

CENTRO DE EDUCAÇÃO REINALDO RAMOS
FACULDADE REINALDO RAMOS
BACHARELADO EM DIREITO

CATARINA BECK GOMES FERREIRA RIBEIRO

ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS E A
POSSÍVEL REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Campina Grande – PB

2015

CATARINA BECK GOMES FERREIRA RIBEIRO

**ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS E A
POSSÍVEL REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Yuzianni Rebeca de
Melo Sales Marmhoud Coury

Campina Grande – PB

2015

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

R484a Ribeiro, Catarina Beck Gomes Ferreira.
Abandono afetivo de pais idosos e a possível reparação civil à luz do direito brasileiro / Catarina Beck Gomes Ferreira Ribeiro. – Campina Grande, 2015.
53 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Esp. Yuzianni Rebeca de Melo Sales Marmhoud Coury.

1. Direito – Responsabilidade Civil. 2. Abandono Afetivo – Pais Idosos. 3. Dano Moral. I. Título.

CDU 347.51(043)

CATARINA BECK GOMES FERREIRA RIBEIRO

**ABANDONO AFETIVO DE PAIS IDOSOS E A
POSSÍVEL REPARAÇÃO CIVIL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO**

Aprovada em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Yuzianni Rebeca de Melo Sales Marmhoud Coury
Centro de Educação Reinaldo Ramos - Cesrei
(orientadora)

Vyrna Lopes Torres
Centro de Educação Reinaldo Ramos - Cesrei
(1ª examinadora)

Renata Teixeira Vilarim Mendoza
Centro de Educação Reinaldo Ramos - Cesrei
(2ª examinadora)

DEDICATÓRIA

À Deus, acima de tudo,
Por ser a essência e o Senhor da minha vida.
Com muito carinho, dedico a minha mãe Lisieux Gomes
da Silva,
À meu maravilhoso esposo, Paulo Sérgio Ribeiro,
e ao meu anjo vivo, minha filha,
Lisieux Gomes Ribeiro.

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de agradecer em primeiro lugar, à Deus, quem me deu sabedoria e discernimento durante toda essa caminhada.

Aos meus pais, não há palavras que expressem o meu agradecimento por eles. Gercino Costa Ferreira (in memoriam), mesmo não podendo estar presente para acompanhar, mas, pela oportunidade de vida. E a minha ilustre mãe Lisieux Gomes da Silva, esse ser tão especial que tenho a graça Divina de ter ao meu lado, levando-a como exemplo, e agradeço, pelos seus ensinamentos, formação familiar, compreensão e principalmente por ser a base de toda minha edificação pessoal.

Aos meus anjos, o agradecimento mais que especial, a uma pessoa que ainda não sabe ler as linhas em que escrevo, mas espero que um dia, quando for maior ela possa entender, principalmente as faltas cometidas. A ela, Lisieux Gomes Ribeiro, filha querida, antes de você nascer eu achava que sabia o que era o amor, mas o amor que sinto por você não conhece nenhuma barreira e também não pode ser medido por nada. Ainda nesta, embora não esteja mais conosco, agradeço a minha sobrinha filha, Najla Napy Charara, quando eu dizia que estava muito cansada e ela me motivava “não tia, falta pouco e a senhora consegue”, esta conquista indubitavelmente também é dela. Saudade imensurável.

Ao meu esposo, Paulo Sérgio Ribeiro, pessoa com quem amo partilhar a vida, que me ajudou sempre estando ao meu lado, trazendo paz, cumplicidade e principalmente compreensão, para que meus pensamentos fossem iluminados e fluísse mais conhecimentos.

A minha professora orientadora, Dra. Yuzianne Rebeca Coury, por ter incentivado e aceitado esse desafio em tempo recorde. Como também as professoras e examinadoras Doutoras Vyrna Lopes e Renata Vilarim, que aceitaram o convite para participar da banca.

Desejo apresentar meu carinhoso agradecimento à Dr. Gilvan Alcântara e Dra. Marluce com quem aprendi a prática e a verdade do dia a dia do trabalho na Defensoria Pública.

Meus sinceros agradecimentos a todos os mestres e amigos de verdade, que me ensinaram, incentivaram e ajudaram de alguma forma, onde doaram um pouco de si para que eu pudesse

crescer. Deste modo agradeço a vários amigos, mas em especial três, Adriana Souza, Aline Moreth e Emmanuella Faissalla.

E por fim, um agradecimento muito carinhoso, a minha irmã Gercely Gomes, amor mais que amor, comigo em todas as horas e amiga sem fronteira.

Então, entenderás justiça, juízo e equidade,
todas as boas veredas. Porquanto a sabedoria
entrará no teu coração, e o conhecimento será
agradável à tua alma.

Provérbios 3:9-10

RESUMO

O presente trabalho tem como alvo analisar a possibilidade de reparação dos danos morais sob o aspecto do abandono afetivo de pais idosos, embasado pelo ordenamento jurídico brasileiro em vigor. Ademais, observar-se-á a realidade do idoso como ser humano, bem como suas necessidades e papéis desempenhados no âmbito familiar. Além disso, será tratado, ao longo deste, os princípios da afetividade, dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e a teoria de proteção integral ao idoso. A escolha do tema se deve ao relevante valor jurídico e a necessidade de solucionar as demandas que tem ganhado notoriedade no mundo jurídico, que por não haver entendimento pacificado, pauta suas decisões em doutrinas, jurisprudências e leis esparsas, utilizadas na abordagem do trabalho. Ao final, constata-se que é possível a aplicação da responsabilidade civil, pelo abandono afetivo de pais idosos.

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

ABSTRACT

This work is aimed to analyze the possibility of compensation for moral damages under the aspect of affective abandonment of elderly parents, based the Brazilian legal system in force. Furthermore, observe will be the reality of the elderly as a human being as well as their needs and roles within the family. Also, will be treated throughout this, the principles of affection, human dignity, family solidarity and the theory of comprehensive protection to the elderly. The theme of this is due to the relevant legal value and the need to address the demands that has gained notoriety in the legal world, which in no pacified understanding, bases its decisions on doctrine, case law and other laws, used in the approach to work. In the end, it appears that the application of the liability is possible, the affective abandonment of elderly parents.

Keywords: emotional neglect. Paternal-filial relationship. Liability. Moral damage. Bill n. 4294/2008.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 IDOSO	14
AS DIVERSAS ACEPÇÕES DO CONCEITO DE IDOSO	14
DEFINIÇÃO LEGAL DE IDOSO.....	15
O ENVELHECIMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES	17
O AUMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA	18
2 DOS DIREITOS DO IDOSO.....	20
EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	20
Constituição Política do Império do Brasil – 1824	20
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1891.....	20
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1934.....	20
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1937.....	21
Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1946.....	21
Constituição da República Federativa do Brasil – 1967	21
Constituição da República Federativa do Brasil – 1988	22
DIREITO DOS IDOSOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	22
O Código Civil e os direitos dos idosos	22
O Estatuto do Idoso.....	23
Lei Orgânica da Assistência Social (8.742/1993) e a assistência devida aos idosos.....	24
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES	26
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	26
PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.....	27
PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	28
4 DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS GENERALIDADES .	30
DA DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	30
DOS PRESSUPOSTOS GERAIS IDENTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	35
Responsabilidade contratual e extracontratual	36
Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	37
Responsabilidade direta e indireta	39
5 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS	41

A JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AOS DANOS MORAIS POR ABANDONO	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O envelhecimento da população, realidade presente no âmbito social, exige uma profunda reflexão acerca dos seus direitos tutelados quanto a sua validade e legitimação, e se, de fato, garante a dignidade da pessoa humana que assegura a Constituição Federal de 1988.

É notório que a população tem envelhecido cada vez mais em todo mundo.

Pesquisas apontam que, os idosos no Brasil deverão representar 26,7% da população (58,4 milhões de idosos para uma população de 218 milhões de pessoas), em 2060, numa proporção 3,6 vezes maior do que a atual. Os dados do estudo, baseados no Censo Demográfico 2010, projetam o percentual em 2012 para 7,4% de idosos (6,3 milhões de idosos em uma população de 99,3 milhões de pessoas), segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

É com base nisso que questões físicas, sociais e econômicas, no tocante a terceira idade, precisam ser refletidas a luz dos direitos assegurados a estes pela legislação em vigor, observando se são realmente eficazes.

Mediante a modificação do conceito de família, que vem sendo construída, o direito a convivência familiar associado ao afeto, constitui tema bastante relevante e atual, dentre os mais diversos institutos voltado a proteção do idoso.

Nesse diapasão, abre-se espaço para as demandas relacionadas ao abandono afetivo de idosos no âmbito familiar, com ênfase, pelos filhos, cujo objetivo principal deste trabalho é analisar todo o ordenamento jurídico, a fim de caracterizar o abandono como conduta ilícita e em paralelo, analisar os pressupostos para configuração de dano moral.

A problemática que busca-se solução, diz respeito a possibilidade de o filho ser condenado civilmente, em razão do descumprimento do dever de prestar assistência moral ao genitor idoso, pautado no apoio, afeto dentre outras necessidades que surjam para as pessoas de maior idade.

A princípio, neste trabalho, será abordado o conceito de idoso no ordenamento jurídico, bem como a sua vulnerabilidade, as modificações físicas e psicológicas.

Adiante, será estudado o princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e solidariedade familiar, além da teoria da proteção integral adotada pelo Estatuto do Idoso e os deveres dos filhos, estabelecidos em lei, em relação aos pais.

Sobre a Responsabilidade Civil, tratar-se-á da classificação e pressupostos, conceito de moral, entre outras especificações.

Por fim, abordar-se-á o projeto de lei, que visa inserir previsão específica acerca do direito dos idosos de obter a reparação em casos de abandono afetivo pelos filhos e o posicionamento jurisprudencial.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo e o método de procedimento, o monográfico, desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica.

A intenção é de apresentar as obrigações dos filhos para com os pais idosos e as consequências geradas a partir do desrespeito aos seus direitos, dentre elas, a indenização por dano moral.

1 IDOSO

AS DIVERSAS ACEPÇÕES DO CONCEITO DE IDOSO

A princípio, necessário se faz conceituar o vocábulo “idoso” em suas mais diversas acepções.

No dicionário MINI AURÉLIO, tem-se idoso por um “adjetivo, velho, avançado em anos”.

Derivado do latim, “velhice” significa: remoto, antigo, idoso, antiquado, gasto pelo uso. Já no novo Aurélio¹ (1999, p. 2054), encontra-se “velhice”, em cinco definições possíveis: “Estado da condição de velho; Idade Avançada; Antigüidade, vetustez; As pessoas velhas; e Rabugice ou disparate próprio de velho”.

Para a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia – SBGG, cuja finalidade é voltada para estudos e pesquisas relacionadas aos idosos, utiliza-se de dois conceitos, distintos, para definir velhice, sendo eles:

- a) **Conceito simplista:** é o processo pelo qual o jovem se transforma em idoso. Este, restringe-se exclusivamente ao critério cronológico;
- b) **Conceito biológico:** são fenômenos que levam à redução da capacidade de adaptação e sobrecargas funcionais, referindo-se aos fatores internos da condição humana.

No caráter psicológico, o conceito de idoso engloba idade cronológica do indivíduo, o seu histórico de vida e o grau de desenvolvimento do país em que ele vive.

Quanto a idade cronológica, este critério observa somente o tempo de vida do indivíduo desde o seu nascimento.

Segundo Gutto (apud Agustini)² (2003, p. 26), no ano de 1556, velhice tinha três concepções: a “velhice verde” - dos 55 aos 65 anos; a “velhice crua” – dos 65 anos até à morte e a “velhice decrépita”, quando os homens tornavam-se caducos e inúteis” .

Já a ONU (Organização das Nações Unidas), adotou como referência a idade de 65 anos para se considerar uma pessoa como sendo velha, nos países desenvolvidos. Nos países subdesenvolvidos, a idade de 60 anos, pois, nesses países, a expectativa de vida é menor.

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

² AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao Direito do Idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

Alguns estudos revelam que nos últimos anos, pode-se observar que há uma variação enorme entre os idosos e suas idades cronológicas, visto a evolução da medicina, da sociedade e da qualidade de vida. Além disso, se adentrar o ramo da medicina gerontológica, observar-se-á que algumas doenças antes destinadas exclusivamente aos idosos, sendo esses considerados aquele que contarem com mais de sessenta anos, estão atingindo pessoas de quarenta e cinco a sessenta anos, como, por exemplo, o, “mal de Parkison” e a doença de “Alzheimer”.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, realizada em Viena, Áustria, em 1982, definiu idoso, como sendo aquele que conta mais de sessenta anos. (AGUSTINI, 2003. p. 28)³.

No contexto social, a noção de “velho” é assimilada à decadência e muito confundida com a incapacidade para o trabalho.

No Brasil, os estudos antropológicos, sociológicos e até mesmo da Medicina Gerontológica, são recentes, assim como a descoberta pela sociedade da velhice, visto que até pouco tempo atrás, o Brasil era um país essencialmente de jovens.

Ressalta-se que, fortemente, no Brasil, confundem-se os termos “velho e idoso”, porém o termo “idoso” se diz mais respeitoso e digno para àquele que já contribuiu, e, em muitos casos, ainda continua contribuindo, para o desenvolvimento de muitos setores de nosso país.

DEFINIÇÃO LEGAL DE IDOSO

A legislação brasileira, em seus vários ramos ou ciências, enquadra a pessoa idosa em diferentes faixas etárias, variando o início dessas de sessenta, sessenta e cinco, a setenta anos, divergindo entre si e acarretando várias disputas judiciais no que tange à garantia dos direitos e dos deveres da pessoa idosa.

O Estatuto do Idoso, (Lei 10.741/ 2003), para resolver a divergência, estipulou a idade de sessenta anos para a caracterização da pessoa idosa. Mas, ao contrário do que deveria acontecer, quando é promulgada uma Lei especial ou específica, nem todos os outros

³ AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao Direito do Idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

documentos legais obedecem a estipulação nela contida, ficando a idade de sessenta anos para garantia de alguns direitos e, para outros, não.

Até janeiro de 1994, nem a Constituição Federal, nem qualquer outro diploma legal apresentava uma definição de pessoa idosa.

Mediante a ausência da imposição legal, alguns autores estipularam a faixa etária do idoso pelo conceito cronológico ou biológico, estabelecendo um critério único. Para outros, a qualidade de idoso deveria ser analisada caso a caso, dependendo das condições biopsicológicas de cada ser humano.

Depois de promulgada a Lei 8.842/1994, que institui a política Nacional do Idoso, passou-se a considerar pessoa idosa, aquela com idade superior a sessenta anos. Em 2003, a Lei 10.741, denominada “Estatuto do Idoso”, utilizou também o critério cronológico, de caráter absoluto, e passou a definir idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. Portanto, qualquer pessoa, ao completar sessenta anos, torna-se idosa para todos os efeitos legais.

Na Carta Magna⁴, observa-se a preocupação com o idoso nos artigos 229 e 230, os quais estipulam que os filhos maiores devem amparar e ajudar “os pais na velhice, carência ou enfermidade”, ficando a cargo das leis infra-constitucionais a definição de velhice.

Faz-se mister destacar que, a Constituição Federal no artigo 230, § 2º, foi clara, ao estipular, que a gratuidade dos transportes coletivos urbanos, se daria aos maiores de sessenta e cinco anos, iniciando-se aí, a primeira divergência legal.

O Código Civil de 2002, não menciona conceito de idoso, mas, traça parâmetros para a definição dessa parcela da população, além de orientar na determinação do ponto de partida do qual pode ser considerada civilmente idosa, deixando às leis especiais e demais documentos legais a incumbência de tal definição.

No Estatuto do Idoso, destaca-se o conceito de idoso no artigo 1º, dispondo que o referido texto legal tem a incumbência de regular os direitos destinados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Logo, para o Estatuto do Idoso, ou seja, para a Lei 10.741/2003, idoso é a pessoa com sessenta anos, ou mais, de idade.

⁴ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF: Senado, 1988.

O ENVELHECIMENTO E SUAS IMPLICAÇÕES

O envelhecimento humano corresponde a um processo biológico, que ocorre de forma natural e traz repercussões culturais, sociais e políticas, e o Brasil é um país que está envelhecendo rapidamente devido ao aumento da expectativa de vida no século XX, que foi de 33 para 68 anos.

Para Zimerman (2000, p. 22)⁵, com o avanço tecnológico, é mais difícil os jovens aceitarem os idosos, pois isso exige cada vez mais agilidade. Os mais velhos são mais lentos em suas atividades e esse ritmo precisa ser respeitado.

Anteriormente, os idosos mantinham o poder, a honra e o respeito, mas, não é o que ocorre atualmente.

No âmbito social, os idosos são tidos como um peso e passam a sofrer com estereótipos e limitações, influenciando fortemente na depressão.

Conforme a autora supracitada, a depressão nos idosos geralmente os afasta do convívio familiar, e é bem nessa fase que o idoso precisa se relacionar mais com as pessoas do círculo familiar, ter amigos para conversar e fazer atividades que sejam agradáveis e prazerosas.

Quanto ao seu papel, observa-se que os idosos deixam de ser percebidos como investimento e consumo, para ser vistos como causa de aumento de custos sociais para o Estado.

AGUSTINI (2003, p. 15)⁶ bem destaca que, há pouca importância dada ao trabalho exercido pelos idosos, em razão dos padrões de produção exigidos pelo capitalismo moderno.

Complementando a ideia, Cavalcante⁷ faz menção ao comportamento social e a cultura de descartar tudo o que é considerado “velho”. É público e notório a fase que vive-se, onde tudo se torna rapidamente obsoleto, desinteressante, o que permite concluir que a falta de reconhecimento de utilidade do idoso na sociedade e até mesmo na família, leva a vulnerabilidade psicológica, por entender-se excluído da sociedade.

⁵ ZIMERMAN, G. I. **Velhice: aspectos biopsicossociais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

⁶ AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao direito do idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

⁷ 2005 CAVALCANTE, Lidianny 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.

Grams ⁸, afirma que para uma 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”.

O idoso deve ser mantido na família e na sociedade, de forma que sua inserção seja ativa e construtiva, o que é essencial para que seja assegurado uma melhor qualidade de vida, visto ser o envelhecimento um processo de determinantes não somente biológicas, mas principalmente uma composição múltipla de elementos socioculturais.

Portanto, mediante a vulnerabilidade do idoso, não é dever exclusivo do Estado garantir políticas de atendimento, mas, sobretudo, da família, contribuindo diretamente na qualidade de vida do mesmo.

O AUMENTO DA POPULAÇÃO IDOSA

É notório que a população, não somente brasileira, mas mundial, passa por intenso processo de envelhecimento.

Segundo as projeções elaboradas pelo Instituto de Pesquisa Aplicada (2012) ⁹, nos próximos oito anos, a parcela de idosos na população brasileira passará dos atuais 11% (onze por cento) para 14% (quatorze por cento) e em 1040, os indivíduos com 60 anos ou mais de idade, representarão mais de 27% dos brasileiros.

Os dados citados anteriormente faz refletir se o Brasil está preparado para o envelhecimento considerável de sua população.

Segundo o IBGE (2011) ¹⁰, quando se compara entre 2009 e 2011, observa-se que houve um aumento de 7,6%, ou seja, aproximadamente 1,8 milhão de pessoas e em

⁸ 2000, p. 74 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.

⁹ APLICADA, Instituto de Pesquisa. **Brasil: um novo país de idosos**. Disponível em: <http://www.fundacaobunge.org.br/jornal-cidadania/materia.php?id=10354&/brasil_um_novo_pais_de_idosos>. Acessado em: 15 de abril de 2015.

¹⁰ ESTATÍSTICA, Instituto Brasileiro de Geografia. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – 2011**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>>. Acessado em: 15 de abril de 2015.

contrapartida, o número de crianças de até quatro anos no país caiu de 16,3 milhões, em 2000, para 13,3 milhões, em 2011.

O crescimento da população brasileira é motivado principalmente por dois fatores, segundo o instituto: o aumento da expectativa de vida e a queda nas taxas de fecundidade.

Além de viver mais, a população tem vivido em condições melhores, quando observado em paralelo com o avanço da medicina e do crescimento econômico. Além disso, a redução do número de filhos tem aumentado a proporção de pessoas mais velhas no país.

Mediante essa constatação, há uma necessidade de maior atenção ao processo de envelhecimento, buscando garantir o bem-estar de tal parcela da população e por essa razão, deve ser interpretado pelo Estado como um alerta à necessidade de políticas pautadas no cumprimento das previsões trazidas pelo Estatuto do Idoso e pela Carta Magna, destacando o direito ao afeto da família, demonstrado adiante.

2 DOS DIREITOS DO IDOSO

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Constituição Política do Império do Brasil – 1824

A Constituição do Império, outorgada em março de 1824, estabeleceu o governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo.

Manteve um poder moderador na pessoa do imperador e embora tenha sido o texto mais longo, em nenhum de seus 179 artigos, nem mesmo de forma indireta, tratou sobre o idoso ou seus direitos¹¹.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1891

Promulgada no ano de 1891, em 24 de fevereiro, teve como característica principal o Federalismo.

Sendo a primeira constituição republicana, tratou no artigo 75 da aposentadoria por invalidez do servidor, não por idade e no artigo 6º das disposições transitórias, sobre aposentadoria dos magistrados por tempo de serviço¹².

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1934

Essa Constituição tratou de inserir a democracia social, mantendo os princípios fundamentais da Constituição anterior, como a República, a Federação, a divisão de Poderes, o Presidencialismo e o Regime Representativo, além de garantir o mandado de segurança e a ação popular.

¹¹BRASIL, Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

¹²BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

Foi essa Constituição a primeira a tratar explicitamente sobre o assunto “idoso”; com o novo título, trouxe, no artigo 121 parágrafo 1º que a legislação do trabalho deveria garantir a assistência previdenciária ao empregador e ao empregado, a favor, inclusive da “velhice”.¹³

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1937

Outorgada por Getúlio Vargas e inspirada no modelo fascista, essa Constituição também chamada de “Constituição do Estado Novo” trouxe fortes traços autoritários, fortalecendo o Poder Executivo¹⁴.

Não alterou a Constituição anterior, no que se refere à velhice.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – 1946

Essa Constituição retomou as ideias democráticas de 1934, restabelecendo o mandato de segurança, a ação popular e o controle de constitucionalidade dos atos normativos e não alterou a abordagem a respeito da velhice e não a encarou como relevante problemática social, e nem como um direito humano fundamental a ser exercido pelas pessoas de mais idade¹⁵.

Constituição da República Federativa do Brasil – 1967

Foi mantido praticamente o mesmo texto da Constituição de 1946, com algumas alterações através do Ato institucional nº 1.

No artigo 165, inciso XVI, por exemplo, encontra-se a repetição, quanto a Previdência Social, o disposto na Constituição de 1946, acompanhado de algumas modificações, sendo:

¹³BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acessado em 20 de abril de 2015.

¹⁴BRASIL, Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

¹⁵BRASIL, Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acessado em 21 de abril de 2015.

deveria ser garantida a “previdência social nos casos de doença, velhice, invalidez e morte, seguro desemprego, seguro contra acidente do trabalho e proteção da maternidade”¹⁶.

Constituição da República Federativa do Brasil – 1988

Quando se analisa as Constituições anteriores, observa-se que não há consagração a nenhum tipo de direito ou proteção direcionada aos idosos.

Contudo, na Constituição, intitulada de cidadã, de 1988, pode-se observar a preocupação do legislador em salvaguardar a velhice e seus direitos apontando a dignidade da pessoa humana como um dos pilares norteadores da República Federativa do Brasil, reconhecendo as dificuldades enfrentadas pelos idosos em várias ordens, inclusive em sua manutenção.

Aponta o artigo 3º desta Constituição que o bem de todos deve ser sem preconceito, inclusive quanto à idade. Porém, não há de forma expressa a proteção à velhice ou aos idosos, como no caso da infância, com previsão no título de Direito Sociais.

O fato provocou o debate na área da discriminação, sendo debatido que, ao se referir à previdência social que trata da faixa etária mais velha, o legislador, já estaria, implicitamente, tratando da velhice.

DIREITO DOS IDOSOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O Código Civil e os direitos dos idosos

Verifica-se o artigo 1.641, inciso II¹⁷ do CC, onde determina o regime de separação total dos bens como sendo obrigatório para o casamento em que envolve maiores de sessenta anos, o objetivo de proteger o patrimônio próprio e da família do idoso.

¹⁶ BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acessado em: 21 de abril de 2015.

¹⁷ BRASIL, **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 21 de abril de 2015.

Neste posicionamento, Dias (2007, p. 417)¹⁸, relata acerca da imposição do art.1.641, II, que:

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é inconstitucional, em face do direito à igualdade e à liberdade, ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Adiante, no artigo 1.695, o qual prevê sobre o dever mútuo de assistência, possibilitando ao idoso o pedido de pensão alimentícia aos seus filhos, quando não puder, sozinho, prover a sua própria subsistência percebe-se o relevante avanço e, nesse mesmo sentido, a Lei 8.648/93, acrescentou o parágrafo único ao artigo 399, correspondente ao artigo, que diz que:

[...] no caso de pais, que na velhice, com carência ou enfermidade, ficarem sem condições de proverem seu próprio sustento, principalmente quando se despojarem de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas.

Contudo, quanto à obrigação alimentar solidária estabelecida no Estatuto do Idoso em face de obrigação subsidiária no Código Civil arts. 1.696 e 1.697 fazem-se alguns questionamentos, pois, enquanto que o art.12 do Estatuto do Idoso¹⁹ disciplina que o idoso poderá optar entre os seus prestadores, estabelece o Código Civil quem deverá ser os prestadores ao alimentante, não facultando-lhe a chance de poder escolher.

Em diversas oportunidades, a Lei civil procura proteger os direitos dos idosos, estabelecendo garantias básicas.

O Estatuto do Idoso

Ainda que constitucionalmente os idosos encontrem uma ampla proteção há quem aponte ser esta direcionada aos idosos economicamente afetados.

Para tanto, a ideia foi abandonada com a criação da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o qual ensejou numa mudança de paradigmas e passou a ter-se um verdadeiro

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos tribunais, 2007. p.417.

¹⁹ BRASIL, **Estatuto do Idoso**. Lei 10.471, 1º de outubro de 2003.

microssistema legislativo, tratando de regras e diretrizes materiais e processuais, no âmbito cível, penal e administrativa, concernente aos direitos e garantias a pessoa idosa.

Segundo o artigo 8º da Lei 10.741/2003, “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente”.

A garantia do mero envelhecimento seria por si só insuficiente. Contudo, determina a regra constitucional que toda e qualquer pessoa tem o direito de ter sua dignidade preservada. Logo, não se trata somente de envelhecer, mas, envelhecer com dignidade.

O Estatuto do Idoso, sem dúvida, configura uma 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.

Lei Orgânica da Assistência Social (8.742/1993) e a assistência devida aos idosos

A lei 8.742/93 tem como principal finalidade garantir as necessidades básicas e os direitos dos cidadãos, enfrentando a pobreza.

Especificamente, possibilita as pessoas com idade igual ou maior que 65 anos de idade, que não tiverem nenhuma fonte de renda ter a garantia de um salário mínimo, devendo ser adquirido junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e tendo preenchido alguns requisitos.

Vale salientar que por falta de conhecimento, o benefício ainda não é bem utilizado plenamente pelos idosos.

As Obrigações dos filhos para com seus pais idosos e a fundamentação jurídica

O Estatuto do Idoso ²⁰, em seu artigo 3º, parágrafo único, inciso V, apresenta a seguinte redação:

²⁰ BRASIL, **Estatuto do Idoso**. Lei 10.471, 1º de outubro de 2003.

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.

A família, é a primeira a ser convocada a zelar e cuidar para que os direitos dos idosos sejam cumpridos amplamente e posteriormente, assume essa obrigação também a comunidade, a sociedade e o Poder Público. Logo, a família tem a principal obrigação quanto aos cuidados dos idosos.

Em consonância com o artigo supracitado, a Carta Magna, em seu artigo 230, trata da obrigação da família, onde menciona que: “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”²¹.

Esse dever familiar surge em consequência de princípios assegurados pela própria Constituição Federal do Brasil, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio este, que faz nascer todos os direitos necessários ao ser humano: Direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, etc.

Outro princípio que podemos encontrar implícito nos artigos mencionados é o princípio da solidariedade que deverá estar presente na relação entre pais e filhos.

Portanto, a família deve fornecer condições favoráveis a um envelhecimento tranquilo, ativo participativo, e isento de exclusões.

²¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF: Senado, 1988.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS RELAÇÕES FAMILIARES

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A palavra “dignidade” vem do latim “dignitas” e significa honra, respeito, e este, reconhece as condições mínimas para a existência digna a vida, a integridade física e moral.

Segundo a renomada autora Dias (2009, p.61) ²²:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito.

Além de impor um limite a atuação do Estado, constitui um norte para sua ação positiva, ou seja, não consiste somente em coibir atos que atentem a dignidade da pessoa humana, mas também deve promovê-la, garantindo o mínimo exigível para cada ser humano.

A Constituição da República ²³ trata o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental expressando-o no artigo 1º, no seu inciso III, abaixo citado.

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;

É com base nisso que Stolze (2012, p. 45) ²⁴ afirma ser este o “princípio solar em nosso ordenamento” e “traduz uma diretriz de inegável solidarismo social”.

²² DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009 (p.61).

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

²⁴ Gagliano, Pablo Stolze **Novo curso de direito civil (volume 6): Direito de família — As famílias em perspectiva**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A família passou por mudanças quanto a sua natureza, função e até na própria composição em meio ao século XX e, sendo assim, a Constituição Federal de 1988 acompanhou tais mudanças, reconhecendo novas formas de constituição de família, excluindo o modelo patriarcal como único, devido a dois principais fatores: emancipação feminina e urbanização acelerada.

A afetividade surge como elemento central ao definir-se união familiar, sendo este, em algumas situações, mais relevantes do que os laços sanguíneos.

Na concepção de Lobo²⁵, há uma distinção entre pai e genitor. O primeiro é aquele que cria, ensina e educa. O segundo é aquele que tem obrigações materiais para com o filho, que é responsável pela segurança econômica de seu filho. Numa “síntese doutrinária”, o genitor tem laços meramente biológicos com o filho, já o pai é o que dá carinho, conforto, entre outros.

Tartuce²⁶ (apud GROENINGA) destaca as palavras da juspsicanalista, para quem:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.

Ainda que não esteja previsto na legislação, na prática tem estado cada vez mais sólido.

No Código Civil Brasileiro, identificam-se os seguintes artigos que têm como base a socioafetividade na filiação: o art. 1.593, em que se verifica um apelo à igualdade, seja qual for a origem da paternidade, será reconhecida e digna; o art. 1.596, que reafirma e reproduz o art. 227, § 6º da Constituição Federal, deixa de lado qualquer tipo de preconceito que possa existir para com os filhos socioafetivos.

Além dos artigos já citados, o art. 1.597, inciso V, em sua dimensão, afirma que a mulher casada poderá ter autorização do marido nos casos de inseminação artificial na

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial** (Coordenador Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas S.A., 2003 (p. 42).

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, v. 5 : direito de família / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. (p.86). Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4868386/flavio-tartuce---direito-civil---vol-5---direito-de-familia---ano-2014/12>>

constância do casamento e, este será exclusivamente socioafetivo por parte do pai e jamais poderá ser contraditado por investigação de paternidade.

Faz-se mister destacar que afeto, conforme Tartuce ²⁷, é uma interação entre pessoas, não necessariamente será amor, e, por essa razão, surge uma nova forma de parentalidade, denominada de parentalidade socioafetiva, não estando limitada somente a parentalidade biológica.

Logo, afeto não deve ser confundido com amor.

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Preceitua o artigo 3º da Carta Magna ²⁸ os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre estes, no inciso I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Segundo Dias ²⁹ (2013) esse princípio “... dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade...”.

Como definição própria, a palavra solidariedade consiste numa relação de responsabilidade entre pessoas, com interesses comuns, e obrigação de apoiar um ao outro.

Estendendo o conceito para o Direito, a solidariedade não restringi-se somente a questões patrimoniais, mas também, psicológica e afetiva.

A exemplo deste princípio cita-se o artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁷ Tartuce, Flávio. **Direito civil**, v. 5 : direito de família / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. (p.89). Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4868386/flavio-tartuce---direito-civil---vol-5---direito-de-familia---ano-2014/12>>

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 9ª edição, atualizada e ampliada de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013. Capítulo 3 (p. 60-74).

Além da constituição, é possível perceber a aplicação do princípio em meio ao Código Civil, no artigo 1694, dando a possibilidade de os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos necessário a sobrevivência; prevê a possibilidade de pleitear alimentos nos casos de união estável constituída antes da entrada em vigor da lei 8971/94; possibilidade de pleitear alimentos após divórcio, dentre outras menções.

4 DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS GENERALIDADES

A manifestação humana, no sentido *latu sensu*, carrega em si a responsabilidade como consequência pela prática do ato desempenhado, estando ligada à noção de personalidade, já que se busca a responsabilidade de um sujeito específico: aquele que praticou o ato considerado.

Para o Direito, a responsabilidade se coaduna com a inobservância de uma norma jurídica, ocasionada em decorrência da deflagração de uma lesão moral e/ou patrimonial, sendo um dos institutos mais estudados do Direito Civil, pois propensão da sociedade pós-moderna é no sentido de evitar que as vítimas de dano fiquem sem reparação.

Em virtude disso, o estudo da responsabilidade civil, tema interdisciplinar que abarca todas as subdivisões do Direito, institui o dever jurídico de reparar o dano causado a outrem em virtude da ocorrência de ato ilícito, compensando as perdas de ordem moral e/ou patrimonial, que neste trabalho será tratado nos aspectos que seguem.

DA DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão responsabilidade civil, deriva do latim *spondeo*, que no Direito Romano possuía relação com o vínculo contratual verbalizado entre o devedor e o credor, tendo, sob a perspectiva do doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 19) ³⁰, dente as diversas acepções existentes, a realidade social como um dos seus principais expoentes:

“Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restaurar a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.”

Com base nisso, através do fato social gerador do prejuízo causado a vítima, o dever de restauração do equilíbrio moral bem como patrimonial do ofendido, implicando na obrigação jurídica de arcar com as consequências do ato que foi praticado, visto ter havido lesão ao direito de outrem ou ao descumprimento de norma contratual previamente estabelecida.

³⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.19.

Destarte, nos dizeres de Stolze (2014, 53) ³¹:

(...) a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Sobre o exposto, entende-se que a responsabilidade civil está diretamente ligada ao dever de restauração, no sentido de contraprestação pela violação de um dever jurídico e, por conseguinte, também nos dizeres de Diniz (2006, p.40) ³², pelo exercício de atos lesivos ao direito de outrem, sujeitando o ofensor ao pagamento de compensação financeira, nos casos em que o restabelecimento do status quo anterior for prejudicado.

No plano legal, o embasamento da obrigação de indenizar é encontrado no art. 927, do Código Civil de 2002 ³³, que trata da Responsabilidade Civil, na forma da seguinte redação:

Art. 927. 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.

Como se vê, o dever de reparar o dano provocado decorre da adequação do ato aos arts. 186 ou 187, do Código Civil de 2012 ³⁴, ficando evidente a necessidade de recorrer ao Título III, que trata dos Atos Ilícitos, para um melhor entendimento da Responsabilidade Civil:

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

Art.187. 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.

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 3 : Responsabilidade Civil. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p.53.

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.40.

³³ BRASIL.Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 de janeiro de 2015.

³⁴ Idem.

Sobre a inovação na ordem jurídica derivada da definição legal de ato ilícito, constante nos artigos. 186 e 187 do Código Civil de 2002, define Tartuce³⁵, que:

Por outro lado, a responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, é baseada em dois conceitos: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187). Dessa forma, a construção, atualmente, tem duas pilstras, estando aqui a principal alteração estrutural da matéria de antijuridicidade civil no estudo comparativo das codificações privadas brasileiras.

Dessa forma, para o referido autor, o Código Civil de 2002 permitiu a salutar ampliação do conceito de responsabilidade civil através da adoção da teoria do abuso de direito, presente na redação do art. 187, CC/2002, alicerçando a responsabilidade civil em dois conceitos, o que ocasionou na superação do conceito único de ato ilícito no Código de 1916: “Como se pode perceber pela simbologia, a responsabilidade civil no Código Civil de 1916 era alicerçada em um único conceito: o de ato ilícito (art. 159). Assim, havia uma única pilastra a sustentar a construção”³⁶.

Embora, historicamente, a responsabilidade civil e o dever de reparar o dano derivem de uma conduta ilícita praticada pelo agente, após 2002, passou-se a admitir a concessão de indenização não só pelo cometimento de ato ilícito, mas também em decorrência do uso abusivo de direito, superando-se a dicotomia das responsabilidades contratual e extracontratual, que serão tratadas adiante.

DOS PRESSUPOSTOS GERAIS IDENTIFICADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Denominado também de elementos estruturais da responsabilidade civil, os pressupostos gerais são elementos imprescindíveis para a cominação do dever de indenizar, e são extraídos da interpretação do art. 186 do Código Civil de 2002, que trata do cometimento do ato ilícito, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, deflagrando-se a violação de um direito e a ocorrência de lesão a outrem, ainda que exclusivamente moral.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 8ª edição. São Paulo: Método; Forense, 2013, p.312.

³⁶ Idem, p. 313.

Cumpramos ressaltar que há grande divergência doutrinária da temática em questão, existindo doutrinador que defende a existência de três pressupostos, como, por exemplo, a autora Maria Helena Diniz³⁷ que aponta a existência da ação (comissiva ou omissiva), do dano (moral ou patrimonial) e do nexo causal entre a ação do agente e o dano acarretado a vítima; bem como Sergio Cavaliere Filho, o qual destaca a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano.³⁸

Ampliando o entendimento dos doutrinadores supracitados, há uma parcela da doutrina que leciona a existência de quatro pressupostos. Entre estes, cita-se Carlos Roberto Gonçalves que defende a ação ou omissão, a culpa ou dolo do agente, a relação de causalidade e o dano como pressupostos da responsabilidade civil³⁹; e o renomado Flávio Tartuce que destaca a conduta humana, a culpa genérica ou *lato sensu*, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.⁴⁰

No entanto, frente às diversas concepções quanto aos pressupostos da responsabilidade civil, entende-se que seria melhor partilhar da ideia de Stolze e Pamplona, de que a culpa é um elemento acidental da responsabilidade civil e não um pressuposto geral, de acordo com o seguinte fragmento:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que retiramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade. (20014, p. 71)⁴¹

Desse modo, a culpa é analisada como um elemento indispensável da responsabilidade subjetiva, considerando-se que a teoria objetiva a ignora no dever de reparar a vítima, o que resulta no entendimento de que há três pressupostos gerais da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.42.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.41.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 3 : Responsabilidade Civil.12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 71.

Por conduta humana, de acordo com Stolze, entende-se, de modo geral, como a ação ou a omissão humana voluntária guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo (2014, p. 73)⁴².

Para eles, o requisito da voluntariedade é visto como insubstituível para a noção de conduta humana, que não se traduz necessariamente na intenção de causar o dano, mas na consciência da ação ou omissão praticada, de acordo com a seguinte passagem:

Em outras palavras, a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.⁴³

Por isso, está presente tanto nas situações em que há responsabilidade subjetiva, (embasada na culpa), como nas de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), tendo em vista que nos dois tipos, o agente causador do dano deve agir de acordo com a sua capacidade de autodeterminação, não sendo exigida a consciência subjetiva da ilicitude do ato.

O dano ou prejuízo, para Stolze (2014, p. 81), no entanto, constitui a lesão a um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial ou não, decorrente de um ato comissivo ou omissivo do sujeito infrator, consistindo num requisito indispensável para a responsabilidade civil, pois sem a sua ocorrência não haveria o dever de indenizar, independentemente de qual for a espécie de responsabilidade sob exame: contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva.⁴⁴

De acordo com os autores supracitados, no tocante a indenização decorrente da configuração do dano:

, pois, que nós tenhamos o cuidado de nos despir de determinados conceitos egoisticamente ensinados pela

—
nio economicamente aferível — mas também da

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3 : Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 73.

⁴³ Idem, p. 74.

⁴⁴ Idem, p.81.

vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária essencial. (2014, p. 74)⁴⁵

O nexu causal, último pressuposto, possui como teorias principais que buscam explicar a sua deflagração, nos dizeres de Stolze e Pamplona, (2014, p. 140) a Teoria da Equivalência de Condições (*conditio sine qua non*), a Teoria da Causalidade Adequada, e a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata (Teoria da Interrupção do Nexu Causal ou Teoria da Causalidade Necessária).⁴⁶

Embora não haja precisão doutrinária a cerca da teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, referente ao nexu de causalidade, parte da doutrina, tende a abrigar a teoria da causalidade adequada, pensamento que não é compartilhado pelos autores, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Carlos Roberto Gonçalves, uma vez que entendem a adoção da teoria da causalidade direta ou imediata pelo Código Civil brasileiro.

Após o estudo dos pressupostos da responsabilidade civil, serão destacadas as suas espécies.

DAS ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil apresenta formas diversas de classificação. As diferentes perspectivas que embasam o estudo do instituto contribuem para a aparição de várias espécies de responsabilidade.

No entanto, a doutrina majoritária tende a classificá-la quanto ao fato gerador, o fundamento e o agente.⁴⁷

Em razão da brevidade deste estudo, serão destacadas as seguintes espécies de responsabilidade civil: contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva, direta e indireta.

⁴⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3: Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 74.

⁴⁶ Idem, p.140.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.126.

Responsabilidade contratual e extracontratual

O estudo da responsabilidade civil está intrinsecamente relacionado ao direito das obrigações. É através dos deveres de conduta impostos pelo direito, em especial, das obrigações, que emana a base jurídica para pleitear em juízo a reparação de danos, por ventura, ocasionados a outrem.

O dever imposto pelo direito resulta tanto de situações em que existe relação contratual nitidamente avençada, sendo o caso da locação para parentes, por exemplo, bem como de casos em que a responsabilidade surge de uma transgressão do dever geral de conduta, hipótese em que um pai ou uma mãe descumprem o dever filial de cuidado.

Destarte, a obrigação jurídica surge para recompor o dano decorrente de um dever originário, caso ocorra descumprimento de uma obrigação contratual, seja por ato comissivo ou omissivo do agente, responsabilidade contratual, ou do exercício abusivo de direito genuíno, denominada responsabilidade extracontratual ou *aquiliana*, podendo ser, em todas as conjecturas, de fato próprio ou de coisas ou pessoas que dela dependam.

Para o doutrinador Gonçalves (2009, p.27)⁴⁸:

Na Responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpe o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Sendo assim, há de se falar em dois tipos de responsabilidade civil quanto ao fato gerador: a contratual e a extracontratual ou *aquiliana*.

Frente o atual compêndio civilista, a fundamento legal da responsabilidade contratual é extraído do art. 389 do Código Civil de 2002. Ao passo que, a responsabilidade extracontratual é abordada no art.186 do mesmo diploma normativo.

A redação contemplada no Código Civil de 2002 a cerca das duas responsabilidades, contratual e extracontratual, estão transcritas abaixo:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 11º Ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2009, p.27.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁴⁹

Apesar do descumprimento contratual e do dever legal gerar, como consequência comum, a obrigação de ressarcir o prejuízo, ambas possuem peculiaridades: a responsabilidade contratual surge antes da obrigação de indenizar, tendo em vista o vínculo contratual entre as partes, sendo presumida a culpa do devedor inadimplente; e a responsabilidade extracontratual decorre do dano, sendo este considerado o fator desencadeador do vínculo entre as partes, cabendo à vítima o ônus da provar a lesão sofrida.

Tanto na responsabilidade contratual como na responsabilidade extracontratual há de se considerar a presença do elemento culpa, seja presumido ou não, bem como do dano e do nexo causal, o que resulta na compreensão de que a dicotomia estaria superada. Com exceção, dos casos em que o contrato contemple a existência de cláusula penal, restando dispensada a prova do dano, em razão da presunção de culpa do agente a ser responsabilizado contratualmente.

Destarte, há de se destacar que a responsabilidade civil por abandono afetivo, objeto do presente trabalho, possui natureza extracontratual, tendo em vista que a responsabilização decorre, sobretudo, da infringência do dever legal de cuidado atribuído aos pais, e não de uma relação contratual estabelecida entre os familiares, uma vez que seria juridicamente questionado e moralmente controverso, um contrato de cuidado entre pais e filhos.

Responsabilidade subjetiva e objetiva

A culpa, sendo pressuposto da responsabilidade civil, possui um papel peculiar na análise da responsabilidade civil quanto ao fundamento, tanto na espécie subjetiva como também objetiva. Por isso, de acordo com o embasamento conferido à responsabilidade, este elemento haverá de ser observado, buscando-se identificar a sua presença ou ausência.

Sendo regra geral no direito brasileiro, a Responsabilidade Subjetiva, baseada na Teoria da Culpa, manteve o elemento culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva,

⁴⁹ BRASIL.Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

que dever ser empregada em sentido amplo, abarcando a culpa no sentido estrito (negligência, imperícia e imprudência), como também o dolo.

A reparação do dano ocorrerá com a prova da culpa do agente, de acordo com esta teoria clássica, muito embora haja situações que não possam ser amparadas pelo conceito tradicional, o que gera críticas à teoria.

Com base nisso Cavalieri Filho (2014, p.32)⁵⁰, relata que:

“Por essa 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 o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.”

Assim, a responsabilidade civil subjetiva sucede da constatação de dolo ou de culpa na situação que desencadeou o dano, independentemente de críticas, tendo como fundamento o princípio da *unuscuque sua culpa nocet* nus da prova de culpa do réu, haja vista que o dolo ou a culpa são fatos constitutivos da pretensão reparatória, como relata Stolze e Pamplona (2014, p. 58).⁵¹

Por outro lado, a responsabilidade objetiva, oriunda da Europa do século XIX, prescinde da culpa para ser deflagrada.

Nos casos em que a lei impõe, a pessoas determinadas, em circunstâncias especiais, a reparação de um dano sem culpa, estar-se-á diante da responsabilidade objetiva, cuja satisfação é encontrada a partir da ocorrência do dano e da verificação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a lesão ocasionada.

Ensina Gonçalves (2009, p. 54)⁵² que:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).

Dessa forma, há de se refletir que uma das teorias que buscam explicar a responsabilidade objetiva funda-se na teoria do risco, segundo a qual atividades criadoras de

⁵⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.32.

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3 : Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 58.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 11º Ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2009, p.54.

riscos geram a toda pessoa que as exerce a obrigação de reparar a lesão provocada, mesmo agindo sem culpa na sua conduta.

Nem todos os casos de responsabilidade civil objetiva estão previstos na legislação, ocorrendo à possibilidade da doutrina e da jurisprudência nomearem novas hipóteses, desde que a atividade desempenhada gere riscos aos direitos de outrem, mesmo não constando expressamente na lei.

Em razão da inovação presente no Código Civil de 2002, há de se considerar que o instituto da responsabilidade civil por abandono afetivo possui natureza subjetiva, uma vez que caberá aos genitores, de modo pessoal, demonstrar a culpa do filho (a) pelo dano, moral e/ou material, decorrente da ausência de cuidado.

Responsabilidade direta e indireta

A responsabilidade civil pode ser classificada também quanto ao agente ou ao aspecto da causa, podendo dividir-se em direta ou indireta, como classifica Maria Helena Diniz⁵³ em sua obra.

A Responsabilidade direta acontece quando o próprio agente que causou a lesão é responsabilizado pela conduta danosa praticada a outrem. Logo, aquele que cometeu o dano com dolo ou com omissão na conduta deverá responder civilmente pela lesão provocada.

No tocante a responsabilidade civil indireta, também chamada complexa: “Não se exige na responsabilidade indireta a comprovação do mando para que o terceiro realize o ato danoso. Pelo simples fato de haver algum vínculo entre o terceiro e o responsável é que este arca com o dever de reparação do dano”⁵⁴.

Por essa razão, as funções da responsabilidade civil poderão atingir não só aquele que deu causa a conduta danosa, mas também um terceiro que, por vínculos jurídicos, responderá por uma conduta que não praticou.

Entendendo-se que, na responsabilidade civil por abandono afetivo, o agente causador do dano é filho (a) que provoca a lesão ao genitor (a), ocorrendo da responsabilização advir

⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 128.

⁵⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil – obrigações e responsabilidade civil**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 242

de um ato praticado pelo próprio ofensor, há de se rematar que consiste em uma forma de responsabilidade classificada como direta.

5 APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS

O ordenamento jurídico nada dispõe sobre a tutela do abandono afetivo, o que implica numa aplicação genérica da tutela do dano, seja ele moral ou material, em todos os casos em que o indivíduo sofra algum tipo de lesão.

Destarte, para a aplicação da responsabilidade civil por abandono afetivo, tem-se concedido aos indivíduos o mesmo direito a reparação por danos morais e ou materiais dos sujeitos, observando-se a necessidade de regulamentação jurídica para uma maior efetividade do instituto outrora controverso entre os juristas.

A análise dos requisitos indispensáveis a responsabilidade civil em paralelo a proteção dos idosos não permiti dúvidas acerca da reparação do dano moral, quando violado os direitos da personalidade, inclusive o abandono afetivo.

Segundo Tartuce⁵⁵ (2007, p.52), o principal argumento jurídico relacionado a admissibilidade da reparação dos danos morais nesses casos, seria o enquadramento do artigo 186 do Código Civil⁵⁶ em vigor, o qual sintetiza que “aquele aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desse modo, a violação do dever de assistir aos idosos, moralmente é assegurado pela legislação brasileira e configura o ato ilícito a ser reparado.

Em sintonia com esta ideia, defende Azevedo⁵⁷ (2004, p.14) 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.”

Cumprе ressaltar que, dando ênfase a relação paterno-filial ser baseada exclusivamente na afetividade entre seus sujeitos, não há como aplicar-se integralmente os princípios ditados pela responsabilidade civil, devendo levar-se em conta a proporção em que o comportamento

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**, volume único. São Paulo: Método, 2007.

⁵⁶ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

⁵⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Anotado e Legislação Complementar**. Editora Atlas, 2004.

do filho foi responsável pelo rompimento entre os eventuais laços de afetos entre pais idosos e filhos.

No concernente ao pressuposto da 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 e, 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.

Diversos são os casos em que os filhos deixam seus pais nas portas de asilos com a desculpa de que “passarão para pegá-los mais tarde” e nunca mais retornam. Ao perder o contato com seus filhos e com a família, em sentido amplo, esses idosos são privados da convivência familiar, ou seja, deveres de assistência imaterial que os filhos têm para com seus pais e direito este, assegurado pelo Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º, parágrafo único, inciso V.

Desta forma, Silva⁵⁸ (2000, p. 123), discorre sobre a importância do convívio familiar, estabelecendo que “[...] o conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar”.

É neste aspecto que encontra-se posicionamentos divergentes.

Juridicamente, existem obrigações imateriais dos filhos em relação aos pais idosos, porém, há que defenda ser impossível essas obrigações, de amparo e convivência familiar, se não existe afeto.

O abandono imaterial difere do abandono afetivo. Este é decorrente de amor, carinho, inexistindo a obrigação jurídica de amar, existindo apenas a obrigação jurídica de prestar auxílio, imaterial (amparo e convivência).

⁵⁸ 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-porAbandono-Afetivo-Sob-o-prima-dos-principios-Dignidade-da-Pessoa-Humana-eAfetividade/pagina1.html#ixzz1OLUDAMbe>. Acesso em: 30 abr. 2015.

Em síntese, o abandono imaterial consiste em não fazer obrigações jurídicas imateriais, enquanto que o abandono afetivo consiste na falta de amor e afeto e este, não é dever jurídico. É importante que fique claro, que não é ilícito a falta de amor, pois ninguém é obrigado a amar ninguém.

O ato ilícito surge, a partir do momento em que não é cumprida pelos filhos a obrigação imaterial estabelecida em lei e dita anteriormente.

De acordo com o Estatuto do Idoso⁵⁹, em seu artigo 2º:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes a 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 a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Por fim, é possível concluir que as obrigações jurídicas imateriais anteriormente mencionadas, são deveres de cunho moral e quando descumpridas, geram danos emocionais incomensuráveis e para a 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.

A JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AOS DANOS MORAIS POR ABANDONO

Faz-se mister destacar que há enorme divergência de opiniões sobre o assunto em comento, havendo corrente favorável e contrária a possibilidade de indenização por abandono afetivo de pais idosos.

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

A princípio, destacando os posicionamentos contrários a responsabilização pelo abandono afetivo, vejamos o que trata a apelação civil, abaixo citada:

⁵⁹ BRASIL, **Estatuto do Idoso**. Lei 10.471, 1º de outubro de 2003.

DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Não caracterização de abandono afetivo. Prova dos autos demonstram que a autora, não perfilhada, apenas procurou o pai quando já tinha 15 anos. Pai que prontamente a reconheceu como filha e buscou auxiliá-la enviando módicos valores a título de alimentos. Autora que não ajuizou ação de alimentos em face do genitor. Existência de relacionamento entre pai e filha, ainda que esporádico. Inexistência de prova ou mesmo alegação de que o genitor tenha maltratado a filha, ou se negado a se relacionar com ela ou impedido de frequentar sua casa ou sua família. Inviabilidade de se admitir o abandono afetivo antes da perfilhação. Ação improcedente. Recurso improvido.

(TJ-SP - APL: 02047279220128260100 SP 0204727-92.2012.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 14/05/2015, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2015)⁶⁰

A decisão acima mencionada foi pautada no entendimento de que o afeto não se confunde com o dever de cuidar e por essa razão foi improvido o recurso.

Outro caso importante e que destaca posicionamento contra a aplicação do instituto da responsabilidade civil, no Estado de São Paulo, na comarca de Dracena. Segue abaixo a ementa:

INDENIZAÇÃO' POR DANOS MORAIS - Almejado ressarcimento pelos sofrimentos experimentados em razão de abandono afetivo - Ausência de ato ilícito - Ninguém é obrigado a amar ninguém - Sentença de improcedência mantida ? Recurso desprovido.

(TJ-SP - APL: 35357420078260168 SP 0003535-74.2007.8.26.0168, Relator: Percival Nogueira, Data de Julgamento: 17/02/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/02/2011)⁶¹

Os apelantes alegam que fora afetivamente abandonados pelo pai e que tiveram tratamento diferenciado em relação aos demais filhos, inclusive com relação à herança, excluindo-os da sua parte disponível. Entretanto, de acordo com a decisão dos magistrados:

“[...] não há valor no mundo capaz de reparar a dor íntima do abandono, especialmente da figura do pai, que deveria ser provedor não apenas material, mas de carinho e atenção. Contudo, respeitados os sentimentos dos recorrentes, não há como imputar ao apelado a responsabilidade que lhe foi atribuída. Isso porque embora, ao contrário do afirmado pelo julgador de primeiro grau, possa haver, na

⁶⁰ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. - **APL: 02047279220128260100 SP 0204727-92.2012.8.26.0100**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188928895/apelacao-apl-2047279220128260100-sp-0204727-9220128260100> >. Acessado em: 15 de maio de 2015.

⁶¹ BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. - **APL: 35357420078260168 SP 0003535-74.2007.8.26.0168**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188928895/apelacao-apl-2047279220128260100-sp-0204727-9220128260100> >. Acessado em: 15 de maio de 2015.

espécie, dano (o sentimento de rejeição proveniente da figura paterna é muito forte e certamente produz inegável sofrimento) e nexos de causalidade entre ele e a conduta do réu (que deu mesmo odioso tratamento diferenciado aos autores em comparação com outros filhos), ainda falta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o terceiro pressuposto para seu reconhecimento, que é o ato ilícito do agente. Ninguém é obrigado a amar ninguém, nem mesmo os filhos! O forte sentimento materno, paterno ou filial, embora tenha um componente natural, não deixa de ser, social e psicologicamente, construído e mutuamente conquistado. Se não houve tal construção e conquista, infelizmente resta apenas o desamor, desprezo e ódio mútuos. Mas todos esses sentimentos têm como corretamente indicado na sentença, expressão apenas no campo da Moral, sendo irrelevantes no campo do Direito. Não há lei que obrigue um pai a amar igualmente todos os seus filhos. A Lei não pode (porque não conseguiria se impor na prática) forçar as pessoas a serem boas! Assim, embora a atitude do réu em relação aos autores tenha sido mesmo absolutamente desprezível moralmente, não podem eles pretender indenização com base nela, já que, repita-se, não há ilicitude no campo jurídico que embase a pleiteada condenação pecuniária. Aceitar o contrário implicaria em monetarizar as relações familiares, o que não se admite [...].”⁶²

Logo, os juízes julgaram a improcedência do pedido de indenização por danos morais, pois, segundo os doutores, “ninguém é obrigado a amar ninguém”.

Em outubro de 2009, a Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira condenou o apelante ao pagamento no valor de R\$ 209.160,00 (duzentos e nove mil, cento e sessenta reais) equivalentes a 504 salários mínimos, que corresponderiam a dois salários mínimos por cada mês de vida da Apelante até completar a idade de 21 anos. E continuou, explicando que esse valor:

[...] deve ser mantido, pois observou critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sendo compatível com a repercussão dos fatos em discussão, principalmente se considerado que o Apelante conhecia a Apelada desde criança e sabia que ela era sua filha, nada tendo feito para assisti-la, diferentemente do que ocorria com seus outros filhos.⁶³

Deste modo, a Relatora conclui:

“Portanto, caracterizada a conduta do agente, além do nexo causal entre o comportamento danoso e a alegada lesão, elementos esses que se assentam na teoria

⁶² BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. - **APL: 35357420078260168 SP 0003535-74.2007.8.26.0168**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188928895/apelacao-apl-2047279220128260100-sp-0204727-9220128260100> >. Acessado em: 15 de maio de 2015.

⁶³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 1.0251.08.0261141-4/001(1) julgado em 29 de outubro de 2009**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0251&ano=08&txt_processo=0261141&dv=4&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=05%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=41019&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

subjetiva da culpa, ficou configurado o dever de indenizar decorrente de ato ilícito, corretamente reconhecido na sentença ao impor ao Apelante o dever de indenizar.”⁶⁴

Ao fundamentar o voto favorecendo a indenização por danos morais relacionadas ao abandono afetivo, o Desembargador relator Nilo Lacerda argumentou, em Apelação civil nº 1.0251.08.026141-4/001(1) em outubro de 2009, que:

Em 2003, a Justiça gaúcha, por meio do Juiz de Direito Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa (RS), **condenou um pai a pagar 200 (duzentos) salários mínimos à filha, que alegou abandono material (alimentos) e psicológico (afeto, carinho, amor)**. Na oportunidade, o pai foi condenado à revelia, razão pela qual o feito não chegou ao Tribunal gaúcho. O Juiz de Direito salientou, na sentença, que "a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme". O juiz Maggioni também comparou o dano à imagem causado por rejeição paterno com o dano por acusação de débito injusta. Frisou que "É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer "fui indevidamente incluído no SPC" a dizer "fui indevidamente rejeitado por meu pai", entendendo que, se cabe ressarcimento por um dos danos, tanto mais caberá pelo outro. Este egrégio Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar, em voto da lavra do eminente Des. Unias Silva, acompanhado pelos seus não menos brilhantes pares D. Viçoso Rodrigues e José Flávio de Almeida, no seguinte sentido: "EMENTA - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNOFILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE - A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana." (TJMG, 7ª Câmara Cível, Apelação Cível Nº 408.550-5, julgamento em 01/04/2004). Assim, ressaltando os entendimentos em sentido contrário, entendo que a paternidade atual possui aspecto mais responsável, não eximindo o pai de seus deveres com a mera prestação de caráter material, como no caso dos alimentos.⁶⁵

É perceptível, com base na análise jurisprudencial, que o abandono afetivo ocasiona o dano em diversas áreas.

Necessário se faz entender que com os idosos as consequências não são menores. Além disso, estes são assegurados pelo ordenamento pátrio, resguardado atenção, acompanhamento, ajuda e afeto dos entes familiares.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 1.0251.08.026141-4/001(1) julgado em 29 de outubro de 2009.** Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0251&ano=08&txt_processo=026141&dv=4&complemento=001&acordaoEmenta=a cordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=05%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=41019&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 12 fev. 2011.

É bem verdade que a aplicação do instituto depende de um estudo concreto caso, visto caber ressalvas, 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos direitos assegurados aos idosos no âmbito da legislação brasileira, é necessário em razão do crescimento da faixa populacional associada as péssimas condições sociais para receber as pessoas no que denominamos de “melhor idade”.

O interesse pelo assunto abordado nesta monografia se deu pelo fato de que no Brasil, existe uma imensa quantidade de idosos que são abandonados pelos filhos ou demais entes, além de observar a tendência do judiciário a seguir o princípio do afeto.

Não há dúvidas de que a afetividade representa valor fundamental ao Direito Brasileiro e oferece tamanhas soluções para questões relacionadas a família.

No poder judiciário, existem inúmeras ações referentes a alimentos. Entretanto, raras são as ações que tratam de indenização por abandono afetivo, havendo, assim, uma enorme divergência entre as decisões dos magistrados.

Logo, embora o ordenamento jurídico pátrio não preveja expressamente a responsabilização civil dos pais por abandono afetivo, por dano moral e/ou material, a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo a aplicação deste instituto no direito brasileiro, o que tem gerado bastante polêmica.

Desse modo, o abandono afetivo, em termos jurídicos, consiste na ausência do dever de cuidar, que pode ser uma negligência provocada pelo pai ou pela mãe.

Ao Direito cabe garantir o que foi assegurado pela legislação brasileira, tutelar os direitos dos idosos no que tange a sua dignidade humana, por isso poderá haver responsabilização dos filhos que não cumprirem a obrigação de cuidar dos pais.

Embora a compensação financeira não tenha o condão de resgatar o cuidado negligenciado, o valor simbólico da indenização possui tanto a função punitiva do agente negligenciador, como também a pedagógica, visto que está apta a gerar uma reeducação do filho condenado e de toda a sociedade nos casos de abandono afetivo.

Desta forma, faz-se necessário a observar o caso concreto, um estudo detalhado e aprofundado.

Diante de pesquisa bibliográfica utilizada para conclusão do trabalho, entende-se que é obrigação dos filhos ampararem seus pais na velhice, tanto material como moralmente, gerando inclusive indenização no caso de abandono.

Faz-se mister destacar que a pensão alimentícia não exime o filho de prestar amparo moral aos pais idosos, pois esse valor pago em caráter alimentar não é suficiente para suprir a carência de amor e afeto.

O amparo moral, a que se refere, está pautado no princípio da Dignidade Humana, decorrente de todos os direitos fundamentais e necessários a um envelhecimento tranqüilo, como: direito à vida, à liberdade, à manifestação, à saúde, à habitação, à segurança social, à educação, à moradia, e outros.

A Responsabilidade civil permite que todos aqueles idosos que se sentirem desamparados por seus filhos, procurem seus direitos através de ação de indenização, tendo esta um caráter punitivo, compensatório e educativo.

REFERÊNCIAS

AGUSTINI, Fernando Coruja. **Introdução ao Direito do Idoso**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

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

2005 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.

APLICADA, Instituto de Pesquisa. **Brasil: um novo país de idosos**. Disponível em: <http://www.fundacaobunge.org.br/jornal-cidadania/materia.php?id=10354&brasil_um_novo_pais_de_idosos> . Acessado em: 15 de abril de 2015.

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

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

_____, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988**.

_____, Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

_____, Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acessado em 20 de abril de 2015.

_____, Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acessado em: 20 de abril de 2015.

_____, Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acessado em 21 de abril de 2015.

_____, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acessado em: 21 de abril de 2015.

_____, **Código Civil Brasileiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 21 de abril de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos tribunais, 2007.

_____, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988.**

_____, **Estatuto do Idoso**. Lei 10.471, 1º de outubro de 2003.

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo. - **APL: 35357420078260168 SP 0003535-74.2007.8.26.0168**. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188928895/apelacao-apl-2047279220128260100-sp-0204727-9220128260100> >. Acessado em: 15 de maio de 2015.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 1.0251.08.0261141-4/001(1) julgado em 29 de outubro de 2009**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0251&ano=08&txt_processo=026141&dv=4&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=05%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=41019&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Acórdão nº 1.0251.08.0261141-4/001(1) julgado em 29 de outubro de 2009**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0251&ano=08&txt_processo=026141&dv=4&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=05%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=41019&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DIAS, Berenice. **Manual de Direito das Famílias – Princípios do Direito de Família**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**, 9ª edição, atualizada e ampliada de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens): Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESTATÍSTICA, Instituto Brasileiro de Geografia. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios** – **2011**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2011/default.shtm>> . Acessado em: 15 de abril de 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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.

GAGLIANO, Pablo Stolze **Novo curso de direito civil (volume 6): Direito de família — As famílias em perspectiva**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2012.

_____, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3 : Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 11º Ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil – obrigações e responsabilidade civil**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado. Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial** (Coordenador Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas S.A., 2003.

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-porAbandono-Afetivo-Sob-o-prima-dos-principios-Dignidade-da-Pessoa-Humana-eAfetividade/pagina1.html#ixzz1OLUDAMbe>. Acesso em: 30 abr. 2015.

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

_____, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família** / Flávio Tartuce. – 9. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. (p.86). Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4868386/flavio-tartuce---direito-civil---vol-5---direito-de-familia---ano-2014/12>>. Acesso em: 15 de abril de 2015.

_____, Flávio. **Direito civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 8ª edição. São Paulo: Método; Forense, 2013.

ZIMERMAN, G. I. **Velhice: aspectos biopsicossociais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.