

REFLEXÕES ACERCA DO CABIMENTO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS PELOS SEUS FILHOS

Juliana Marja de Gois Pereira¹
Rosângela Maria R. M. Mitchell de Moraes²

Resumo

Examina-se o cabimento do dano moral quando do abandono afetivo de idosos pelos seus filhos maiores, por meio de análise legal, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a partir de um artigo de atualização. Discute-se o afeto enquanto núcleo essencial para a composição da família, inferindo no dever recíproco de cuidado entre seus membros, com ênfase na figura dos pais idosos, que detém tratamento distinto pela Constituição Federal. Conclui-se que o abandono em comento pode ensejar indenização por dano moral, pois o descaso dos filhos para com os genitores anciões representa ato ilícito.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Direito dos idosos. Dano moral. Entidade familiar.

CONSIDERATIONS ABOUT THE RELEVANCE OF MORAL DAMAGES DUE TO AFFECTIVE ABANDONMENT OF THE ELDERLY BY THEIR CHILDREN

Abstract

This study intends to evaluate that the relevance of the moral damages which results from the affective abandonment of the elderly by their older children, through a general, doctrinal and legal analysis about the subject, starting from an updating article. Moreover, affection is also discussed as a main part of the family structure, which implies a reciprocal implicit obligation of family protection, emphasizing on the elderly parent figures, which detains distinct treatment by de Brazilian Federal Constitution. Finally, it concludes that to abandon one's elders may lead to a compensation for moral damage because when children abandon their elderly parents, it represents an unlawful act.

Keywords: Affective abandonment. Elderly Rights. Moral Damage. Family Entity.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: julianamarja@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Email: rosangela.mrm@uol.com.br

INTRODUÇÃO

O direito das famílias é um dos ramos do direito civil que merece especial atenção dos doutrinadores e juristas da atualidade, devido às constantes mudanças em seu significado decorrente da maleabilidade dos arranjos e enlaces entre indivíduos. Entende-se aqui que o direito das famílias não deve ser interpretado tão somente como direito privado, mas sempre à luz da Constituição Federal de 1988 e em respeito aos seus princípios máximos.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 52), o conceito de família é “de um núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”.

Perceba-se que o vínculo afetivo, como dito pelos ilustríssimos doutrinadores, é o fator que une as pessoas de uma mesma família. Decorrente disso, o direito das famílias da atualidade não se encerra no estudo do matrimônio e de suas consequências patrimoniais, ao contrário, preocupa-se, além de tudo, com a harmonia das relações de parentesco, a fim de obedecerem ao mínimo estabelecido pela Carta Magna e legislações especiais.

Nesse diapasão, o idoso tem recebido especial tutela do direito com o advento do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741 sancionada em 01 de outubro de 2003 -, em razão do aumento da expectativa de vida no Brasil. Tal crescimento da população idosa representa uma aparente vitória no que tange às condições sociais e estruturais da população, especificamente dessa faixa etária.

Contudo, ao tempo em que se regozija a conquista pelo envelhecimento da nação, surge um questionamento: essas pessoas estão envelhecendo com dignidade?

Manifesta-se, então, mais uma vez, o papel da família, que tem como marco obrigacional prestar assistência à pessoa idosa, proporcionando-lhe não somente suporte econômico, mas também apoio em suas necessidades psíquicas e afetivas de modo a salvaguardar sua dignidade.

Indo ao encontro dos anseios sociais, a Constituição Federal, em seu artigo 230, *caput*³ (BRASIL, 1988), propôs proteção especial ao idoso por parte da família, sociedade e Estado, no que concerne a sua dignidade, bem-estar e direito à vida.

³ Art. 230, *caput*, CF: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Note-se que não é por acaso que a redação do artigo 230 da Carta Magna colocou a “família” à frente de “sociedade” e “Estado” como entidade responsável por garantir o amparo às pessoas mais velhas. O legislador originário intencionalmente primou à família o papel de acompanhar o desenvolvimento integral dos idosos e assegurar dignidade a estes.

Contudo, por vezes o núcleo familiar não desempenha os deveres a ele conferidos. Apesar de ser base dos relacionamentos entre indivíduos, o afeto nem sempre se faz presente das conjecturas familiares, ocasionando rupturas nos elos entre parentes e trazendo consequências inimagináveis ao seio familiar.

O conceito de abandono afetivo inverso surge em meio ao cenário de descuido dos filhos para com os pais idosos. As consequências deste são sentimentos de inadequação, depressão, solidão e baixa autoestima por parte do idoso, agravando doenças e levando ao isolamento social, ferindo, por conseguinte, direitos de personalidade e princípios constitucionais.

Saliente-se, por oportuno, que não há no ordenamento jurídico pátrio legislação específica que trate de reparação, compensação ou indenização causada pelo abandono afetivo inverso. Por essa razão, este trabalho tem por base um levantamento doutrinário e jurisprudencial do assunto proposto.

Para sua feitura, fez-se necessário estudo do direito das famílias sob a ótica da Constituição Federal e em respeito aos seus princípios basilares, tais como a dignidade da pessoa humana, a afetividade e a solidariedade familiar. A seguir, explorou-se a legislação infraconstitucional específica dos idosos, indicando a necessidade de proteção especial dessa classe etária. Dando seguimento, verificou-se o conceito e requisitos concernentes ao instituto da Responsabilidade Civil.

Mais adiante, adentrou-se no exame do cabimento da indenização por dano moral quando do abandono de idosos pelos seus filhos, além da análise do Projeto de Lei nº 4.294/08, que pretende estabelecer a reparação civil no caso de inobservância dos deveres de cuidado inerentes a pais e filhos. Por fim, observou-se o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores acerca do tema.

Assim, o enfoque do presente artigo está no dever de cuidado dos filhos para com os pais idosos e na consequência da inobservância dos ditos deveres, que enseja o abandono afetivo inverso. Além disso, será observada a possibilidade ou não de aplicação da responsabilidade civil a título de danos morais no caso do abandono filial.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A família, bem jurídico tutelado pelo direito das famílias, trata-se do núcleo fundamental em que se organiza toda a estrutura social e, por esse motivo, merece a mais ampla proteção do Estado. (GONÇALVES, 2012, p. 28). É o que preceitua o artigo 226, *caput* da Constituição Federal (BRASIL, 1998)⁴.

Contudo, o direito das famílias como hoje é concebido advém de amplas mutações históricas, visto que nasce no seio da sociedade e das relações entre indivíduos. Como ciência humana, o direito deve acompanhar as alterações sociais com primazia e, por esse motivo, não pode ser matéria engessada, mas passível de adequações em razão do contexto vivenciado.

Antes da Carta Política de 1988, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, a família detinha núcleo patriarcal, hierarquizado e patrimonialista e regulava apenas a entidade familiar constituída por meio do casamento, desconsiderando, por conseguinte, as acepções plurais do termo família.

A partir da constitucionalização do direito civil e da interpretação das normas positivadas segundo princípios, uma verdadeira revolução aconteceu no direito de família. Não mais existe a interpretação exaustiva de família como fruto do matrimônio, sendo reconhecidas outras entidades familiares; vedou-se a discriminação entre filhos tidos fora ou dentro do casamento; e, por fim, consagrou-se o princípio da igualdade entre homens e mulheres. (GONÇALVES, 2012, p. 42).

Nesse contexto de mudanças, tornou-se latente a necessidade da aprovação do Código Civil de 2002, em resposta aos anseios sociais por uma realidade familiar concreta, traçando regras de paternidade responsável, além de priorizar a família socioafetiva em detrimento da biológica. A partir de então, não mais seriam admitidas diferenciações discriminatórias ou mesmo adjetivações pejorativas entre os entes familiares, tudo em nome de uma sociedade moderna e democrática. (DIAS, 2004).

Hodiernamente há uma constante busca da aplicação dos princípios constitucionais, enquanto alicerces normativos, na interpretação da norma positivada para julgar o caso concreto. Em nome da lídima justiça, esses princípios adquiriram eficácia imediata, com viés de norma cogente, uma vez que possuem mandados de otimização e conteúdos de validade universal.

⁴ Art. 226, *caput*, CF: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Por esse motivo, cumpre examinar alguns dos princípios que regem as relações familiares, com o fito de melhor alcançar a vontade do legislador em designar proteção especial à pessoa idosa.

1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Positivado no artigo 1º, III, da Carta Magna de 1988⁵, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é reflexo do Estado Democrático de Direito. Traduz, segundo GAGLIANO e FILHO, “um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade” (2012, p. 98).

Com efeito, tal princípio preza pela promoção dos direitos humanos e da justiça social, sendo considerado valor indispensável para promover a ordem constitucional. A partir de sua instituição pela Carta Política ocorreu a despatrimonialização do direito e, em decorrência disso, a valorização expressa da pessoa humana. Com efeito, o homem, hoje, encontra-se no centro da tutela jurídica (DIAS, 2015, p. 45).

Saliente-se, por oportuno, que esse princípio fundamental não só limita a atuação do Estado, mas também norteia suas atividades. Logo, são imprescindíveis ações positivas estatais a fim de garantir a efetivo cumprimento dos direitos individuais (DIAS, 2015, p. 46).

A adoção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pela Constituição Federal de 1988 teve reflexo direto em todos os ramos do direito. Em especial, o direito das famílias o abraçou integralmente ao expandir, por exemplo, seus vários tipos de constituição e, ainda, coibir quaisquer distinções legais entre os filhos havidos fora ou dentro do casamento.

Na visão de Maria Berenice Dias, a aplicação desse princípio máximo no direito das famílias implica em “desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas” (2015, p. 45). Ora, não há o que se falar em respeito à dignidade da pessoa humana sem percorrer as dimensões sociais em que o indivíduo está incluído, qual seja, seu núcleo familiar.

Deveras, tratar do seio familiar como entidade que resguarda e promove a dignidade de seus participantes é encará-la sob uma nova perspectiva, na qual todos os seus membros

⁵ Art. 1º, CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

detém espaços igualitários e harmônicos. Com o idoso não seria diferente, uma vez que a constitucionalização do direito das famílias, com incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, reserva aos mais velhos participação ativa na sociedade, de forma autônoma. Ademais, o art. 230 da Constituição Federal cita de maneira explícita a defesa da dignidade das pessoas idosas, que deve ser proporcionada pela família, sociedade e Estado.

1.2 Princípio da afetividade

A afetividade tornou-se palavra de ordem no atual Código Civil, principalmente no que tange ao direito das famílias, como elucidou a ilustríssima doutrinadora Maria Berenice Dias: “A afetividade é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico”. (DIAS, 2015, p. 52).

Com efeito, a afetividade é resultado da evolução histórica da família e do amadurecimento dos valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade familiar. Por conseguinte, a visão patrimonialista do direito de família foi definitivamente abandonada em nome da comunhão familiar e dos laços afetivos dela decorrentes, sempre respeitando os direitos fundamentais dos seus membros.

Em consonância com esse pensamento, a ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias apontou (2004):

Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.

Contudo, cabe destacar a distinção feita na doutrina entre afetividade e afeto. A afetividade, enquanto princípio jurídico constitucional, tem o condão de norma cogente de aplicabilidade imediata e abrange condutas parentais que são merecedoras de regulação pela norma jurídica, com a finalidade de dar efetividade ao dito princípio. (LÔBO, 2013). No mesmo sentido afirmou LÔBO (2010, p. 13): “a afetividade é dever imposto aos pais em

relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles”.

Por outro lado, o afeto trata-se de sentimento, é fator psicológico que não está passível de regulamentação jurídica, posto que o direito não pode abraçar todas as suas acepções.

A célebre frase da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Adrigli, “amar é faculdade, cuidar é dever” no julgamento do Recurso Especial nº 1159242/SP, traduz o limite entre o que pode ser agraciado ou não pelo judiciário no que diz respeito ao binômio sentimento-princípio jurídico. Como resultado, assegura:

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012).

Assim sendo, o princípio da afetividade recai sobremaneira no direito do idoso, enquanto classe etária que merece especial atenção do direito devido à sua maior vulnerabilidade diante da sociedade. O cuidado entre filhos e pais idosos está institucionalizado no ordenamento jurídico pátrio, seja Constituição Federal, no artigo 230 ou em outros dispositivos que serão estudados adiante.

1.3 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar deriva do aludido princípio da afetividade, na medida em que atine à reciprocidade e à fraternidade familiar, transferindo a esta o dever de proteção social entre seus membros, porquanto possui aspectos eminentemente éticos (DIAS, 2015, p. 48).

Destarte, esse princípio traduz uma verdadeira responsabilidade social entre indivíduos de mesmo parentesco, que devem prover auxílio moral e material entre si, na medida em que se fizerem necessários (GAGLIANO, 2012, p. 2012). A título de exemplo, é com base nele que se funda a obrigação alimentar solidária em prol da pessoa do idoso.

Nada obstante, o princípio da solidariedade está disposto no artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988⁶, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e repercute diretamente no seio familiar, por se tratar do núcleo elementar de organização da sociedade.

Demais disso, sabe-se que a família hodierna tem como fundamento a afetividade entre seus membros, com atenção ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Contudo, na prática surgem algumas situações em que a falta de cuidado de um membro da família para com o outro enseja desrespeito aos ditos princípios. Apesar da inobservância do valor jurídico da afetividade, cabe análise sobre a admissibilidade do instituto da reparação civil junto ao direito das famílias.

Contudo, antes mesmo de adentrar no exame do cabimento da reparação civil quando da inobservância do dever de cuidado entre os membros de uma mesma família e, mais especificamente, da falta de afetividade de filhos para com pais idosos, faz-se necessário um estudo apurado da evolução do direito do idoso no ordenamento jurídico pátrio.

2. DIREITO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A percepção do idoso perante a sociedade é resultado do cenário político e social a qual está imersa. Na antiguidade, por exemplo, os idosos eram cultuados, tidos como conselheiros e exemplos para os demais membros da família. Contudo, a partir da revolução industrial, momento em que há copiosa valorização da força produtiva, aqueles que faltam capacidade competitiva no mercado de trabalho acabam por ser desprestigiados em detrimento das demais frações sociais. (DIAS, 2015, p. 653).

Por outro lado, não se pode olvidar que existem avanços consideráveis na qualidade de vida dos mais velhos e aumento constante da longevidade no Brasil, devido aos avanços medicinais e à tentativa de inclusão destes no seio social, o que chama atenção dos juristas para a necessidade de tutela específica dos direitos dos idosos.

Foi nesse contexto de aumento da população idosa, assim como a premência social de amparo às classes etárias mais frágeis que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao

⁶ Art. 3º, I, CF: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

tema um capítulo específico, qual seja, Capítulo VII: Da família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, artigos a partir de 226 a 230.

Com efeito, o legislador originário reconheceu que alguns membros da família – mais especificamente, os elencados no Capítulo VII da Carta Cidadã – merecem atenção especial do direito, porque são mais vulneráveis perante a sociedade e, por conseguinte, estão mais propensos ao descaso e abandono. A partir da proteção normativa deste segmento social pode-se dar efetividade ao princípio da isonomia, disposto no artigo 5º, *caput*, CF⁷ (BRASIL, 1988), destrinchado pela lição comezinha que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais, de maneira desigual.

O idoso, escopo do presente artigo, vem a ser regulado pelos artigos 229⁸ e 230 da Constituição Federal de 1988, que apregoam o dever dos filhos maiores de cuidar dos pais na velhice, além da responsabilidade da família, da sociedade e do Estado de amparar à pessoa idosa, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes, assim, o direito à vida.

Constata-se, por meio dos artigos acima descritos, que a Carta Magna primou à família o dever de cuidado dos parentes idosos. *Exempli gratia*, a incumbência dos filhos maiores de zelar pelos pais na velhice, carência ou enfermidade, a preferência da execução dos programas de amparo aos idosos em seus lares (art. 230, §1º, CF), além de que, a “família” encontra-se à frente de “sociedade” e “Estado” no *caput* do mesmo artigo, designando àquela a função de núcleo elementar de assistência à pessoa idosa.

Ademais, em nome da plena hermenêutica constitucional, tais dispositivos devem ser interpretados sempre à luz dos princípios máximos da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade. Logo, a defesa dos interesses do idoso não se restringe ao auxílio material ou financeiro, mas, acima disso, reporta à assistência afetiva entre os membros da mesma família.

Como consequência da genérica tutela jurídica do idoso na Constituição Federal, o legislador infraconstitucional viu-se no múnus de inteirar tais direitos por meio de preceitos complementares. Dessa forma, surgiram as Leis nºs 8.842 de 1994 (Política Nacional do Idoso) e 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso), com a responsabilidade de defender os interesses, a dignidade e assegurar a participação na sociedade desse segmento social.

⁷ Art. 5º, *caput*, CF: “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”.

⁸ Art. 229, CF: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

A Lei de Política Nacional do Idoso, publicado em 04 de janeiro de 1994 (BRASIL), tem a incumbência de resguardar os direitos sociais dos mais velhos, dando-lhes a chance de participação na sociedade, como reportado em seu artigo 1º. Considera-se idoso a pessoa maior de 60 anos, designado pelo art. 2º da mesma Lei.

Com o escopo de assegurar os direitos sociais dessa classe etária, a lei nº 8.842/94 regulamenta ações governamentais em benefício dos idosos nas áreas da assistência social, saúde, educação, trabalho e previdência social, habitação e urbanismo, justiça, cultura, esporte e lazer. Para tanto, propõe princípios e diretrizes, dispostos em seus artigos 3º e 4º, a serem seguidos pelo poder público com fins de nortear as supracitadas atividades.

Noutro ponto, o Estatuto do Idoso de 1º de Outubro de 2003 não só deu efetividade à proteção ao idoso já contemplada pela Carta Magna, mas ampliou os direitos dessa classe etária, com vistas a promover exequibilidade dos princípios fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo ser preservadas a saúde física, mental e o aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social dos idosos.

Num primeiro momento, o aludido diploma legal define o idoso como pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em consonância com a Lei de Política Nacional do Idoso. Nada obstante, em seu artigo 3º, o Estatuto do idoso⁹ delineia os direitos inerentes à pessoa idosa, inclusive estabelecendo a competência para dar efeito a tais direitos, em uma clara referência ao artigo 230 da Constituição Federal.

Outro avanço considerável trazido pela Lei nº 10.741/03 diz respeito à obrigação alimentar solidária em benefício dos idosos. Isso quer dizer que a pessoa idosa pode requerer alimentos a quaisquer prestadores a sua escolha, pois que não há aqui uma obrigação subsidiária, mas solidária, conforme dispõe o art. 12 do Estatuto do Idoso. Se não houver condições financeiras da família prover o sustento do idoso, o Poder Público estará incumbido de fazê-lo no âmbito da assistência social, segundo o art. 14 da referida Lei.

De mais a mais, o Estatuto do Idoso ainda dispõe sobre entidades de atendimento ao idoso e as infrações administrativas provenientes do não cumprimento de suas atribuições, o acesso dos idosos à justiça e a competência do Ministério Público em proteger seus direitos e interesses, além de delimitar crimes em espécies de ofensa a essa classe etária.

Em suma, a Lei de Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso trouxeram vastos progressos no que concerne aos direitos e garantias conferidos à pessoa idosa.

⁹ Art. 3º, Lei nº 10.741/03: “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”.

Paulatinamente, a família, a sociedade, o Estado vêm percebendo a necessidade de concretizar e respeitar os mandamentos legais, oferecendo condições melhores de qualidade de vida para os mais velhos.

Isso posto, cumpre estudar o instituto da Responsabilidade Civil para avançar no exame do cabimento de dano moral quando do abandono afetivo de idosos pelos seus filhos.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas” (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 53). A partir dessa lição se apreende que a responsabilidade civil decorre de lesão, proveniente de um indivíduo em relação a outro, causadora de dano, gerando, conseqüentemente, o dever reparação do prejuízo sofrido.

Assim também dispõe o art. 927 do Código Civil de 2002¹⁰, que apregoa a obrigação de reparar o dano provocado por ato ilícito a outrem. Por sua vez, os artigos 189¹¹ e 187¹², CC, trazem à baila o conceito de ato ilícito.

De acordo com os dispositivos legais em comento, tem-se que para a configuração da responsabilidade civil são imprescindíveis determinados elementos, sem os quais não subsiste o dever do agente reparar a vítima, são eles: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, que serão precisados adiante. (LISBOA, 2012, p. 388).

Para melhor apontar a conduta geradora de reparação, a doutrina majoritária divide-a em duas categorias, quais sejam, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é resultado de conduta dolosa ou culposa (negligência ou imprudência) do agente, conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil, já reportado. Portanto, cada pessoa responde pelo dano causado a outrem, com exceção dos

¹⁰ Art. 927, CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo Único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

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

¹² Art. 187, CC: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

casos em que, devido ao dever de vigilância, o ordenamento jurídico atribui o dever de reparação a um terceiro que não deu causa diretamente à lesão.

Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva resta identificada quando a conduta culposa ou dolosa do agente causador do dano é desimportante para fomentar indenização, em casos excepcionais e dispostos em lei, assim postulado no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O dano, outrora apresentando como elemento essencial à constituição da reparação civil, consiste no prejuízo ou lesão causada pelo agente à vítima ou ao seu patrimônio. Tal qual dispõe o art. 186 do Código Civil, esse dano pode ser patrimonial ou moral.

Como primeiro deles, o dano patrimonial “traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular” (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 90) e sua quantificação a título de indenização está regida pelo art. 944, *caput*, do Código Civil¹³. Dessarte, o agente causador da lesão é responsável pela extensão do prejuízo que deu causa, ou seja, do dano emergente.

Ademais, o legislador infraconstitucional postulou no art. 402 do Código Civil¹⁴ que o agente deverá ressarcir não somente a proporção do dano causado, mas também o lucro cessante, aquele pelo qual a vítima esperava auferir em decorrência do patrimônio danificado.

Fábio Ulhôa Coelho, sobre o dano patrimonial, trouxe em sua obra exemplo de responsabilidade civil do agente pelos danos emergentes e lucros cessantes da vítima:

Se o veículo acidentado era usado pelo proprietário numa atividade econômica qualquer, a indenização não estará completa se restrita aos reparos. O bem danificado criava oportunidade de ganhos para o seu titular, que, por isso, deve receber também o valor do lucro perdido em razão dos dias parados. (2012, p. 619).

Em contrapartida, o dano moral ou extrapatrimonial não abrange bens economicamente apreciáveis, mas é aquele que lesiona os direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à integridade física, à integridade psíquica e à integridade moral. (GAGLIANO e FILHO, 2014, p. 94). À vista disso, concebe-se que a reparação por dano extrapatrimonial tem o condão de satisfazer ou compensar a parte lesada pelo dano sofrido, na medida em que sanciona a conduta do agente para inibir a prática de novos ilícitos.

¹³ Art. 944, CC: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

¹⁴ Art. 402, CC: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Atualmente está pacificado na doutrina o entendimento de que o dano moral gera reparação para a vítima, apesar da dificuldade de arbitrar seu quantitativo, principalmente após a Constituição Federal de 1988 haver reconhecido, no artigo 5º, V e X (BRASIL)¹⁵, sua existência.

O mesmo entendimento tem o Superior Tribunal de Justiça, que na Súmula nº 37 pontuou que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Questão de grande complexidade gira em torno da quantificação do dano moral, tendo em vista que abrange aspectos internos e externos, ou melhor, abarca a intimidade da vítima e a repercussão social que trouxe o dano. Outrossim, o legislador não limitou o *quantum* devido a cada caso de lesão à moral, mesmo porque tal fixação seria inviável em razão dos novos arranjos e conflitos sociais. (CARDIN, 2012, p. 53).

Contudo, o Estado, representado pelo juiz de direito, não pode se esquivar de dar resolução ao caso concreto em razão da lacuna deixada pelo legislador, como dita o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁶. Nesse contexto, o juiz fixará, a partir de seu livre convencimento, o quantitativo reparatório proporcional ao dano causado pelo agente, podendo valer-se de critérios utilizados na doutrina e jurisprudência como referências para delimitar o *quantum* nas peculiaridades de cada caso.

Por último, o nexo de causalidade nada mais é do que a ligação ou vínculo existente entre a conduta do agente – dolosa ou culposa ou considerada de forma objetiva – e o resultado danoso – patrimonial ou moral ou ambos.

Em suma, a responsabilidade civil cumpre determinadas funções, tais como a compensação dos danos sofridos pela vítima; a punição do agente que praticou o ato lesivo; e ação preventiva, posto que, ao castigar o agente por seu ato ilícito, o ordenamento jurídico pugna por desestimular sua prática. (COELHO, 2012, p. 2012).

Depois de ultrapassados o conceito e requisitos concernentes ao instituto da responsabilidade civil, cumpre examinar o cabimento do dano moral em decorrência do abandono afetivo inverso, ou seja, abandono dos pais idosos pelos seus filhos.

¹⁵ Art. 5º, CF: “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; (grifou-se).”

¹⁶ Art. 4º, LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

4. DA CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSOS

Em um primeiro momento, impende-se destacar que a reparação civil por abandono afetivo é tema dos mais recentes dentro da cadeira de direito civil, razão pela qual resta ainda imatura na doutrina e jurisprudência pátrias e dispõe de inúmeros adeptos de correntes favoráveis e contrárias a sua instituição.

Segundo GAGLIANO e FILHO (2012, p. 1030), aqueles que se contrapõem a essa tese alegam que não seria possível monetarizar o afeto, já que é impraticável quantificar o amor de um indivíduo dedicado a outro, além de que esse sentimento não está adstrito ao controle estatal e nem se trata de uma obrigação jurídica.

Contudo, essa corrente não merece prosperar, uma vez que, conforme prelecionado, há uma patente distinção entre afeto (sentimento) e afetividade (dever de proteção e cuidado), que contam com diferentes percepções por parte do Estado.

O afeto, enquanto sentimento de amor e carinho, não merece proteção jurídica, tendo em vista que não se pode coagir um indivíduo a sentir afeição por outro, escapando, então, do poder de tutela estatal. Contudo, o que se está a questionar é a admissibilidade de dano moral quando da inobservância dos deveres de cuidado e proteção, pertinentes ao conceito de afetividade.

Sobre a definição de afetividade e, mais especificamente, sua ausência, o desembargador Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), sustentou que (2013):

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 família. (grifou-se).

Isso posto, resta refutado o posicionamento desfavorável à concessão de danos morais como resultado do abandono afetivo, já que não se pretende ver tutelado pelo direito o desamor do filho para com o pai idoso, mas a proteção e o cuidado inerente ao vínculo familiar, especialmente, ao elo entre filho e pai. Assim entendem os estimados doutrinadores Álvaro Villaça Azevedo e Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 14):

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

Faz-se mister ressaltar que, como outrora mencionado, a afetividade enquanto princípio norteador do direito das famílias tem *status* de norma cogente, constituindo um dever jurídico. Logo, depreende-se que sua não observância vai de encontro ao ordenamento jurídico e caracteriza ato ilícito civil. (GAGLIANO e FILHO, 2012, p. 1031).

Por outro lado, observa-se que o legislador originário e o infraconstitucional institucionalizaram o dever de cuidado com idosos pelos seus descendentes a partir de determinados preceitos legais, tais como os artigos 229 e 230 da CF e o artigo 3º do Estatuto do Idoso. Esses dispositivos transferem à família o dever de resguardar direitos basilares da pessoa do idoso, com máximo respeito a sua dignidade, e designa aos filhos maiores o papel de velar seus pais na velhice.

Dessa feita, uma vez descumpridos os deveres de proteção, assistência e zelo ao idoso por sua prole, consagrados pelo princípio da afetividade e legitimados pelos dispositivos legais acima reportados, resta configurada atuação ilícita do agente por omissão. À vista disso, o primeiro requisito da Responsabilidade Civil, a conduta subjetiva, está concebido na hipótese de abandono afetivo inverso.

Nessa perspectiva, denota Jones Figueirêdo Alves (2013):

Desde quando o afeto juridicamente passou a ter a sua valoração, no efeito de ser reconhecido como vínculo familiar (João Baptista Vilela, 1980), em significado amplo de proteção e cuidado, no melhor interesse da família, a sua falta constitui, em contraponto, gravame odioso e determinante de responsabilidade por omissão ou negligência.

Outrossim, a segunda exigência para que se concretize a reparação civil é a existência de dano, ainda que seja exclusivamente moral, o que deve ser cuidadosamente especulado no caso concreto pelo magistrado.

Como consequência da desobediência do múnus de “ajudar e amparar os pais na velhice”, conforme preceitua o artigo 229 da Constituição Federal, o idoso apercebe-se abandonado, inútil, desvalido, dentre inúmeros outros sentimentos de infelicidade, podendo

resultar em máculas eternas. O desrespeito aos mandamentos e princípios constitucionais asseguradores da dignidade da pessoa do idoso traz sequelas psicológicas inestimáveis ao abandonado, redundando em dano de ordem moral.

Nessa perspectiva, uma vez não configurada a lesão no caso concreto não há o que se falar em reparação civil, em que pese à conduta danosa de abandono. Assim sendo, se, por exemplo, o idoso for negligenciado por um de seus filhos, mas rodeado dos demais descendentes e cônjuge que proporcionam sua integração na comunidade, zelam por sua dignidade e cumprem com o dever de cuidado, de maneira que o idoso não se sinta lesado, não existe o dano e, por conseguinte, a reparação civil.

Por fim, o terceiro quesito para conceber a reparação por dano moral decorrente de abandono afetivo inverso consiste no nexo de causalidade, ou melhor, na relação de causa e efeito entre a conduta do filho e o dano sofrido pelo abandonado, a ser interpretado caso a caso pelo julgador.

A título de exemplo, em Apelação Cível interposta na 1ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, houve desprovimento da pretensão de dano moral da recorrente, mãe idosa, pois não restou comprovado o liame entre a conduta da recorrida e a lesão causada. Segundo o magistrado, houve apenas aborrecimentos e animosidades entre mãe e filha, os quais não merecem tutela jurídica (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. 2013)¹⁷.

Destarte, constantes todos os requisitos indispensáveis para a caracterização da reparação civil em caso de abandono afetivo de idosos pelos seus descendentes, não se pode olvidar que sua aplicação no caso concreto é legítima, desde que o julgador se atente a todas as nuances que o feito propõe, sempre atento à razoabilidade e proporcionalidade do dano sofrido para mensurar a indenização à vítima.

Nesse ponto, cumpre frisar que a Responsabilidade Civil por dano moral possui caráter compensatório, punitivo e também pedagógico. A um, porque tenta remediar a vítima acometida em sua esfera personalíssima; a dois, pois repreende aquele que praticou o

¹⁷ AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA POR GENITORA EM FACE DA FILHA – ALEGAÇÃO CIRCUNSCRITA AO NÃO CUMPRIMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA, OBJETO DE OUTRA DEMANDA, NO DIA ESTIPULADO E EM VALOR INFERIOR, BEM COMO E-MAILS RESPONDIDOS DE FORMA AGRESSIVA A HONRA DA MÃE, PESSOA IDOSA E ECONOMICAMENTE DEPENDENTE.

O inadimplemento da obrigação alimentar suscita a adoção de outras medidas, não tendo o condão de ensejar a indenização pretendida. Mensagens eletrônicas trocadas pela ré e seu irmão que simplesmente demonstram a existência de conflitos e animosidade recíprocas entre os familiares. No caso concreto, não obstante lastimável litígio desta natureza, principalmente envolvendo mãe e filha, sua incidência não tem o potencial ofensivo que lhe quer emprestar a autora, a ponto de gerar dano moral, ficando sua projeção circunscrita à esfera de aborrecimentos e dissabores experimentados no núcleo familiar, sem maiores reflexos na esfera da intimidade da apelante - Desprovimento da Apelação.

ilícito civil e causou um dano à terceiro; e a três, com o fito de prevenir que o agente lesante pratique novo ato danoso, assim como dissuadir na sociedade que tal conduta não será admitida. (COELHO, 2012, p. 416)

Ora, se não houver responsabilização do filho que agiu em desacordo com o ordenamento jurídico quanto ao cuidado com seu pai idoso, os artigos 229 e 230 da Constituição Federal serão letra morta, os princípios da solidariedade familiar e da afetividade não terão aplicabilidade e o princípio da dignidade humana estará enfraquecido. Em sendo assim, o idoso terá de sofrer o abandono e o descaso sem a compensação adequada e, por conseguinte, o filho estará autorizado a continuar praticando tais atos, servindo de exemplo para toda a comunidade.

Certamente não foi essa a intenção do legislador ao pontuar o dever de cuidado dos filhos para com os pais idosos na velhice, portanto necessário se faz a aplicação do instituto da responsabilidade civil para uma efetiva aplicação dos princípios e normas constitucionais.

Ressalte-se, por oportuno, que o tema em análise vai além do campo da moral, enquanto conduta avaliada no seio da própria sociedade como apropriada ou inapropriada, sendo abarcado pelo direito e, conseqüentemente, dotado de coercibilidade, porquanto o bem jurídico tutelado detém grande relevância.

De mais a mais, questão curial que abarca a concessão de reparação civil por dano moral quando do abandono afetivo inverso é a sua quantificação. É cediço que o julgador tem ampla liberdade para arbitrar o valor da indenização por dano moral, que deve ser examinada caso a caso, respeitando-se que o montante não seja irrisório para o agente que causou o dano, mas também não seja exorbitante de modo que indique enriquecimento sem causa da vítima (CONSULTOR JURÍDICO, 2009).

Valéria Silva Galdino Cardin ainda acrescenta ainda que “a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral, intelectual etc” (2012, p. 215). Logo se apercebe que o juiz deve atentar não apenas para o aspecto punitivo da indenização, mas também a sua função compensatória, inclusive abarcando em seu valor a reestruturação psicológica da pessoa do idoso a partir de terapias profissionais.

Assim sendo, ampliando o estudo do cabimento do dano moral decorrente do abandono afetivo, analisar-se-á o Projeto de Lei nº 4.294/08, que intenta estabelecer a reparação civil em razão do dito abandono.

4.1 O Projeto de Lei nº 4.294/08 e a Responsabilidade Civil por abandono afetivo

Em resposta ao clamor social por justiça e as tendências dos tribunais, o Projeto de Lei (PL) nº 4.294 de 2008 do Deputado Federal Cláudio Bezerra altera dispositivos legais no sentido de estatuir a reparação civil por dano moral no caso de abandono afetivo de idosos e de menores, conforme a ementa (BRASIL, 2008):

Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Nessa perspectiva, o artigo 3º do Estatuto do Idoso passa a ter, conforme a proposta inicial do PL nº 4.294/08, a seguinte redação (BRASIL, 2008):

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

Art. 3º

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral.

Em sua justificativa, o autor do referido Projeto de Lei afirmou que:

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

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

Atualmente, o PL nº 4.294/2012 conta com aprovação por unanimidade na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) e está pronto para pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Ainda assim, o Relator do Projeto na CCJC,

Deputado Antonio Bulhões, já proferiu seu voto pela constitucionalidade e pela aprovação do Projeto de Lei, com substitutivo (BRASIL, 2008).

Por sua vez, o Deputado Federal Marcelo Almeida, ao proferir seu voto em separado, mostrou-se preocupado com a abrangência do significado de abandono afetivo, que não poderia abarcar os aspectos sentimentais entre os membros familiares, mas tão somente o dever de cuidado entre eles. Por outro lado, o deputado intentou ampliar o dano decorrente do abandono para moral e material e não apenas moral, como propunha o projeto original. Nesse sentido, votou favoravelmente ao PL, com o seguinte substitutivo no Estatuto do Idoso (ALMEIDA, 2013):

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º, devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:
 Art. 3º.....
 § 1º.....
 § 2º O descumprimento dos deveres dos descendentes que cause dano moral ou material aos ascendentes sujeita o infrator ao pagamento de indenização.

O Projeto de Lei em comento ainda deve ser objeto de discussões e análises na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, para seguir com aprovação pelo Senado Federal e, finalmente, contar com a sanção do Chefe do Executivo. Contudo, já demonstra uma vitória no que tange aos interesses personalíssimos dos idosos, assim como um sobressalto no reconhecimento dos princípios basilares do direito das famílias.

Feitas as ponderações indispensáveis para o reconhecimento que o abandono afetivo de idosos pelos seus filhos enseja reparação civil, cabe, por fim, explorar os entendimentos dos tribunais superiores acerca do tema em comento.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A princípio, importante destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se posicionou sobre o tema em apreço.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) examinou a matéria em duas perspectivas distintas, o primeiro ocorreu em 2005, sob a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, e o segundo em 2012, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

O julgamento do Recurso Especial nº 757411/MG pela 4ª Turma do STJ em novembro de 2005 não considerou devida a indenização por dano moral em caso de abandono afetivo do pai para com o filho, conforme a ementa abaixo colacionada (BRASIL, 2005):

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.

Em sede de relatório, o ilustre Relator Fernando Gonçalves justificou seu voto da seguinte maneira (BRASIL, 2005).

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Note-se que o Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto, recai sobre o mesmo equívoco outrora desvendado, ao confundir afeto e afetividade, sendo o primeiro referente aos sentimentos humanos, e o segundo ao dever de cuidado inerente ao vínculo familiar, passível de tutela jurídica.

Em contrapartida, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça acordou pela concessão dos danos morais no caso de abandono afetivo na data de 24 de abril de 2012, em consonância com o voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi, no REsp 1159242/SP, de ementa abaixo reproduzida (BRASIL, 2012):

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

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

Por sua vez, a ilustre Ministra relatora do Recurso Especial acima posto asseverou em seu voto que (BRASIL, 2012):

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.
Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

O afamado acórdão acima reportado trouxe novas balizas para o entendimento jurisprudencial em tribunais de todo o país, endossando princípios constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana, assim como princípios inseparáveis do direito das famílias, a solidariedade familiar e a afetividade.

Ocorre que a decisão do STJ acerca da aplicabilidade do instituto da reparação civil no abandono afetivo, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, tece acerca do dever de cuidado dos pais para com os filhos, ao passo que o presente artigo envolve tal dever dos

filhos maiores para com os pais idosos. Apesar disso, não há o que se olvidar que essa decisão é extensível para o caso *sub examine*.

Ora, se por um lado a Constituição Federal consagra o dever de cuidado da criança, adolescente e jovem pela família, sociedade e Estado no art. 227, por outro lado reserva o mesmo dever quanto aos idosos, em seus artigos 229 e 230, já examinados. Destaque-se, por oportuno, que ambos os tutelados estão dispostos no mesmo Capítulo da CF, qual seja, Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, uma vez que são considerados mais vulneráveis e merecedores de tutela jurídica específica.

Desse modo também entendeu o Ministro do STJ Marcos Buzzi, relator dos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 1159242 SP, que, em seu voto (BRASIL, 2014), asseverou:

O cuidado, pois, irrefutavelmente, é categoria principiológica adotada pelo nosso legislador em relação a diversos temas, o que ultrapassa a tutela concernente à criança e ao adolescente, mostrando-se igual e fortemente presente no Estatuto do Idoso, que prioriza atenção (cuidado) para com as condições dos seus tutelados.

Por esse motivo, a transgressão aos deveres de cuidado ao idoso dispostos na Constituição Federal também enseja compensação por dano moral, já que a imposição legal foi desrespeitada e ocorreu o ato ilícito por parte dos descendentes, sob a forma de omissão, tal qual no liame paterno-filial.

NOTAS CONCLUSIVAS

Ao final desse artigo, observam-se avanços consideráveis no direito civil que tange à tutela das famílias, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que minorou o caráter patrimonial e passou a dar maior ênfase ao elo entre seus membros, ou seja, a afetividade que os une. Noutro passo, a constitucionalização do direito das famílias trouxe uma maior valorização do indivíduo pertencente à entidade familiar, com clara referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, além de transferir deveres recíprocos aos parentes comuns em nome da proteção dos direitos personalíssimos.

Ademais, há notável preocupação dos juristas e doutrinadores da atualidade em relação ao direito dos idosos, por pertencerem a uma classe etária vulnerável em relação à sociedade e merecedora de tutela jurídica específica. Nesse contexto, o legislador originário, nos artigos nº 229 e 230, resguarda o interesse dos mais velhos, reservando aos filhos maiores o dever de cuidar de seus pais na velhice e transmite à família, a comunidade e ao Estado o papel de preservar a dignidade dos idosos.

Mas o que ocorre com os descendentes que descumprem o dever de cuidado estabelecido pelo artigo nº 229 da Constituição Federal em desfavor de seus genitores idosos?

Para responder a esse questionamento, faz-se mister examinar, a princípio, o conceito concernente à Responsabilidade Civil, enquanto instituto do direito civil que pune aquele que age em desconformidade com o ordenamento jurídico, praticando ilícito civil, e repara a vítima que sofreu dano, seja ele de ordem material ou moral.

Ora, se há incidência de reparação civil quando do cometimento de ato ilícito, não se pode olvidar da aplicabilidade desse instituto em decorrência do abandono afetivo inverso, posto que o filho que desrespeita o múnus de velar pelos pais na velhice vai de encontro à norma positivada na Constituição Federal.

Frise-se, contudo, que para configuração do dano moral no abandono afetivo inverso o julgador deve analisar precisamente o caso concreto, de modo a atender os requisitos da Responsabilidade Civil: conduta, dano e nexo de causalidade. Uma vez concebida, a indenização pelo dano deve cumprir as funções sancionatória, reparatória e educativa.

De outra forma não poderia entender a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, quando concedeu indenização por dano moral por abandono afetivo, concebendo o cuidado como dever no vínculo entre pais e filhos, servindo de exemplo para outros entendimentos em tribunais de todo o país.

Conclui-se com o presente trabalho que há possibilidade de reparação por dano moral quando do abandono afetivo de idosos pelos seus filhos, para que se vejam cumpridas as normas jurídicas positivadas na Constituição Federal, além da busca incessante pelo respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, afetividade e solidariedade familiar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo. **Complementação do voto**: Projeto de lei nº 4.294. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. 2013. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F31E48153C34A600CEB3ACABD592086E.node2?codteor=1137704&filename=Tramitacao-PL+4294/2008> . Acesso em: 06 de novembro de 2015.

ALVES, Jônes Figueirêdo. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. IBDFAM, 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BEZERRA, Carlos. **Justificação**: Projeto de lei nº 4.294. 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ECA0B9119C25A71E7EC0CDC48389D203.proposicoesWeb2?codteor=613432&filename=PL+4294/2008>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 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/L10.741.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 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: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.294 apresentado em 12 de novembro de 2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial nº 1159242/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 24/4/2012, DJe 10/5/2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1067604&num_registro=200901937019&data=20120510&formato=PDF>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Súmula nº 37: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=515>>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial nº 757.411 - MG (2005/0085464-3). Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Quarta turma. Julgado em 29/11/2005. Publicado em: 27/03/2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=595269&num_registro=200500854643&data=20060327&formato=PDF>. Acesso em: 06 de dezembro de 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de divergência em Recurso Especial nº 1159242 / SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Segunda seção. Julgado em 09/04/2014. Publicado em: 23/05/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1313315&num_registro=201201079216&data=20140523&formato=PDF>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**, v. 2. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ define valor de indenização por danos morais**. Revista Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais#top>>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. 2004. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2004/mariaberenicedias/novostempos.htm>>. Acesso em: 23 de agosto de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**, v. 6. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012a.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**, v. 3. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**, v. 6. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil, v. 3. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **A nova principiologia do direito de família e suas repercussões:** Direito de família e das Sucessões. Coordenação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernandes Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade em família e a orientação do STJ. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3760, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25365>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.** Acórdão na Apelação Cível nº 0019973-83.2009.8.19.0045. Relator: Des. Camilo Ribeiro Ruliere. Primeira Câmara Cível. Julgado em 36/02/2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocesso.aspx?N=201200173121&CNJ=0019973-83.2009.8.19.0045>>. Acesso em: 06 de novembro de 2015.