

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

EDUARDO REIS DE FREITAS

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL EM CASO DE
ABANDONO AFETIVO INVERSO

UBERLÂNDIA
2018

EDUARDO REIS DE FREITAS

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL EM CASO DE
ABANDONO AFETIVO INVERSO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, da Universidade Federal de Uberlândia, como exigência para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: professora doutora Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho

UBERLÂNDIA
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO CIVIL EM CASO DE
ABANDONO AFETIVO INVERSO

Trabalho de Conclusão de Curso, do Curso de Direito da Faculdade de Direito
Prof. Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: professora doutora Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho

Prof^a. Dra. Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho
(Orientadora)

Prof^a. Dra. Daniela de Melo Crosara

José Renato Venâncio Resende

Pontuação atribuída

UBERLÂNDIA
2018

AGRADECIMENTOS

Inicialmente a Deus e às forças maravilhosas que regem o universo, por terem me proporcionado essa experiência magnífica em minha vida.

Aos meus pais, Rosa e Valdete, por quem eu tenho uma imensa admiração e gratidão, pelo amor e compreensão incondicional e por todo o esforço dedicado a mim durante esses cinco anos que, como só eles sabem, não foram fáceis.

À minha irmã Gabrielly que, em sua tenra idade, se viu crescer em um ambiente em que a minha presença não era constante. Eternamente grato por todos os ensinamentos que apenas uma criança pode transmitir.

À minha orientadora, Dra. Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho, por toda a paciência, empenho e dedicação durante a realização deste trabalho e por ter aceitado desbravar junto a mim esse aspecto do Direito tão inovador e conturbado.

Aos meus grandes amigos, aos de sempre e aos que tive a honra de fazer em meu tempo em Uberlândia, por todo o apoio que me prestaram e por terem tornado os momentos mais árduos menos pesados.

Aos meus amigos do pensionato, minha admiração, votos de sucesso e gratidão por terem compartilhado comigo uma vivência calorosa e por caminharem junto a mim nessa longa jornada.

E, por fim, aos funcionários e promotores do Ministério Público de Minas Gerais e à Dra. Camila Martins Baptista de Rezende, pela oportunidade inigualável de poder fazer desses estágios, uma alavanca importantíssima para o aprimoramento profissional.

*Não aceite com condescendência aquele boa noite
A velhice deve arder e enfurecer-se ao final do dia;
Enfureça, enfureça contra a morte da luz.*

Dylan Thomas

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de analisar o abandono afetivo de pais idosos pelos filhos, no tocante à falta do dever de cuidado. Para isso, mediante uma pesquisa realizada pelo método hipotético-dedutivo, tendo como referencial teórico a análise de textos normativos e doutrinas jurídicas, será traçado um panorama sobre o envelhecimento, expondo números e estimativas sobre a população idosa no mundo e no Brasil. Além de tratar da figura do idoso no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo conceitos adotados e garantias previstas nos textos normativos. Serão também analisadas as relações familiares sob as óticas da Constituição da República de 1988 e do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), enfatizando os deveres e direitos da pessoa idoso no ambiente familiar; usando como base os princípios que sustentam o Direito de família. No mais, será explorado o instituto da responsabilidade civil como um todo, investigando principalmente o instituto do dano moral e sua aplicação no Direito de família.

Palavras-chave: Direito de Família, Dano Moral, Afeto. Responsabilidade Civil

ABSTRACT

The present work aims to analyze the affective abandonment of elderly parents by their children, regarding the lack of care. For this, a panorama will be drawn on aging, exposing numbers and estimates on the elderly population in the world and in Brazil. In addition to dealing with the elderly in the Brazilian legal system, bringing adopted concepts and guarantees foreseen in the normative texts. Family relations will also be analyzed under the terms of the Constitution of the Republic of 1988 and the Statute of the Elderly (Law 10.741 / 03), emphasizing the duties and rights of the elderly in the family environment; based on the principles that underpin family law. In addition, the Institute of Civil Liability will be explored as a whole, investigating mainly the Institute of moral damage and its application in family law.

Keywords: Family Law, Moral Damage, Affection. Civil responsibility

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS DESAFIOS DO ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO NO SÉCULO XXI	10
2.1 O envelhecimento e suas implicações	10
2.2 O conceito de idoso no Brasil	13
2.3 O idoso no ordenamento jurídico brasileiro e a sua proteção integral	14
3 RELAÇÕES FAMILIARES E OS DEVERES ENTRE PAIS E FILHOS	20
3.1 As relações familiares sob a ótica da constituição da república	20
3.2 Princípios do direito de família	22
<i>3.2.1 O Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>23</i>
<i>3.2.2 O Princípio da solidariedade familiar</i>	<i>24</i>
<i>3.2.3 O Princípio da afetividade</i>	<i>26</i>
4 A RESPONSABILIDADE CIVIL	30
4.1 Aspectos introdutórios e históricos	30
4.2 Conceito de responsabilidade civil	32
4.3 A conduta danosa	34
4.4 A culpa	35
4.5 O nexó de causalidade	35
4.6 O dano	36
5.1 O abandono afetivo no direito brasileiro	39
5.2 Responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo dos pais idosos	48
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

O passar do tempo é conhecido pela eficácia de suas competências, seja pelo silenciar das dores ou pela intensificação delas. Nenhum ser está imune de suas consequências, muito pelo contrário, aceitá-las e (ou) combatê-las é uma necessidade imposta pela vida a todos.

O envelhecimento é um traço marcante da passagem do tempo, o qual o homem ainda não aprendeu a controlar. Por tal razão, a adaptabilidade e a precaução são características essenciais às pessoas que desejam ter uma velhice digna. No entanto, necessitam os meios de proteção a essas pessoas se adequarem de forma a abarcar as suas necessidades, em todas as áreas de atuação do ser humano, incluindo-se, por óbvio, o Direito.

Por ser uma ciência inexata e, portanto, mutável, o Direito é afetado pelo passar do tempo, sendo transformado continuamente conforme seja necessário frente às novas demandas sociais. Nesse panorama, atendendo as questões sociais indispensáveis, verifica-se a necessidade de uma tutela efetiva dos direitos dos idosos, sempre em vista a sua vulnerabilidade na dinâmica social.

Partindo do fato de que a população idosa no Brasil nunca esteve tão presente na sociedade, entende-se serem necessárias medidas que incluam essas pessoas, garantindo a elas todo o respaldo afetivo que a legislação brasileira prevê. A importância da família para o bem-estar do idoso é fundamental, mas, no entanto, existem casos em que isso não é respeitado. Não é muito difícil ter relatos de abandono e até mesmo maus-tratos sofridos por essa população, dentro do próprio seio familiar, inclusive.

Tendo isso em mente, o presente trabalho propõe uma análise frente os aspectos gerais do envelhecimento da população brasileira, assinalando as peculiaridades e desafios a serem enfrentados pelo Direito. Dessa forma, preocupa-se em verificar a possibilidade da reparação civil nos casos em que se pode configurar o já conhecido abandono afetivo, mediante um estudo da legislação vigente e aos entendimentos doutrinários e jurisprudências.

O trabalho encontra-se dividido em quatro capítulos, nos quais são tratados temas referentes ao envelhecimento da população no Brasil, bem como o tratamento que é dado, pela legislação brasileira, ao idoso,

verificando e discutindo a possibilidade de reparação civil nos casos em que a pessoa idosa é acometida ou abandono afetivo, pelo descumprimento do dever de cuidado pelos seus descendentes.

De forma inicial, o trabalho teve um enfoque maior na figura da pessoa idosa, realizando um estudo acerca das implicações que o envelhecimento causa nessas pessoas frente às suas condições de vida. Foram analisados, além disso, o conceito de idoso no Brasil, bem como a legislação pertinente ao tema, principalmente a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, em que está prevista a integral proteção da pessoa idosa.

Posteriormente, foram estudadas as relações familiares pós Constituição da República de 1988, fazendo um levantamento comparativo acerca da evolução dos laços e vínculos afetivos dentro da esfera familiar, apresentando, para isso, os principais princípios que regem tal relação, em especial o da afetividade.

Por fim, foi realizada uma análise do instituto da responsabilidade civil, trazendo o seu aspecto histórico e conceitual, bem como os seus elementos caracterizadores. Finalmente, foi feito um estudo sobre o abandono afetivo e a sua aplicação no caso dos idosos, em que foi verificada a possibilidade da utilização de tal corrente, com o intuito de reparar eventual dano causado pela não observância do dever de cuidado nas relações afetivas decorrentes dos laços familiares.

O procedimento metodológico utilizado neste trabalho é o da pesquisa bibliográfica, que tem por objetivo fazer, a partir da leitura, a análise e interpretação criteriosa de várias fontes, destacando-se a documentação oficial, como textos normativos e jurisprudência, obras teóricas e doutrinárias e artigos sobre o assunto.

A pesquisa foi realizada pelo método hipotético-dedutivo, que, por meio do referencial teórico levantado, da análise das normas jurídicas e a partir das ferramentas e instrumentos de trabalho, por dedução, buscou-se soluções e posicionamentos pertinentes, adequados e plausíveis que contribuam para o Direito como um todo, ponderando-se acerca dos elementos envolvidos na abordagem.

2 OS DESAFIOS DO ENVELHECIMENTO DA POPULAÇÃO NO SÉCULO XXI

2.1 O envelhecimento e suas implicações

O Brasil, seguindo a tendência mundial dos países em processo de desenvolvimento, apresenta uma redução do contingente populacional jovem e um aumento na proporção do número de idosos. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2009 revelam que o número de idosos no Brasil é de cerca de 21 milhões de pessoas, correspondendo a 11,3% do total da população. Destes, 16,5 milhões vivem na área urbana e 3,4 milhões na área rural.¹

Observa-se, além disso, que a população “muito idosa”, ou seja, aquela com 80 anos ou mais, no total da população brasileira está aumentando em ritmo bastante acelerado. Esse tem sido o segmento populacional que mais cresce, embora ainda apresente um contingente pequeno. De 170,7 mil pessoas em 1940, o contingente “mais idoso” passou para 2,9 milhões em 2010. Representava 14,3% da população idosa em 2010 e 1,5% da população total. Dada a contínua redução da mortalidade, especialmente nas idades avançadas, espera-se que esse contingente alcance, em 2040, o total de 13,7 milhões, o que significa 6,7% da população total e 24,6% da população idosa.²

O ser humano quer viver mais e melhor. Quer aproveitar intensamente todas as fases da vida e ser saudável o suficiente para evitar os problemas incertos do porvir. Acima de tudo, quer ter uma velhice digna e que não lhe cause transtornos maiores quando o fim da vida chegar. Envelhecer é preciso para se ter uma vida no futuro. Entretanto, a juventude é enaltecida.

¹O número relativo ao crescimento das pessoas idosas no Brasil está em plena ascensão. (BRASIL. Secretaria de direitos humanos da Presidência da República. Informe Brasil para a III Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e Caribe de 12 de maio de 2002, p.1. Disponível em: <<https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/46849/Brasil.pdf>>. Acesso em jul. de 2018).

²Com o aumento da expectativa de vida da população brasileiro, cada vez mais mostra-se necessário a busca pelo implemento de melhores condições de vida desse grupo etário). CAMARANO, A. A.; KANSO, S. Perspectivas de crescimento para a população brasileira: velhos e novos resultados. Rio de Janeiro: Ipea, 2009, p. 4. em: <<https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/46849/Brasil.pdf>>. Acesso em jul. de 2018).

Clarisse Ehlers Peixoto (2004, p.13) elucida bem o tratamento que a sociedade confere à juventude, quando escreve que esta é a idade-padrão da sociedade contemporânea, uma vez que é eleita como o modelo para diversas categorias, sejam aquelas ligadas ao próprio desenvolvimento e mudança social, como aos parâmetros estéticos e comportamentais. A juventude, dessa maneira, é a protagonista da dinâmica social. Sempre foi e sempre será assim.

Cabe ressaltar, contudo, que ambos os conceitos de juventude e velhice, bem como a forma com que esses momentos da vida são tidos pelas pessoas, são construções sociais que ganharam uma forma rígida através do tempo. O que é a velhice de fato e como o envelhecimento é recebido são questões que podem ter inúmeras respostas se analisadas sob uma ótica mundial. Os preceitos caracterizadores desses períodos não são unânimes e têm incidência local. Tudo depende da cultura em que se está inserido.

A caracterização da velhice é ampla e complexa. São vários fatores que devem ser levados em consideração quando se pretende traçar um desenho sobre essa etapa da vida. Num conceito abrangente, a velhice deve ser compreendida a partir da relação que estabelece entre os aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais, em que o indivíduo se encontra submetido. Além disso, as conjunturas culturais são imprescindíveis para a associação final do que seria o envelhecimento e a velhice, vez que as condições históricas, econômicas, culturais e geográficas vão auxiliar na construção e representação social da figura do idoso.

Nesse sentido, Dirceu Nogueira Magalhães (1989, p.17) estabelece que cabe a uma devida sociedade a consideração ou não das etapas da vida. No mundo ocidental contemporâneo, tem-se que biologicamente, os seres humanos percorrem um ciclo de vida, o qual, interrompido ou não, passa desde a concepção até a morte, passando pelo nascimento, infância, adolescência, maturidade e velhice. Para o autor, a forma com que cada sociedade vai definir e encarar cada uma dessas passagens está estritamente ligada aos critérios sociais e culturais adotados naquele meio.

O autor ainda assevera que as construções sociais em torno da caracterização das etapas da vida humana não só conceituam, como também atribuem significados, valor e função social aos diversos momentos da

existência. Em relação a isso, Magalhães (1989, p. 17) exemplifica o modo com que a sociedade hodierna enxerga e trata a figura do idoso na dinâmica capitalista da sociedade. O idoso é tido, pelos vários fatores que o cercam dentro do meio da produtividade em massa, como uma força de trabalho já dispensável, obsoleta e insuficiente. A figura da aposentadoria, portanto, é envolta por uma subjetividade que contrasta com a mecânica capitalista baseada na necessidade do labor. O idoso aposentado, enquanto descansa sendo “improdutivo”, se fecha numa bolha pessoal, na qual reside suas glórias do passado ao passo que os jovens mantêm o aparelho econômico-financeiro funcionando. Aqui, não se analisa a função do instituto da aposentadoria, mas sim a sua visão perante a ótica do posicionamento do já idoso nessa esfera da vida em comunidade.

Além de todas as questões sociais envolvendo a figura do idoso no cenário social, este ainda necessita conviver com todos os problemas inerentes à sua condição. A saúde da pessoa idosa é, como se sabe, fragilizada, necessitando de um acompanhamento, muitas das vezes, multidisciplinar, para que sua manutenção se dê da forma mais digna possível. Nessa esteira, se depara com outra característica muito presente na vida das pessoas que passam pela velhice, qual seja, a vulnerabilidade perante vários aspectos da vida.

Embora o Brasil esteja cada vez mais se desenvolvendo tanto nas questões econômicas e sociais, a pessoa idosa ainda se encontra exposta às mazelas do subdesenvolvimento, uma vez que, como bem é verificado, os frutos dessas conquistas não abrangem a integralidade da população. Nesse sentido, mantendo-se atual, Dirceu Nogueira Magalhães (1989, p. 20/21), expõe as dificuldades na expansão do envelhecimento em decorrência da melhora da qualidade de vida da população, vistosos problemas de uma velhice subdesenvolvida como as carências educacionais, sanitárias, nutricionais, habitacionais etc., são resultado de desequilíbrios de desenvolvimento do país.

A vulnerabilidade aqui é tratada nos mais diversos meios, desde a já mencionada dificuldade de inserção no mercado de trabalho, como as próprias questões de saúde, as quais exercem um peso maior na vida da pessoa idosa. É nesse momento que o apoio familiar, por meio do exercício

do dever de cuidado necessário aos idosos exerce um papel muito importante, garantindo uma vivência rodeada de afeto no seio familiar. Os cuidados com os idosos, portanto, devem ser amplos e eficientes, em razão da consagrada fragilidade dos problemas de saúde.

2.2 O conceito de idoso no Brasil

Já se verificou que determinar o que é uma pessoa idosa ou mesmo o que seria a velhice não é uma tarefa fácil, uma vez que devem ser analisadas, como já mencionado, diversos aspectos tanto sociais e culturais para se traçar tal definição. Entretanto, como é verificado no ramo do direito, é necessária sempre uma conceituação, a fim de delimitar de forma certa o bem tutelado. Os equívocos e as aberturas a interpretações destoantes do contexto originário da norma jurídica, apesar de estarem presentes aos montes no ordenamento jurídicos, não se mostram saudáveis, visto que ocasionam a chamada insegurança jurídica.

Nesse sentido, quando os atores da dinâmica política e jurídica do país começaram a entender que a figura da pessoa idosa, como sujeito de direitos, deveria ser tutelada, passaram a discutir a melhor forma de conceituá-la. Alguns autores pretendiam estipular o conceito biológico, estabelecendo um critério único com base na ideia de cidadão. Para outros, contudo, a qualidade de idoso deveria ser analisada caso a caso, dependendo da condição biopsicológicas de cada indivíduo. (CABRERA; WAGNER JÚNIOR; JR. FREITAS, 2006, p. 100).

A discussão acerca da conceituação do idoso finalmente se encerrou com a promulgação, em 1994, da Lei 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso e passou a considerar idosa qualquer pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro passou a utilizar o critério biológico, de caráter absoluto para tratar dessa definição, não fazendo distinção entre aquele que esteja plenamente capaz, em gozo de suas capacidades físicas e mentais, daquele considerado senil ou incapaz. Cabe ressaltar que, até então, nem a Constituição da República tampouco qualquer outro texto legal apresentava a definição de pessoa idosa. (CABRERA; WAGNER JÚNIOR; JR. FREITAS, 2006, p. 100).

Diz a Lei 8.842/94 sobre o conceito de idoso:

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

Mais tarde, em 2003, o Estatuto do Idoso iria adotar o mesmo critério da Política Nacional do Idoso ao trazer, em seu texto, o já conhecido critério de idoso, conforme se verifica em seu artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Com o advento do Estatuto do Idoso, criou-se uma legislação específica aos idosos, garantindo, de vez, a inclusão e proteção desse grupo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 O idoso no ordenamento jurídico brasileiro e a sua proteção integral

A Constituição da República de 1988 não trouxe em seu texto explícita proteção à pessoa idosa em condição ao seu estado. Em leitura às normas constitucionais, o idoso será agente de direitos, de forma manifesta, em pouquíssimos dispositivos, o que demonstra certa omissão do legislador constituinte para com a figura deste que já atravessa os tempos finais da vida. Tal indiferença resultou na criação de leis específicas para que fossem regulamentados os direitos e deveres desse grupo social, dando-lhes uma maior atenção no sentido da promoção de sua integral proteção.

A primeira vez que a Constituição da República faz menção à pessoa idosa é quando se trata dos direitos políticos. O artigo 14 da Carta Maior dispõe que o alistamento eleitoral e o voto são, para aqueles maiores de 70 (setenta) anos, e, conseqüentemente, idosos, facultativos. Além disso, mais à frente, quando da leitura do inciso III do parágrafo 1º do artigo 40, norma que trata da Administração Pública, depreende-se outra previsão relativa aos idosos, quando é tratada sobre a aposentadoria compulsória dos servidores públicos, aos 70 (setenta) anos de idade, momento em que se está diante de uma presunção de incapacidade baseada tão somente no critério etário.

Quando é tratada a questão da assistência social, a Constituição da República revisita novamente a figura do idoso, disciplinando que aquele que

comprovar a ausência de recursos suficientes para prover a sua própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família, fará jus à concessão de um salário mínimo mensal, o qual tem o condão de atender um dos objetivos da assistência sócia, qual seja, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, conforme verifica-se da leitura do artigo 203, I, da Constituição da República de 1988.

Por fim, nos artigos 229 e 230 da Carta Magna, é verificada a previsão em relação ao dever de cuidado para com a pessoa idosa, o qual será exercido em conjunto pela família, pela sociedade e pelo Estado, os quais têm o dever de assegurar a participação desta na comunidade, protegendo a sua dignidade e o seu bem-estar. Nesse sentido, colhe-se, *in verbis*, dos seguintes dispositivos que

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.”

“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.

§ 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.

Nada mais falou a Constituição sobre a pessoa idosa. Em relação à essa omissão, Roberto Mendes de Freitas Junior, diz que esta é apenas aparente, uma vez que o diploma constitucional, em seu artigo 1º, inciso III, deixou expresso que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. O autor explica que ao determinar como fundamento do país a observância da “dignidade da pessoa humana”, esta se daria na forma mais ampla possível, de modo que, todos os direitos da pessoa idosa estão garantidos constitucionalmente, vez que qualquer violação dos direitos fundamentais do idoso afrontaria, invariavelmente, a dignidade da pessoa idosa (FREITAS JUNIOR, 2008, p.8).

Além disso, o artigo 3º da Constituição traçou os objetivos da República Federativa do Brasil, em que se verifica:

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.

Roberto Mendes de Freitas Junior (2008, p. 9) entende que, com base no artigo supratranscrito, todos os direitos e garantias concedidos ao cidadão, devem ser estendidos à pessoa idosa, sem necessidade de qualquer outro texto legislativo que os enumere, uma vez da própria vedação ao tratamento discriminatório encontrada no próprio dispositivo constitucional. Conclui, ainda, noticiando que ambos os artigos referidos (artigo 1º, inciso III; e artigo 2º, ambos da Constituição da República), já se fazem suficientes, por si só, para garantir aos idosos todos os direitos concedidos aos demais cidadãos, o que desconstruiria a visão omissa que se tem quanto ao tratamento da pessoa idosa no Diploma Maior.

No entanto, por mais que seja a Carta Magna bastante ampla no tocante à proteção aos idosos, as condições inerentes à pessoa destes se mostrava uma razão para que fossem editadas normas específicas às pessoas idosas. Dessa maneira, em 1994, sobreveio a Lei nº 8.842/94, que implantou a Política Nacional do Idoso, passando a garantir direitos sociais especialíssimos a esse grupo de pessoas, traçando diretrizes a serem seguidas no âmbito da organização e gestão dos órgãos destinados para tal fim, bem como definindo conceitos e as ações governamentais a serem tomadas no âmbito do direito senil.

Por sua vez, por meio do Decreto nº 4.227, de 13 de maio de 2002, foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos dos Idosos, que é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça, responsável para avaliar e supervisionar a Política Nacional do Idoso, além de outras funções relativas à matéria.

Em janeiro de 2004 entrou em vigor a Lei 10.741/2003, denominada Estatuto do Idoso, considerado um verdadeiro microssistema jurídico, uma vez que regulamenta todas as questões que envolvem a pessoa idosa, tanto no aspecto material quanto processual. O Estatuto estabelece regras de direito público e privado, adentrando nas esferas cível, penal, administrativa e

previdenciária, buscando, acima de tudo, a proteção da pessoa idosa. É considerado a consagração da Política Nacional do Idoso, consolidando a matéria jurídica relativa aos direitos e garantias do cidadão idoso. (CABRERA; WAGNER JÚNIOR; JR. FREITAS, 2006, p. 120).

Perola Melissa Vianna Braga (2011, p. 14) elucida que em decorrência do crescimento da população idosa no Brasil, deve a família se adequar a esta realidade, uma vez que, com o aumento da expectativa de vida, a pessoa idosa estará inclusa em maior número e com muita frequência na dinâmica familiar. Visualizando esse panorama e tendo em vista que a família, no país, aparece como o principal responsável pelo idoso, esta antecede o próprio Poder Público em relação ao cuidado com o idoso, estabelecendo, dessa forma, o princípio da solidariedade familiar, em que o Estado será o agente subsidiário.

Nesse sentido, o artigo 3º do Estatuto do Idoso disciplina os direitos da pessoa, os quais devem os agentes responsáveis tutelar. Diz o dispositivo:

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.

§ 1º 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.

Ressalta-se, inclusive, que, em função da melhora das condições de vida e conseqüente aumento, como já mencionado, da expectativa de vida, a classificação de idoso com o critério etário sendo o requisito primordial, já demonstra sua fraqueza quando ocorre uma discriminação positiva dentro deste próprio conceito, uma vez que, conforme redação dada pela Lei 13.466, de 12 de julho de 2017, ao parágrafo segundo do artigo 3º do Estatuto do Idoso, os idosos acima de 80 (oitenta) anos gozam de prioridade em relação aos demais. Diz o dispositivo:

§ 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.

Contudo, nas palavras de Pérola Melissa Vianna Braga (2011, p. 15), não se deve confundir cuidado com proteção. Para a autora, cuidado pressupõe elementos subjetivos como carinho e afeto e estes só podem ser oferecidos pela família, sendo a de sangue, a escolhida ou até mesmo os amigos. Em outro sentido, proteção tem significância objetiva e diz respeito aos direitos fundamentais cuja garantia de manutenção é obrigação primária e exclusiva do Estado.

Nesse sentido, o Estatuto do Idoso traz em seu artigo 9º que “é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. Além disso, em leitura ao artigo 10 do referido diploma legal, tem-se que constitui 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.

A abrangência do Estatuto do Idoso na busca de cuidado proteção à pessoa idosa esbarra na esfera penal, uma vez que a Lei 10.471/2003 prevê, inclusive, sanções criminais em face de um descumprimento de algum dos preceitos legais estabelecidos. A referida lei impôs a toda a sociedade o dever legal de evitar qualquer ameaça ou violação aos direitos do idoso em qualquer situação de risco social. Todos os cidadãos, dessa forma, passaram a ter o dever jurídico de agir, a fim de evitar qualquer ameaça ou lesão aos

direitos das pessoas idosas. A omissão, nesse caso, quando comprovada ser dolosa, ocasionará a responsabilidade, civil e penal, daquele que nada fez para evitar a violação dos direitos de algum idoso (CABRERA; WAGNER JÚNIOR; JR. FREITAS, 2006, p. 99).

3 RELAÇÕES FAMILIARES E OS DEVERES ENTRE PAIS E FILHOS

3.1 As relações familiares sob a ótica da constituição da república

É sabido que o mundo após o período seguido à Segunda Grande Guerra Mundial passou por enormes transformações com o intuito de se estabelecerem princípios protetores da figura do ser humano simplesmente por ser quem é. As atrocidades cometidas naquela época não mais teriam espaço e o homem teria a sua dignidade preservada independente de qualquer razão.

Desse modo, como bem salienta Carlos Alberto Bittar (1989, p.9), foram sendo editadas normas, tanto de cunho internacional e regional, para a consagração de princípios balizadores das legislações nacionais, de modo a uniformizar o plano de defesa da pessoa humana, em todas as suas questões. A partir daí, portanto, passou-se a uma maior proteção dos indivíduos e de suas características. À frente, uma proteção mais integral às pessoas consideradas mais vulneráveis foi sendo construída, com um enfoque inicial na figura da mulher e das crianças.

No Brasil, após o advento da Constituição da República de 1988, a pessoa passou a ter um especial tratamento no ordenamento jurídico brasileiro. Com isso, conseqüentemente, ocorreram mudanças na forma com que as relações interpessoais passaram a ser vistas no âmbito da codificação. Ao elevar o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento constitutivo da República Federativa do Brasil, a Carta Magna foi responsável por expor uma nova visualização das relações humanas, dentre elas, por óbvio, aquelas que acontecem no âmbito familiar.

A família exerce um papel de incontestável importância para a construção das relações humanas, Rodrigo da Cunha Pereira(2005, p.23), por exemplo, entende a família como sendo o lugar privilegiado de realização da pessoa, onde é iniciado o seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira na inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais.

Conhecendo a importância da família para o processo de desenvolvimento pessoal e social do indivíduo, o que já é verificado há

milênios, os novos paradigmas adotados pela Constituição da República em função de uma atenção especial ao ser humano esbarrou-se, inevitavelmente, nas relações e nos laços desenvolvidos no âmbito familiar, pois ao priorizar a pessoa membro, o Direito passou a tratar algumas questões de maneira diversa ao que outrora era realizado, como o enfraquecimento da rigidez do instituto familiar e a concepção de relações mais amplas, baseadas nos vínculos afetivos e na emancipação do ser para constituir e desfazer os elos construídos, o que vai em encontro à consonância do princípio da autonomia da vontade, buscando-se sempre alcançar a felicidade.

Tendo em vista a previsão igualitária de tratamento entre os cônjuges no seio familiar, ocorreu uma mudança sensível no ambiente familiar, no qual a figura do genitor adquiriu outro significado, passando de uma figura exercendo um poder dominador a uma que completa o cenário doméstico, auxiliando na composição da base instrumental de gestão do ciclo familiar, conforme bem ensina Bittar:

Com isso, nova organização familiar tem exsurgido dessas diretrizes: quanto aos interesses do grupo, tem prevalecido sistema de regência baseado na gestão comum (ou co-gestão), tanto com respeito a questões de ordem pessoal, como patrimonial, ficando ambos obrigados à manutenção do lar; quanto aos interesses individuais de seus componentes, têm prosperado os regimes de afeição mútua, sob o aspecto pessoal e de autodeterminação de cada cônjuge, sob o aspecto patrimonial, conciliando-se seus direitos com os do núcleo; quanto às relações com os filhos, tem-se desenvolvido regime fundado no respeito e compreensão mútuos, transmutando-se o pátrio poder em conjunto de deveres para os pais e reconhecendo-se, nesse nível, toda a prole: legítima, ou não; resultante de consangüinidade, ou de vínculo civil [...]. (BITTAR, 1989, p. 23/24).

Acerca da família na era da Constituição de 1988, Cunha diz que

[...] a família só faz sentido para o Direito a partir do momento em que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. (CUNHA, 2005, p. 100).

Esse é, portanto, o modelo de família constitucionalizada, qual seja, aquela que preza pelas relações afetivas sobre as de cunho patrimonial, que

respeita a individualidade de seus membros, sempre na busca de garantir a sua dignidade.

3.2 Princípios do direito de família

Uma fonte normativa de imensa importância para a aplicação do Direito são os princípios, os quais, após a promulgação da Constituição da República de 1988, adquiriram um lugar de destaque dentro do ordenamento jurídico nacional. Nos tempos atuais, a consolidação da interpretação auxiliada pela construção principiológica exerce um papel responsável no preenchimento das lacunas normativas, as quais, em vários aspectos, representam um problema, implicando, muitas vezes, na própria verificação de insegurança jurídica.

Paulo Bonavides (2002, p.232) demonstra bem a imprescindibilidade dos princípios na dinâmica do Direito. O ilustre professor menciona que todo discurso normativo tem que colocar em seu raio de abrangência os princípios, aos quais as regras se vinculam. Os princípios espargem clareza sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas. Dessa forma, os princípios, além de solidificarem os entendimentos abstratos e gerais dos quais as normas serão derivadas, fornecem um arcabouço concreto para delimitarem a própria subsunção das normas, uma vez que a própria regra pode apresentar deficiência em algum aspecto inerente de sua aplicação.

Sintetizando, Bonavides elucida que os princípios se posicionam em um lugar de ampla magnitude dentro do Direito, já que, segundo denomina, os chama de “norma das normas”. Sobre isso:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles (os princípios) mesmos sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todo o conteúdo normativo, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das leis. Com essa relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas. (BONAVIDES, 2002, p. 260/261)

Em vista de sua abrangência no Direito, os princípios também têm espaço na seara familiar. Maria Berenice Dias, sobre isso, explica que

[...] há princípios especiais próprios das relações familiares. É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a CF consagra como valores sociais fundamentais, os quais não podem se distanciar da atual concepção de família, que tem sua feição desdobrada em múltiplas facetas. Devem servir de norte na hora de apreciar qualquer relação que envolva questões de família os princípios da solidariedade e da afetividade. (DIAS, 2016, p. 46/47).

Os princípios, portanto, exercem, na seara familiar, os mesmos preceitos verificados no âmbito geral da ciência do Direito, uma vez que os pontos delineadores e norteadores do entendimento jurídico estão pautados em suas premissas. Cumpre analisar os principais princípios que regem o Direito de Família, a fim de que seja visualizada a estrutura na qual esse ramo jurídico se encontra sedimentado.

3.2.1 O Princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana exerce um papel central na nova dinâmica jurídica, tendo em vista o seu protagonismo e relevância suprema no que se estabelece nos antros direcionadores da legislação nacional. Tal função é lastreada pela força originária que tal princípio adquiriu durante o estudo da nova teoria constitucionalista brasileira, a qual possui imensa força na interpretação legislativa.

Além disso, o princípio em comento representa um centro originário na concepção de outros princípios reluzentes do ordenamento jurídico pátrio, os quais exercem, dentro dos ensinamentos constitucionais, papel de destaque no fortalecimento dos ideais de proteção dos cidadãos na nova consolidação do Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira (2010, p.51), é considerado um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, nos quais assumiu um posto de macro princípio constitucional, uma vez que todos os princípios que se concretizam em seu cerne, são considerados direitos fundamentais.

Previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República de 1988, este princípio, na seara familiar, garante a igual dignidade e igualdade para todas as entidades familiares, estabelecendo a vedação a qualquer tipo de tratamento diferenciado às várias formas de famílias, as quais, como se verifica na sociedade atual, não mais perfazem de um caráter único tradicionalista, possuindo várias facetas, abrangendo os inúmeros tipos de relações afetivas. Nesse sentido, reforça Maria Berenice Dias (2016, p. 48) que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou vários tipos de constituição de família, com que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio que tem contornos cada vez mais amplos.

3.2.2 O Princípio da solidariedade familiar

O conceito de solidariedade dentro do Direito parte sempre da ideia de dever mútuoincumbido a alguém. Tal dever se acomete de variados caracteres, os quais criam a natureza jurídica dessa solidariedade. Tendo isso em mente, a figura da solidariedade dentro do prisma das relações familiares ascende como uma questão que bem define os vínculos formulados dentro da seara do Direito das Famílias, uma vez que, como será visto, se materializam com o auxílio mútuo, em função tão somente das ligações afetivas entre os entes componentes daquele ambiente.

Maria Berenice Dias (2016, p. 51) tece palavras calorosas acerca da solidariedade ao afirmar que “uma pessoa só existe quando coexiste”. Ao trazer tal sentença, a doutrinadora demonstra clara intenção de reforçar a importância deste princípio, que, segundo a mesma, encontra assento constitucional, inclusive no preâmbulo da Carta Magna, ao assegurar uma sociedade fraterna.

Quando alcança o Direito das Famílias, o princípio da solidariedade encontra um nicho propício para o seu florescimento, uma vez que é nas relações humanas de cunho mais íntimo que se verifica a sua maior propagação. Sobre isso, Rolf Madaleno (2015, p. 99) ensina que a solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas,

porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambientes recíprocos de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

A lei, portanto, utilizar-se-á do princípio da solidariedade para gerar deveres a serem atendidos pelos integrantes do grupo familiar. Caberão, dessa forma, aos entes da família cuidar e verificar se as necessidades ou qualquer outra previsão normativa estão sendo cumpridas. A não verificação dessa situação pode ocasionar consequências de diversas naturezas às pessoas que descumprem os encargos previstos, tanto de ordem patrimonial quanto penal, a depender da gravidade.

No âmbito da legislação familiar, tem-se que a edição de normas em que tenha como corolário o princípio da solidariedade demonstra clara preocupação do Estado em delegar um dever ao indivíduo. O ente estatal, em muitos casos, assumirá, solidariamente, a garantia de promover tais direitos apenas quando não puder a família e a sociedade fazê-lo. Nessa esteira, se safa o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. (DIAS, 2016, p. 51).

Exemplificando tais questões, são trazidos os artigos 227, 229 e 230, todos da Constituição da República, em que se visualiza normas de matéria familiar em que o princípio da solidariedade se faz presente

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. (caput)

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.

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. (caput).

Além disso, verifica-se presente o princípio da solidariedade, por exemplo, na previsão contida no inciso III do artigo 1.566 do Código Civil,

quando é trazido que são deveres de ambos os cônjuges, portanto recíprocos, a assistência mútua entre eles. Seguindo a mesma base, encontra-se presente o referido princípio na previsão do artigo 1.511 do diploma civilista, ao dispor que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

3.2.3 O Princípio da afetividade

O Direito das Famílias também é atingido pela dinamicidade da ciência jurídica, adequando-se às novas tendências e formas de lidar com as relações familiares através do tempo. Acerca disso, tem-se que o rompimento com os antigos padrões sociais modifica a forma com que as questões jurídicas serão tratadas pelo povo, além de resultar em novas concepções e ressignificações dos vínculos e da dinâmica familiar, o que cria um contraste pontual no cenário jurídico, tendo em vista a visão estática e inflexível da grande maioria dos operadores do direito.

Entender a família como uma instituição fluída, viva e em constante aprimoramento é compreender que a quebra de paradigmas e o estabelecimento de movimentos de desconstrução social são necessários para a consolidação e solidificação de novos modelos, os quais, acredita-se, não serão a regra nem o padrão para as futuras gerações. O instituto familiar assume grandeza e imponência particulares por sintetizar de forma coerente a vivência geral e se espelhar na sociedade em suas formas e composições, mesmo que de forma imperfeita.

O mundo jurídico, ao assumir a sua já conhecida dificuldade em lidar com o novo, debruça sobre os novos arranjos familiares o seu olhar reprovador, o que vai de contramão com o que se espera de uma ciência que tenta ser ampla e abarcar as questões existentes na sociedade. Maria Helena Diniz (2008, p. 38) traça bem a percepção dos autores de sua época acerca das constantes construções sociais que envolveram a família ao longo do último século, ao trazer expressão “crise da família”.

A expressão mencionada acima nasce reforçando a característica da inflexibilidade do pensamento jurídico ao debater as mudanças da família ao longo do tempo. Em um retrospecto histórico, é possível verificar que a utilidade do termo “crise da família”, encontra sítio quando analisadas várias conquistas sociais, que antes eram tidas como inviáveis, incabíveis ou inaceitáveis, tais como o desaparecimento da organização patriarcal propriamente dita; uma maior intervenção estatal no núcleo familiar, com a função de garantir maior proteção aos interesses de todos; a liberdade dos pais no planejamento familiar; o divórcio; a mulher e o seu trabalho externo, causando uma modificação na configuração do lar; entre outras coisas.

No entanto, embora empregado o termo “crise”, Maria Helena Diniz (2008, p. 38) afirma que não se pode falar nessa palavra, mas sim em reorganização, uma vez que a existência dessas variáveis não é capaz de colocar um fim à família como organização, já que esta é uma instituição orgânica que se molda frente às novas configurações sociais, o que acontece há milênios, e continuará se reinventando.

Nesse sentido, fica claro que a aceitação pelos novos modelos de arranjos familiares ou pelos novos conceitos no Direito das Famílias serão objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, assim como foram todas as outras coisas. É nesse cenário que as novas concepções de vínculos familiares se encontram submetidos a uma interpretação pelos operadores do direito, uma vez que a antiga construção de filiação apenas por critério biológico já não é a única aceita socialmente. Aí então entra a afetividade como o primordial elo dentro das relações familiares.

A afetividade, portanto, encontra grande campo para compor o panorama pertencente ao Direito das Famílias, tendo em vista os novos ditames crescentes quanto às formas de relacionamento na frente familiar. Fugindo das formalidades inerentes ao pretérito tempo em que reinava a falta de autonomia entre os entes desta instituição, bem como se propagava um modelo patriarcal baseado na dependência econômica em que o genitor ditava toda uma configuração a ser seguida, os novos contornos foram redefinidos, traçando um desenho mais humanizado sobre o que viria a ser considerado e esperado como sendo o vínculo que une as pessoas que compartilham os mesmos laços.

Tendo em mente a natureza do Direito de Família, que trata de questões relativas às relações interpessoais, a afetividade, nos dias atuais, exerce um papel fundamental para a compreensão e adoção das normas referentes a essa matéria. Sobre isso, colhe-se do entendimento de Rolf Madaleno (2015, p. 104) que o afeto funciona como uma mola propulsora dos laços e das relações familiares, as quais são movidas pelo sentimento e pelo amor, dando sentido e dignidade à existência humana.

O referido autor, ainda, discorrendo sobre o afeto em si e as consequências extraídas na sua aferição na esfera familiar da ciência jurídica expõe um importante pensamento, o qual invoca toda a modernidade do debate acerca da filiação biológica e socioafetiva, esta última marcada primordialmente pela figura da afetividade. Em suas palavras diz que

[...] a afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a prevalência desses sobre aqueles. O afeto decorre da liberdade que todo indivíduo deve ter de afeiçoar-se um a outro, decorre das relações de convivência do casal entre si e destes para com seus filhos, entre os parentes, como está presente em outras categorias familiares, não sendo o casamento a única entidade familiar. (MADALENO, 2005, p. 104).

Revisitando as ideias contidas nas palavras de Madaleno, Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 180) entende que para que se haja a consolidação da entidade familiar, é necessária a presença de um afeto especial, chamado pelo autor de afeto familiar. Seguindo essa linha, o professor conclui que o afeto é essencial a todo e qualquer grupo familiar, uma vez que deve ser inerente a todo e qualquer relacionamento conjugal ou parental.

No entanto, por mais necessária que seja a configuração do afeto para a determinação do vínculo familiar primordial, não é verificada a previsão de um princípio da afetividade de maneira expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre isso, Tartuce discorre que

[...] o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão *afeto* no Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana. (TARTUCE, 2016, p.23/24).

Ricardo Lucas Calderón (2013, p. 255), seguindo o referido por Tartuce, diz que embora não seja a afetividade efetivamente tratada de forma categórica como princípio pela legislação expressa, está implícita no texto constitucional e é citada pontualmente no Código Civil em vigor, ao tratar da guarda compartilhada, ou mesmo em leis específicas, como o Estatuto da Criança e Adolescente, por exemplo.

Madaleno, entretanto, como realizado por Calderón, expõe situações pontuais em que o princípio em estudo é verificado na ordem jurídica brasileira, trazendo como um exemplo a filiação, a qual, nos momentos atuais, prioriza o vínculo afetivo ao consanguíneo. Diz o autor que

[...] maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consangüinidade (CC, art. 1.593), ou ainda através de inseminação artificial heteróloga ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional (MADALENO, 2015, p. 105).

Dessa forma, a afetividade não carece de especificações no cenário das famílias, muito menos depende da relação interpessoal entre seus membros ou de seu nível de parentesco, existindo tão somente pela própria existência da entidade familiar. O idoso, figura chave deste trabalho, como participante dessa dinâmica e sujeito atingido pelo afeto no seio familiar, também é um ser abarcado pelo princípio da afetividade, o qual deve garantir a este todo um aparato físico e moral de apoio que propicie a tomada dos cuidados necessários, obedecendo não somente a questão subjetiva do elo entre os seus descendentes, mas também aquelas formais, provenientes dos outros princípios já debatidos.

Dessa maneira, caso o direito dos idosos sofra alguma violação, mormente no que tange à questão de um abandono afetivo, ao ser, no seio familiar quebrada a questão do dever de cuidado, surgiria, portanto, um dano moral passível de reparação, conforme prelecionam as disposições acerca de indenização por ato ilícito na legislação.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Aspectos introdutórios e históricos

O Direito como mecanismo efetivo de contenção social experimenta, por consequência lógica, devido à sua natureza, os riscos temporais, adotando e construindo sua metodologia sob o molde das construções sociais ao longo do tempo. Dessa forma, mostra-se necessária a evolução dos parâmetros aderidos nos diversos campos da ciência jurídica, sob pena de estes caírem em desuso ou se tornarem ultrapassados e insuficientes diante das novas situações surgidas no antro das relações entre as pessoas.

A busca da modernização das teorias, com o foco sempre em constituir o cenário mais plausível à resolução dos conflitos verificados em cada época, é determinante para o andamento célere, amplo e justo das demandas levadas ao judiciário. As diversas áreas do Direito devem, portanto, acompanhar tal modernização, a fim de propiciar aos atores das relações jurisdicionais condições para que os pleitos contemporâneos, sejam consagrados na medida de sua singularidade.

Em uma análise histórico-social, verifica-se que a industrialização em massa dos centros urbanos europeus, logo após a Primeira Grande Guerra, resultou em mudanças massivas no cotidiano das pessoas, de modo que os problemas enfrentados pelos cidadãos ganharam novas dimensões. As novas demandas necessitavam de novas soluções.

A Responsabilidade Civil é um exemplo, pois nasceu dos anseios sociais frente às circunstâncias surgidas no decorrer do tempo. O instituto da reparação civil (ou responsabilidade civil) tem sua origem sua origem embrionária na própria consequência do dano e a sua busca em mitigá-lo.

Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 6) tece um esboço histórico sobre como o advento da Responsabilidade Civil encontrou lugar dentro da modernidade, no que se refere à consolidação das teorias para a sua edificação na ordem jurídica e social. O autor atribui que o aumento do número de acidentes de trabalho em decorrência do surto industrial após a Primeira Guerra Mundial ocasionou o surgimento de novas teorias, as quais

buscavam propiciar proteção às vítimas dos danos que, até então, não se faziam presentes daquele modo, na dinâmica jurídica europeia.

O autor continua a exposição do advento histórico da Responsabilidade Civil traçando o contorno da inibição da autotutela na realidade europeia, à época, motivo pelo qual, foi o Estado responsabilizado a patrocinar a efetiva tutela perante o dano observado. Já não era mais suportado os feitos avançados em normatizações como, por exemplo, a marcante Lei de Talião, na qual a vingança privada demonstrava, por si só, o adimplemento eficaz do dano sofrido. O Estado assumiria, assim, ele só, a função de punir, por meio de uma ação repressiva, dando origem à ação de indenização. (GONÇALVES, 2009, p. 5).

Passa-se, portanto, à substituição dessa “vingança”, anteriormente tida como reparadora, pela compensação econômica. Acerca disso, Alvino Lima (1938, p. 10) informa que tal compensação dar-se-ia a critério da vítima e teria como objetivo, a reintegração do dano sofrido. Em razão do dano sofrido, o ofendido passaria a perceber do ofensor determinada quantia considerada satisfatória, como forma de reconstituir a ofensa sofrida.

Nessa esteira, ocorreu a enumeração dos casos em que a compensação, na forma explicitada, seria obrigatória. Era uma forma de catalogação das investidas passíveis de reparação. A doutrina e jurisprudência francesas foram responsáveis por aperfeiçoar as ideias iniciais da responsabilidade civil, estabelecendo os princípios inaugurais do instituto, abandonando essa construção estático-normativa para os casos de responsabilização e criação do dever de compensar/reparar o dano causado.

Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves que, após o referido abandono,

[...] foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram importante influência nos outros povos, quais sejam, direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência. (GONÇALVES, 2009, p. 6).

A Responsabilidade Civil mostra-se, portanto, como um exemplo de dinamização das questões jurídicas, vez que sua estruturação nasceu dos impasses cotidianos dos indivíduos, mostrando que, mais que nunca, caminha com as necessidades da sociedade, conservando a sua natureza abrangente no que diz respeito à busca pela reparação dos danos causados em diferentes esferas. É essa a premissa que o Direito vivenciado na contemporaneidade deve tomar, qual seja, a de inclusão de possibilidades tangíveis a todos os cidadãos, em face da singularidade de cada situação.

4.2 Conceito de responsabilidade civil

Etimologicamente, o sentido de responsabilidade pode ser associado com a ideia da existência de uma obrigação, de um encargo a alguém. Rui Stoco (2004, p. 118) sobre isso, escreve que a noção de responsabilidade pode ser haurida da origem latina da palavra, que vem de *respondere*, a qual transmite a ideia de responder por alguma coisa, ou seja, a necessidade de responsabilizar uma pessoa por seus atos danosos.

Da mesma forma entende Sílvio de Salvo Venosa (2003, p.12) que diz a responsabilidade, em seu sentido amplo, traz a ideia de que a um sujeito é atribuído o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação danosa. No mesmo sentido, trazendo uma versão mais abrangente, tem-se o entendimento de Maria Helena Diniz (2008, p.118) a qual conceitua responsabilidade como a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Fábio Ulhôa Coelho (2009, p. 252) classifica a Responsabilidade Civil como uma obrigação não negocial, uma vez que não nasce da constituição de um negócio jurídico entre as partes, não se verificando, dessa forma, a manifestação de vontade. Nasce de forma completamente diversa, quando da existência de um ato ilícito ou fato jurídico, do qual aquele que foi atingido pode exigir uma indenização em face daquele que causou o prejuízo.

Conforme visto, a ideia central da Responsabilidade Civil é a busca pela restauração, pelo restabelecimento da ordem jurídica e situação fática preexistentes no momento da ofensa. Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.

19/20), revisitando a ideia apresentada anteriormente, qual seja, da multiplicidade de fatores ensejadores da tutela jurisdicional neste âmbito, traz que são inúmeras as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social.

A doutrina classifica a responsabilidade civil, quanto ao seu fundamento, em objetiva e subjetiva. A questão a ser analisada aqui é a existência ou não de culpa no ato da ofensa. O conceito de culpa utilizado deve ser empregado em seu sentido amplo para indicar tanto a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Historicamente, a teoria clássica ligava a existência da responsabilidade à aferição de culpa do agente. Por essa concepção, a vítima somente obteria a reparação do dano se restasse provada a culpa do agente. (CAVALIERI FILHO, 2008, p.16).

Sobre essa classificação da Responsabilidade Civil, Maria Helena Diniz ensina que

[...] será verificada a responsabilidade subjetiva quando a sua justificativa estiver na culpa ou dolo, por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Desse modo, a prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar. Em relação à vertente objetiva da responsabilidade, a autora esclarece que esta funda-se no risco, explicando que a responsabilidade nasce do fato de haver o agente causado prejuízo à vítima ou a seus bens, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do agente para que surja o dever de indenizar. (DINIZ, 2008, p.128).

Com relação à modalidade objetiva da Responsabilidade Civil, informa Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 49) que esta prescinde da culpa, satisfazendo-se apenas com a existência do dano e do nexo de causalidade (dois dos pressupostos para a configuração da responsabilidade), não se exigindo prova de culpa do agente para que surja a obrigação deste para reparar o dano. O autor lembra, no entanto, que a culpa, neste caso, pode ou não existir, sendo irrelevante para o surgimento do dever de reparação.

Para a configuração da Responsabilidade Civil, alguns pressupostos devem ser observados. Para que um sujeito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência da conduta culposa, por meio de culpa simples ou dolo, do autor da ofensa; a existência do dano lesivo ao

ofendido, e a relação entre a conduta gerada do dano e o dano em si, à qual dá-se o nome de nexo de causalidade.

4.3 A conduta danosa

O artigo 186 do Código Civil traz a regra legal caracterizadora do ato ilícito, objeto primordial para a configuração da responsabilidade civil. O referido dispositivo prevê, *in verbis*, 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. Dessa forma, é possível visualizar que a conduta danosa pode ser praticada de forma omissiva ou comissiva, referindo-se tanto à efetiva prática de algum ato, no sentido de atentar ao valor jurídico protegido, quanto à abstenção de algum ato que contrarie essa referida proteção (DOS SANTOS, 2008, p. 34/35)

Embora ambos os tipos de conduta encontrem previsão legal, a comissiva emerge como a de mais fácil visualização, tendo em vista que o dano causado a outrem, muitas vezes, parte de um agir, de uma invasão na esfera individual do outro que lesiona seu direito. A omissão, por sua vez, é tratada por Sergio Cavalieri Filho como a

[...] pura atividade negativa, a rigor não pode gerar, física ou materialmente, o dano sofrido pelo lesado, porquanto do nada nada provém. Mas tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 24)

No entanto, como bem expressa o mencionado artigo, a conduta comissiva ou omissiva deve nascer de um momento volitivo, pois necessita partir voluntariamente do agente ofensor.

Cabe ressaltar aqui que a conduta, não necessariamente o resultado, deve se dar de modo voluntário, pois, nem sempre aquele que será o responsável pela reparação queria provocar o resultado, mas arca com as custas de sua ação ou omissão. Sobre isso, muito bem se expressa Rui Stoco ao elucidar que a

voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.(STOCO, 2004, p.131).

4.4 A culpa

Já é sabido que a culpa em *lato sensu* é a responsável pela caracterização da responsabilidade subjetiva, determinando as condições da ação do agente ofensor. Maria Helena Diniz (2009, p. 42) entende culpa, em seu sentido amplo, como a violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência, ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

Como mostrado por Romualdo Baptista dos Santos (2008, p. 38), é claro no ordenamento jurídico brasileiro que a distinção entre dolo e culpa assume uma figura de suma importância na esfera penal, uma vez que os crimes praticados nessas espécies recebem um tratamento diferenciado no que concerne à punição. O autor menciona que até a vigência do antigo diploma civilista, não havia uma distinção entre ambas as formas, o que, no entanto, mudou, a partir da vigência do Código Civil atual, no qual, em seu artigo 944, parágrafo único, prevê que o juiz poderá reduzir equitativamente o valor da indenização tendo em vista o grau de culpa do agente.

4.5 O nexos de causalidade

Segundo o entendimento de Sílvio de Salvo Venosa, nexos causal, para Venosa

[...] é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. [...] Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. Nem sempre é fácil, no caso concreto,

estabelecer a relação de causa e efeito (VENOSA, 2005, p. 53)

Rizzardo (2007, p. 71) resume o nexu causal em três elementos que se completam, quais seriam, o dano, a antijuridicidade e a imputação. Para o autor, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexu causal: o dano, a antijuridicidade e a imputação.

Para Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 46), o conceito de nexu causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. O autor ainda parte do pressuposto de que o nexu de causalidade é a primeira questão a ser na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos de apurar se ele deu causa ao resultado (CAVALIERI, 2008, p. 45).

Em alguns casos, no entanto, poderão existir os elementos configuradores da relação causal da responsabilidade civil, mas esta não será verificada. Fala-se, portanto, em excludentes da responsabilidade civil, que tornarão o agente não causador do dano. Sobre esse tema, Inácio de Carvalho Neto enumera tais hipóteses:

[...] o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de um direito, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar, a renúncia e o consentimento do ofendido. (CARVALHO NETO, 2008, p. 62).

4.6 O dano

Como quarto requisito para a configuração da Responsabilidade Civil, tem-se o dano. O dano, a iniciais palavras, seria a lesão causada, o fruto prejudicial da conduta omissiva ou comissiva que ocasionou prejuízo para a parte. Rizzardo (2007, p. 15), acerca do dano, estabelece que é o pressuposto central da Responsabilidade Civil.

Sergio Cavaliere Filho (2008, p. 70), ao demonstrar a imprescindibilidade do dano na configuração da Responsabilidade Civil, relembra que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A isso, conclui-se que o dano, além conceber o dever de reparação, direciona o caminho para tal, vez que a lesão será reparada na medida do dano causado.

A doutrina classifica o dano em duas categorias principais, baseadas na natureza do bem jurídico atingido pela conduta ilícita ou danosa, podendo ser o dano patrimonial ou extrapatrimonial. O Dano patrimonial ou material é aquele que atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, estendendo-se ao conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nesse caso, não estão incluídos apenas os bens estritamente patrimoniais, mas também, os direitos da personalidade que, de alguma forma, podem refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas. (CAVALIERI, 2008, p. 71).

O dano moral, por sua vez, diz respeito a um ato lesivo no âmbito dos direitos subjetivos e da personalidade, o qual reflete ofensa a algum bem jurídico imaterial tutelado pelo Estado. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2001, p.2) delimita o dano moral como sendo aquele que ocorre na esfera subjetiva ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana.

A consolidação da verificação do dano moral nasce do entendimento da existência de um patrimônio imaterial, que reflete os direitos da personalidade inerentes à pessoa humana. O desafio encontrado na figura dos danos não patrimoniais é a própria análise da sua extensão frente a esses direitos, os quais, embora permeiem o viés subjetivo da condição de ser humano, traçam um caminho intocável, no qual a sua aferição não possui um caráter objetivo, o que dificulta a análise concreta dentro do âmbito da Responsabilidade Civil. Contudo, diante da própria previsão constitucional e infraconstitucional, as quais pregam pela tutela desses direitos, não pode o Direito olvidar a reparação nesses casos, vez que a sua lesão configura ato ilícito, conforme preleciona o artigo 186 do Código Civil.

A Constituição da República garante a possibilidade de indenização por dano moral, a ver:

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.

Sobre a proteção desses direitos, diz Clayton Reis (2010) que

[...] importa saber que a honra e os sentimentos múltiplos dos seres humanos devem ser amplamente tutelados em razão dos valores que constituem o sustento da existência humana, na sua dimensão espiritual e material. Trata-se, segundo demonstrado, de bens extrapatrimoniais que abrangem a somatória de bens que integram o patrimônio psicológico do ser humano na sua dimensão espiritual. (REIS, 2010, p. 62)

O Direito é um ramo bastante complexo. Sua complexidade resulta, muitas vezes, da pluralidade de questões a serem abarcadas em seu estudo. A Responsabilidade Civil possui a mesma característica. Nesse contexto, tendo em vista que danos materiais e imateriais ocorrem em diferentes aspectos da vida humana, o estudo da reparação do prejuízo causado expande de modo a encontrar todas as vertentes da ciência jurídica. O Direito de Família, portanto, não escapa disso.

5 A REPARAÇÃO CIVIL EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO INVERSO

5.1 O abandono afetivo no direito brasileiro

O Direito de Família não é, como bem explica Felipe Cunha de Almeida (2015, p. 59), um campo alheio ao estudo e aplicação da responsabilidade civil. As relações familiares estão sujeitas às práticas de atos ilícitos, tanto no que diz respeito à esfera patrimonial quanto extrapatrimonial. As normas de proteção, portanto, devem ser impostas e utilizadas nas questões familiares.

Em se tratando de Direitos de Família, o dano, muitas das vezes, pela própria natureza subjetiva das relações no âmbito familiar, valoradas por princípios de cunho personalíssimos, esbarra-se com a figura da imaterialidade, produzindo-se, assim diante de eventuais lesões, um dano moral. O dano moral na seara familiar trilhou um caminho conjunto com a própria evolução da sociedade. Um exemplo disso é a verificação de culpa quando do término do matrimônio, a culpa pelo fim do casamento poderia ser analisada e ensejar a devida reparação para o cônjuge que sofreu o encargo.

Indenizações pela dissolução culposa da sociedade conjugal, pelo descumprimento da promessa de casamento ou até mesmo nas relações de paternidade foram e são temáticas que aglutinam as relações familiares e a reparação civil, no âmbito de todos os seus pressupostos. A unicidade aqui nasce da complexidade do contexto familiar e da subjetividade em vários aspectos, pois o elo entre os entes componentes da instituição “família” pode ser traduzido como o afeto, em todas as suas variáveis.

As questões referentes à Responsabilidade Civil no direito de família são, ainda, muito controversas. Não em relação à possibilidade geral da utilização desse instituto na seara familiar, o que, conforme se verificou nas palavras de Felipe Cunha de Almeida, é plenamente possível; mas sim quanto ao próprio dano e a sua forma de reparação, uma vez que, em sua grande maioria, os princípios e pressupostos dos bens tutelados nesse ramo jurídico são compostos primordialmente por relações subjetivas entre as pessoas, carecendo de materialidade e de patrimonialização.

Em relação à lesão que aflige os direitos da personalidade, bem como os princípios e deveres do direito de família, pela classificação quanto ao seu

fundamento subjetivo, está verificado um dano material. O processo de reparação em relação a esse tipo de dano trilhou um caminho tumultuado até a sua pacífica normatização nos ordenamentos jurídicos mundiais. Encontrava-se razão para isso pelo seu, já exaustivamente mencionado, caráter imaterial e despatrimonializado. Seguindo essa ideia, Maria Cecília Bodin de Moraes (2009) bem expõe o conflito existente entre o dano moral e a sua busca por reparação, ao dizer que

Para além da “imoralidade” em se atribuir um valor pecuniário a bens que não são “objeto”, mas sim “sujeito”, ou dele são parte integrante, as motivações para tal posicionamento apresentavam uma aparência de substancialidade, a começar pela dificuldade em se verificar a existência e a extensão do dano sofrido. Como seria possível mensurar os sentimentos de alguém? [...] A regra lógica subjacente, e que se fazia valer, era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar: a indenização é, justamente, a “medida” do dano. Assim, tanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável.

[...]

A evolução do dano moral e a sua aceitação da sociedade caminha lado a lado com a evolução e desenvolvimento do próprio conceito de justiça. Apesar do reconhecido aspecto não-patrimonial dos danos morais, a partir de determinado momento tornou-se insustentável tolerar que, ao ter um direito personalíssimo seu atingido, ficasse a vítima irressarcida, criando-se um desequilíbrio na ordem jurídica, na medida em que estariam presentes o ato ilícito e a lesão a um direito (da personalidade), por um lado, e a impunibilidade, por outro. Veio a constituição de 1988 consolidar tal posição [...], acerca do pleno ressarcimento do chamado dano moral puro. (MORAES, 2009, p. 147/148).

Um dos temas mais controversos no âmbito da Responsabilidade Civil no âmbito do direito de família é a reparação do dano moral decorrente de abandono afetivo. No que diz respeito a isso, diversas são as questões levantadas acerca da possibilidade ou não de sua aplicação, as quais, muitas se referem às situações expostas anteriormente, uma vez da dificuldade de tratamento pecuniário do afeto. Entretanto, em razão de ser o afeto considerado um valor jurídico, o seu tratamento no âmbito da Responsabilidade Civil nasce com imprescindível e importantíssimo tema a ser estudado.

O estudo da possibilidade de reparação civil decorrente desse prejuízo na esfera subjetiva do indivíduo pela falta de uma composição afetiva na estrutura de suas relações é um retrato do produtivo movimento que se percebe no direito civil brasileiro, abarcando a contemporaneidade dos temas relativos aos seus mais diversos ramos. Ao juntar-se com o direito de família de forma a tentar criar um vínculo mais solidificado, a responsabilidade civil encontra, inexoravelmente, as questões pulsantes quanto à afetividade, às relações e obrigações familiares, compondo um campo imenso e demasiado desafiador a ser explorado (CALDERÓN, 2013, p. 345).

Em 2012, o Judiciário se depararia com uma decisão que se tornaria pioneira no âmbito do Direito Civil. A questão da reparação civil no direito de família (tanto debatida na doutrina, como por exemplo, em casos nos quais a culpa na separação ainda era vista como delimitadora de várias circunstâncias, como a obrigação –ou não – do pagamento de pensão alimentícia), ganhou forma no julgado da Min. Nancy Andrighi, relatora do presente caso.

O recurso especial nº. 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) tornou-se um expoente no ordenamento jurídico brasileiro ao condenar o pai a indenizar a filha por sua ausência em seu crescimento. Decidiu a Ministra Relatora:

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 conseqüente 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, exurgindo, 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. **(STJ, Resp nº 1.159.242 – SP, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Terceira Turma) (grifos do autor).**

Inicialmente, a ministra relatora abandona a ideia de que não caberia dano moral no Direito de família, uma vez que as normas que tratam da matéria fazem isso de forma irrestrita, motivo pelo qual não há que se falar em sua inaplicabilidade no seio familiar. Prosseguindo, a ministra rebate o argumento de que a perda do poder familiar se veste como a única possível punição aos pais, que aos deveres impostos descumprem. Nesse ponto, ela sustenta seu entendimento de que a finalidade dos deveres dos pais é, além de outros, resguardar a integridade do menor, e, que a criação e educação negada pelos genitores encontra possibilidade indenizatória, por se tratar de ato ilícito se reconhecido descumprimento do dever legal for verificado. Dessa forma, o STJ reconheceu o afeto como um valor jurídico passível de indenização.

Anderson Schreiber (2013, p. 100) traz um caso em que a reparação civil por abandono afetivo foi julgada procedente. O ilustre autor expõe que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu pela procedência do pedido em ação movimentada pelo autor contra seu pai, ao argumento de que, embora pagasse regularmente pensão alimentícia equivalente a 20% dos seus rendimentos, o genitor deixara de comparecer a eventos importantes da vida ao filho, como aniversários e festas escolares, adotando uma postura geral de frieza e indiferença.

Um outro caso em que houve a procedência, mesmo que parcial, do pedido envolveu uma situação em que uma filha havida fora do matrimônio demandou contra o seu pai biológico uma ação requerendo que este lhe prestasse assistência moral e material, em função de sua qualidade de genitor. Alegou a autora que a falta de contato afetivo com seu pai durante a sua infância e adolescência, ocasionou no não estabelecimento de um vínculo

familiar, configurando uma situação de abandono afetivo, o que teria causado danos à requerente. Por tal razão, pleiteava uma reparação financeira frente à omissão de seu genitor.³

Entretanto, não é unânime o som dos Tribunais acerca do tema, existindo, a contraponto dessas decisões, determinando a possibilidade e procedência do pedido, existem aquelas que negam o seguimento de ações dessa natureza ou entendendo não ser cabível esse tipo de reparação. Quanto a isso, verifica-se a decisão abaixo, na qual, segundo entenderam os julgadores do Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, não se verificaram presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DISTANCIAMENTO ENTRE PAI E FILHA NA INFANCIA. ABANDONO MATERIAL NÃO CARACTERIZADO. DANO MORAL NÃO RECONHECIDO. DEMANDA IMPROCEDENTE. Comprovado nos autos que o réu, desde o momento em que declarada a paternidade, presenciou o crescimento da autora em termos materiais, passando esta a contar com o sobrenome paterno, não restando caracterizada ofensa aos direitos inerentes à personalidade da filha, inexistente o dever de indenizar. Ausência de ilícito civil, mormente quando verificado que o réu em nenhum momento excedeu os limites balizados pela boa-fé e bons costumes. Impossível a monetarização do afeto sob pena de se estar permitindo a reparação do diminuto ou exagerado amor, ausência de afeto ou afeto desmedido. Prova técnica que não atribui a ocorrência de traumas ou carência afetiva especificamente à ausência do pai na infância, mas a situação de pais separados. Distanciamento entre pai e filha que não se mostra capaz, por si só, de ensejar a indenização por dano extrapatrimonial. Pressupostos da responsabilidade civil ausentes, no caso. Sentença de improcedência mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível nº 70021687520, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 29/11/2007)⁴

³ A presente ação foi julgada improcedente no primeiro grau, tendo sido a sentença reformada em grau recursal e julgada parcialmente procedente pela 7ª Câmara B de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que fixou a indenização em R\$ 415.000 (quatrocentos e quinze mil reais). (TJ/SP, 7ª Câmara B de Direito Privado, Apelação Cível nº 9066223-40.2004.8.26.00, Relª. Daise Fajardo Nogueira Jacot, DJe 20.01.2009).

⁴ Um dos maiores óbices à apreciação dos casos que envolvem a reparação civil por dano moral proveniente de abandono afetivo é que o Judiciário entendia pela falta de uma das caracterizadoras da Responsabilidade Civil, qual seja, a existência de um ato ilícito indenizável, conforme demonstra o julgado acima. Tal paradigma só foi reformado mais à frente, quando o afeto finalmente se consagrou como valor jurídico passível de reparação, disponível em:

Exemplificando a dificuldade das demandas que envolvem o tema, tem-se abaixo, um outro caso que chegou ao Superior Tribunal de Justiça acerca do abandono, sendo também, considerado impossível o pedido de reparação. Veja-se:

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. (STJ – Resp: 757411/MG 2005/0085464-3, relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data do Julgamento: 29/11/2005, T4 – Quarta Turma, Data da publicação: DJ: 27/03/2006 p. 229RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p. 228)⁵

Apesar de ainda não possuir um caráter uníssono nos julgados e, conseqüentemente, na jurisprudência brasileira, o abandono afetivo debuta como um tópico bastante controverso na doutrina civilista brasileira. A quantificação do afeto por meio da indenização por dano moral encontra respaldo negativo em diversas correntes de pensamento, desde aquelas que abordam os limites indenizatórios, andando conjuntamente com os seguimentos que tratam do fenômeno do enriquecimento ilícito; até os debates mais contemporâneos que lidam com questões presentes na massa midiática envolvendo a indústria do dano moral, por exemplo.

Seguido a isso, tem-se o vislumbre da realidade do ordenamento brasileiro que não via com bons olhos o instituto do dano moral. Somente com a Constituição da República de 1988 que a situação mudou, fazendo com que esse tipo de valor jurídico fosse adotado com uma aceitação, de fato, legítima.

<http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2bJust%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca_3D700%26num_processo_mask%3D70021687520%26num_processo%3D70021687520%26codEmenta%3D2177529+afeto+e+monetariza%C3%A7%C3%A3o&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70021687520&comarca=Comarca+de+Passo+Fundo&dtJulg=29-11-2007&relator=Paulo+Roberto+Lessa+Franz>. Acesso em 27 de julho de 2018.

⁵ Mais um exemplo da forma como a temática era vista pela justiça brasileira. STJ – Resp: 757411/MG 2005/0085464-3. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600?ref=juris-tabs>>. Acesso em 02 de julho de 2018.

Explica Flávio Tartuce (2014, p.289), que constitui o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (previstos a partir do art.11 do Código Civil), para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de lenitivo, derivativo ou sucedâneo.

Com a exposição do ilustre doutrinador, verifica-se o dano moral em situações em que os direitos da personalidade são ofendidos. Esses direitos são direitos inalienáveis que merecem proteção legal. A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.

Américo Luís Martins da Silva (2005, p. 62) explica que a doutrina considera a reparação do dano moral não como um ressarcimento, mas sim como uma compensação, uma vez que não há como o dinheiro ser equivalente à dor sofrida. O referido autor elucida, ainda, que um dos principais argumentos para se refutar tal objeção se constitui no reconhecimento de que a compensação do dano moral exerce duas funções, quais sejam,

[...] a função expiatória, que atribui à compensação o caráter de pena, ou seja, tem por finalidade acarretar perda ao patrimônio do culpado [...] tem sentido punitivo para o lesionador, que a recebe como uma pena pecuniária que provoca uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. [...] para muitos, não tem por objetivo apenas punir o culpado, mas parte de um complexo pedagógico para o desenvolvimento das relações sociais – assemelha-se ao dano punitivo. E a [...] função satisfatória do dano moral, que diz respeito ao objetivo de proporcionar uma vantagem ao ofendido, ou seja, o pagamento da soma em dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima que, recebendo-a, pode destiná-la [...] a procurar as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes, que contribuirá

para compensar o dano ou perda que tenha produzido a agressão [...]. (SILVA, 2005, p. 62)

Com isso, resta evidente que o Direito não exerce a função de reparar o sofrimento, a dor ou a aflição, causados em decorrência de um dano extrapatrimonial a um direito subjetivo, personalíssimo. A reparação se dará no que tange às consequências pelas quais foi o referido bem jurídico recebido na vida do agente passivo da relação jurídica. A questão patrimonial serviria, portanto, a satisfazer os padecimentos desinentes da privação ou lesão sofrida. No caso do abandono afetivo, a compensação serviria para atenuar as consequências do problema da falta da constituição do vínculo afetivo na vida do ofendido.

No entanto, outros pontos são polêmicos dentro dessa esfera. Um grande exemplo disso é no que diz respeito à produção da prova do dano. Adolpho Paiva Faria Júnior (2003, p. 55) comenta que a prova do dano moral é uma das mais difíceis empreitadas, uma vez que se mostra misterioso decifrar a própria existência da ofensa passível de reparação. Sintetizando, tem-se que o fato, por si só, não defere a reparação, pois deve ser produzida a prova referente à existência do alegado dano.

O autor ainda explica que a doutrina se divide sobre o assunto. Existem aqueles que entendem pela desnecessidade de se provar a existência da ofensa moral, bastando, para a sua configuração, apenas a prova do fato. Outros pugnam pela devida comprovação da ofensa moral dele resultante, pois este pode não existir. Há aqueles, ainda, que defendem o entendimento *in re ipsa*, pelo qual o dano moral se prova por si mesmo, enquanto uns entendem que a prova do dano extrapatrimonial deve ser submetida ao regime geral das provas, de modo que a responsabilidade da prova é de quem faz alegação. (FARIA JÚNIOR, 2003, p. 55).

Sobre o assunto, o entendimento adotado aqui é o de que a prova é necessária. Nas palavras de Rui Stoco (2004)

[...] a prova da existência do dano é indispensável, sob pena de ser o responsável liberado de pagar, posto que o juiz só poderá dar procedência do pedido se houver, na própria ação de conhecimento, prova do dano, sendo certo que na liquidação apura-se apenas o *quantum debeatur*. (STOCO, 2004, p.143).

Apura-se, portanto, que diante de um alegado abandono afetivo, o qual, pelos termos do artigo 186 do Código Civil e por histórico jurisprudencial, é considerado um ato ilícito e passível de pedido de reparação por dano moral, necessita-se, a todo caso, a prova de que a atitude geradora (a omissão no dever de cuidado, propriamente dita, a qual pode se dar de inúmeras formas), ocasionou lesão. O ponto controvertido é a forma como se dará essa prova, uma vez que o assunto tratado nesse tipo de ação versará sobre direito personalíssimo, por sua vez, subjetivo. Analisar-se-á, dessa forma, caso a caso, com a atividade probatória pertinente a cada realidade fática.

Fazendo um adentro na esfera do Direito de família, assumindo a importância do dano moral no abandono afetivo, Sílvio de Salvo Venosa (2013, p.300), entende que ofende a dignidade do filho não só a ausência de socorro material como a omissão no apoio moral e psicológico. O abandono intelectual do genitor em relação ao filho menor gera, sem dúvida, traumas que deságuam no dano moral. Nesse diapasão, a afetividade liga-se inexoravelmente à dignidade do ser humano. É evidente que uma indenização nessa seara nunca restabelecerá ou fará nascer o amor e o afeto. Cuida-se de mero lenitivo, como as conotações que implicam uma indenização por dano moral.

A expressão “abandono afetivo” não é dita com bom grado por uma parte da doutrina. Nesse sentido, se posiciona Nelson Rosenvald (2015) dizendo que

Evidencia-se o equívoco na adoção da pioneira expressão *abandono afetivo*, por remeter a discussão ao pântano da subjetividade – pelo fato do afeto ser incoercível, com a necessária substituição pela expressão *omissão de cuidado* [...]

Se aceitarmos o *abandono afetivo* como um ilícito e fato gerador de responsabilidade civil, paradoxalmente – e seguindo a lógica inversa -, teremos que admitir que o eventual *excesso afetivo* possa ser fonte de uma pretensão por reparação de danos por filhos mimados por desejos e caprichos, que desconhecem limites, e jamais ouviram a palavra “não” (...) (ROSENVALD, 2015, p.312)

A questão trazida pelo referido autor se mostra de extrema importância, uma vez que fazer a delimitação semântica desse instituto é uma maneira de tornar a sua aplicação segura, sem equívocos ou interpretações impertinentes, que desvirtuem a sua premissa original. No entanto, tendo que nem a possibilidade nem o nome dado a essa espécie de reparação se encontram pacificados na doutrina e nos tribunais, será utilizado (como já vem sendo) a expressão “abandono afetivo”, uma vez que em seu aspecto ilustrativo se mostra mais verificável e que sua utilização é mais adotada dentro dos debates jurídicos acerca do tema.

5.2 Responsabilidade civil em decorrência do abandono afetivo dos pais idosos

Foi mostrado até aqui a clara disposição doutrinária e jurisprudencial sobre questões técnicas e de mérito sobre o abandono afetivo que assolam as crianças e os adolescentes. No entanto, é mister enaltecer que estes problemas não só acometem as pessoas de direito de tenra idade e em formação. Este problema também acomete pessoas já experientes e que passaram por inúmeras experiências na vida e que também merecem todo um respaldo jurídico nas questões que tratam de assuntos ligados a esse. Trata-se dos idosos.

O envelhecimento da população é, nos dias atuais, um dos grandes desafios que serão enfrentados pelas nações nos decorreres anos das próximas décadas. Tal desafio não assume um caráter maléfico, mas sim uma postura de abrangência, na esperança de uma inclusão mais efetiva dos idosos em todos os âmbitos da sociedade. Sabe-se que grande parte da população mundial é composta por idosos e esse número tende, como visto, a aumentar gradativamente devido às melhores condições de vida da população. No Brasil não é diferente.

Como já registrado, desde 2003, a Lei nº. 10.741, o Estatuto do Idoso, regula o posicionamento do maior de 60 anos na sociedade brasileira. A Lei trata desde os direitos até penas cabíveis aos autores de crimes definidos por aquele diploma. É a maior legislação direcionada ao idoso no país.

A relação entre o abandono afetivo e a figura do idoso a qual se trata aqui é verificada pela configuração ou não do dever de cuidado, existindo o dano quando ocorrido o descumprimento da garantia de proteção integral, muito bem tratada em alguns dispositivos da referida lei, como o artigo 3º, por exemplo.

O Estatuto do Idoso traz expressa previsão de uma obrigação conjunta entre vários entes da sociedade, sobretudo a família do mesmo, para resguardarem vários direitos que os cidadãos na terceira idade possuem. A família, como núcleo de convivência mais importante para uma pessoa, assume papel crucial no cuidado com as pessoas idosas. A Carta Magna, em seus artigos. 229 e 230, traz expressamente esse papel:

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.

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.

Assim, a comprovação de que esse dever de cuidar foi descumprido, implicaria, portanto, na configuração de uma ilicitude civil, passível de indenização por danos morais nos moldes do abandono afetivo. Existem entendimentos que seria isso possível, uma vez que a inobservância do dever de cuidado por parte dos filhos maiores em relação aos idosos configura uma omissão da própria imposição legal e a ofensa a um bem jurídico tutelado. Seria uma extensão à possibilidade de reparação civil verificada no caso das crianças e adolescentes para os idosos, a qual, em decorrência dos princípios da igualdade e do melhor interesse do idoso, se adequaria para essa realidade também.

Defendendo a existência dessa possibilidade, Maria Berenice Dias (2016, p. 648), afirma que há de se reconhecer a ocorrência de abandono afetivo, de nefastas consequências já admitidas pela justiça, quando a omissão diz com crianças e adolescentes. Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal, os idosos também sofrem com

a falta de convivência com seus afetos, ou, em sentido mais objetivo, com a falta de cuidado.

Rosenvald (2015, p. 312) enaltece que haverá ato ilícito quando filhos maiores e capazes privarem os pais de companhia, visitação e apoio psicológico. Diz o autor que se trata, entre pais e filhos, de uma responsabilidade parental mútua, em que o direito fundamental a convivência é tutelável em prol dos ancestrais e o seu descumprimento implicaria em conduta incompatível com a Constituição da República, devendo ser sancionada no Direito Civil.

Segundo o então diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Jones Figueirêdo Alves, diz-se abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família⁶.

Visando uma leitura do tema por parte do Judiciário, o IBDFAM editou, inclusive, um enunciado sobre o assunto. O Enunciado 10 do IBDFAM diz que “é cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos⁷.” Esta posição só deixa ainda mais clara a importância da preservação dos idosos em todos os seus aspectos, protegendo-os, além do mais, de qualquer ameaça que possa vir a atentar as capacidades psíquicas e que seja decorrente de um eventual abandono.

Abordando os pressupostos da Responsabilidade Civil no âmbito do abandono afetivo inverso, Rosenvald (2015, p. 319) explica que a conduta danosa será aquela que entrar em contradição com a norma já descrita pelos artigos 229 e 230 da Constituição da República, na qual a omissão de cuidado, seja por manifesta intenção ou por inobservância do dever de forma culposa, configuram a fato antijurídico. O autor entende, contudo, que tal

⁶ A possibilidade de reparação civil por abandono afetivo inverso é um tema já debatido nos âmbitos do Instituto Brasileiro de Direito de Família. (IBDFAM. Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em fev. de 2017).

⁷ Em uma previsão normativa expressa, tem-se o enunciado 10 do IBDFAM. (IBDFAM. IBDFAM Aprova Enunciados. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em fev. de 2017).

omissão não consiste em ato isolado, mas sim em uma atividade que se renova a cada dia, repercutindo a sonegação do dever de amparo na paulatina desestruturação psicofísica do ascendente.

No entanto, uma importante reflexão é realizada pelo referido autor, no tocante às razões pelas quais o filho reitera as ações de omissão frente aos cuidados do pai idoso. Não raras são as vezes em que problemas do passado, ou o próprio abandono afetivo do pai em relação ao filho são o motor para que o ilícito aqui trazido aconteça. Nesse ponto, diz Rosenvald (2015) que

[...] não raramente poderá o filho elidir a culpa em juízo, alegando a impossibilidade de se apaixonar pelo pai pelo fato de, no passado, também ter sido vítima de omissão de cuidado por parte daquele que agora clama pela sua presença.

Em tese, essas alegações são plausíveis, mesmo que o ilícito esteja configurado a omissão de cuidado é um dado objetivo e se evidencia pela simples contradição do comportamento do filho à exigência normativa. Nada obstante, nos confins do direito de família, o dado subjetivo da culpa não pode ser ignorado. A averiguação da estruturação psíquica daquele que descurou os deveres convivenciais é necessário para que se avalie se realmente se furtou conscientemente ao dever de cuidado ou, sequer teria condições de exercer uma função solidária, posto que desprovido do instrumental emocional. (ROSENVALD. 2015, p. 320/321).

Nesse sentido, no que pese a dificuldade de ponderação no exemplo acima retratado, o dever objetivo de cuidado para com os genitores na avançada idade desponta como uma obrigação tutelada de forma expressa por ordem constitucional. Deve o magistrado, portanto, analisar as elementares *in casu*, entendendo que as circunstâncias afetivas na vida do filho não lhe dão o pleno direito de descumprir os preceitos da Carta Maior, o que poderia ser caracterizado como puro sentimentalismo.

Outro pressuposto da Responsabilidade Civil analisado por Rosenvald (2015, 323) é o dano causado na esfera do abandono afetivo inverso, o qual é chamado de *dano convivencial*. O autor se alia à teoria da necessidade de produção probatória do dano infligido, a qual será realizada por intermédio de laudos psicológicos ou estudos sociais que determinem a sua existência e a sua extensão. Exemplificando o cenário da lesão causada, tem-se que a sua

existência pode aumentar a já presumida e presente vulnerabilidade nas pessoas idosas.

Um claro, conhecido e recorrente exemplo desse tipo de dano e como este pode ser verificado na sociedade é a internação dos idosos em instituições de longa permanência, comumente chamadas de asilos. A subjetividade inerente a cada indivíduo faz nascer as diferentes percepções quanto a esta situação, o que, por muitas vezes, deságua em um oceano de solidão e abandono em que o idoso se vê sozinho, sentindo-se como se fosse deixado de lado.

Ao entender a importância da preservação da pessoa idosa, tendo em vista toda a carga emocional e social que a sua figura suporta e carrega, fica nítido que se tornam obrigatórios vários aspectos para a sua proteção. Dessa forma, o dever de cuidado incumbido aos seus descendentes por força constitucional não pode ser integralmente delegado a outrem que não figura no pólo afetivo da relação interpessoal com o idoso, o que configuraria claro abandono afetivo neste momento crucial da vida.

O dever de cuidado, na sistemática atual, passa a ter um viés mais objetivo que nunca, como desponta do acórdão paradigma do tema, já acima estudado (Resp nº 1.159.242 – SP). Em parte do voto da ministra Relatora Nancy Andrighi, lê-se que a noção do cuidado como valor já foi incorporada pelo ordenamento jurídica em locuções que apresentam outras expressões, caso do artigo 227 da Carta Constitucional. Em consonância com este dispositivo, Calderón (2013, p. 336) elucida acerca da atuação do poder público, em razão do indicativo legal, na prevalência da proteção do interesse dos grupos mais vulneráveis da sociedade, entre estes, os idosos.

Nesse sentido, é necessário que se tenha em vista a importância de estar presente, de cuidar da pessoa idosa. Apartando o lado emocional, vê-se que o idoso é um indivíduo em tese mais frágil, que necessita de maiores cuidados em todos os ângulos. Além das questões de saúde, o afeto deve estar presente em sua vida. Sabe-se o quanto sentimentos negativos como a tristeza, a solidão e o desgosto faz mal para a vida das pessoas, causando inclusive doenças sérias ou agravando aquelas que já sofria.

A possibilidade de reparação abandono afetivo inverso se mostra como um meio para combater esse problema do distanciamento entre ascendentes

e descendentes. O valor pecuniário eventualmente cobrado não possui um caráter ressarcitório, como já mencionado, mas sim compensatório, e, para o extrato social, funciona perfeitamente como algo inibitório, pedagógico, impedindo que casos assim ocorram. No mais, faz-se necessário utilizar a lógica da reparação civil, afinal, pois a previsão do art. 927 do Código Civil, a reparação deve ser restituída por aquele que praticou o dano. O que é o abandono afetivo inverso senão uma conduta ilícita causadora de um dano efetivo?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas configurações das relações familiares, as quais ganharam novo desenho após a Constituição de 1988, baseiam-se em uma maior autonomia de seus integrantes, tendo no afeto o motivo para a existência e formação dos vínculos familiares. Percebe-se que, no novo texto constitucional, a busca pela proteção da criança, do adolescente e do idoso, propicia a edição de normas que tendem a proteger esses indivíduos que se encontram em grupos vulneráveis.

Em razão do envelhecimento da população, cada vez mais se mostra necessária a análise dos direitos garantidos aos idosos, pois aqui é demonstrado um grande desafio para a sociedade, que ultrapassa a simples inclusão dessa população no cenário social, alcançando a necessidade de proteção integral desses indivíduos na busca de uma melhor qualidade de vida para as pessoas idosas.

Ao entender essa necessidade, portanto, mostra-se imprescindível a proteção dos vínculos afetivos formadores das relações familiares, vez que é esta instituição a primeira responsável para a garantia dos direitos dos idosos. Com isso, mostra-se inevitável, também, que seja a família responsabilizada por negligências que não se restringem ao simples campo material, mas devem se estender às questões de ordem moral, as quais permeiam a ausência de dever de cuidado, caracterizado, muitas das vezes, pelo abandono de uma relação afetiva entre o idoso e seus familiares.

Desse modo, conforme exposto no presente trabalho, verifica-se a total possibilidade de reparação civil pelo abandono afetivo de pessoas idosas pelos seus descendentes, em razão da extensão do entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do abandono afetivo das crianças e adolescentes, tendo em vista que todos os grupos mencionados recebem proteção diferenciada em função de sua vulnerabilidade social. O filho que desrespeita tal dever de cuidado, portanto, incorre em um ilícito civil, passível de reparação.

A responsabilidade civil atua, portanto, como um meio para garantir que sejam os direitos dos idosos, principalmente no seio familiar, respeitados. A possibilidade de reparação civil, nesses casos, funciona, portanto, como

uma forma de mitigar o problema, atuando ainda, com um caráter pedagógico acerca do tema.

O presente trabalho, dessa forma, demonstrou a necessidade de uma construção legislativa que propicie uma maior segurança aos vínculos afetivos familiares, na busca de uma proteção da pessoa idosa em todos os seus aspectos. Por mais difícil que seja a comprovação ou a valoração do dano moral sofrido, tais questões não podem ser relegadas ou negligenciadas, uma vez que afetam diretamente a dignidade do idoso em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos do direito de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Direito de família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Código civil** (Lei nº. 10.406/2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em fev. de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Decreto nº. 4.227, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre a criação do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4227.htm>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm>. Acesso em 22 de março de 2018.

BRASIL. Lei nº. 10.741, de 1º de janeiro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 22 de maio de 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.466, de 12 de julho de 2017. Altera os arts. 3º, 15 e 71 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13466.htm#art2>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Secretaria de direitos humanos da Presidência da República. **Informe Nacional sobre a implementação na América Latina e Caribe da Declaração de Brasília sobre envelhecimento**. 2012. Disponível em: <<https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/46849/brasil.pdf>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Reparação civil por abandono afetivo. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: (http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf). Acesso em fev. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2002.

CABRERA, Carlos Cabral; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; JR. FREITAS, Roberto Mendes de. **Direitos da criança, do adolescente e do idoso**: doutrina e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, p. 16, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: obrigações; responsabilidade civil, vol. 2. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7º vol.: responsabilidade civil. 22ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOS SANTOS, Romulado Baptista. Teoria geral da responsabilidade civil. In: ARAÚJO, Vaneska Donato de (Coord.). **Direito civil vol. 5: responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil**. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, vol. 7: responsabilidade civil**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBDFAM. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização**. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em fev. de 2017.

IBDFAM. **IBDFAM Aprova Enunciados**. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciados+++>>. Acesso em fev. de 2017.

LIMA, Alvino Lima. **Da culpa ao risco**. São Paulo, 1938.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAGALHÃES, Dirceu Nogueira. **A invenção social da velhice**. Rio de Janeiro: Editora Papagaio, 1989.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEIXOTO, Clarisse Ehlers. Processos diferenciais de envelhecimento. In: PEIXOTO, Clarisse Ehlers (Org.). **Família e envelhecimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 5ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROSENVALD, Nelson. A Responsabilidade Civil por Omissão de Cuidado Inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.).

Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. **O envelhecimento na atualidade**: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v25n4/a13v25n4.pdf>. Acesso em maio de 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, América Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. 3ª Ed. ver.; atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil vol. 5**: direito de família. 11ª Ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4ª Ed. atual., e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.