

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO

Ângela Issa Haonat ¹

Vanice Lunkes Gotz ²

RESUMO

Este artigo procura salientar a possibilidade do cabimento de responsabilidade civil (cabimento do dano moral) da família, decorrente do abandono afetivo do idoso. Com base nas características do "Abandono afetivo", para verificar qual é o compromisso da família em dispensar aos mais velhos os cuidados necessários, será apresentada, na sequência, breve abordagem sobre a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e o Direito do Idoso, para ressaltar o tratamento conferido a ele pela Legislação Maior; Da Constituição para a Legislação, o conjunto de institutos que derivam da Constituição Federal na proteção do idoso e o Cabimento da Responsabilidade Civil, para tentar responder às seguintes perguntas: Qual a responsabilidade civil da família que abandona o idoso? O idoso pode ser indenizado pelo dano provocado por seus descendentes?

Palavras-Chave: Abandono Afetivo de Idoso. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Estatuto do Idoso. Dano Moral.

ABSTRACT

This article seeks to highlight the possibility of liability pertinence (pertinence of moral damage), the family due to the affective abandonment of the elderly. Based on the characteristics of the "emotional abandonment" to see which is the family's commitment to dismiss older to the necessary care; following a brief overview will be presented on "The Federal Constitution of Brazil 1988 and the Law of the Elderly", to highlight the treatment given to the elderly by Major legislation; "The Constitution for legislation" will present the set of institutions that derive from the Constitution in the elderly protection; and finally the "appropriateness of Liability", to try to answer the following questions: what is the liability of the family who leaves the elderly? The elderly can be compensated for the damage caused by his descendants?

Keywords: Abandonment of Affective elderly. Brazilian Constitution of 1988. The Elderly. Moral damage.

¹ Doutora, professora do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins e da Universidade Federal do Tocantins. E-mail: angela.haonat@catolica-to.edu.br

² Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. E-mail vanicegotz@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva demonstrar a extensão da responsabilidade civil da família nos casos de abandono afetivo do idoso. A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados a outrem pela violação de seus direitos. O dano é o prejuízo sofrido por alguém em consequência da violação de seu direito.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), no art. 3º, estabelece as atribuições da família, da comunidade e do Poder Público de desenvolver políticas públicas de amparo ao idoso e da responsabilidade de desempenhar seu papel para combater o preconceito, a discriminação e a violência ao idoso. Esse conjunto de fatores não é somente uma obrigação legal, mas, principalmente, moral.

Em relação à família, a convivência com o idoso promoverá cuidados e atenção devidos, além da unidade dos integrantes de um mesmo núcleo familiar. A garantia do convívio do idoso no seio familiar constitui uma estratégia para manutenção da estabilidade física, moral e psíquica do idoso.

Partindo dessa premissa e considerando o abandono do idoso pelo ente familiar ou a omissão quanto à sua subsistência, deixando este de ser provido de suas necessidades básicas, implica crime descrito no art. 98, também diplomado no Estatuto do Idoso.

De acordo com essas informações, o trabalho procura responder se cabe responsabilidade civil à família que abandona o idoso. E, ainda, se o mesmo idoso pode ser indenizado pelo dano provocado por seus descendentes. Para tentar esclarecer tais indagações, será necessário elaborar uma pesquisa documental para verificar se há, na legislação vigente, elementos que possam corroborar ou desqualificar a aplicabilidade das

regras da responsabilidade civil e a indenização por dano àquelas famílias que abandonaram seus entes idosos.

Ademais, há um conjunto de doutrinas e artigos que debatem sobre a possibilidade de indenização por dano moral afetivo. Esses materiais serão considerados como fonte primária de análise e permitirão, por meio da pesquisa bibliográfica, que este trabalho forme mais um argumento, por via dedutiva, para colaborar com este debate.

Para a realização desse mister, este trabalho tratará, primeiramente, sobre as características do “Abandono afetivo”, para verificar qual é o compromisso da família em dispensar aos mais velhos os cuidados necessários. Na sequência, será apresentada breve abordagem sobre A Constituição Federativa do Brasil, de 1988, e o Direito do Idoso, para ressaltar o tratamento conferido ao idoso pela Legislação Maior; Da Constituição para a Legislação, o conjunto de institutos que derivam da Constituição Federal na proteção do idoso e o Cabimento da Responsabilidade Civil, para tentar responder às seguintes perguntas: Qual a responsabilidade civil da família que abandona o idoso? O idoso pode ser indenizado pelo dano provocado por seus descendentes?

1 ABANDONO AFETIVO

O estilo de vida das pessoas na modernidade é caracterizado por um ritmo incessante de produtividade, por preocupações individualizadas e voltadas para atender às demandas econômicas e produtivas (DURKHEIM, 2012).

Em virtude desse comportamento, as relações interpessoais sofrem modificações. Uma dessas é a relação entre os jovens economicamente ativos com os idosos. Em função dessas mudanças nas relações e o aumento de fenômenos de violência e descaso, parte da população de idosos vive à margem, sofrendo com o abandono familiar.

A família desempenha relevante papel material e moral na proteção e amparo constitucional da pessoa idosa. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CF 1988), em seu art. 229, dispõe que os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência e enfermidade. O legislador constituinte, no art. 230, elencou em primeiro lugar a família, para amparar as pessoas idosas, como a responsável para defender sua dignidade e bem-estar.

A sociedade, junto com a família, passa também a ser figura importante no processo de proteção ao idoso, devendo todo cidadão tratar o idoso com respeito e sem provocar algum tipo de violência, física ou emocional. A sociedade deve possibilitar a revalorização da pessoa idosa, o afastamento de preconceitos e a busca de uma vida mais saudável e feliz (CAVALCANTI et al 2014).

A entidade familiar contemporânea é complexa e se estende para além da composição nuclear (pai, mãe e filhos), as relações conjugais são menos duradouras e a preocupação com a produtividade e o desenvolvimento econômico individual são fatores que colaboram para a marginalização do idoso (MARTINS, 1996).

É importante ressaltar que não é somente a indiferença que acarreta o desamparo, mas toda forma de abuso praticado pela família, ou seja, qualquer tipo de atitude prejudicial ao idoso deve ser considerado como desamparo. O sentido da solidariedade familiar precisa ser resgatado. A família torna-se o elo de afeto e cuidado mais importante para o idoso, uma vez que, no convívio familiar, encontra aconchego e dignidade (ALCÂNTARA, 2004).

Contudo, não se pode deixar de assinalar as fragilidades do processo familiar quanto aos cuidados com a pessoa idosa. É necessário considerar a realidade de milhares de pessoas idosas vivendo em situação calamitosa em seu estado de isolamento, abandono, em situação de risco social, fragilidade física, vulnerabilidade por várias situações, dentre elas a pobreza extrema, a negligência (do Estado, da sociedade e da própria família), a violência e maus tratos sofridos por muitas pessoas idosas (OTSUKA, 2010).

Convém destacar que o Direito Brasileiro reconhece o envelhecimento como efeito merecedor de amparo e traz variadas distinções como garantias e merecidos privilégios ao idoso. Os próximos parágrafos tratam do amparo legal direcionado ao idoso.

2 CONSTITUIÇÃO E A PROTEÇÃO AO IDOSO: INSTITUTOS DOS DIREITOS AO IDOSO

A Constituição (1988), no art. 1º, inciso III, destaca os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania, considerando valores absolutos e basilares para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Um dos objetivos mais importantes estipulados no artigo 3º, inciso IV, da Constituição federal, de 1988, é o de promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão, bem como de origem, raça, sexo, cor e outras formas de discriminação.

Em consideração ao idoso, a Constituição Brasileira dedica um tratamento diferenciado, ou seja, não permite que a idade seja elemento de discriminação. O idoso, como cidadão, é portador de direito a um envelhecimento ativo e saudável, no aconchego familiar e na sociedade, por meio de políticas públicas inclusivas. O art. 229 da Constituição Federal, de 1988, trata do dever dos pais com a educação dos filhos e o amparo ao idoso. Na mesma Lei, o art.230 aponta que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”

Após a promulgação do Texto Constitucional, de 1988, para efetivamente concretizar os direitos fundamentais da pessoa idosa, foram instituídos dois importantes diplomas legais de proteção: a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 (Política Nacional do Idoso) e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

2.1 Política Nacional do Idoso e Conselho Nacional dos Direitos do Idoso

A principal finalidade da Política Nacional do Idoso (PNI), instituída pela Lei nº 8.842, de 1994, e regulamentada pelo Decreto nº 1.948, de 1996, é a de assegurar os direitos sociais do idoso e promover a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, possibilitando o exercício da cidadania.

Nessa mesma linha, a PNI cria o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI), que considera idosa, nos termos do artigo 2º, toda pessoa a partir dos 60 anos, passando a ter direitos especiais.

O CNDI, criado em 13 de maio de 2002, é um órgão superior de natureza e deliberação colegiada, permanente, paritário e deliberativo, que integra a estrutura regimental da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR), responsável pela elaboração das diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional do Idoso.

Entre os avanços importantes do CNDI, destaca-se a criação do Estatuto do Idoso, instrumento que assegura direitos especiais e institui programas de promoção da qualidade de vida dessa parcela da população.

É também o órgão responsável pela viabilização do convívio, integração e ocupação do idoso na sociedade, pela sua participação na formulação das políticas públicas, projetos e planos destinados à sua faixa etária, bem como priorização ao atendimento domiciliar, o estímulo à capacitação dos médicos na área da gerontologia, a descentralização político-administrativa e a divulgação de estudos e pesquisas sobre aspectos relacionados à terceira idade e ao envelhecimento.

2.2 Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, em vigor desde janeiro de 2004, estabelece, no art. 8º, que o “envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”. Pode-se definir o direito do idoso como o basilar da segurança jurídica da garantia dos direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

As políticas de ações afirmativas só se realizam quando o Estado reconhece a fragilidade de determinado segmento social e, considerando suas características peculiares, promove uma discriminação positiva, viabilizando para que usufrua de direitos aos quais os demais já têm acesso.

Nessa linha, o Estatuto do Idoso, em seus artigos 1º e 2º, estabelece efetivar o princípio da igualdade substancial contextualizando de modo a impedir ou minimizar limitações das oportunidades.

A integridade da pessoa humana sempre foi alvo de sustentação e preocupação do Direito, e, uma vez infringido qualquer que seja o direito, postulam-se, na legislação, o amparo legal e a garantia de proteção à dignidade.

A vulnerabilidade do idoso deve ser levada em conta por se tratar de um conjunto de fatores, como as debilitações mental e física, o abandono, a falta de produtividade, ou seja, uma condição de vida indigna, na qual muitos que já passaram dos 60 anos estão inseridos.

O bem-estar do idoso é um conjunto de fatores que considera aspectos externos, como o que deseja para a sua vida; aspectos positivos, que levam o idoso a perceber e a compreender os aspectos da sua felicidade; aspectos de afetividade, em que o idoso é capaz de perceber se há afetividade na sua relação parental.

A função protetiva do direito ao envelhecimento é indiscutível, pois esta se destina justamente à supressão de uma situação de vulnerabilidade que advém da velhice e a amparar aqueles que se encontram nessa situação de hipossuficiência.

Dessa forma, o idoso merece cuidado, sendo esse um dos elementos de ligação entre os sujeitos da relação parental, isso porque não basta apenas a afetividade, mas também o cuidado entre os envolvidos.

O artigo 44 do Estatuto do Idoso estabelece que “As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

Observadas as diretrizes explicitadas na Política Nacional do Idoso em consonância como que estabelece o artigo 44 do Estatuto do Idoso, busca-se a manutenção dos vínculos familiares, a preferência pela priorização do atendimento ao idoso pela sua própria família, garantindo sua própria sobrevivência, viabilizando formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso que proporcionem sua integração às demais gerações, partindo da premissa de que algum membro do núcleo familiar venha a abandonar o idoso ou se omitir quanto à sua subsistência, deixando este de ser provido de suas necessidades básicas, e tal conduta importará no crime descrito no art. 98, diplomado no Estatuto do Idoso.

2.3 Código Civil Brasileiro

A capacidade civil no Brasil inicia aos 18 anos, sendo inexistente uma idade limite para tal, considerando-se que o fator determinante para essa capacidade é a lucidez. Ou seja, uma pessoa pode exercer plenamente sua capacidade civil aos 100 anos se for lúcida, por outro lado, uma pessoa de 30, pode ser considerada incapaz. (NEGRISOLI, 2015)

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), igualou para 60 anos a idade em que homens e mulheres estão obrigados a adotar o regime da separação de bens, como proteção aos mais velhos de eventuais golpes à sua condição financeira, conforme estabelece o art. 1.641.

Embora esteja prevista a obrigatoriedade do regime de separação de bens, o Estatuto do Idoso não trata da capacidade ou incapacidade do idoso.

O Código Civil, ao determinar as regras sobre a incapacidade (artigos 3º e 4º), não mencionou a respeito da incapacidade das pessoas idosas. O idoso não é incapaz apenas por ter completado 60 anos, a idade não deve ser considerada fator determinante. O que eventualmente pode acontecer, e em qualquer idade, é que o idoso tenha sido reconhecido incapaz, por decisão judicial.

É importante ressaltar que o Estatuto do Idoso reafirma que este não é incapaz, pelo contrário, é pessoa, sujeito de direitos, e, como tal, tanto a sociedade como a família e o Estado devem se preocupar com a defesa dos direitos dessas pessoas em situação de vulnerabilidade, mas que são capazes de decidir sobre sua própria vida, com exceção daqueles casos que comprovadamente não se encontram em seu juízo perfeito.

Portanto, a autonomia do idoso está expressamente reconhecida pelo art. 10, § 2º, do Estatuto do Idoso, que ainda lhe assegura o direito à liberdade por meio do direito à expressão, previsto no art. 10, §1º, II.

2.4 Código Penal Brasileiro

É considerada atenuante da pena a condição de senilidade, resultante da idade avançada, de quem praticou o crime. Esta é a regulamentação do art. 65 da Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que considera circunstâncias atenuantes da pena, nos

casos de ser o agente menor de 21 anos, na data do fato, ou maior de 70 anos, na data da sentença.

Ainda nesse sentido, corrobora o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução dos prazos prescricionais aos maiores de 70 anos.

Observa-se que, em detrimento da idade avançada, a Legislação Penal estabelece regras atenuantes estabelecidas nos artigos 115, 65, inciso I; 61, inciso II, alínea "h"; e 77 § 2º, e considera a idade avançada do agente, seja este ativo ou passivo.

Todavia, a existência de direitos e a prioridade na tramitação processual não afastam as obrigações impostas a todos os cidadãos, apenas pelo fato de a pessoa ter atingido 60 anos de idade.

2.5 Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)

A Lei nº 8.742, de 1993, em conjunto com a Lei nº 9.720, de 1998 (esta lei altera a anterior), dispunha que a idade para o idoso ser beneficiário da assistência social, ao prever o benefício para pessoas com 70 anos, em 1993, essa idade foi reduzida para 67 anos.

Para concessão do benefício, são observados os limites da Lei Orgânica de Assistência Social, portanto, não ampara todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, mas tão somente aquelas com mais de 67 anos.

Referido benefício será concedido àqueles considerados incapazes de promover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa à família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ de salário mínimo.

3 OBRIGAÇÕES DOS FILHOS COM PAIS IDOSOS: ABANDONO MATERIAL E MORAL

O direito do idoso no ordenamento jurídico brasileiro é a ramificação do direito de família e está previsto nos seguintes institutos: Constituição Federal, de 1988; Lei Orgânica de Assistência Social; Política Nacional do Idoso; Estatuto do Idoso; e Código Civil.

O dever dos filhos para com seus pais e o cuidado com os idosos estão assegurados nos dispositivos legais mencionados. Especialmente o art. 3º, parágrafo único, inciso V, do

Estatuto do Idoso destaca especial atenção à família, sendo a primeira a ser acionada na ordem de cuidados para com seus idosos, assegurando-se-lhes a proteção e subsídios, tanto de caráter alimentar como no aspecto imaterial. Assegura ao idoso a priorização do atendimento por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência.

Verifica-se que os institutos, anteriormente mencionados, resguardam os direitos dos idosos, cabendo a todos, à família, ao Estado e à sociedade, cuidarem para que seja cumprido integralmente o estabelecido. Caso ocorra algum tipo de violação a essas garantias asseguradas, poderá o autor do descumprimento ser punido na forma da lei penal e civil.

As práticas do crime de abandono material e moral encontram-se qualificadas respectivamente nos artigos 244 e 247 do Código Penal: Dos Crimes contra a Família e Dos Crimes contra a Assistência Familiar, que consistem em “deixar, sem justa causa, de prover à subsistência do cônjuge, ou do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho ou de ascendente inválido ou valetudinário”. E prossegue o artigo na sua segunda parte: “Deixar sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo”. No art. 245 encontramos um crime que é ao mesmo tempo de abandono material e moral.

Os bens jurídicos protegidos aos quais se refere o art. 244 do Código Penal são a estrutura e a organização familiar, particularmente sua preservação, referente ao amparo material devido por ascendentes, descendentes e cônjuges, reciprocamente. Especificamente ascendente inválido ou maior de 60 anos.

Os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir, de acordo com o art. 396 do Código Civil. E completam os arts. 397 e 398 esclarecendo que tal dever de alimentar incumbe aos pais, filhos ascendentes ou descendentes, por meio de uma ordem de precedência a ser fixada. Dito isso no âmbito civil, vê-se, agora, que a desatenção ao mencionado dever pode transformar-se em crime, desde que se trate de ascendente “inválido ou valetudinário” e que, por alguma dessas causas, não esteja em condições de prover o próprio sustento.

3.1 Dano moral ou dano extrapatrimonial

O dano moral caracteriza-se por uma ofensa, sentimento de mágoa, e não por dor ou padecimento. Eventuais mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano

moral, portanto, não constituem o próprio dano, mas eventuais efeitos ou resultados do dano. Já os bens jurídicos, cuja afronta caracteriza o dano moral, são os denominados pela doutrina como direitos da personalidade, aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade.

O dano que não afeta o patrimônio consiste em sentimentos de mágoas, em dores físicas ou sofrimentos psíquicos, resultantes da violação de direitos da personalidade: dores resultantes de lesões corporais; prejuízo estético; atentados à honra e ao pudor; sofrimento pela morte de entes queridos, e também quando não produz reflexos sobre o patrimônio do lesado, por se tratar de ofensa à reputação ou desgosto sofrido. O dano à pessoa pode ser físico (ofensa à integridade física) e psíquico (ofensa à integridade psíquica).

Segundo Antônio Chaves, caracteriza-se o dano não patrimonial aquele em que “a desconsideração para a pessoa atacada é o resultado da agressão”. Ou seja, os sofrimentos físicos, os desgostos, as inquietações são geralmente as consequências do fato prejudicial. É fato que o dano moral de justo preço é difícil de calcular, mas não impossível. O resultado esperado da indenização por dano moral não é o lucro, mas sim o resgate da reputação e da honorabilidade da vítima. (CHAVES,1997)

3.2 Provas do dano moral ou dano extrapatrimonial

A vulnerabilidade e a situação peculiar do idoso abandonado instigam a reflexões processuais diferenciadas, dada a condição do indivíduo etário que, pelo avançar da idade, não disponibiliza de muito tempo para aguardar por discussões judiciais divergentes. O resultado esperado não trata de lucro, apenas do cumprimento de um dever moral.

Nada impede que o próprio idoso denuncie e proponha ação de reparação por danos morais por abandono afetivo; afinal, a idade avançada não impede o exercício dos direitos que lhe são assegurados.

O idoso não é incapaz apenas por ter completado 60 anos, a idade não deve ser considerada fator determinante. O que eventualmente pode acontecer, e em qualquer idade, é que o idoso tenha sido reconhecido incapaz por decisão judicial. Nesses casos,

de fraqueza mental ou a perda de discernimento ou autonomia de vontade, caberá o agir ao representante legal, curador ou Ministério Público.

O aspecto probatório do dano imaterial, por ser a prova do dano moral, não pode ser exigida nos parâmetros do Código de Processo Civil, quando da comprovação de dano material, art. 333 do CPC. Dada a vulnerabilidade do idoso, segundo Recurso Especial nº 1198727/MG e o Recurso especial nº 586316/MG, do ministro Herman Benjamin, sua condição é peculiar e pode gerar reflexos processuais diferenciados na tutela jurisdicional de seus interesses.

3.3 Responsabilidade Civil

O instituto da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro foi muito bem traduzido nas palavras de Maria Helena Diniz (2003), quando afirma que a responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil consiste na obrigação de reparar os danos causados a outrem, pela violação de direitos alheios: (a) a obrigação de reparação de danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais; (b) a obrigação de reparação de danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam eles absolutos (como os direitos da personalidade, os direitos reais e os direitos sobre bens imateriais), sejam simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutela jurídica.

A responsabilidade civil divide-se em subjetiva e objetiva: a responsabilidade civil subjetiva, ou culposa, é a obrigação de reparar danos causados por ações ou omissões intencionais, negligentes ou imprudentes. Danos causados por falta de prudência da pessoa, assumindo os riscos. Ao tempo em que a responsabilidade civil objetiva, ou a de risco, é a obrigação de reparar danos que, independentemente de qualquer ideia de dolo ou culpa, sejam resultantes de ações ou omissões de alguém, ou estejam simplesmente conexas com a sua atividade.

4 CABIMENTO DO DANO MORAL POR ABANDONO

Ao observar as decisões dos tribunais brasileiros, percebe-se serem inúmeras as divergências referentes às decisões dos magistrados no que se refere à indenização por danos morais advindos de abandono afetivo.

Alguns magistrados defendem a tese de que ninguém é obrigado a amar alguém, até porque os sentimentos são voluntários e gratuitos; portanto, não seria cabível propor ação de reparação.

Outra corrente de magistrados defende a ideia do cabimento da indenização por danos morais ocasionada por ação com pedido de reparação, uma vez que essa nasce da obrigatoriedade de amparo, prevista na Constituição Federal do Brasil, de 1988, e as legislações específicas.

Estabelecida a relevância das relações afetivas e o dever da família com os seus genitores, faz-se necessário analisar sua exigibilidade jurídica. Para tanto, apresentam-se as características elementares do direito à reparação ao dano moral, advindas da teoria geral da responsabilidade civil da legislação vigente.

Analisar o entendimento sobre a imposição judicial do afeto, enquanto discute a reparação decorrente do abandono afetivo ao idoso. Nesse contexto, é necessário indagar se o abandono afetivo contra pessoa idosa é passível de reparação.

O presente artigo trata do cabimento da responsabilidade civil da família que abandona o idoso, bem como se o ente lesado pode ser indenizado pelo dano provocado por seus descendentes.

Entende-se então que, ao conviver com sua própria família, o idoso receberá a atenção e os cuidados devidos, além de desfrutar do amor e carinho que une os integrantes de um mesmo núcleo familiar. Garantir a manutenção do idoso no seio familiar, portanto, constitui uma estratégia para manutenção da estabilidade física, moral e psíquica do idoso.

A sociedade também é responsável e tem o dever de desempenhar seu papel, uma vez que é dever de todos combater o preconceito, a discriminação, o abandono e a violência ao idoso. Esse conjunto de fatores não é somente uma obrigação legal, mas

principalmente moral. No mesmo sentido, estabelece ainda o Estatuto do Idoso as atribuições do Poder Público, do Estado, no sentido de desenvolverem políticas públicas de amparo ao idoso.

Portanto, o Estatuto do Idoso traz a afirmação da responsabilidade da família, da sociedade, da comunidade e do Estado para garantir direitos do idoso, como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao lazer, assegurando-se-lhes absoluta prioridade.

Partindo da premissa de que algum membro do núcleo familiar venha a abandonar o idoso ou se omitir quanto à sua subsistência, deixando este de ser provido de suas necessidades básicas, tal conduta importará no crime descrito no art. 98, também diplomado no Estatuto do Idoso.

Observadas as diretrizes explicitadas na Política Nacional do Idoso, em consonância com o que estabelece o artigo 44 do Estatuto do Idoso, busca-se a manutenção dos vínculos familiares, a preferência pela priorização do atendimento ao idoso pela sua própria família, garantindo sua própria sobrevivência, viabilizando formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso que proporcionem sua integração com as demais gerações.

Note-se que o referido artigo está amparado no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina ao juiz aplicar a lei atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ou seja, o idoso deve ser analisado em seu direito individual, mas também em sua relação com a sociedade da qual faz parte. As medidas de proteção devem buscar a preservação dos direitos do idoso ou o seu restabelecimento ou reparação.

As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isoladas ou cumuladas, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Dessa forma, reafirma-se a escolha assumida pelo ordenamento jurídico, qual seja priorizar o acolhimento do idoso no seio de sua família.

Se o dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público é 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, logo, nada se opõe as palavras da ministra Nancy Fátima Andrighi, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP, ao afirmar que “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

5 JULGADOS FAVORÁVEIS AO CABIMENTO

Segundo o desembargador Jones Figueiredo Alves, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), os filhos que negam aos pais o direito de serem bem cuidados denomina-se abandono afetivo inverso, isto “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”.

Pode-se afirmar, em consonância com o art. 229 da Constituição Federal, de 1988, que, no binômio da relação pais e filhos, dado o dever de cuidado recíproco, “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”.

Para a ministra Nancy F. Andrighi, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP (2006), considerando o dever dos filhos para com seus genitores, a falta do cuidar serve de premissa e base para a indenização, por dano moral, pela infração do princípio da afetividade. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP, de forma inovadora, manifestou entendimento favorável à aceitação de indenização por dano moral por abandono afetivo. A intenção do STJ não é estabelecer o princípio da afetividade parental, mas tão somente a valoração da dignidade humana.

Embora tenha sido caracterizado o dano moral por abandono afetivo na relação entre pai e filho, passou a servir de parâmetro para decisões de instâncias inferiores. Dessa forma, em casos de abandono afetivo de idoso, referido julgado pode servir como parâmetro para reparação dos danos morais quando caracterizada a negligência parental, conforme Recurso Especial nº 1.159.242/SP, do STJ, relatora ministra Nancy Andrighi, condenação de o pai a pagar à filha o valor de 200 mil reais.

Nessa mesma linha, vale mencionar o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação-Crime nº 70047707666, relatora Isabel de Borba Lucas, julgado em 18 de julho de 2012.

O caso trata da situação do acusado que abandona a mãe, pessoa idosa, em entidade de longa permanência, deixando de prover suas necessidades básicas e, ainda, apropriar-se indevidamente dos valores referentes ao benefício do INSS da vítima. Além de não repassar os recursos à entidade em que a mãe vive, destinava os recursos aleatoriamente a seu favor e uso pessoal.

6 JULGADOS CONTRÁRIOS AO CABIMENTO

O entendimento de muitos julgados é pelo não cabimento do direito à reparação proveniente de ação por abandono afetivo das relações parentais. Não está ressaltada a efetiva punição aos filhos ou parentes que abandonam o seu idoso.

Pesquisas jurisprudenciais evidenciam quantidades mínimas de condenações que obrigam alguém a responder criminalmente por abandono afetivo de idoso. O Ministério Público, ao interpor ações com o objetivo de resguardar os interesses da pessoa idosa, requer simplesmente medidas protetivas.

Muitos julgados fundamentam-se alegando a não existência de infração que caracterize dano por abandono afetivo, considerando o não cabimento de indenização, conforme exposto na (Apelação 0043165-72.2009.8.22.0009,2012, Câmara Cível do TJRO, desembargador Moreira Chagas).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há unanimidade ou jurisprudência específica sobre a indenização por dano moral e ressarcimentos por abandono afetivo de idoso. Muitas são as divergências jurisprudenciais sobre a indenização decorrente do abandono afetivo parental.

Neste trabalho, pretendeu-se proporcionar, de forma muito sintética, mas objetiva e estruturante, uma familiarização e maior proximidade com o idoso e os institutos

protetivos. Para satisfazer este objetivo, optou-se por uma descrição sequencial da legislação vigente, direcionada à proteção e amparo ao idoso.

É explícita a necessidade de ampliação da estrutura do Estado, no sentido de oferecer efetivamente a devida assistência ao idoso. As famílias e a sociedade dissipam a discriminação contra as pessoas com 60 anos ou mais. O Estatuto do Idoso institui que a pessoa idosa passa a ter especial amparo e proteção jurídica.

O Ministério Público é a instituição incumbida para defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, e possui a prerrogativa de promover inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

É obrigação moral respeitar a dignidade da pessoa humana, qualquer pessoa, mas, de modo ainda mais especial àqueles que, na condição de idade avançada e sua vulnerabilidade, merecem reconhecimento, amparo e proteção irrestrita.

O resultado obtido satisfaz os requisitos de objetividade e pequena dimensão que se pretendia atingir. Ele também constituirá para esclarecer aspectos relevantes da classe etária. Faz-se notar, todavia, que ninguém pode considerar-se perfeito nesse tipo de tarefa, pois o assunto demanda aprofundamento.

De fato, não se pretendeu exaurir o tema, tampouco delimitar o vasto campo sobre o assunto. Ademais, os direitos não pertencem a determinadas fases do homem, mas à sua existência, por sua condição humana, o desamor dos pais para com os filhos e a não reciprocidade representam de qualquer maneira uma transgressão social, ao princípio constitucional da afetividade, passível de punição.

REFERÊNCIAS

ABANDONO AFETIVO INVERSO PODE GERAR INDENIZAÇÃO. Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM). Belo Horizonte, MG, 16 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 31 de mar. 2016.

ALCÂNTARA, A.O. **Velhos Institucionalizados e Família: entre abafos e desabafos.** Campinas: Alínea, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 22 jan. 2016.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002** (Código Civil). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de janeiro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 22 jan. 2016.

_____. **Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940** (Código Penal). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 22 jan. 2016.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003** (Estatuto do Idoso). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 22 jan. 2016.

_____. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994** (Política Nacional do Idoso). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm>. Acesso em 22 jan. 2016.

_____. **Lei nº 9.720 de 30 de novembro de 1998.** (Lei Orgânica de Assistência Social). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9720.htm>. Acesso em: 22 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1159242/SP.** Recorrente: Antônio Carlos Jamas do Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ, Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901937019>>. Acesso em 3 de abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 77.565/SP.** Recorrente: Roberto Wagner de Souza. Recorrido: Francisco de Souza Filho e outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Revista Eletrônica de Jurisprudência do STJ, Brasília, 13 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 4 de abr. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (9ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº591053871-RS**. Apelante: Jacson Magno Machado. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Disponível em: <<http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112741135/apelacao-civel-ac-70052341757-rs>>. Acesso em 20 de fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). **Recurso especial nº 1198727/MG** (2010/0111349-9). Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Pedro Paulo Pereira. Relator: Ministro Herman Benjamim. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23530894/recurso-especial-resp-1198727-mg-2010-0111349-9-stj>>. Acesso em 22 de mar. 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Rondônia. **Apelação cível nº 0043165-72.2009.8.22.0009,2012 -RO**. Apelante: José Ricardo Garcia Naujokat. Apelada: Érica Miniguini Naujokat. Relator Desembargador Moreira Chagas. Disponível em: <<http://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295289417/apelacao-apl-431657220098220009-ro-0043165-7220098220009/inteiro-teor-295289428>>. Acesso em 22 de mar de 2016.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. LEITE, Flávia Piva Almeida. LISBOA, Roberto Senise, (coordenadores). **Direito da Infância, Juventude, Idoso e Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. São Paulo: LEJUS, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martin Fontes, 2012.

MARTINS, Ives Gandra. **Uma Visão do Mundo Contemporâneo**. São Paulo: Editora Pioneira, 1996.

NEGRISOLI, Marcia. **O Dever de Amparo ao Idoso**. São Paulo: Newcastle News, 2015.

OTSUKA, José Kasuo. **Velhice e Violência na Esfera Judiciária no Estado do Tocantins**. São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Dissertação de mestrado.