

RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL DIANTE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO DE PAIS IDOSOS

Mizya Jahrede Manary Ferreira Pereira Mendes¹

Carline H. Hoogerheide²

Ereni Piroli Baziqueto³

Rosemara Unser⁴

Resumo: O presente estudo visa abordar a possibilidade do filho que abandona o pai idoso ser responsabilizado civilmente, devido ao dano moral sofrido pelo pai. Destarte, a responsabilização civil por dano moral diante do abandono afetivo inverso de pais idosos caminha a passos lentos, sendo construída de forma costurada, se retirando trechos de entendimentos doutrinários, do CC/2002, da CF/1988, da Política Nacional do Idoso, do Estatuto do Idoso e, principalmente, de julgados jurisprudenciais das Cortes Superiores ao preverem o princípio da afetividade nas relações familiares. Diante desse cenário jurídico, ainda que ausente no Brasil uma lei específica que trata da possibilidade de responsabilização pelo abandono afetivo inverso; diante do próprio conceito de idoso ter sido inserido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estatuto do Idoso, tendo sua base na Política Nacional do Idoso, se buscará demonstrar, ao final do presente estudo, a possibilidade de responsabilidade por meio de indenização por dano moral diante do abandono afetivo inverso, haja vista que cuidar é obrigatoriedade e amar é faculdade.

Palavras-chave: Afeto. Dano. Idoso. Responsabilidade Civil.

Abstract: The present study aims to address the possibility of the child who leaves the elderly father be held civilly liable due to the moral damage suffered by the father. Thus, civil liability for moral damage in the face of the inverse affective abandonment of elderly parents is moving slowly, being constructed in a tailored manner, removing excerpts from doctrinal understandings, CC / 2002, CF / 1988, National Policy of the Elderly, of the Elderly Statute and, mainly, judged judgments of the Superior Courts in providing for the principle of affection in family relationships. Given this legal scenario, although absent in Brazil a specific law that deals with the possibility of liability for the reverse affective abandonment; In view of the very concept of the elderly having been recently inserted into the Brazilian legal system, through the Statute of the Elderly, based on the National Policy of the Elderly, we will seek to demonstrate, at the end of this study, the possibility of liability through indemnity for moral damage in the face of inverse affective abandonment, given that caring is obligatory and loving is faculty.

Key-words: Affection. Damage. Oldman. Responsibility Civilian.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade dos filhos para com os pais é tema de grande relevância social, levando em consideração o crescimento da população idosa, a qual cada vez mais é deixada à mercê da própria sorte por seus próprios familiares, sendo, portanto, tema que deve ser amplamente divulgado, debatido e combatido.

Assim sendo, pretende-se com a escolha do tema responder aos principais questionamentos: É possível responsabilizar civilmente o filho devido ao dano moral sofrido por seu(s) genitor(es) em razão do abandono afetivo? Sendo possível tal responsabilização, em quais situações ela irá ocorrer? Como a doutrina brasileira, os tribunais superiores vêm se

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS). Grupo de Pesquisa de Direito Civil e Processo Civil. E-mail: mizya_jahred@hotmail.com.

² Docente da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS). E-mail: carlineharma@gmail.com

³ Docente da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS). E-mail: erenipiroli@gmail.com

⁴ Docente da Faculdade de Balsas (UNIBALSAS). E-mail: ro.unser@hotmail.com

manifestando acerca do tema? Que providencias poderão ser tomadas para minimizar o dano moral devido ao abandono afetivo inverso?

O presente estudo tem como objetivo geral explicar sobre o instituto do abandono afetivo dos filhos para com os pais, demonstrando seus malefícios. Com relação aos objetivos específicos, visa-se tratar acerca do conceito de idoso e sua construção legislativa e doutrinária; Trazer o conceito de abandono, demonstrando as formas como pode ocorrer, e dissertar sobre abandono afetivo inverso e suas formas, e; analisar a possibilidade de responsabilização civil por danos morais diante do abandono afetivo inverso de pais idosos.

Justifica-se a escolha do tema acima exposto, levando em consideração que o abandono afetivo é um problema social cada vez mais comum, devido aos “tempos modernos”. Ademais, nota-se que há uma proteção legislativa considerável quando se trata do abandono afetivo dos pais para com os filhos, e o inverso, quando os filhos abandonam afetivamente os pais, não se encontra tal proteção de forma vasta.

O primeiro tópico tratará acerca do conceito de idoso, expondo-se breve histórico legislativo relacionado ao significado do que venha a ser idoso. Para tanto, discorre-se acerca da Política Nacional do Idoso, levando em consideração que foi a primeira Lei a definir um breve conceito de Idoso, apesar de datar do ano de 1994, após a Promulgação da CF/88, a qual não trouxera o conceito de Idoso. Em seguida, traz os fundamentos previstos no CC/02 e no Estatuto do Idoso, datado de 2003, a Lei n. 10.741/2003.

O segundo tópico é destinado a tratar dos institutos da responsabilidade civil e do dano moral, previstos no CC/02, abarcando suas nuances, tais como requisitos para a sua configuração, a saber; ação ou omissão, dano, nexos causal e prejuízo, analisando superficialmente cada um. Analisa-se, também, o dano moral e o relaciona às relações familiares e ao princípio da afetividade.

O terceiro tópico dedica-se a explicar acerca do abandono afetivo inverso e a possibilidade de indenização por dano moral. Desta forma, trazem-se entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para sustentar a tese de que é possível responsabilizar filhos que abandonam pais idosos, inclusive fixando indenização pecuniária devido ao dano moral sofrido, não com base no sentimento amor, mas sim, no afeto e no cuidado.

Quanto à metodologia, foi realizada pesquisa qualitativa. Os principais materiais utilizados, trata-se de compêndio de leis vigentes no país, livros doutrinários, pesquisa em sites

jurídicos e decisões das Cortes Superiores do país e entendimentos jurisprudenciais. Como método de pesquisa tem-se o indutivo. Quanto ao tipo de pesquisa, trata-se de exploratória.

1 A PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com dados da OMS – Organização Mundial da Saúde, “até 2025 o Brasil será o sexto país no mundo com maior número de idosos” (BRASÍLIA, 2005). Nessa esteira, a população idosa está crescendo, fato que gera preocupação com a garantia de direitos às pessoas no processo de envelhecimento, bem como a busca pelo bem estar físico e mental daqueles que chegam à terceira idade (DIAS, 2018).

No histórico não tão distante das leis brasileiras, a pessoa idosa não era vista como um alguém possuidor de garantias e que necessitasse de maior proteção legislativa. Contudo, diante do aumento populacional de pessoas que chegam à velhice, surgiu a necessidade de amparar de forma efetiva o idoso, na legislação pátria (DIAS, 2018).

Nessa linha de raciocínio, cabe mencionar que nem na Constituição Federal de 1988 ou qualquer outra legislação anterior a ela trouxera o conceito específico de idoso, o que só ocorreu com a promulgação da Lei n. 8.842/94. Entretanto, oportuno frisar que no histórico das Constituições Brasileiras, a primeira previsão de algum direito para o idoso surgiu com a promulgação da Constituição Federal/1934, a qual previa no título “da ordem econômica e social” que as leis trabalhistas necessitavam instituir a previdência “a favor da velhice” (FALEIROS, 2007).

A CF/34 limitara-se a tratar a pessoa idosa como alguém improdutivo e que merecia favor, inclusive incentivavam a prática de filantropia⁵ (FALEIROS, 2007). O idoso era visto por meio da questão econômica, não possuindo proteção jurídica de caráter humanitário na sua velhice (FALEIROS, 2007).

Com a promulgação da CF/37, durante o governo de Getúlio Vargas⁶, também não houve previsão de direitos específicos para os idosos; previa apenas em seu art. 137, alínea m⁷, que deveriam ser previstos seguros à velhice (FALEIROS, 2007).

Em seguida, no ano de 1946 foi promulgada outra Constituição, a qual novamente previa

⁵ Ato de ajudar o próximo, por meio de várias atitudes altruístas e solidárias que colaboram com o suporte para com outros seres humanos. Disponível em: <https://www.significados.com.br/filantropia/>. Acesso em 01 ago. 2019.

⁶ Promulgada no Rio de Janeiro, em 10 de novembro de 1937, pelo então Presidente Getúlio Vargas.

⁷ CF/1934, art. 137, “m” - “a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho”.

garantias previdenciárias aos idosos “contra as consequências da velhice”, expressão prevista em seu art. 157⁸. Destarte, a Constituição Federal/1946 não trouxera inovações para o ordenamento jurídico no que tange aos direitos dos idosos; ela apenas manteve a garantia de seguros à velhice (SEREJO, 2018, p. 95). Com a Constituição Federal/1967 também não foi diferente, “praticamente mantiveram o disposto sobre o pagamento da previdência social em favor da velhice, não trazendo nenhum direito ou garantia nova à pessoa idosa” (SEREJO, 2018, p. 96).

Ao analisar o histórico das Constituições Brasileiras, anteriores à CF/88, nota-se que não havia preocupação em amparar o idoso no que tange a direitos sociais, medidas de acolhimento e melhorias de condições de vida na velhice. O que valia era a possibilidade da pessoa produzir no mercado de trabalho, garantindo superficialmente direitos “a favor da velhice” (FALEIROS, 2007).

Com relação aos direitos e garantias, a CF/88 possui como fundamento da República Federativa do Brasil dentre outros, a vedação de qualquer discriminação em razão da idade. Paralelamente, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana o qual é vislumbrado quando a CF/88 protege a pessoa idosa. E, ainda, reza seu art. 229 que os pais devem cuidar dos filhos menores, e os filhos, quando maiores devem assistir e amparar seus pais quando da velhice. Portanto constata-se a configuração do princípio da igualdade, haja vista que tanto crianças como idosos são considerados pela Lei como vulneráveis, consequência biologicamente comprovada. Tem-se ainda, especificamente os art.s 229 e 230 da CF/88 destinados a proteger especificamente a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso. (PEREIRA; OLIVEIRA, 2008).

Dessa forma, rompendo com os paradigmas das Constituições anteriores, a CF/88 apesar de não ter definido em seu texto o conceito de idoso, previu direitos e garantias que se tornaram sustentáculos na fixação de direitos à pessoa idosa, até então não vislumbrados, principalmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa expressamente previsto em seu texto. Nota-se que não havia proteção e valorização da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro e, com a CF/88 o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se sustentáculo da proteção da família e do idoso. Nessa esteira a clara o doutrinador que:

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto

⁸ CF/1946, art. 157 – “A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...]XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.

respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade (MORAIS, 2007, p. 805).

Nesse ínterim, observa-se que a proteção ao idoso é recente, levando em consideração o fato de já terem existido no Brasil sete Constituições Federais, datando a primeira de 1824. Com a instituição da Política Nacional do Idoso, a proteção à velhice adquiriu contornos mais próximos da realidade social e passível de concretização (FALEIROS, 2007). As pessoas idosas também possuem dignidade e direitos que devem ser respeitados e garantidos quer seja pelas presentes gerações, quer seja pelas futuras (CAVALIERI FILHO, 2015).

Entretanto, apesar da proteção legal trazida pela CF/88 não haviam políticas voltadas para a proteção do idoso. Existia a lei, mas faltava-lhe eficácia. Veja-se:

A Constituição é apenas o primeiro passo rumo à conquista da verdadeira cidadania: A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto, expressamente, direitos e garantias fundamentais, mas, apesar disso, há a necessidade de vontade política para o implemento da norma – direcionamento das políticas públicas para a proteção do ser humano, sempre que não for auto-aplicável o dispositivo constitucional ou no caso de depender de implementação de políticas públicas (RULLI NETO, 2003, p. 58).

Assim, o legislador instituiu a Política Nacional do Idoso (PNI)⁹, no ano de 1994, por meio da Lei n. 8.842/94, a qual criou o conselho do idoso, prevendo em seu art. 1º “por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade¹⁰”.

A definição de idoso veio expressa em seu art. 2º: “Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade”. Ou seja, a definição de idoso, no Brasil, foca-se apenas no critério etário, sendo uma posição legalista, levando em consideração que o referido conceito se encontra na Lei (SEREJO, 2018, p. 94).

Nesse diapasão, a palavra “idoso” significa “aquele que tem muitos anos de

⁹ Art. 3º A política nacional do idoso reger-se-á pelos seguintes princípios: I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; II - o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos; III - o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza; IV - o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política; V - as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta lei.

¹⁰ A Lei n. 8.842/94 criou a PNI – Política Nacional do Idoso, primeira legislação brasileira a definir um conceito de idoso. Além disso, previu expressamente no art. 1º que tinha como objetivo assegurar direitos sociais do idoso, fato até então não vislumbrando nas Constituições e Leis brasileiras.

existência”¹¹. Nesse sentido, a OMS possui entendimento de que idosa é a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, salvo nos países desenvolvidos em que a idade passa a ser igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos, adotando-se, também, o critério cronológico, o qual só irá variar se o país for desenvolvido ou não (BRASIL, 2005).

Oportuno frisar que há discussões doutrinárias acerca do critério que melhor defina a terceira idade. Assim, sem maiores aprofundamentos, a autora Perola Melissa Braga pontua 3 critérios; o cronológico (idade), biopsicológico e o critério econômico-social. Veja-se:

O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido. Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade. Pelo critério psicobiológico deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente. O critério econômico-social considera como fator prioritário e fundamental, uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, partindo-se sempre da ideia de que o hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao autossuficiente (BRAGA, 2011, p. 3).

Nessa esteira, o critério cronológico como o próprio nome sugere, “crono” origina da palavra tempo, portanto, a definição de idoso é baseada no seu tempo de vida, na sua idade. O critério biopsicológico difere do cronológico, pois nesse a pessoa a depender do seu estilo de vida pode aparentar fisicamente ter menos idade. Assim, a definição de idoso centra-se nos aspectos psicológicos e fisiológicos da pessoa. No que tange ao critério econômico-social, leva-se em consideração a situação financeira e social da pessoa, vez que aquele vive em condições financeiras precárias certamente precisará de maior proteção do que aquela pessoa que vive em situação financeira e social confortável.

Dos três critérios mencionados acima, o legislador brasileiro adota o cronológico, desconsiderando, assim, qualidades físicas, psíquicas ou econômicas da pessoa idosa, devendo a lei servir para todos que atingirem a idade igual ou maior de 60 (sessenta) anos estabelecida na legislação brasileira (SEREJO, 2018, p. 95).

O Código Civil em vigor, datado do ano de 2002 não trouxe em seu texto o conceito de idoso, restringindo-se a tratar apenas a repudiar a discriminação em razão da idade, entretanto, em seu art. 1.641, contraditoriamente estabeleceu que as pessoas maiores de 60 (sessenta) anos ao se casarem deverão obrigatoriamente aditar o regime de separação de bens (DIAS, 2018, 546).

Em seguida, já no ano de 2003 foi promulgado o Estatuto do Idoso por meio da Lei n.

¹¹ De acordo com o Dicionário Essencial, do autor Luis Antônio Sacconi (2004, p. 486).

10.741/03 com o objetivo de assegurar direitos às pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, adotando, também, a idade como fator que define quem é idoso. Prevendo, ainda, em seu art. 2º “a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”. Outro importante regramento protetor se encontra no art. 3º da referida lei, ao enunciar que:

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.

Pelo exposto, nota-se que o Estatuto do Idoso oferece ampla proteção ao idoso, em diversos aspectos e áreas, quer seja no seio familiar, quer seja perante órgãos do Estado, ou, ainda, no seio social. Portanto, “dada sua completude, o Estatuto pode ser considerado um microsistema jurídico por possuir normas que, levando em conta as peculiaridades do grupo, regulam muitos aspectos de proteção aos idosos, permitindo sua visão em conjunto” (FELIX, 2008, p. 25).

Normatiza, ainda, o Estatuto do Idoso, em seu art. 8º normatiza que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção é um direito social”. “Trata-se, conseqüentemente, de outra importante inovação legislativa porquanto insere no direito positivo mais um atributo aos direitos da personalidade, qual seja o direito de envelhecer com saúde e dignidade” (QUEIROZ, 2014). Nessa toda, com base na falta de normatizações anteriores ao Estatuto do Idoso, as quais deixaram de garantir proteção à velhice, em tal ponto o Estatuto do Idoso inovou, trazendo grandes avanços à proteção do Idoso, afinal, a velhice e com saúde tornou-se direitos de todos.

Dessa forma, é possível vislumbrar que atualmente envelhecer é um direito individual jamais previsto sequer nas constituições brasileiras, conforme mencionado alhures. Apesar de ser obvio, o direito à velhice com saúde física e mental foi uma grande novidade trazida pelo Estatuto do Idoso (DIAS, 2018).

O microsistema¹² atual que protege direitos dos idosos reuniu o que havia de melhor nas legislações anteriores e formou um arcabouço jurídico com medidas eficazes e capazes de

¹² O termo microsistema refere-se ao fato de que o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), juntamente com a Política Nacional do Idoso (Lei n. 8.842/94) formam um conjunto de proteção de direitos em diversas áreas, haja vista a amplitude normativa das citadas Leis. O Estatuto do Idoso, p.ex. prevê direitos aos idosos ao atendimento preferencial, direito a alimentos, à educação, cultura, descontos em ingressos, transporte adequado, preferencial e gratuito, direito ao trabalho e vedação de limitação à idade, previdência social, esporte, lazer, assistência social, dentre outros. Por toda essa proteção em diversas áreas do direito e da sociedade é que se considera o Estatuto do Idoso e a Política Nacional do Idoso como um microsistema de proteção ao idoso, entendimento de acordo com Renan Paes Felix (2008).

se encaixarem na realidade social. Apesar de recente, a Lei n. 10.471/03 “possui grande importância quando se trata de direitos e garantias assegurados aos idosos” (TARTUCE, 2019, 215).

Desse ponto em diante, imprescindível se faz tratar acerca do abandono afetivo nas relações familiares. Sobre a temática, tem-se que “o abandono afetivo é um conceito novo atribuído à ausência de afeto entre pais e filhos, em que estes buscam por intermédio de demanda judicial a reparação dessa lacuna existente em sua vida” (MALUF & MALUF, 2016, p. 50). Ou seja, sendo a efetividade ventilada na CF/88 e em entendimentos jurisprudenciais, como consequência disso tem-se a possibilidade daqueles que se comprovarem o abandono afetivo buscarem judicialmente a reparação do dano afetivo sofrido.

Ainda sobre o conceito de abandono afetivo, a autora Maria Berenice Dias (2016, p. 103) aclara que “o abandono afetivo é traduzido pela falta de proximidade, convívio, atenção, cuidado e assistência em uma relação familiar”. Assim sendo, um membro de uma família deixa de assistir outro membro afetivamente, indo de encontro ao positivado na CF/88 e em entendimentos jurisprudenciais.

Todavia, apesar de oportunizar a proteção do idoso, o microssistema trazido pelo Estatuto do Idoso não tratou da questão da afetividade, especificamente a sua falta e como fica o idoso em situação de abandono afetivo (CAVALIERI FILHO, 2015). Desta forma, vislumbra-se que a questão do abandono afetivo inverso vai além da proteção ofertada pelo Estatuto do Idoso, vez que este foi omissivo nesse ponto e, portanto, recaindo na seara civil.

Assim sendo, superado o entendimento acerca da proteção perpetrada ao Idoso no ordenamento jurídico brasileiro, antes de adentra-se no estudo do abandono afetivo inverso de pessoas idosas faz-se necessário compreender os institutos da responsabilidade civil e do dano moral, levando em consideração que a responsabilização diante do abandono afetivo finca-se no Direito Civil Brasileiro, o que se passa a discorrer.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

Não há como falar em responsabilidade civil ou dano moral sem analisar primordialmente o que vem a ser responsabilidade, conforme entendimentos doutrinários do Direito Civil Brasileiro.

Nesse diapasão, conforme o dicionário, responsabilidade “é a obrigação ou dever de arcar as consequências de suas ações ou ações de alheios”¹³. Assim sendo, quando uma pessoa comete um ato que causa prejuízos a terceiros, deve, portanto, arcar com as suas consequências.

Juridicamente, nas palavras de Roberto Gonçalves (2018, p. 12), define-se responsabilidade como sendo:

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.

Significa dizer que responsabilidade encontra-se atrelada à violação de uma norma por uma pessoa humana, por meio de uma conduta causadora de danos a terceiros podendo ser compelida a retornar a situação ao *statu quo ante*¹⁴, ao estado que as coisas eram antes da ocorrência do evento danoso.

Ainda, nas palavras do autor Roberto Gonçalves (2018, p. 13), responsabilidade é:

A consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Malgrado a correlação entre ambas, uma pode existir sem a outra. As dívidas prescritas e as de jogo constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. Como exemplo de responsabilidade sem obrigação pode ser mencionado o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito afiançado, este sim originariamente obrigado ao pagamento dos aluguéis. Obrigação “é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo.

Em suma, responsabilidade é um dever jurídico secundário, a qual surge diante do descumprimento de uma obrigação avençada. Portanto, obrigação é um dever jurídico primário que se descumprida dá ensejo ao surgimento da responsabilidade. É, ainda, dever patrimonial. Desta feita, hodiernamente, no que tange à responsabilidade civil, esta se encontra disciplinada no CC/02, em livro próprio, especificando diversas formas de responsabilização patrimonial.

Desta forma, de acordo com o art. 186 do CC/02¹⁵, a pessoa que causar um dano a outra, independentemente de uma ação ou omissão, dolo ou culpa, patrimonial ou moral, configurado estará um ato ilícito passível de responsabilização. Responsabilidade civil “é um dano causado a outrem que decorre de um ato ilícito cometido, cujo causador do dano tem o

¹³ Significado de Responsabilidade. Disponível em: <https://www.meusdicionarios.com.br/responsabilidade>. Acesso em 23 ago. 2019.

¹⁴ Expressão em latim que significa “no mesmo estado de antes” ou “estado atual das coisas”. Disponível em: <https://www.meusdicionarios.com.br/status-quo>. Acesso em 23 ago. 2019.

¹⁵ CC/2002. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

dever de repará-lo” (GAGLIANO, P. L.; FILHO, R. P., 2013, p. 53). Portanto, constatando-se a ocorrência de um dano de natureza civil causado por outrem, cabe sua responsabilização patrimonial pelo ilícito cometido.

Para entender como funciona a responsabilidade civil no Brasil, mister se faz discorrer sobre os elementos da responsabilidade civil, responsabilidade civil objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual. No que tange aos elementos da responsabilidade civil, doutrinadores como Fernando de Noronha (2013), Flávio Tartuce (2019), Caio Pereira (2018) os classificam em 03 (três): ato ilícito, nexo causal e dano.

Quanto ao ato ilícito, define o autor Flávio Tartuce (2019, p. 470) como o sendo:

O ato ilícito que interessa para os fins de responsabilidade civil, denominado por Pontes de Miranda como *ilícito indenizante*, é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional.

Nesse esteira, o ato ilícito configura-se quando um fato for ocasionado por uma ação humana, voluntária ou não, independente de sua vontade e que tal fato seja antijurídico, ou seja, não permitido pelo direito, em si mesmo ou no seu resultado.

Com relação ao nexo causal, Caio Pereira (2018, p. 108) aclara que:

É o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da *causa*, desponta a sua complexidade maior. Ele compreende, ao lado do aspecto filosófico, dificuldades de ordem prática. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal. Como explica Genéviève Viney, “cabe ao jurista verificar se entre os dois fatos conhecidos (o fato danoso e o próprio dano) existe um vínculo de causalidade suficientemente caracterizado.

Assim sendo, nexo de causalidade é o elemento que liga o ato ao resultado, imputando o ilícito ocorrido a alguém, sendo, portanto, um dos principais elementos da responsabilidade civil. Quanto ao elemento dano, “é um interesse jurídico tutelado, podendo ser patrimonial e extrapatrimonial, sendo que este engloba os direitos ou interesses personalíssimos, isto é, representam direitos da personalidade em especial, o dano moral” (GAGLIANO, P. L.; FILHO, R. P., 2013, p.82). Nesse ínterim, dano a uma ação ilícita que produz um resultado danoso causador de um prejuízo, patrimonial ou ainda que exclusivamente moral.

Ainda, necessário se faz que haja um dano ou prejuízo, pois, “Para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém” (TARTUCE, 2019, p. 111). Nessa esteira, ocorrendo um ato ilícito não permitido no ordenamento jurídico, ocasionado por alguém, e constatado um prejuízo, presente estará a responsabilidade civil.

Conforme dito alhures, responsabilidade civil divide-se em objetiva e subjetiva, e o que irá diferenciá-las é a culpa, se será considerada ou não como elemento necessário para responsabilização. Nesse sentido, preleciona Gonçalves (2017, p. 47) que “a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjetiva”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade”.

Destarte, a responsabilidade civil objetiva foi inserida gradativamente no CC/02, levando em consideração que o CC/16 era praticamente por completo sustentado na responsabilização subjetiva, conforme aduz o autor Roberto Gonçalves (2018, p. 12):

No Brasil, onde nosso Código Civil era essencialmente subjetivista, como já visto, a responsabilidade objetiva veio positivada em leis especiais, aplicáveis aos setores mais sensíveis aos apelos sociais: Lei das Estradas de Ferro, Lei dos Acidentes de Trabalho, Código Brasileiro do Ar, Código Brasileiro da Aeronáutica. A responsabilidade objetiva, que via de regra é solidária, é qualificada pelo defeito ou a causalidade é qualificada pelo defeito (ou como quer parte da doutrina, o risco não é integral), na medida em que pode ser afastada quando houver prova de não colocação do produto no mercado, de que inexistente defeito ou de que houver fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

Nessa senda, a responsabilidade civil inicialmente era adotada de forma subjetiva, ou seja, a culpa do agente causador do ato ilícito deveria estar presente para sua configuração. Aos poucos a ideia de uma responsabilização, independentemente de culpa, a chamada responsabilização objetiva, foi inserida no ordenamento jurídico em legislações específicas.

Outrossim, responsabilidade civil objetiva, Roberto Gonçalves (2017, p. 47) a define como:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Portanto, responsabilizar objetivamente significa dizer que não se analisa se o agente que cometeu um ato ilícito agiu com culpa. Necessita apenas que se constate a ocorrência do ato antijurídico e que esse tenha causado um prejuízo a alguém, diferentemente do que ocorre com a responsabilidade civil subjetiva, eis que se faz imperioso comprovar que o agente que cometeu um ato ilícito agiu de forma culposa ou não.

Superado o entendimento das responsabilizações objetiva e subjetiva, passa-se a discorrer acerca das responsabilidades contratual e extracontratual. Sobre o exposto, Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio (2015, p. 89) aclaram que:

A utilidade da distinção da responsabilidade contratual ou extracontratual está precisamente na facilidade de se imputar a responsabilidade no primeiro caso:

havendo o descumprimento de cláusula contratual, presume-se a culpa pelo inadimplemento, impondo-se, por conseguinte, a reparação do dano causado.

Nessa esteira de raciocínio, como o próprio nome sugere, a responsabilização contratual decorre de um acordo de vontades das partes firmado em um contrato. Ambas novamente têm como principal diferença o instituto da culpa, pois na responsabilidade contratual praticamente há uma responsabilização objetiva, haja vista que a culpa é, em suma presumida, ou seja, sem necessidade de maiores comprovações de sua ocorrência, conforme dito alhures.

Por fim, nada menos importante, cabe discorrer acerca do instituto do dano moral, para em seguida tratar-se especificamente da responsabilidade diante da afetividade e seu abandono.

O instituto do Dano Moral se encontra positivado primordialmente na CF/88, em seu art. 5º, V, ao prevê que “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, *moral* ou à imagem”; na letra X do mesmo diploma legal ao declarar como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” e, ainda, a dignidade da pessoa humana como base de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Roberto Gonçalves (2017) aduz que na CF/88 não há um rol taxativo passível de indenização por dano moral, sendo plenamente possível a ocorrência de fatos ali não normatizados passíveis de indenização, contudo há que se ter um parâmetro para configuração do dano moral.

Nesse sentido, Roberto Gonçalves (2017, p. 448) tem-se que:

Com razão, só se deve reputar como dano moral “a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo”.

Destarte, significa dizer que o parâmetro para configuração de dano moral é a dor, o vexame, o sofrimento, a humilhação da pessoa humana, os quais não são constatados em situações do dia-a-dia ou passageiras que causam meros dissabores. Assim, “não se incluem na esfera do dano moral certas situações que, embora desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de determinadas atividades, como, por exemplo, o exame de malas e bagagens de passageiros na alfândega” (GONÇALVES, 2017, p. 449). Ainda nessa linha de raciocínio, o CC/2002 em seu art. 496 dispõe que: “na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”. Pontes de Miranda (1972, p. 34/35) comenta o citado artigo, e a clara que:

Assim, somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado. “O que se há de exigir como pressuposto comum da reparabilidade do dano não patrimonial, incluído, pois, o moral, é a gravidade, além da ilicitude. Se não teve gravidade o dano, não se há pensar em indenização. *De minimis non curat praetor*¹⁶”.

Desta forma, imperioso se faz que o ato ilícito cause um desequilíbrio no psicológico da pessoa lesada diante de um sofrimento demorado e aturado, para que se configure o dano moral. A gravidade e intensidade do dano devem estar presentes para cabimento de indenização por dano moral. Nesse ponto, cabe o questionamento: o abandono afetivo seria mero dissabor ou de fato um dano moral? Benacchio & Guerra (2015) entendem tratar-se de dano moral, assim como outros doutrinadores, tais como Caio Pereira (2018) e Roberto Gonçalves (2017).

A responsabilidade pelo abandono afetivo em qualquer de duas formas não decorre de um contrato, portanto, de acordo com o exposto no decorrer do estudo a responsabilização daquele que abandona alguém afetivamente não é objetiva e muito menos contratual, sendo, em verdade, subjetiva e extracontratual, conforme será abordado no tópico seguinte.

Diante do explicitado acerca dos temas circundantes da responsabilidade civil por abandono afetivo, a seguir passa-se a discorrer especificamente sobre o abandono afetivo inverso de pais idosos e se é possível haver responsabilização civil e dano moral nessas situações.

3 A RESPONSABILIZAÇÃO PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO DE PAIS IDOSOS

Inicialmente, cabe mencionar acerca do conceito da palavra “afeto”, a qual é definida como “1. Afeição (a pessoas). 2. Que está sob a incumbência de alguém ou de alguma coisa” (SACCONI, 2004, p. 24). Para o presente estudo, centra-se na definição de afeto como afeição, “sentimento bom, (de amizade, estima e simpatia, etc.) dado a alguém da mesma conformidade moral” (SACCONI, 2004, p. 23).

Partindo desse pressuposto, o afeto deu origem, na seara jurídica, ao princípio da afetividade, conforme se depreende das palavras da autora Maria Berenice Dias (2018, p. 84):

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família.

¹⁶ Brocardo Jurídico que significa dizer que o pretor, entendido como o Estado, possuidor do poder de punir, não deve se preocupar com coisas pequenas. Portanto, não havendo gravidade no dano, não há que se falar em fato que mereça atenção do Estado (PIERRE, 2016).

O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

Nessa linha de raciocínio, a palavra afeto era adotada nas relações empresariais, onde pessoas que não possuíam vínculos biológicos se uniam para formarem uma sociedade em que ambas as partes tinha interesses patrimoniais. Trazendo tal entendimento para o direito de família, aclara a autora Maria Berenice Dias que a afetividade é o laço que une pessoas e as predispõem a formarem outro tipo de sociedade: a família.

O princípio da afetividade se encontra implícito na CF/88, afinal, “mesmo que a palavra afeto não esteja expressa na Constituição, a afetividade encontra-se enlaçada no âmbito de sua proteção” (DIAS, 2018, p. 84). A afetividade é um princípio oriundo da doutrina, possuindo como fonte o princípio da dignidade da pessoa humana (GONÇALVES, 2019). A jurisprudência também já utilizou o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais¹⁷ como fundamentação de suas decisões, para, assim, alcançar o princípio da afetividade, o qual se encontra implícito na CF/88. A título de exemplo, cita-se:

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

Do exposto, vislumbra-se que o julgado acima, ao se embasar na efetividade das normas constitucionais para deferir o pedido do filho que pleiteara redução de carga horária do seu trabalho para cuidar do pai idoso, trouxe implícito, na verdade, a proteção da dignidade da pessoa humana e a valoração da afetividade nas relações familiares. Destarte, ao se buscar a maior efetividade das normas constitucionais, abarcam-se princípios explícitos e implícitos nas CF/88, a exemplo do princípio da afetividade, oriundo da palavra afeto (BIRCHAL, 2004, p. 42).

Nessa linha de raciocínio, a CF/88 ao elencar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma de suas bases fundamentais, bem como prever imenso rol de direitos individuais e sociais, assumiu o compromisso de assegurar o afeto (BIRCHAL, 2004, p. 42).

¹⁷ Leandro Vilela Brambilla (2009, online) explica que “o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais (ou princípio da interpretação efetiva) consiste em atribuir na interpretação das normas oriundas da CF/88 o sentido de maior eficácia, utilizando todas as suas potencialidades. Esse princípio é utilizado com maior incidência no âmbito dos direitos fundamentais, embora devesse ser aplicado a todas as normas constitucionais”.

Dessa forma, “o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado” (BIRCHAL, 2004, p. 43).

A CF/88 trouxe mudanças consideráveis para o direito de família, a qual já não é uma instituição que possui como objetivo a procriação ou junção de pessoas para acúmulos de bens. A família atual é unida por laços afetivos; caso a ligação sentimental entre os membros de uma família deixe de existir, esses podem optar pela dissolução da sociedade familiar (DIAS, 2018), afinal, o afeto tornou-se a viga mestra das relações familiares, independente de quem sejam seus membros.

Nesse diapasão, Giselle Câmara Groeninga (2008, p. 28) aclara que:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade¹⁸.

Importante mencionar que apesar do direito de família se encontrar normatizado em capítulo específico no CC/02, o termo “afeto” não aparece em seu texto, confirmando, mais uma vez, que o princípio da afetividade é uma construção doutrinária, mesmo sendo o afeto sustentáculo das famílias atuais (DIAS, 2018).

Necessário citar, ainda, que o princípio da afetividade também se encontra interligado ao direito à felicidade, de acordo com o autor Saul Tourinho Leal (2018, p. 104). Veja-se:

O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Também há a necessidade de o Estado atuar de modo a ajudar as pessoas a realizarem seus projetos de realização de preferências ou desejos legítimos. Não basta a ausência de interferências estatais. O Estado precisa criar instrumentos – políticas públicas - que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.

De acordo com o citado, por mais que a afetividade e a felicidade sejam institutos que fazem parte do direito civil, como algo inerente às relações privadas, não significa dizer que o Estado não possui obrigações para com o bem estar das pessoas. Deve sim, criar mecanismos que contribuíssem para a busca pela felicidade de seus cidadãos. Portanto, o princípio da afetividade possui grande importância tanto para o Estado, como gestor de políticas públicas, bem como para as pessoas humanas, como gestoras de seus relacionamentos afetivos (DIAS, 2018).

¹⁸ “O princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito mostrando-se uma forma aprazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, permitindo o sistema de protecionismo estatal de todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais” (PONTES, online).

Assim sendo, não restam dúvidas quanto à importância do princípio da afetividade para o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que concerne às relações familiares e, em especial, à proteção do idoso (DIAS, 2018). Cabe mencionar que os primeiros julgados das Cortes Superiores relacionavam o abandono afetivo apenas às situações em que os pais abandonavam afetivamente seus filhos. Veja-se:

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade (Apelação Cível n. 408.550-5, Desembargador Unias Silva. Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Do exposto, vislumbra-se que o conceito de abandono afetivo e o próprio conceito de afetividade se restringiam às situações em que os pais tinham o dever de amparo e cuidado para com seus filhos, e na sua falta, infringiam o disposto nos deveres e obrigações das relações familiares.

Adiante, o julgador evoluiu e passou a prever em seus entendimentos, também, a possibilidade de ocorrência do pouco conhecido abandono afetivo inverso. Assim, em que consiste o abandono afetivo inverso?

A primeira vez que o referido termo foi utilizado deu-se em uma entrevista concedida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Veja-se:

A inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos. Segundo o diretor, esta falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização. **O amor é uma celebração permanente de vida, e, como tal, realidade espontânea e vivenciada do espírito; todavia o abandono moral e material, como instrumento de desconstrução de vida pode ser mensurado em níveis de quantificação indenizatória.** Os parâmetros são os circunstanciais de vida dos próprios atores envolvidos, sinalizando uma reparação civil adequada e necessária (IBDFAM, 2014).

Portanto, depreende-se do elucidado que o abandono afetivo inverso, comumente dado em relação aos pais idosos configurar-se-á quando o filho deixar de oferecer afeto, cuidado e atenção aos seus pais idosos.

Resta aduzir que não se pode confundir afetividade com a obrigação de amar, afinal, “amar é faculdade, cuidado é dever”¹⁹, ou seja, pais e filhos devem ofertar cuidado, assistência e atenção, próprio das relações familiares, o que não significa que devam amar seus pais, mas sim, cuidar deles.

Ainda nessa linha de pensamento, como forma de demonstrar a necessidade de uma responsabilização por abandono afetivo inverso de pais idosos, Pérola Melissa Viana Braga (2011, p. 18) aduz que:

[...] ainda existem muitos idosos vivendo em situação de total abandono enquanto seus filhos e demais parentes vivem em situação muito confortável. Muitos destes idosos tinham situação estável e se despojaram de seus bens em benefício dos filhos esperando por um amparo que nunca chegou. E são estes casos que merecem atenção especial por dois motivos: primeiro, porque a Lei prevê que a família é a primeira e principal responsável pelo seu idoso; O Estado só deve atuar quando a família não existe ou é também carente e, segundo, porque cada vez que um idoso tem uma família rica faz uso dos poucos recursos públicos, isso significa que um idoso carente deixou de ser atendido.

Portanto, a entidade familiar é a primeira a garantir a proteção ao idoso, aos pais idosos, pois do contrário o Estado entrará em ação e deverá garantir efetivamente proteção aos que foram abandonados, geralmente em casas de abrigos, quando na verdade poderiam estar sendo assistidos pelos seus filhos, ainda mais quando são de famílias que possui uma situação financeira confortável.

Nesse ínterim, as Cortes Superiores tem entendido pela responsabilização civil e ofertando indenização por dano moral em situações de abandono afetivo inverso de pais idosos. Veja-se:

MANDADO DE SEGURANÇA – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE MÁXIMA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA, COM REDUÇÃO DE SALÁRIO, FORMULADO POR FILHO DE PESSOA IDOSA OBJETIVANDO ASSISTIR-LHE DIANTE DA DOENÇA E SOLIDÃO QUE O AFLIGEM – CUIDADOS ESPECIAIS QUE EXIGEM DEDICAÇÃO DO FILHO ZELOSO, ÚNICA PESSOA RESPONSÁVEL PELO GENITOR – DEVER DE AJUDA E AMPARO IMPOSTOS À FAMÍLIA, À SOCIEDADE, AO ESTADO E AOS FILHOS MAIORES – DOUTRINA – ORDEM CONCEDIDA. [...] II- Ao estabelecer que “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-lhe o direito à vida” [...] a Carta Maior prioriza a atenção ao idoso em razão desta sua condição especial que o torna merecedor de proteção e atenção especial por parte daquelas entidades (família, sociedade e o Estado). [...] IV – Doutrina. “Os idosos não foram esquecidos pelo constituinte. Assim é que no art. 230 estatui que 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. [...] V- In casu, a

¹⁹ Palavras da ministra Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar ação em que condenou um pai a pagar indenização de R\$ 200,00 (duzentos mil reais) devido ao abandono afetivo de seu filho, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP.

denegação da segurança em casos como o dos autos implica em negativa de vigência às normas constitucionais incrustadas nos artigos 229 e 230 da Lei Fundamental, de observância cogente e obrigatória por parte de todos (família, sociedade e Estado), **na medida em que a necessidade do idoso Kyu Suk Cho em ter a companhia, o amparo, proteção e ajuda de seu único filho, o Impetrante, diante da enfermidade de seu velho pai, constitui concretização daquelas normas constitucionais em favor de quem foram (normas constitucionais) instituídas e pensadas pelo legislador constituinte. VI - Sentença reformada para conceder-se a segurança nos termos da inicial.** (Apelação Cível nº 2005.01.1.007686-5, Quinta Turma Cível, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Relator: João Egmont Leônico, julgado em: 08/11/2006).

Destarte, conforme dito acima, o idoso possui proteção no âmbito da CF/88 e, portanto, não pode ser esquecido quando ocorrer o seu abandono. Assim, é preciso garantir efetivamente a responsabilização civil e indenização por dano moral à pessoa idosa, afinal, cuidar é dever. Nesse sentido, tem-se outro julgado que teve como base a proteção ao idoso ofertada pela CF/88. Veja-se:

TUTELA ANTECIPADA. ALIMENTOS E CUIDADOS COM MÃE IDOSA. Pretensão de que as filhas se revezem nos cuidados com a agravante. Fixação de alimentos provisórios, mas negativa de conceder a tutela para a obrigação de prestar cuidados, sob a falsa premissa da impossibilidade jurídica do pedido. **Violação ao que dispõem os artigos 229 da Constituição Federal e 3º do Estatuto do Idoso.** Distinção entre os conceitos de afeto e de cuidado. Dever jurídico de cuidado aos familiares idosos. Prova inconcussa de que a autora é idosa, cadeirante e necessita de diversos tipos de cuidados, que são prestados exclusivamente por uma das suas seis filhas. **Possibilidade de determinar um sistema de revezamento, por meio do qual cada filha, alternadamente, deve visitar e cuidar da genitora** nos finais de semana. Incidência de multa a cada ato de violação ao preceito. Recurso parcialmente provido (Ag I ° 0230282-23.2012.8.26.0000/ Campinas, julgado em: 06/06/2013).

Do exposto, nota-se que o julgador não somente determinou que as filhas da idosa se revezassem no cuidado dela, mas também atribuiu multa pecuniária para cada vez que as filhas violassem o dever de cuidado à idosa, infirmando, mais uma vez, ser possível a responsabilização civil nas relações familiares, em especial, quando do abandono afetivo de idosos. Desta forma, cabe mencionar que o abandono afetivo do idoso se encontra em sintonia com os pressupostos do instituto da responsabilidade civil, quais sejam; ação ou omissão, dano, nexo causal e prejuízo, conforme explicação do autor Cavalieri Filho (2014, p. 38):

De fato, o pressuposto da conduta está umbilicalmente ligado a um comportamento humano antissocial ativo ou omissivo, caracterizando o ato ilícito, que contaria a ordem constituída e lesa o direito de outrem. Assim sendo, no momento em que o agente através de sua conduta culposa (comissivamente/omissivamente) viola direito de outrem provocando-lhe dano, configurado está o ato ilícito e o dever de indenizar.

Portanto, a omissão realizada pelo filho, qual seja, o cuidado para com os pais idosos, recai em omissão, passível de responsabilização civil nos ditames do art. 186 do CC/02, atrelado à CF/88 que garante a proteção e o dever de cuidado dos idosos, bem como, principalmente, os

princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade nas relações familiares (CAVALIERI FILHO, 2014).

Sobre o exposto, Neemias Rodrigo de Melo (2005, p. 32) esclarece que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença.

Assim sendo, cabe mencionar as palavras da ministra Nancy Andrighi, a qual no julgado rompeu com os paradigmas anteriores que relutavam em aceitar a responsabilização civil diante da falta de cuidado, de afeto, ao elucidar que: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico [...]”²⁰. Portanto, diante da falta de cuidado para com pais idosos, configurado estará o abandono afetivo, o qual tem como base para responsabilização civil do omissor, a omissão, requisito previsto no CC/02.

Assim sendo, resta demonstrado que o cuidado não se confunde com sentimentos. Não retirar a obrigatoriedade de filhos para com pais idosos, diante do abandono afetivo, afinal, conforme foi demonstrado no decorrer do presente estudo, o afeto, princípio implícito na CF/88, norteia os casos de responsabilização civil de pais idosos por abandono afetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito está em constante evolução, assim como a sociedade. As relações familiares evoluíram, assim como as celetas oriundas delas, a exemplo do abandono afetivo inverso, que até pouco tempo não possuía guarida na seara jurídica. Inicialmente surgiu de uma construção doutrinária tendo como base o abandono de filhos pelos pais, haja vista que, nem o próprio conceito de idoso veio discriminado na CF/88, e o CC/16, apesar de sua tamanha extensão em artigos, também não o fez. Uma legislação infraconstitucional teve de fazer isso. Assim sendo, o legislador criou a Política Nacional do Idoso, ante os apelos doutrinários e julgados judiciais, por meio da Lei n. 8.842/94, a qual, pela primeira vez no ordenamento jurídico definiu o conceito de idoso, bem como direitos, ainda que não prevendo em seus artigos hipóteses de responsabilização daquele que a descumprisse.

Nesse cenário, em seguida o legislador promulgou o novo CC/02, vigente até então, mas que também não trouxera em seu teor o conceito de idoso, não previu sua proteção específica, bem como se furtou de tratar acerca das possibilidades de responsabilização civil

²⁰ STJ, REsp 775.565/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13.06.2006, DJU 26.06.2006.

quando da omissão de afeto nas relações familiares, afinal, a própria palavra afeto não veio descrita no âmbito da CF/88.

Em seguida, exsurgiu, finalmente, uma proteção direcionada à velhice; a Lei n. 10.741/2003, intitulada como o Estatuto do Idoso, o qual previu um minissistema de proteção ao Idoso, não somente nas relações familiares, mas na sociedade, no âmbito do direito consumerista, nas relações trabalhistas, ações a serem adotadas pelo Estado, dentre outras áreas sociais. Contudo, novamente, o legislador deixou de prever a responsabilização civil diante das situações de abandono afetivo do idoso, ou sequer mencionara algo relacionado à falta de afeto em suas entrelinhas.

Nesse sentido, a decisão divisora de águas veio do STJ, num acórdão, no qual concordou que ninguém era obrigado a amar ninguém, mas que independente do amor, o qual é facultativo, cuidar é dever. E assim, surgira o princípio da afetividade, extraído das entrelinhas da CF/88 tendo como base o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Significa dizer que a CF/88 não é um texto fixo, ou seja, tem por finalidade prever o máximo de proteção à pessoa humana, quando se trata de direitos individuais.

Assim sendo, atualmente se tornou possível indenizar um idoso que foi abandonado afetivamente pelos seus filhos, fixando-se uma condenação a ser paga em pecúnia, em dinheiro, de acordo com a extensão do dano moral constatado. Importante mencionar que a responsabilização civil que resulta em indenização por dano moral no abandono afetivo inverso, não se sustenta em sentimentos, mas sim, na obrigatoriedade que decorre das relações afetivas, a exemplo do dever de cuidado dos filhos para com os pais e pais para com seus filhos.

Por fim, nota-se a necessidade da criação de Lei que discipline especificamente a responsabilização civil e a indenização por danos morais quando da ocorrência do abandono afetivo inverso, bem como preveja explicitamente em seu texto o princípio da afetividade, levando em consideração que cuidar é obrigação, ainda que não se ame os pais idosos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 20 fev. 2019.
- BRASIL. **Política Nacional do Idoso**. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8842.htm. Acesso em: 22 fev. 2019.
- BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. **Envelhecimento ativo: uma política de saúde**. Brasília-DF, 2005.
- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRAMBILLA, Leandro Vilela. **No que consiste o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais? Disponível em:** <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2046824/no-que-consiste-o-principio-da-maxima-efetividade-das-normas-constitucionais-leandro-vilela-brambilla>. Acesso em: 18 out. 2019.
- BENACCHIO, Marcelo. GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.
- BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 41-60
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Direitos da Pessoa Idosa**. Revista Ser Social, Brasília, n. 20, p. 30-31, jan./jun. 2007.

FELIX, Renan Paes. **Estatuto do Idoso**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

GAGLIANO, P. L.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2017

GROENINGA, Giselle Câmara. **A razão tem razões que a própria razão desconhece**. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Belo Horizonte, ano 10, n. 64, set.-out. 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil*. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+invers+pode+gerar+indenizacao. Acesso em: 13 set. 2019.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo: Almedina, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Envelhecimento ativo: uma política de saúde. Brasília: OMS, 2005. 60 p. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/envelhecimento_ativo.pdf. Acesso em: 12 abr. de 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIERRI, Martim. **Dicionário Jurídico: terminologia jurídica e forense**. Rio de Janeiro, Impetus, 2016.

PONTES, Anthony Oliveira de. **Princípio da afetividade**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/artigos/principio-da-afetividade/>. Acesso em: 22 out. 2019.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. **Os direitos fundamentais dos idosos**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 25, p. 89-122, jan./mar. 2006.

RULLI NETO, Antônio. **Proteção legal do idoso no Brasil**: universalização da cidadania. São Paulo: Fiuza, 2003.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral: fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005.

SACCONI, Luiz Antônio. Dicionário essencial da Língua Portuguesa. São Paulo: Atual, 2004.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE. **Direito civil**: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UEDA, Andréa Silva Rasga. **Responsabilidade contratual**: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual? Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22673>. Acesso em: 20 mar. de 2019.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; DE BARROS, Marília Ferreira. **Abandono Afetivo Inverso**: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 06-14-21, fev. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66610/40474>>. Acesso em: 16 abr. 2019.