

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO TÉCNICO E SUPERIOR
– FACULDADE ASCES**

BACHARELADO EM DIREITO

**ABANDONO AFETIVO INVERSO E O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR
DANO MORAL**

BÁRBARA DRIELLY LIRA FERREIRA

CARUARU

2015

BÁRBARA DRIELLY LIRA FERREIRA

**ABANDONO AFETIVO INVERSO E O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR
DANO MORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc. Rogério Cannizzaro Almeida.

CARUARU

2015

BÁRBARA DRIELLY LIRA FERREIRA

**ABANDONO AFETIVO INVERSO E O DIREITO À INDENIZAÇÃO POR
DANO MORAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à
ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E
TÉCNICO para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em: 24/03/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Msc. Rogério Cannizzaro Almeida (Presidente)

Prof. Teresa Tabosa

Prof. Karlla Rodrigues

DEDICATÓRIA

É com muito amor e gratidão que eu dedico esse trabalho como fruto do meu esforço aos meus pais, Silvana e Cláudio, que ultrapassaram comigo tantos percalços, e que hoje mais que ninguém nesse mundo se orgulham da minha formação.

Dedico também ao meu avô, Clodoaldo, que mesmo não estando presente entre nós, tenho certeza de que se orgulharia de ter uma neta exercendo a profissão que ele exercia de fato, e prestando homenagem a cada palavra que escrevo, como herança a mim deixada por ele. À minha avó Elisabete, que se esforça para acompanhar minhas conquistas, mesmo que seja um grande obstáculo para ela, o meu muito obrigada por se fazer presente.

Aos meus avós maternos, Severino e Terezinha, que em sua simplicidade e profundo amor, acompanham de perto o meu dia a dia e me abençoam a cada nova jornada.

E por fim, à toda minha família dedico esse trabalho, para que compartilhem comigo esse momento de alegria e realização pessoal.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me dado o dom da vida e forças para superar todos os obstáculos e principalmente discernimento para agir nos momentos que eu fraquejei e pensei que não era capaz.

Aos meus pais e a minha família, que representam pra mim o amor e a base de tudo, sempre me auxiliando, guiando e me mostrando os melhores caminhos para que eu fosse quem eu sou hoje. À minha mãe, modelo de mulher guerreira e esforçada, que me dedica todo amor. E ao meu pai, que me ajuda incondicionalmente em tudo o que eu preciso, me apoiando a cada passo dado e que se orgulha imensamente a cada conquista.

Ao corpo docente da faculdade, que na beleza da profissão, hoje me fazem ser uma pessoa melhor e mais consciente das atribuições e atribuições do curso, mas que nunca negaram auxílio nos momentos que precisei.

Ao meu orientador Rogério Cannizzaro, pelo suporte e paciência na elaboração desse trabalho, e pelas correções e incentivos pertinentes.

E por fim, aos meus amigos e colegas, que conviveram comigo ao longo do curso, me trazendo experiências das quais eu jamais esquecerei, por eles e todos que me ajudaram direta ou indiretamente, a minha eterna gratidão.

RESUMO

O trabalho em questão analisa o crescimento do instituto jurídico do Abandono Afetivo, tendo como peculiaridade a inversão de sujeitos, onde as vítimas são os idosos desamparados pela família. Ainda que tímida, a questão abordada adiante é um quadro crescente e preocupante, deixando idosos a mercê da boa vontade de suas famílias no que diz respeito ao afeto e por vezes até financeiramente desamparados. Essa monografia traz uma análise referente ao tratamento jurídico atual aos idosos e chama atenção para a possibilidade de ações indenizatórias com o fim de cobrar e minimizar os efeitos do abandono e do desamor. Procurando por intermédio não só da prestação pecuniária, bem como do carácter preventivo, minimizar a dor do abandono. Por meio dessa pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar a presença desses casos na sociedade, e os efeitos e conseqüências que tal atitude afeta não só a estrutura familiar, como também o íntimo do idoso, além de demonstrar por meio das Jurisprudências casos que podem ser analogicamente utilizados para que o direito do idoso seja garantido nesse aspecto. Por meio da Constituição Federal de 1988, Código Civil de 2002 e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 2003), o trabalho que se segue discute a problemática e aponta meios de aplicação para o instituto.

Palavras-Chave: Abandono Afetivo Inverso. Responsabilidade Civil. Dano Moral.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 IDOSOS : UMA ANÁLISE JURÍDICA E HISTÓRICA	11
1.1 Concepção de Idoso	11
1.2 Os Idosos na História	12
1.3 Os Idosos e o Direito Brasileiro	13
1.3.1 A Constituição Federal de 1988	15
1.3.2 O Código Civil	18
1.3.3 O Estatuto do Idoso	17
2 VALORAÇÃO DO AFETO, DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.1 Responsabilidade Civil : Breves Considerações	22
2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil	23
2.2.1 Conduta	23
2.2.2 Nexo Causal	24
2.2.3 Dano	26
2.3 Responsabilidade Civil Subjetiva e o Dano Moral	27
2.4 Valoração do Afeto no Direito Brasileiro na Responsabilidade Civil	28
2.5 Indenização por Dano Moral no Direito de Família	29
3. TEORIA DO DESAMOR : ABANDONO AFETIVO	32
3.1 Do Abandono Afetivo no Direito Brasileiro	32
3.2 Abandono Afetivo e o Projeto de Lei nº 2.464 de 2008	32
3.3 Análises atuais acerca do tema	33
3.3.1 Posicionamentos contrários ao dever de indenizar.....	34

3.3.2 Posicionamentos favoráveis ao dever de indenizar.....	36
3.3.3 Aplicação analógica do Abandono Afetivo e Abandono Afetivo Inverso	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

INTRODUÇÃO

O Abandono Afetivo Inverso é instituto enquadrado no Direito de Família, em que se busca em resguardar e reparar os danos sofridos por idosos que com o avançar da idade, são abandonados pelos filhos. O tema derivou-se da aplicação dos tribunais do instituto do Abandono Afetivo comum, onde comumente ocorre a negação do dever de cuidado para crianças, tratando assim do direito as reparações pelos anos em que não foram lhes prestadas às devidas assistências asseguradas constitucionalmente como um direito fundamental.

Tratar de tal tema é de extrema importância, tendo em vista que é crescente o número de casos que sempre ocorram na nossa sociedade, mas que só agora, o judiciário vem tentando tratar do tema. Importante ressaltar a dimensão e a gravidade que alguns casos tomam, onde sem a devida assistência, idosos são deixados a mingua em asilos e instituições que por mais que lhes dediquem o dever de cuidado, que originalmente são tutelados aos filhos, não trazem consigo a individualização dos idosos, deixando de lado assim o afeto.

O grande desafio se apresenta justamente nesse elemento: o afeto. Enquanto outros temas são devidamente avaliados e julgados pelos tribunais, o instituto do Abandono Afetivo Inverso ainda é pouco discutido, abrindo analogicamente mais espaço para o Abandono Afetivo comum, que encontrou respaldo na Teoria do Desamor e ganhou espaço tanto na mídia como em recentes julgados.

O objetivo desse trabalho é justamente o de demonstrar que a favor dos idosos, também podem ser atribuídas o direito a indenização por abandono afetivo, tendo em vista que a mesma relação de hipossuficiência presente entre crianças e pais coexiste entre filhos e pais idosos.

Esse trabalho conta primeiramente com uma abordagem acerca do tratamento de idosos no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a conceituação e a legislação a qual são tutelados seus direitos, trazendo consigo também um apanhado referente às mudanças de acordo com a época e o local de tal tratamento.

A valoração do afeto é tema também tratado posteriormente, incluindo-se também nesse sentido os pressupostos para que seja viável a indenização por dano moral nesses casos, caracterizando o dano emocional no idoso, e trazendo a tona os prejuízos psicológicos que o abandono pode causar.

Por fim, a Teoria do Desamor é tratada trazendo um apanhado de decisões do judiciário referentes ao instituto do Abandono Afetivo comum e como pode ser aplicado analogicamente também aos idosos.

Foram utilizados para esse trabalho métodos de pesquisa bibliográfica por meio de livros, artigos e notícias e o método descritivo.

1. IDOSOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E HISTÓRICA

1. 1. Conceção de Idoso

O termo “Idoso” traz consigo diversas concepções, primeiramente, devem ser destacadas o conceito de idoso, conforme versa o art. 1º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, 1 de outubro de 2003): “Idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Muito embora levando em consideração as diversas realidades do nosso país e as várias condições adversas, delimitar uma idade exata para definir o idoso é um obstáculo difícil de transpor. Atualmente, a categoria social de “pessoas com idade igual ou superior a 60 anos” vem sendo chamada de Terceira Idade, grupo demográfico este, que inspira cuidados, em conformidade não só com a nossa legislação vigente, bem como com a moral da nossa sociedade, onde aprendemos desde cedo a respeitá-los como forma de boa educação e boa conduta. Literariamente, a figura do idoso maltratado, por vezes até rancoroso, é refletida no personagem Dom Casmurro de Machado de Assis, que conforme a brilhante analogia do advogado Rael Rogowski, que descreve Casmurro como:

(...) Um homem idoso no crepúsculo da existência: a visão amarga e doída de quem foi traído e machucado pela vida.

No Brasil temos milhões de "Dons Casmurros" machucados pela vida, marcados pelo abandono da família e pela omissão do Estado.
(ROGOWSKI, 2009, p. 01)

A figura do idoso que era símbolo de uma conduta a se seguir, e um modelo de conduta foram se defasando em algumas culturas, e se tornando para muitos no modelo de vida atual um obstáculo. A sabedoria do idoso era exaltada, mas conforme o avançar da nossa sociedade, tal valor pareceu se ocultar por trás de pessoas jovens que mesmo inexperientes demonstravam na força o seu principal valor, de fato, aquelas que não suficientes para o trabalho braçal se viram em um grupo social inerte, pelo qual erroneamente escanteado, se viram a sombra de um sistema que só visava a produção em massa e o lucro. Tal exemplo é dado por Marilza Simonetti Carvalho que em conjunto com Andryelle Vanessa Camilo versam em sua obra:

O idoso que era considerado autoridade devido a sua sabedoria, com o passar do tempo viu o seu poder econômico e social se esvaír, com isso, suas memórias e sua experiência de vida, que em momento anterior eram muito valorizadas, agora parecem ser irrelevantes, recaindo sobre eles o peso da inutilidade e decadência. (CARVALHO; CAMILO, 2011, p. 03)

Historicamente, é imposto em nossa sociedade o dever de cuidado dos pais para com os filhos – por vezes não respeitado – é à base de uma família próspera, e que vai ser levada por entre as gerações futuras. “A responsabilidade que os filhos tem para com seus pais, está fundamentada na perspectiva de uma reciprocidade esperada, que se manifesta na retribuição pelo cuidado recebido na infância e no amor filial.” (TIER et al., 2004, p. 332).

O que necessita ser levado em consideração é que a figura do idoso atualmente não deve ser considerada como estorvo social, mas o futuro de todos os indivíduos. Ignorar o passar do tempo, e a lei natural da vida humana, talvez seja hoje um dos maiores erros do homem moderno, é de fato a maior certeza que existe, e em diversas atitudes o ser humano prova que tenta ignorar cada aspecto desse envelhecimento natural. Impossível seria negar que atitudes tomadas atualmente, recairão sobre a sociedade futura, foi tal ponto que se ignorou na antiguidade e que se ignora até hoje. O saber enfrentar uma velhice e tomar atitudes preventivas para que se leve uma vida futura saudável é o grande desafio, a chegada da morte um dia é inevitável, isso não se pode negar. “Somos inconscientemente levados a rejeitar e a ignorar a velhice, não atribuindo-lhe um lugar de destaque em nossas reflexões, mantendo a morte à distancia.” (ANDRADE M.M, 2014, p. 69).

É clara que essa fase da vida humana exprime cuidados e aspectos tanto afetivos quanto financeiros, nesse ponto cabe aos filhos assumir tais responsabilidades, sem que se faça necessário o uso da sanção para que ela seja cumprida. O que não pode ser deixado de lado é a urgência sob a qual esse problema necessita ser tratado, e a complexidade que acarreta o uso do direito nas relações familiares.

1.2. Os Idosos na História

Historicamente, os idosos fizeram sempre parte de relevantes momentos sociais sob os quais ganham destaque até hoje. Sejam pelas memórias, pelas

histórias contadas ou até mesmo por atitudes presentes, a figura do idoso historicamente sempre teve seu destaque, o que se observa atualmente em alguns grupos é que o “velho”, hoje, já não é mais reconhecido simbolicamente como um dos agentes fundamentais de transmissão dos valores ancestrais e da memória coletiva. (SANTOS, 2012, p. 15).

É preciso fazer uma importante observação quanto ao abandono dos filhos em relação aos pais desde a antiguidade. É comum encontrar relatos que se referem à uma desvinculação completa das mulheres em relação a não só os pais, mas de toda sua família ao casar, perdendo assim inclusive laços afetivos e a própria responsabilidade para com os pais. Essa realidade foi enfrentada por diversas mulheres na época, inclusive mais tardiamente no Brasil, onde mesmo que não fossem afastadas com tanta brutalidade de suas famílias, elas eram após o casamento, muito mais responsáveis pela família do cônjuge do que pela sua própria, trazendo para nossa sociedade, cada mais ressaltada a figura do machismo, e principalmente da predileção pelo filho homem, que normalmente era o responsável para prosseguir com os negócios e relações financeiras da família, bem como cuidar dos pais na velhice. De acordo com Fustel de Coulanges, em sua obra célebre *A Cidade Antiga*, reconhecida por retratar os costumes da sociedade romana e grega antiga no que diz respeito à religião, costumes e a família, a mulher se tornava quase que propriedade de suas novas famílias, não podendo assim retornar às suas origens de forma alguma. (COULANGES, 2005, p. 239)

Em contrapartida, em algumas sociedades antigas, o místico e a tradição eram elementos que por vezes custavam vidas, mas que também tratavam da família como base de tudo, arraigando seus integrantes de forma que eles sempre seriam lembrados por seus alicerces. “Nas sociedades tradicionais, os idosos tinham uma aura simbólica que os envolviam. Ocupavam um lugar de referência, respeito e suas produções, histórias, fazeres e dizeres eram extremamente valorizados.” (ANDRADE D.P., 2006, p. 67).

Em Atenas, era comum o dever de cuidado do filho homem para com o pai, mesmo que em outras realidades culturais tal relação ocorresse embasada no poder que o ancião tinha sob toda a família e por intermédio no domínio financeiro, assim como a base das famílias brasileiras, que colonizadas por Portugal, trouxeram consigo o Patriarcalismo como bandeira e lei, a família era respeitada, e enquadrada

como base de tudo, tendo como cabeça a figura de um homem mais velho, sempre respeitado e também presente nas sociedades orientais, conforme retrata Coulanges: “Conhecemos uma lei de Atenas que manda ao filho alimentar o pai velho ou enfermo; (...) Essa lei não existia em Roma, porque o filho nunca possuía coisa alguma, e ficava sempre sob o domínio do pai.” (COULANGES, 2005, p. 240).

Não existem dados ao certo de onde surgiu o abandono de idosos, sabe-se que historicamente que principalmente no Oriente existiu a figura dos chefes de família, e que eram respeitados pela sua sabedoria e capacidade para resolução de conflitos, devido à vasta experiência de vida. Foi com a chegada de novos meios de investimento e da valorização do trabalho com a Revolução Industrial (1760) que o idoso foi sendo escanteado para uma mão de obra mais ágil e mais rápida, onde até mesmo as crianças traziam mais rendimento financeiro para os grandes investidores da época.

No final do século XVIII, com o advento da Revolução Industrial, a invenção da máquina acarretou a expansão do capitalismo e desmembrou a sociedade. A partir de então, o prestígio e apreço que antes os velhos detinham começou a se perder, ocorrendo a desestruturação do esquema social no qual viviam. (CARVALHO; CAMILO, 2011, p. 02).

O idoso, assim como crianças de pouca idade, apresentam limitações, que seriam autoras de grandes prejuízos, não se considerava a experiência, apenas a produtividade nas atividades de manufatura, e por vezes a agilidade para manusear máquinas eram mais importantes, aspecto que as crianças desempenhavam de melhor forma, para Pikunas:

No envelhecimento biológico, praticamente, todos os sistemas do corpo se deterioram, tanto na eficiência estrutural quanto na funcional, marcados por uma faixa metabólica mais baixa, que torna mais lento o intercâmbio de energia dentro do organismo, assim, seus recursos para auto expressão comportamental vão sendo gradualmente reduzidos. A desaceleração é consequência do aumento da idade celular, decorrente de menor capacidade para a divisão celular.” (DIAS; SCHWARTZ, 2005, p. 02).

Atualmente, o que ocorre é um reflexo de tudo isso junto. Um emaranhado de moral, com a educação que parte da nossa sociedade aprende no dia a dia, em que devemos respeitar os idosos porque eles fazem parte da nossa base familiar, unido à uma lógica capitalista em que pessoas de idade não se adequam aos nossos preceitos e pretensões futuras, onde levamos em conta o futuro breve e esquecemos o distante, onde ignoramos a velhice e esquecemos que além do presente dos nossos antepassados, é o futuro de nós mesmos.

1.3. Os Idosos e o Direito Brasileiro

Quanto ao ordenamento jurídico vigente, os dispositivos que vão desde a Constituição Federal, até as leis específicas como a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e a Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994 (Política Nacional do Idoso) são mecanismos voltados para a proteção da Terceira Idade, que se fazem necessários cada dia mais enquanto houver filhos que viram as costas para os pais. Segundo Marco Antonio Vila Boas:

Infelizmente precisou que tal dispositivo ficasse assim escrito. É vergonhoso que a obrigação alimentar, mais moral que material, necessitasse ficar registrada na Lei Maior. Este dever é anterior a qualquer lei. É uma obrigação de cunho afetivo e moral. Qualquer filho que tenha caráter e sensibilidade terá que cumprir fielmente este dever de consciência. (SILVA et al.,2012, p. 07)

O que ocorre na maioria das vezes é a figura dos filhos, que deixam os pais em asilos ou hospitais com as promessas de que aquele é um lar apenas temporário, e que haverá um possível retorno, mas que nunca as cumprem. Nesse sentido, a lei visa proteger e amparar idosos que não podem se sustentar, que não tem condições físicas ou psicológicas para administrar suas próprias contas e despesas e que em sua maioria não tem condições para serem autossuficientes. É crescente o numero de idosos que são deixados nessas condições e que aguardam dia após dia a visita de um familiar, de fato a dor da expectativa e da espera frustrada é irreparável, o que se agrava vindo daqueles que foram agraciados pelo dom da vida por eles mesmos. Os idosos acabam assim, institucionalizados e privados da convivência familiar, ferindo assim o direito expresso da Assistência Afetiva, tratado no Estatuto do Idoso e exposto em breve.

Os pais idosos têm o direito de receber pensão alimentícia dos filhos quando não possuírem meios de manutenção própria ou recursos suficientes para a subsistência. O vocábulo "alimentos" é utilizado de forma ampla pela lei e compreende tanto o valor necessário para a alimentação em si quanto o imprescindível para a manutenção da pessoa de forma geral, vale dizer, recursos para remédios, assistência médica, pagamento de despesas básicas como água, luz, gás, telefone e até cuidadores ou empregados, se o idoso não puder viver sozinho. (SILVA et al.,2012, p. 07)

Recentemente e constantemente, os idosos sofrem diretamente ou indiretamente ameaças ao bem tutelado dos mais diversos tipos de violências,

insultos, e agressões físicas, cujo sujeito ativo encontra-se na sua própria casa – familiares -, bem como fora dela – coletividade-. (CARVALHO;CAMILO,2011, p. 02)

Cabe destacar, que envelhecer é algo natural, assegurado como direito personalíssimo, ou seja, aqueles que tratam dos aspectos interligados à dignidade da pessoa humana, expressa na Constituição Federal de 1988. Ainda se tratando dos Direitos Personalíssimos, estes, tem previsão no artigo 11 do Código Civil de 2002, onde são caracterizados como irrenunciáveis e intransmissíveis, onde somente o titular, o idoso no caso, pode dispor do mesmo. Nessa linha de pensamento, os direitos são assegurados aos seus titulares desde o nascimento, e só se findam com a morte, concluindo-se que assim como em outras fases da vida, o Estado tem grande responsabilidade quanto ao bem da vida tutelado, desta forma, conforme leciona Pedro Lenza:

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. (LENZA, 2011, p. 1119)

O Envelhecimento é um das fases mais atribuladas da vida do ser humano, onde coisas corriqueiras se tornam barreiras a serem transpostas e onde nem sempre a aceitação é algo unânime. Desta forma, se torna tão importante o acompanhamento da família, quanto o respeito as garantias imposta pela legislação, ao longo da vida deixam-se de lado os orgulhos e as vaidades, e o afeto se torna o maior auxílio.

1.3.1 A Constituição Federal de 1988

A responsabilidade parental mútua, onde se obriga no dever de cuidado, apresenta-se na seara Constitucional, no artigo 229, conforme versa: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

No contexto da Constituição Federal, podemos destacar que não só no que diz respeito à figura do idoso, bem como ao abandono afetivo, que sustentado sobre as bases do princípio da dignidade humana é que se ergue todo o ordenamento jurídico atual, o qual tem por Lei Maior a Constituição Federal de 1988.

Nela o princípio está consagrado logo no artigo 1º, inciso III, compreendendo-se que o mesmo princípio é característica intrínseca ao Estado Democrático de Direito. (ANDRADE M.M., 2014, p. 06)

Na nossa Carta Magna, encontra-se expresso como um de seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana, inerente a todo ser humano, elencando-se como direito fundamental, conforme versa o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal:

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

(...)III - a dignidade da pessoa humana;

Percebe-se, assim, que a dignidade da pessoa humana é o princípio norteador do Direito Brasileiro, pilar central de nosso ordenamento jurídico. Não deve haver nenhuma objeção a esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade. (ANDRADE M.M., 2014, p. 04). Desta forma também destaca Ferraz:

Prevê o artigo 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo observado como um princípio máximo do Direito moderno e considerado pelos doutrinadores como o “ponto de partida do novo direito de família brasileiro”. (FERRAZ, 2010, p. 06)

A Constituição vigente elenca uma série de direitos individuais e sociais, expostos em um rol taxativo, com a intenção de garantir a dignidade de todos. Isso se apresenta como forma de compromisso, para que se assegure o afeto, que nesse caso é o primeiro que assegura tal aspecto, mesmo que não haja a expressa menção. Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. (PEREIRA, 2012, p. 05)

Outro artigo que deve ser lembrado é o art. 226, onde temos a família como base da sociedade, e onde o Estado se apresenta como protetor especial dela, e o art. 230, onde à luz dos princípios da solidariedade e da proteção, 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 garantindo-lhes direito à vida. (LENZA, 2011, p. 1102)

Sobre o art. 230, versa Maria Berenice:

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo direito à vida (CF 230). (BERENICE, 2013, p. 71)

O Princípio da Afetividade, também pode ser elencado nesse contexto, tal tema será tratado com mais detalhamento posteriormente, o que pode ser destacado no contexto da Constituição Federal, exprime a vontade do legislador de interligar princípios de uma forma coerente, retratando a união do princípio da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, para garantir a efetiva proteção não só a figura do idoso e da criança, mas da família como um todo.

Decerto o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil. (SOUSA,2008, p. 02)

De fato, o princípio da efetividade é refletido na família, onde ocorre a principal manifestação do afeto, é um elemento primordial para construção da família, por esse motivo deve ser consequência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A afetividade é uma atividade psíquica básica, é a vida emocional do ser humano. É contínua no tempo: não pode deixar de sentir afetos e possuir predicados : valorização polar (amor, ódio, alegria e tristeza, etc.); é subjetiva; é atemática, isto é, não tem objeto – um indivíduo pode sentir alegria por motivos completamente diferentes de outro. (GOMES; et al., 1998, p. 11)

Em grande parte, o vínculo da afetividade apresenta uma ideia de relações que são eternas, vínculos que nunca irão se dissolver, o que sabe-se que não é tão concretizado assim na prática do direito de família. Efetivamente, assim como a obrigação alimentar, o dever de cuidado do idoso é algo que não deveria ser cobrado, mas sim arraigado culturalmente em cada indivíduo, sem sequer a necessidade de ser confrontada a norma com os problemas enfrentados na sociedade atual.

1.3.2. O Código Civil

Em se tratando do Código Civil de 2002, há quatro artigos que devem ser destacados, não sobre o tema específico do abandono afetivo, que conforme já foi abordado, não há previsão legal, mas em relação à responsabilidade civil e a obrigação que concerne os pais e filhos e vice versa.

O primeiro artigo a ser destacado é o princípio norteador de toda doutrina de responsabilidade civil, segundo Stolze, ao consultar o art. 186 do Código Civil (art. 159, CC-16), base fundamental da responsabilidade civil, consagradora do princípio

de que *a ninguém é dado causar prejuízo a outrem* (neminem laedere), observa-se que:

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. (STOLZE, 2012, p. 74)

Conforme exposto expressamente no artigo 186, trata da indenização devida por ato ilícito, ainda que o dano seja somente moral, segundo Stolze e Rodolfo Pamplona, nada mais fez esse artigo, do que explicitar determinações constitucionais que já respaldavam a autonomia do dano moral. Como exemplo do art. 186 do Código Civil:

Se uma pessoa, dolosa ou culposamente, causar prejuízo a outrem, fica obrigada a reparar o dano. Ou seja, se TICIO, dirigindo imprudentemente, atinge o veículo de CAIO, o interesse jurídico patrimonial deste último restou violado, por força do ato ilícito cometido pelo primeiro, que deverá indenizá-lo espontânea ou coercitivamente (pela via judicial). (STOLZE, 2012, p. 46)

Posteriormente, apresenta-se o exemplo do artigo 927 do presente estatuto civilista, onde versa: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), adequando, de forma expressa, a legislação civil ao novo perfil constitucional, reconhece expressamente, em seu art. 186, o instituto do dano moral e, conseqüentemente, por força do art. 927, a sua reparabilidade. (STOLZE, 2012, p.123)

Posteriormente, seguindo o caminho já traçado pelo artigo 927, surge a necessidade de medir-se a extensão do dano. Tema bastante polêmico nesse tema de Abandono Afetivo, tendo em vista que a valoração do afeto é algo discutido frequentemente entre legistas e doutrinadores. Na Jornada de Direito Civil, realizada pelo Superior Tribunal de Justiça em Setembro de 2001 em Brasília, o Doutrinador Adalberto Pasqualoto apresentou o seguinte enunciado aprovado por unanimidade segundo Stolze:

“Enunciado 38 — A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927, do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.” (STOLZE, 2012, p.217)

Todos os artigos mencionados agem no tema apenas como um complemento para a obrigação e o dever de cuidado dos filhos om os pais, na proteção do bem da vida, seja refletido no direito ao convívio em família, bem como na ausência deste, a

cobrança de prestação alimentícia, como ocorre na relação inversa – ou a normal – dos pais para com os filhos, conforme o artigo 1696:

Art. 1696, CC - O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. (Código Civil Brasileiro de 2002)

Possivelmente, o Código Civil de 2002 se viu complementado no ano seguinte – 2003- no que discerne à proteção do idoso. De fato, o código não apresenta diretamente nenhum mecanismo jurídico que proteja a terceira idade do abandono ao longo dos anos, ou da falta de responsabilidade que sofrem pelos seus responsáveis, porém, o simples fato de expressar e incluir nas jurisprudências o uso da reparação civil como forma punitiva e de garantir a proteção do idoso.

1.3.3 O Estatuto do Idoso e a Política Nacional do Idoso

O Idoso no ordenamento jurídico brasileiro é tema que vem sendo tratado com mais cuidado a partir da sanção da Lei nº 10.741, 01 de outubro de 2003, o chamado Estatuto do Idoso. Representando um grande avanço para os direitos dos idosos, a referida lei se divide em sete títulos, que versam sobre garantias e direitos fundamentais dos maiores de 60 anos, incluindo os direitos à Liberdade, Respeito e Dignidade, Saúde, Habitação, Transporte, Proteção, Atendimento, Acesso à Justiça, Crimes, e o que também chama atenção ao presente trabalho, Direito à Alimentação. (ARGOLO e FURTADO, 2013, p. 02)

O Estatuto vem construindo um conjunto de normas, mais morais do que legislativas, que já deveria estar implícitas na educação de cada um de nós, mas que o Legislador devido as circunstâncias resolveu prever legalmente.

O Estatuto do Idoso constitui-se em um microssistema e consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos. Os maiores de 65 anos são merecedores de cuidados mais significativos. Não se trata de um conjunto de regras em caráter programático, pois são normas definidoras de direitos e garantias fundamentais de aplicação imediata (CF 5º § 1º).” (BERENICE, 2013, p. 71)

O artigo 3º do Estatuto também confirma essa relação, quando trata das garantias ao idoso, estas que mesmo anteriormente expressas na Constituição foram reforçadas no texto legal. Há de se chamar atenção ao direito da Assistência Afetiva, que elenca como “responsáveis” pelo idoso :

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (Lei nº 10.741 de outubro de 2003, Estatuto do Idoso.)

O Estatuto assim como a Constituição Federal, aponta a instituição da família como principal responsável pelo Idoso, sendo necessário uma ação conjunta com o Estado, no objetivo de um acompanhamento mais cuidadoso, preservando assim todas as garantias oferecidas. Asseguram-se assim:

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

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; (Lei nº 10.741 de outubro de 2003, Estatuto do Idoso.)

O Estatuto visa nesses incisos, possibilitar uma viabilização maior da convivência dos idosos com as novas gerações, a exemplos dos avós com os netos, além de complementar no seu inciso V, a preferencia do dever de cuidado da família, em preferencia as instituições asilares, que são alternativas para as famílias que por vezes não podem cuidar dos idosos. De fato, é importante ressaltar, que mesmo que haja a opção da institucionalização, a família nunca estará isenta da responsabilidade de cuidar dos idosos, podendo ser garantidos tais incisos com o dever de visita até mesmo nos asilos. A análise acerca dos idosos nesse sentido, traz consigo uma ideia de hipossuficiência, onde conforme mencionado anteriormente necessita de proteção de tais ramos do direito brasileiro.

Prevendo-se danos na esfera moral e emocional, os anciões com o instituto do abandono afetivo inverso, podem buscar reparação, tendo em vista que os requisitos necessários para a concretização do ajuizamento de ações de indenização por dano moral são preenchidos. Tais aspectos serão analisados posteriormente, trazendo para o presente trabalho a utilização da Responsabilização Civil e a valoração do afeto.

2. VALORAÇÃO DO AFETO, DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Responsabilidade Civil : Breves Considerações

Primeiramente, há de se considerar a correta conceituação de Responsabilidade Civil acerca desse tema. Trata-se da aplicação de medidas que buscam e acima de tudo, obrigam, uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de um ato que ela mesma praticou, ou que pessoas que ela responde praticaram. Trata-se de uma atividade recíproca, onde ao passo que tutela a atividade do homem que age em conformidade com a lei, reprime aquele que não age, demonstrando uma dupla atividade jurídico-social. (CAVALIERE, 2012, p.01)

Historicamente, a ideia de responsabilidade, parte da constituição de um ser garantidor de algo, onde desde o direito romano assegura as atividades de valor jurídico, por vezes protegendo, por vezes equilibrando e ainda, firmando a obrigação de se reparar quaisquer danos, segundo esclarece Lilian Ponchio e Alexandre Alliprandino ao tratar da responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos:

“A palavra "responsabilidade" vem do verbo latino *respondere*, que indica o fato de alguém ter se constituído garantidor de alguma coisa. Contém ainda sua origem na raiz latina *spondeo*, maneira pela qual o devedor se vinculava nos contratos verbais no direito romano. Responsabilidade transmite a ideia de "restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano.” (SILVA, et al., 2012, p. 02)

O grande desafio nesse sentido, é o de aplicar a ideia que anteriormente tratava de contratos verbais ou de relações jurídicas expressamente financeiras ou derivadas de algum negócio jurídico, às necessidades pessoais e ainda familiares da nossa sociedade. De fato, ainda há uma tímida relação entre ambos os institutos, desprotegendo os sujeitos vulneráveis das relações entre o direito de família, comprovando que apesar dos esforços legislativos, em casos práticos e não raros, a figura dos pais idosos abandonados é frequente, onde há ausência de assistência material e, principalmente, a imaterial afetiva. (SILVA, et al., 2012, p. 04)

2.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

É de praxe na doutrina, a conceituação da Responsabilidade Civil embasada em alguns principais pressupostos com constituem e integram tal instituto jurídico. Em consonância com artigo 186, do Código Civil Brasileiro vigente, temos que: “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”.

Onde, segundo o doutrinador Pablo Stolze, destacam-se os principais aspectos para caracterização da responsabilização civil.

Analisando este dispositivo — mais preciso do que o correspondente da lei anterior, que não fazia expressa menção ao dano moral — podemos extrair os seguintes *elementos* ou *pressupostos gerais* da responsabilidade civil:

- a) conduta humana (positiva ou negativa);
- b) dano ou prejuízo;
- c) o nexo de causalidade. (STOLZE, 2012, p. 74)

Para que haja caracterização e possibilidade de Indenização devem ser seguidos tais pressupostos, que são difíceis de encontrar claros no âmbito do Direito de Família, este é o maior desafio em se tratando da utilização do Abandono Afetivo no nosso atual ordenamento.

2.2.1 Conduta

Caracteriza-se por conduta, todo comportamento humano voluntário onde através de ação ou omissão exterioriza-se a um terceiro. Inicialmente, é importante tratar do primeiro pressuposto da Responsabilidade Civil como uma verdadeira conduta culposa, e não apenas como a culpa isolada. O que é relevante nessa relação não é a culpa como elemento unitário, mas sim a conduta humana e a sua exteriorização, pautada nesse caso integrando como aspecto indispensável para o dano causado a outrem, ensejando o dever de reparação. (CAVALIERI, 2012, p. 24 e 25)

A principal questão é caracterizar se o comportamento do agente que age voluntariamente embasa-se numa ação ou numa omissão, seja ela culposa ou dolosa. O que as diferencia, são aspectos tratados pela doutrina justamente pela vontade ou não de ter o resultado final.

Inicialmente, a conduta é o comportamento voluntário do agente, caracterizado por uma ação ou omissão, dolosa ou culposa, dirigida a uma finalidade e apta a produzir resultados na órbita jurídica. Sendo assim, a conduta marcada por uma ação é a conduta comissiva, positiva, ou seja, quando há uma mobilização do agente, em termos práticos, para a efetivação de um resultado pretendido, enquanto que a conduta omissiva é justamente marcada pelo não agir, tornando-se relevante juridicamente quando o indivíduo se exime de agir em uma situação em que deveria agir ou atenuar os efeitos do ato danoso. (SILVA, 2014, p. 03)

Alguns doutrinadores tratam também da conduta como positiva ou negativa, onde também partindo dos princípios supramencionados, a primeira caracteriza-se

pela efetiva ação do agente em alcançar o resultado pretendido, enquanto na segunda, o ato ilícito existe quando deixa-se de agir, ou fazer algo que necessariamente evitaria o dano. (SILVA, at al., 2012, p. 02)

Em seu estudo, a autora Eveline de Amorim concluiu que a conduta é não só elemento essencial da Responsabilidade Civil, bem como é primordial ao Ordenamento Jurídico.

“A responsabilidade civil está atrelada à conduta, o ser humano tem capacidade da conduta devido a sua capacidade de determinação. Logo, a ação é consciente, própria do ser humano, direcionada para uma finalidade, que compõe objeto da ética e do Direito.” (BRITO, 2011, p.15)

Trazendo uma ponte para o tema, no Abandono Afetivo Inverso cabe a aplicação da conduta tendo em vista a omissão do filho em prestar os devidos deveres legais de cuidado, atenção e afeto. Mesmo que não haja a intenção do seu descendente em abandona-lo, o idoso tem total direito de cobrar uma indenização, baseando-se na conduta inadequada de seu progênito. De fato, a omissão nesse sentido é o aspecto mais claro e evidente nesse caso para a adequação da responsabilização, o fato do idoso estar abandonado, mal tratado e por vezes passar até necessidades, enseja sem dúvida o elemento da conduta omissiva.

2.2.2 Nexo Causal

A figura do Nexo de Causalidade no ordenamento trata do liame entre o fato ilícito ocorrido e o dano recorrente dele. É o elo que interliga os dois pressupostos, sendo de extrema necessidade para dar sentido à responsabilização.

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço. (LOPES, 2001, p. 218)

Apesar da existência doutrinária de três correntes quanto a aplicação do nexos causal (sendo elas: Teoria da Equivalência de Condições, a Teoria da Causalidade Adequada e por fim, a Teoria da Causalidade Direta ou Imediata), o Direito Civil Brasileiro ainda diverge quanto a que mais lhe favorece quanto à doutrina.

De um lado, temos uma respeitável parcela que defende a Teoria da Causalidade Adequada, em que consiste na caracterização do nexos causal por toda e qualquer condição que haja contribuído para o efetivo resultado, sendo assim sustentado pela Teoria da Equivalência das Condições, a doutrina nesse caso entente que se não fosse a existência de cada condição preexistente ao dano, o próprio não ocorreria. Ocorre como exemplo conforme Stolze leciona:

E é o próprio Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citando ANTUNES VARELA, quem exemplifica:
“se alguém retém ilícitamente uma pessoa que se apressava para tomar certo avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, em abstrato, não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não se teria dado se não fora o ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida”. (VARELA apud STOLZE, 2012, p.154 e 158)

Tal teoria é a adotada por Sérgio Cavalieri Filho, que trata em seu livro sobre a definição do Nexos Causal como uma questão tormentosa, mas de extrema necessidade para a configuração do instituto, demonstrando segundo ele, uma omissão do Código Civil, limitando-se apenas por repetir o significado em seu texto legal para o art. 403, do seu antecessor – art.1060 CC de 1916-. (CAVALIERI, 2012, p. 23)

A outra parcela doutrinária versa adotando a Teoria da causalidade direta ou imediata (teoria da interrupção do nexos causal), na vertente da causalidade necessária, defendida pelo próprio Stolze, consistindo na análise do também artigo 403 CC/2002: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, também seguindo a mesma vertente, afirma que:

“Das várias teorias sobre o nexos causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária”. (GONÇALVES, 2012, p.524)

No que diz respeito ao nexo de causalidade do abandono afetivo inverso, se torna necessária uma análise comportamental no caso concreto. Os idosos, caracterizados pelo direito brasileiro como relativamente incapazes, precisam obviamente de atenção e esforço por parte dos membros para que se assegurem a eles cuidados necessários que com o avançar da idade são imprescindíveis, negar tais direitos a eles, seria criar uma ponte entre o dano emocional presente na dor do abandono com os efeitos (sejam eles de esfera psicológica, moral ou física) que essa omissão causaria. Portanto, encontra-se presente também no abandono afetivo inverso o nexo causal entre a omissão e os possíveis danos a depender do caso concreto.

2.2.3 Dano

O terceiro elemento da Responsabilidade Civil, também é o que põe fim ao acontecimento ilícito, o dano. A partir desse descumprimento de uma obrigação, seja ela contratual ou extracontratual, é necessária a reparação de tal dano. (BRITO, 2011, p.02)

Esses danos estão relacionados diretamente aos direitos da personalidade, ou seja, diz respeito de forma mais próxima ao valor fundamental da dignidade humana. Embora não tenha teor econômico, possuem um valor e merece tutela do direito. Ainda que não se possa dizer propriamente em indenização, podemos colocar como compensação da vítima em caso de lesão ou simplesmente reparação. (BRITO, 2011, p.04)

Doutrinariamente, partem desses instituto duas principais espécies : O Dano Moral e o Dano Patrimonial. Tratam-se de principais tendo em vista que a doutrina atualmente, aceita e aplica outras formas de dano em casos concretos, à exemplo do Dano Estético.

Há duas espécies de dano: patrimonial e moral. (...) O dano moral compreende a lesão aos direitos da personalidade. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, "Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens que integram os bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. (SILVA, at al., 2012, p. 02)

Em se tratando do Direito de Família, e tendo como pressuposto as relações paterno-filiais, observa-se corriqueiramente o dano moral como figura mais presente, tendo em vista que em tais relações não há um prejuízo ou lesão de bens patrimoniais, mas sim uma violação à dignidade humana, sendo ela um principio constitucional já tratado anteriormente. O que ocorre, são lesões à dignidade em que

o indivíduo empunhando o constrangimento, a humilhação, a mágoa e a ofensa atinge um familiar, causando-o toda uma situação em que o indivíduo exposto e indefeso não encontra saída, sequer, recorrer ao judiciário. É o que ocorre nos casos de Abandono Afetivo, onde nem sempre o sujeito ativo precisa praticar alguma ação para assegurar o dano, a própria omissão já caracteriza um abandono. (MORAES, 2009, p. 132).

O Dano nesse caso é o aspecto mais difícil de se caracterizar, tendo em vista que nem sempre ele se apresenta tão aparente no indivíduo. No caso dos idosos, ainda que não haja agressão – elemento melhor tratado na esfera do Direito Penal -, pode se observar sinais aparentes dos danos causados pelo abandono. A própria depressão, falta de apetite e desinteresse pelos acontecimentos do cotidiano, são presentes em idosos institucionalizados que não recebem apoio emocional da família. Tudo isso é resultado de anos de abandono, de maus tratos e de falta de assistência física e emocional.

2.3 Responsabilidade Civil Subjetiva e o Dano moral

Conforme já mencionado anteriormente a base da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro encontra-se na teoria da Responsabilidade Civil Subjetiva, onde a culpa do agente é analisada com base em três aspectos: O da negligência, imprudência e imperícia. No primeiro, o agente se porta deixando de agir ou deixa de fazer algo que deveria; No segundo aspecto, o agente age, mas de uma forma imoderada, sem tomar os cuidados necessários para que não houvesse o dano; E por fim, no terceiro aspecto, há uma falta de habilidade técnica para que o agente pudesse agir de forma satisfatória e sem provocar o dano. (BRITO, 2011, p.03)

Responsabilidade Civil Subjetiva é conceituada em suma, como o dano causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, sendo por intermédio dele, de pessoa por quem ele responde, de fato, coisa ou animal que ele mantiver guarda. Sendo assim, fundamenta-se na teoria da culpa para que haja assim o direito de indenizar. (KARAM, 2011, p. 35)

Subdivide-se doutrinariamente a Responsabilidade Subjetiva em dois parâmetros, um voltado para o interesse privado, e o outro, buscando proteger algum bem jurídico.

Interessa-nos neste estudo a Responsabilidade Civil Extracontratual Subjetiva, no sentido de que, a Responsabilidade é eminentemente civil por tratar de interesses da esfera privada; extracontratual em virtude da lesão ao bem jurídico advir de uma infringência da lei ou mesmo da ordem jurídica, além de ser uma responsabilidade subjetiva por ter como elemento definidor a culpa do agente com previsão explícita nos artigos 186 e 927 do Código Civil. (SILVA, 2014, p.02)

Tal Responsabilidade, subsiste como regra, mesmo que prevendo casos onde há necessidade para onde sem o prejuízo de tal doutrina, adota-se a responsabilidade objetiva, deixando claro que uma não substitui ou anula a outra, ficando uma circunscrita aos limites da outra. (GONÇALVES, 2012, p. 42)

O abandono afetivo inverso utiliza-se então da Responsabilidade Civil Subjetiva, sendo o ente familiar responsável pela tutela do idoso e em se tratando daquele que tendo agido com imprudência, imperícia e negligência causou um dano ao ancião. De fato, a negligência é o aspecto mais presente em tais relações, deixando o indivíduo de agir de forma presente conforme deveria.

2.4 Valoração do Afeto no Direito Brasileiro na Responsabilidade Civil

A grande questão que deve ser discutida com prioridade nesse sentido, encontra-se no valor do sentimento, o grande desafio desde o princípio para o Direito de Família fundou-se da ideia do Direito como um todo, atingir as relações familiares e todas as suas peculiares. Quando a aplicação de tais direitos remetem-se para a atribuição de valores às obrigações que deveriam ser apenas de cunho sentimental e social, o desafio se torna indiscutivelmente maior. Socialmente, é difícil encontrar no financeiro o acolhimento que no sentimental não foi dado, mas como carácter punitivo e preventivo, tais medidas vêm sendo tomadas tendo como exemplo a prestação pecuniária da pensão alimentícia. De fato, o afeto não pode ser substituído, mas o dano e a lesão do dever de cuidado deve ser no mínimo substituída.

Acredita-se que não é a ausência do amor e do afeto o fundamento do dano moral nas relações de família, uma vez que ninguém é obrigado a amar ninguém, mas a responsabilidade do Estado é ter de tratar das condutas ilícitas capazes de ofender o psicológico e a moral do indivíduo. (BRITO, 2011, p.05)

Haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro conta com ampla legislação, não só na proteção da família como um todo, mas também nas relações em que

dizem respeito aos sujeitos mais indefesos, como os idosos e as crianças, assistidos tanto na seara constitucional como na infraconstitucional. (BRITO, 2011, p.08)

Inicialmente, deve-se levar em consideração que o Direito de Família possui princípios intimamente ligados com à dignidade da pessoa humana, exaustivamente já exposta ao decorrer desses capítulos, a lesão ao princípio gera traumas por vezes irreparáveis.

Há de se observarem os princípios que regem o Direito de Família, como também questões como a dignidade humana, a personalidade e os traumas experimentados pelo indivíduo, a atmosfera familiar como um todo, as relações entre as entidades familiares e, principalmente, a pessoa dos filhos que são mais carentes de cuidado por estarem em processo de formação. (SILVA, 2014, p.02)

Daí surge mais uma necessidade da indenização, uma reparação justa, fundada em lei para proteger não só as crianças que sofrem com o abandono afetivo, bem como com o idoso: “O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo encontra, por isso, os seus elementos constitutivos na funcionalização das entidades familiares, que devem tender à realização da personalidade de seus membros (...)” (SILVA, 2014, p.02)

Nesse sentido, para que seja um instituto válido para nosso ordenamento jurídico vigente, se faz necessária a junção do valor presente no afeto em caso concreto e em seus demais danos, com o valor pecuniário que pode ser agregado ao dano moral. Recentes julgados que serão tratados posteriormente, apresentam valores relativamente altos no que concerne ao Abandono Afetivo comum, para que se iniba o uso desenfreado de tal instituto, a análise deve ser minuciosa, evitando assim um valor financeiro ao sentimento.

2.5 Indenização por Dano Moral no Direito de Família

Conceitua-se por Dano Moral, aquele que não tem carácter patrimonial, caracterizando-se assim, por todos os chamados Danos Imateriais, é nessa classificação que no âmbito do Direito de Família, o Abandono Afetivo se insere, uma vez que tais danos estão intimamente interligados ao valor fundamental da dignidade. (BRITO, 2011, p.15)

De fato, o que desafia o Judiciário e o Legislativo em tal ponto, é a relação da Indenização na matéria de família, o que destaca em sua obra:

O que é imprescindível salientar é que no âmbito do Direito de Família a Responsabilidade Civil ganha outras dimensões além das

clássicas já esposadas pela doutrina mais selecionada, pois em matéria de família as questões a serem dirimidas são muito específicas e inestimáveis. (SILVA, 2014, p. 02)

A grande problemática da reparação de dano moral nas relações afetivas e de família encontra-se no reconhecimento de que são muitas as resistências diante da ideia de responsabilidade civil no recinto das relações de família, mas que aos poucos estão diminuindo, por causa da dignidade da pessoa humana que esta na essência da personalidade que deve ser preservada em várias esferas dos relacionamentos interpessoais e principalmente da família.” (BRITO, 2011, p.05)

Há casos em que a doutrina levanta inclusive problemas que levariam as relações e os laços familiares ao campo estritamente financeiros, o que restringiria o dever de cuidado apenas à pecúnia. Acredita-se que o valor arbitrado possivelmente pelo juiz nas indenizações motivadas pelas relações familiares, são em sua maioria de carácter preventivo e punitivo pela ausência e pelos anos em que o indivíduo não participou efetivamente da vida do sujeito passivo, onde sequer o contato com eles foi ofertado.

(...) A prática da responsabilidade civil nas relações de direito de família não busca a obtenção de vantagens econômicas por parte da vítima, pois isso somente contribuiria para a desagregação desta instituição, sendo inadmissível que a família se resumisse a vínculos monetários. Ao contrário disso, o que se procura é uma profunda análise, dentro da lei vigente em nosso país, da utilização de mecanismos que vedem os abusos praticados por aqueles que, acreditando não existir qualquer sanção, violam os direitos mais fundamentais de pessoas que deles deveriam receber amparo. (NAGEL e MAGNUS, 2013, p. 36)

Ocorre que nas relações familiares há uma ligação direta ao aspecto da dignidade de seus membros, especialmente no que se diz respeito ao crescimento das crianças em condições dignas e ao envelhecimento de maneira sadia e amparada seja afetivamente ou psicologicamente, devido a isso, os papéis exercidos nessas ligações devem estar na lista da responsabilidade e da solidariedade, e os genitores e descendentes ao assumir estes compromissos devem não só assumir a responsabilidade, bem como atrelar suas vidas às de seus descendentes ou ascendentes. (BRITO, 2011, p.06)

O caso da Indenização encontra mais desafios ainda ao partir para o amparo dos pais idosos para com os filhos, a velhice já é um desafio enfrentado dia a dia por milhões de idosos em nossa sociedade, a ausência seja material ou imaterial por

aqueles aos quais os pais se dedicaram a vida todo a cuidar, não é um aspecto positivo nesse desafio diário.

Os filhos têm a obrigação de amparar seus pais na velhice, seja material, seja imaterialmente. Ainda que os pais tenham condições econômicas e financeiras de sobreviverem, subsiste o dever dos filhos nas prestação de ordem afetiva, moral, psíquica. (SILVA, at al., 2012, p. 08)

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais, são demasiados os prejuízos que os anciões apresentam nessa fase, e o agravamento dessa situação de isolamento social ocorrer comumente nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação dos jovens para com os idosos tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. De fato, é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, o que busca o instituto da indenização por Abandono Afetivo nesse ponto é o de ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado. (NAGEL e MAGNUS, 2013, p. 38)

Conclui-se nesse caso, que obrigar os progênitos ou qualquer ente familiar que obtenha a tutela do idoso à amar os pais, é no mínimo inviável. O que se busca com o instituto é a simples prevenção do abandono. O ser humano tem como um de seus maiores defeitos – bem como um de suas maiores virtudes - a ambição de sempre se superar, a sociedade vigente apresenta dia após dia novos desafios a serem superados, e por vezes, a família é deixada de lado para que se alcance objetivos. O abandono afetivo inverso tem o escopo jurídico de alertar e prevenir o abandono, que infelizmente se faz necessário tal aviso.

Após tratar das possibilidades jurídicas e da utilização da Responsabilidade Civil, se faz necessário demonstrar em casos concretos a aplicação e a analogia a ser utilizada entre o Abandono Afetivo comum e o Inverso.

3. TEORIA DO DESAMOR : ABANDONO AFETIVO

3.1 Do Abandono Afetivo no Direito Brasileiro

Alguns julgados têm acolhido a pretensão de filhos que se dizem abandonados ou rejeitados pelos pais, sofrendo transtornos psíquicos em razão da falta de carinho e de afeto na infância e na juventude. Não basta pagar a pensão alimentícia e fornecer os meios de subsistência dos filhos. Queixam-se estes do descaso, da indiferença e da rejeição dos pais, tendo alguns obtido o reconhecimento judicial do direito à indenização como compensação pelos danos morais, ao fundamento de que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, devendo o descaso entre pais e filhos ser punido severamente por constituir abandono moral grave. (GONÇALVEZ, 2012, p. 347)

O Abandono Imaterial já está previsto no Estatuto do Idoso, o que vem ocorrendo em diversos tribunais ao entorno de nosso país, apenas é reflexo de uma lei que visa a proteção de tais direitos, e mais um mecanismo de defesa para os idosos, que vêm na Indenização pecuniária uma forma de prevenção para tal abuso e abandono, onde mesmo que não haja o direito de se cobrar o amor de alguém, que ao menos se assegure o dever de cuidado. Prosperidade financeira ou enriquecimento repentino não são coisas almejadas em tal idade, o que se busca apenas é um envelhecimento saudável, com toda assistência necessária. É tema deixado claro nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao tratar da responsabilização dos filhos no abandono afetivo: “A ideia central das relações de direito de família não é a patrimonialização, e, por isso, é fundamental que se imponham certos limites e pressupostos específicos ao dever de indenizar decorrente do abandono afetivo.” (HIRONAKA, 2006, p. 133).

A grande barreira que preocupa nossos tribunais na situação e na análise do abandono afetivo encontra-se na comercialização do afeto conforme já foi anteriormente abordado. A discussão que é revelada nesse contexto, está no grau de abandono, e na situação sob a qual o idoso vive, e nos danos que o mesmo sofreu com a separação de seus descendentes. Para tanto, a cautela na utilização da ação de indenização por danos morais por abandono afetivo é elemento indispensável. (NAGEL e MARCUS, 2013, p. 36)

É completamente compreensível que hajam outros obstáculos na utilização do instituto, assim como em qualquer ação de dano moral, onde o que se destaca é o sentimento envolto no evento casuístico, no abandono não é diferente, a dificuldade de valoração somente aumenta, quando o uso do amor, é o principal. Outra questão relevante a respeito do tema consiste na afirmação de que não se pode obrigar ninguém a amar outra pessoa, feita pelo Relator Desembargador Mazoni Ferreira (SANTA CATARINA, 2009):

O abandono afetivo do pai em relação ao filho não dá direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor, até porque, o laço sentimental é algo profundo que vai se desenvolvendo com o passar do tempo, e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências. Esse argumento não deve servir de respaldo para que o responsável se exonere pelo abandono afetivo cometido, *pois vai de encontro aos direitos básicos da criança, adolescentes e dos idosos*, os quais merecem uma atenção especial por parte da família, da sociedade e do Estado. (NAGEL e MARCUS, 2013, p.37)

A Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira do TJRJ destacou em 2009 todo o cuidado necessário em uma investida ação de danos morais sobre o tema: “Inicialmente é preciso salientar que a questão do abandono afetivo é matéria polêmica e controvertida, razão pela qual é preciso cautela e prudência na análise do caso concreto”. (KARAM, p. 58, 2011)

Ocorre que ao criar jurisprudência para o Abandono Afetivo, nosso judiciário criou precedentes para a utilização do Abandono Afetivo Inverso, incluindo os idosos e consolidando direitos que esse grupo já havia conquistado através do Estatuto do Idoso, Constituição e futuramente, com o advento do Projeto de Lei nº 2.464/2008.

3.2 Abandono Afetivo e o Projeto de Lei nº 2.464 de 2008

O referido projeto de lei, tem como seu escopo acrescentar um parágrafo ao art. 1.632 do nosso Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e ao art. 3º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Na opinião de Bezerra, entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material, mas também a necessidade de apoio, afeto e atenções mínimas indispensáveis ao adequado

desenvolvimento da personalidade dos filhos ou ao adequado respeito às pessoas de maior idade. (BEZERRA, 2008, pág. 02)

De fato, há socialmente uma comoção social bem mais explícita quando se trata de crianças que sofrem traumas devido ao abandono, o fato de terem uma vida toda pela frente e a idade de formação da criança são essenciais para a adaptação deles como indivíduo. O que não se pode deixar de lado é a gritante realidade em que idosos enfrentam o abandono, tal reciprocidade dessa relação é exposta por Marcelo Almeida em seu voto, mesmo por vezes se mostrando contrário, diante do mencionado projeto:

O mesmo raciocínio se aplica aos deveres dos filhos para com os pais idosos, que necessitam dos cuidados da família, em especial da prole, quando em idade avançada, conforme dispõe o art. 3º do Estatuto do Idoso. Se descumpridos esses deveres dos familiares de assegurar ao idoso a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, entre outros direitos que vão de encontro à proteção da dignidade do idoso, a descendentes podem também ser responsabilizados pelas omissões que configuram abandono. (ALMEIDA, 2013, pág. 04)

De certo, enseja-se mudança com o referido Projeto, por mais que existam mecanismos de proteção aos idosos na realidade social em que estamos, fica difícil vislumbrar a tamanha eficácia que seria necessária para abraçar tantos casos. Com a aprovação do Projeto é claro, haveria um significativo aumento das demandas processuais que buscariam a indenização, o que não se pode negar às vítimas que sofrem todos os dias pelo abandono é a legalização do instituto, pelo simples fato de que assim como surgirão demandas legítimas, também ocorreram ajuizamento de ações ilegítimas.

3.3 Análises atuais acerca do tema

Mesmo com o crescente número de ações motivadas pelo tema, o nosso sistema judiciário ainda não tem uma posição consolidada na aceitação ou revogação das ações cujo objetivo da lide é a indenização por abandono. Tanto nos casos relacionados às crianças quanto para os idosos, o caso é o mesmo, motivando inclusive o Projeto de Lei nº4294/2008 anteriormente mencionado onde trata o Deputado Carlos Bezerra da necessidade do chamado auxílio moral, consistente na obrigação de prestar apoio, afeto e mínimas atenções indispensáveis ao avançar da idade. (BEZERRA, 2013, pág. 01)

Atualmente tanto no Legislativo, quanto no Judiciário, as opiniões se dividem. De um lado, os que defendem o carácter punitivamente financeiro, preventivo e educativo do Abandono Afetivo. Do outro, os que temem por uma desvalorização do real sentido do afeto e uma drástica valoração financeira do mesmo. Há uma real preocupação de ambos os lados para que seja ou não aprovado o Projeto, ou até mesmo aplicado nos Tribunais do país.

3.3.1 Posicionamentos contrários ao dever de indenizar

A primeira corrente afirma que não pode haver reparação pecuniária por abandono afetivo, embasando-se no argumento de que ninguém é obrigado a amar ninguém, onde sentimentos de carinho e afeto deveriam ser conquistados dia após dia com a convivência e não por meio de imposição legal. Segundo consta no RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242, uma ação de indenização por abandono afetivo ajuizada pela filha Luciane Nunes de Oliveira Sousa em desfavor de seu pai Antonio Carlos Jamas dos Santos foi julgada de forma improcedente pelo Juiz sob o fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida. Mesmo após tal decisão, o recurso foi julgado pelo STJ de forma favorável a autora, garantindo-lhe compensação por danos morais em R\$ 415.000,00, segundo a Ementa.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HÁVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242-SP)

Ainda no estado de São Paulo, na Comarca de Dracena, ocorreu a apelação cível nº 0003535-74.2007.8.26.0168, que mesmo admitindo a dor do abandono não considera pecuniariamente ressarcível tal dano.

[...] não há valor no mundo capaz de reparar a dor íntima do abandono, especialmente da figura do pai, que deveria ser provedor não apenas material, mas de carinho e atenção.

Contudo, respeitados os sentimentos dos recorrentes, não há como imputar ao apelado a responsabilidade que lhe foi atribuída. Isso porque embora, ao contrário do afirmado pelo julgador de primeiro grau, possa haver, na espécie, dano (o sentimento de rejeição proveniente da figura paterna é muito forte e certamente produz inegável sofrimento) e nexos de causalidade entre ele e a conduta do réu (que deu mesmo odioso tratamento diferenciado aos autores em comparação com outros filhos), ainda falta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o terceiro pressuposto para seu reconhecimento, que é o **ato ilícito do agente**. (Apelação Cível nº 0003535-74.2007.8.26.0168)

Admite assim a Apelação que, mesmo com a realidade presente e mesmo com a conhecida necessidade, não há possibilidade de se 'monetizar as relações familiares'. O Judiciário nesse caso reconhece o dano, mas nega o nexo de causalidade que embasaria o Dano Moral na relação.

Assim, embora a atitude do réu em relação aos autores tenha sido mesmo absolutamente desprezível moralmente, não podem eles pretender indenização com base nela, já que, *repita-se*, não há ilicitude no campo jurídico que embase a pleiteada condenação pecuniária. Aceitar o contrário implicaria em monetizar as relações familiares, o que não se admite. (Apelação Cível nº 0003535-74.2007.8.26.0168)

Ainda sobre as negativas do Judiciário ao instituto, destaca-se o Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que em outubro de 2009, ocasião sobre a qual negaram provimento ao recurso, a Apelação Civil nº 1.0251.08.026141-4/001(1), que teve como relator o Desembargador Nilo Lacerda, conforme se segue:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - AUSÊNCIA.

A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização

V.V. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. VENCIDO O RELATOR.

Haja vista, de acordo com o artigo 186 do Código Civil, São, portanto, quatro os pressupostos do dever de indenizar: ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima, conforme segue:

Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Apelação Civil nº 1.0251.08.026141-4/001)

No Legislativo também houveram negativas ao instituto, o mais completo foi o já anteriormente mencionado voto do Deputado Marcelo Almeida, que também

seguiu o mesmo raciocínio, onde há um grande risco na sua utilização, por amor não se tratar de um dever e receber afeto não ser um direito. (ALMEIDA, 2013, pág. 02)

Fica claro nesse sentido, que o grande receio do Judiciário diante de tal instituto encontra-se principalmente na valoração do afeto e juridicamente, quanto a presença dos pressupostos necessários para que se enquadre a Responsabilização Civil para com o agente. De fato, se torna abstrato caracterizar tais aspectos, mas há de se ter em vista que a depender do caso concreto, tal análise se torna bem simples, não podendo, assim, negar à vítima o direito de reparação.

3.3.2 Posicionamentos favoráveis ao dever de indenizar

A segunda corrente defende que existe uma obrigação jurídica de prestar auxílio imaterial, como convivência familiar, amparo, este sim, amparado juridicamente, gerando, portanto indenização por danos morais no caso de abandono afetivo. Madaleno (2006, p. 166), afirma que decisões que tratam de responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo, ao contrário do que se pensa e principalmente do que vem sendo difundido nas decisões que negam o direito de indenizar, não condenam a reparação da falta de amor, ou o desamor, atitudes que visivelmente causam danos, e sim, penalizam a violação dos deveres morais pertencentes nos direitos embasados na formação da personalidade do filho rejeitado. (NAGEL e MARCUS, 2013, p.35)

Para a propositura da ação de danos morais por abandono afetivo do idoso, o dano deverá ser evidente, comprovando-se a inexistência do afeto, sentimento este que deveria fazer parte das relações familiares, tendo em vista que se o responsável pelo abandono afetivo praticado se preocupasse com o bem-estar, bem como com a integridade física e psíquica do abandonado, com certeza não agiria dessa forma, e, provavelmente, a situação não chegaria a tal ponto. (NAGEL e MARCUS, 2013, p.35)

A já mencionada Ministra Nancy Andriahi, quando Relatora do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP, tratou em seu voto primeiramente da possibilidade de existência do dano moral nas relações familiares. O tema foi abordado, justamente para que rebatesse a questão da valoração do afeto, argumento bastante utilizado pelos legisladores e doutrinadores que se mostram contrários ao Abandono Afetivo, e que defendem que em casos concretos cuja vítima é criança, que apenas a perda

do poder pátrio, já tem carácter punitivo favorável para o acusado. Em defesa do dano moral no Direito de Família, versa Nancy:

Assim, a questão – que nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Ainda que exaustivamente se fale, o principal posicionamento favorável ao tema, esta no Projeto de Lei de Carlos Bezerra na esfera Legislativa, na esfera Judiciária e no próprio voto da Ministra trata ainda da total possibilidade de indenização conforme se segue:

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. (...).

Diante de tal Ementa, cabe destacar os vários argumentos utilizados a fim de garantir, mesmo que parcialmente, a utilização da Indenização motivada pelo Abandono Afetivo.

(...)

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Primeiramente, o Direito de Família e a Responsabilidade Civil não apresentam qualquer restrição legal para sua utilização, tendo em vista que o Princípio atualmente norteador do mencionado ramo é o da Afetividade. Não faria sentido nesse aspecto que condutas que firam esse princípio sejam ignoradas.

(...)

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

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um

núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. (...)

O que de fato ocorre quando se consuma o abandono afetivo, é a violação de um dever constitucional prevista no artigo 229, em se tratando da responsabilidade dos pais para com os filhos e na relação de filhos para com os pais a violação do dever de cuidado previsto no Estatuto do Idoso. Analogicamente, cabem destacar que a Obrigação de Prestação Alimentícia já é hoje amplamente aplicada em ambas às relações, tendo em vista que assim como a criança, o idoso também a depender do caso ser o sujeito hipossuficiente nessa relação.

Seguindo o voto da relatora do caso Ministra Nancy, há de se destacar um trecho pertinente do voto do Ministro Sidnei Beneti, que trata da real possibilidade social e jurídica para a aplicação do tema.

Assim, em princípio, é possível a indenização por dano moral, decorrente do abandono de filho, agravado por tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, não importando seja, o filho lesado, havido em virtude de relacionamento genésico fora do casamento, antes ou depois deste, nem importando seja o reconhecimento voluntário ou judicial, porque a lei não admite a distinção, pelos genitores, entre as espécies de filhos – naturais ou reconhecidos. (BENETI, Recurso Especial nº 1.159.242-9 – SP, pág. 02)

Diante de tais argumentos, conforme trata a própria Relatora do caso, o nosso sistema jurídico permite a aplicação quando se faça necessário de institutos que possam satisfazer a demanda da vítima, deste fato ainda que não regulamentado legalmente com o Projeto que prevê o Abandono Afetivo (Inverso), pode sim o Judiciário analisando os casos concretos, garantir ao indivíduo uma indenização pelo tempo em que lhe foi privado o convívio de sua família, bem como todo o tempo em que não lhe foi devidamente prestado o dever de cuidado e afeto.

3.3.3 Aplicação analógica do Abandono Afetivo e Abandono Afetivo Inverso

Em conforme com o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto Lei 4657/42, a aplicação da analogia no Direito Civil e Processual Civil é plenamente possível, sustentando assim a possível aplicação do Abandono Afetivo não apenas

para as crianças, mas também para os idosos. Conceitua-se como Analogia, o fato do juiz utilizar-se de solução de determinado caso concreto, em um mecanismo que não está diretamente ligado à um dispositivo legal, mas sim, de um dispositivo legal relativo a caso semelhante. (GONÇALVES, 2011. Pág. 72)

Doutrinariamente, permite-se a aplicação da analogia pelo Magistrado, permitindo que enquanto o Projeto de Lei nº 2.464 de 2008 não seja aprovado, que nos casos concretos de idosos que se enquadrem no instituto, já possam ser resguardados e ressarcidos mediante os recentes e ainda tímidos julgados acerca do tema. Versa o art. 4º da LINDB: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Para que se possa aplicar a Analogia se faz necessária à presença de três requisitos, conforme conceitua Carlos Roberto Gonçalves:

- a) inexistência de dispositivo legal prevendo e disciplinando a hipótese do caso concreto; b) semelhança entre a relação não contemplada e outra regulada na lei; c) identidade de fundamentos lógicos e jurídicos no ponto comum às duas situações. (GONÇALVES, 2011, pág. 72)

De fato, é completamente possível comparar a hipossuficiência aparente infantil com a senil, e com todos os agravantes da idade fica clara a relação da dor da perda e do abandono com o avançar da idade. Por vezes, é até mais simples encontrar o nexos causal para com o dano nas relações de Abandono Afetivo Inverso, do que mesmo quando a vítima é criança. Torna-se mais fácil observar o Dano Emocional aparente no momento de dor que o idoso vive, do que aquele escondido através do tempo, em que o indivíduo somente cobra dos pais o dano na fase adulta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se assim que é de fato válida a discussão dos temas Abandono Afetivo e do Abandono Afetivo Inverso. Legislativamente e Judicialmente falando, são necessárias mudanças para que haja uma atuação melhor e maior afim de resguardar nas relações familiares às crianças que são privadas do convívio de seus pais, e pior, idosos que são por vezes privados do convívio de toda sua família, tema infimamente tratado por esse presente trabalho.

Para que se haja a possibilidade de concretizar a aplicação do instituto, se faz necessária a análise do caso concreto. Desde que sejam pré-estabelecidos os requisitos necessários para a Responsabilização Civil, existe sim a possibilidade de reparação. De fato, a presença da PL 4.294/2008 é um avanço para que o instituto seja aplicado, tudo é claro, com o devido cuidado para que não haja uma demanda processual desenfreada e sem fundamentação legal para sua utilização.

Com isso, pretendeu-se com esse trabalho, demonstrar a possibilidade jurídica e a necessidade social de mais uma medida para coibir o Abandono Afetivo, seja ele de crianças e principalmente de idosos, evitando uma vida adulta cheia de traumas e uma velhice repleta do danos emocionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

ALMEIDA, Marcelo. Voto Projeto de Lei Nº 4.294 DE 2008. 2013. Disponível em : <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1137704.pdf>

AMORIM, Eveline de Figueiredo Brito. Brasil Escola. Disponível em : <http://monografias.brasescola.com/direito/responsabilidade-civil-abandono-afetivo-problematica-torno-compensacao.html> . Acesso em : 17/08/2014

ANDRADE, Danielle de Pitanga. VELHICE NA IDADE CONTEMPORÂNEA. Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2006.

ANDRADE, Mileni Martins de. O afeto na relação parental visto como obrigação civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3993, 7 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28136>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Valor Jurídico do afeto nas relações do direito de família: Construindo o saber jurídico. Marília, Centro Universitário Eurípedes Marília, 2006.

Apelação Cível nº 0003535-74.2007.8.26.0168. Disponível em : <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35217869/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-ii-13-03-2012-pg-765>

ARGOLO, Diêgo Edington; FURTADO, Natália Maria Reis Oliveira. Os direitos dos idosos no Brasil: uma investigação dos planos fático E legislativo. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13217&revista_caderno=27>

BERENICE, Maria. Manual de Direito das Famílias, Revista dos Tribunais, 2013.

BENETI, Sidney. Voto Recurso Especial nº 1.159.242. Disponível em : https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=19387353&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=3&formato=PDF Acesso em : 15/02/2015

BULHÕES, Antônio, Parecer do Relator (PRB-SP), 07/03/2012, Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5E1398B78184030F5D6CC39E2166780C.proposicoesWeb2?codteor=967997&filename=Parecer-CCJC-07-03-2012 Acesso em : 15/02/2015

CARLOS BEZERRA, Projeto de Lei nº 2.494, 2008.

CARVALHO; CAMILO, Marilza Simonetti de; Andryelle Vanessa. DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. VII Encontro Internacional de Produção Científica, 2011.

CHALITA, Gabriel. Pedagogia do Amor. São Paulo, Editora Gente, 2003.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA, artigo 229, 1988.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga, 2005.

DIAS; SCHWARTZ. O Lazer na perspectiva do indivíduo idoso. Revista Digital – Buenos Aires, ano 10, nº 87, Agosto de 2005, disponível em <http://www.efdeportes.com/> Acesso em: 02/06/2014.

DINIZ, Danielle Alheiros. Abandono afetivo: como cumprir o dever de cuidar sem amar?. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3269, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21997>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ESTATUTO DO IDOSO, Lei nº 10.741, 2003.

FREITAS, Ludmila Ferraz. Aplicabilidade da responsabilidade civil no abandono afetivo parental. Âmbito Jurídico, Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8516 Acesso em : 15/02/2015

FERRAZ, Ludmila Freitas. Revista Ambito Jurídico. 2010. Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8516 Acesso em : 07/09/2014.

GOMES, et al., DANO PSÍQUICO, Celeste Leite dos Santos Pereira, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, José Américo dos Santos. DANO PSÍQUICO. São Paulo. Editoria Oliveira Mendes, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 4, Responsabilidade Civil. Editora Saraiva, São Paulo, 7ª Edição, 2012.

_____, Direito Civil Brasileiro, volume 1, Parte Geral. Editora Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito de Família e Psicanálise: Rumo a nova epistemologia. Rio de Janeiro, Imago, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). Direito e responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LENZA, Pedro. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO. 15ª Edição, Editora Saraiva, 2011.

LINDB, Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto Lei 4657/42

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3508, 7 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23666>>. Acesso em: 16 ago. 2014.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIGUEL, Maria de Lopes, *Curso de Direito Civil — Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil*, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. V, p. 218.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NAGEL E MAGNUS, Charlotte De Marco e Crithian De Marco. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO: PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS, 2013. Disponível em http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_o_idoso.pdf Acesso em 06/09/14 Acesso em : 15/02/2015

PEREIRA, TARLEI LEMOS. Deserdação por abandono afetivo. Disponível em : <http://jus.com.br/artigos/21035/deserdacao-por-falta-de-vinculo-afetivo-e-de-boaf-familiar> Acesso em 28/08/2014. Acesso em : 15/02/2015

QUARANTA, Roberta Madeira; OLIVEIRA, Érica Siqueira Nobre de. A obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos: o dever de reciprocidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3744, 1 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25429>>. Acesso em: 14 ago. 2014.

ROGOWSKI, Rael. No crepúsculo da existência. Canal Eletrônico. Disponível em: <http://www.canaleletronico.net/index.php?view=article&id=339>. Acesso em : 18/08/2014

SANTOS, Rita Aparecida Coelho . VELHICE E MORTE NAS CONSTELAÇÕES DE ORÍON E GÊMEOS, DE MÁRIO CLÁUDIO. Universidade Federal Fluminense Instituto de Letras. Niterói, 2012.

SIDNEY, Silvana Costa Santos, Envelhecimento: Visão de Filósofos da Antiguidade Oriental e Ocidental. Rev. RENE. Fortaleza, v. 2, n. 1, p. 88-94, jul./dez./2001. Disponível em : <http://www.revistarene.ufc.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1051/pdf>. Acesso em : 20/08/2014.

SILVA et al. ; MEDEIROS, Lilian Ponchio e Alexandre Alliprandino. Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 17/08/2014

SILVA, Myrela Lopes da. Responsabilidade civil familiar por infringência ao dever de cuidar. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3951, 26 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27932>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

SIMÕES, Regina. Corporeidade e Terceira Idade: a marginalização do corpo do idoso. Piracicaba: Editora UNIMEP, 1998, 3 ed.

SOUSA, Andreaze Bonifácio de. O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral. Ambito Jurídico. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656. 2008. Acesso em : 13/09/2014.

STOLZE, Pablo Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Novo curso de direito civil, volume 3: responsabilidade civil— 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

STJ, Superior Tribunal de Justiça, RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9) Disponível em : http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20120510-02.pdf

TIER, Cenir Gonçalves; FONTANA, Rosane Teresinha; SOARES, Narciso Vieira. Refletindo sobre idosos institucionalizados. Revista Brasileira Enfermagem, v. 57, n. 3, p. 332-5, 2004.

VESENTINI, Cíntia. Responsabilidade parental: abandono afetivo. Jus Navigandi, Teresina, ano _____ 19, n. _____ 3949, 24 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27826>>. Acesso em: 15 ago. 2014.