis doctoral (Doutorado em Psicologia). Universidade de Salamanca, 2000.

GROENINGA, Giselle. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo. A interdisciplina sintoniza o direito de família com o direito à família. In: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. IN: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 31.

_____. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Publicado em 22 de abril de 2007a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 11 de abril de 2013.

INDALÊNCIO. Maristela Nascimento. **Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Itajaí. 2007. Disponível em: http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=356..

JUNGUES, José Roque. “Uma leitura crítica da situação do idoso no atual contexto sociocultural”. In: **“Estudos Interdisciplinares sobre o envelhecimento”**. V. 6. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

LEITÃO, Adriane Karan. **Responsabilidade civil**: o abandono material e afetivo dos filhos em relação aos pais idosos. Fortaleza. 2011. Disponível em: <http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.pdf>

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**: direito de família e das sucessões. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. **Jus Navigandi**, Teresina, 2000 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/527>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A solidariedade familiar**. Disponível em <http://advogadacristina.blogspot.com.br/2011/04/principio-da-solidariedade-familiar.html>.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão (Org.). **Direito de família e das sucessões**: temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

LOUREIRO, Altair M. L. **A Velhice, o Tempo e a Morte**. Brasília: Editora da UnB, 1998.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MERLOTI HERÉDIA, Vânia Beatriz; ASSUNTA CORTELLETTI, Ivonne; BONHO CASARA, Miriam. **Abandono na Velhice**, 2004. Disponível em: <http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/artigos/artigo1218.htm..>

MISHARA, B.L.& RIEDEL, R.G. **El proceso de Envejecimiento**. 2. Ed. Madrid: Ediciones Morata, 1995.

NAVES, Luís Flávio de Vasconcelos. **Abuso no exercício do direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2. ed., 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Rodrigues da Cunha. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES, Patrícia Albino Galvão. **Estatuto do Idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, São Paulo: LZN, 2006.

QUEIROZ, Teófilo de. *Apud* HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. **A Ideologia da Velhice**. São Paulo: Cortez, 1986.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 5 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

ROBERTO, Paulo Barbosa Ramos. **Fundamentos constitucionais do direito á velhice**. Letras contemporâneas, 2002.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Estatuto do Idoso: Aspectos teóricos, práticos e polêmicos e o direito de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (coord). **Família e**

Dignidade Humana. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES DE OLIVEIRA, Michelly Cristina; FERNANDES, Marla; RIBEIRO CARVALHO, Rosana. **O Papel do Idoso na Sociedade Capitalista**

Contemporânea. disponível em:

http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2011/CdVjornada/JORNADA_EIXO_2011/TRANSFORMACOES_NO_MUNDO_DO_TRABALHO/O_PAPEL_DO_IDOSO_NA_SOCIEDADE_CAPITALISTA_CONTEMPORANEA.pdf

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2006.015053-0**, de São José. Relator Desembargador Monteiro Rocha. Julgado em 08 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>. Acessado em: 18 de junho de 2012

SILVA, Cláudia Maria. Descumprimento do dever de convivência familiar e

indenização por danos à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família.** São Paulo: Abril Cultural, 2000. Disponível em:

<http://www.webartigos.com/articles/46795/1/Da-Responsabilidade-Civil-por->

[Abandono-Afetivo-Sob-o-prima-dos-principios-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-Afetividade/pagina1.html#ixzz1OLUDAMbe](http://www.webartigos.com/articles/46795/1/Da-Responsabilidade-Civil-por-Abandono-Afetivo-Sob-o-prima-dos-principios-Dignidade-da-Pessoa-Humana-e-Afetividade/pagina1.html#ixzz1OLUDAMbe). Acesso em: 12 abr. 2013.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade Civil e Paternidade responsável: análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na argentina. **Revista IOB de Direito de Família**, Porto Alegre, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, volume único. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. I, São Paulo: Editora Renovar, 2004.

TOALDO, Adriane Medianeira; MACHADO, Hilza Reis. **Abandono afetivo do idoso pelos familiares: indenização por danos morais**. Revista Âmbito Jurídico.

Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_caderno&revista_caderno

VARGAS, H. S. **Psicologia do Envelhecimento**. São Paulo: Fundo Editorial. Byk, 1983.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso comentado**. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

WAGNER, Elvira C. Abreu e Mello. **Amor, Sexo e Morte no Entardecer da Vida**. Caiçara: edição do autor, 1989.

WOLFF, Suzana Hubner. Envelhecimento bem sucedido e políticas públicas. In: _____. **Vivendo e Envelhecendo**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ZIMERMAN, Guite I. **Velhice: Aspectos biopsicossociais**. Porto Alegre: Artmed, 2000.