

O ABANDONO AFETIVO INVERSO E A AUSÊNCIA DA REPARAÇÃO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMO FORMA DE GARANTIR A DIGNIDADE DA PESSOA DO IDOSO

ABANDONING AFFECTIVE INVERSE AND REPAIR IN ABSENCE OF CIVIL LEGAL SYSTEM AS A MEANS OF ENSURING DIGNITY OF THE ELDERLY PERSON

Por acaso, surpreendo-me no espelho: quem é esse Que me olha e é tão mais velho do que eu? Porém, seu rosto... é cada vez menos estranho... Meu Deus, meu Deus... Parece Meu velho pai – que já morreu! Como pude ficarmos assim? Nosso olhar – duro – interroga: “o que fizeste de mim?!” Eu, Pai?! Tu é que me invadiste, Lentamente, ruga a ruga... Que importa? Eu sou, ainda, Aquele mesmo menino teimoso de sempre. E os teus planos enfim lá se foram por terra. Mas sei que vi, um dia – a longa, a inútil guerra! – Vi sorrir, nesses cansados olhos, um orgulho triste... (QUINTANA, 2005. p. 410).

Renata Cristina da Silva Nunes

Mestranda em Direito

Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)

E-mail: renata.nunesadv@outlook.com

Leyde Aparecida Rodrigues dos Santos

Mestranda em Direito

Centro Universitário Salesiano de São Paulo(UNISAL)

E-mail: audmed2008@hotmail.com

Resumo - O objetivo do presente estudo é demonstrar que o abandono afetivo dos idosos pelos seus familiares, em geral, os filhos, contrasta com uma convivência familiar ideal, em virtude do total desamparo. A legislação brasileira se aperfeiçoou quanto aos direitos dos idosos por meio da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003, denominada “Estatuto do Idoso”. O tema “abandono afetivo inverso” é de suprema importância, visto que a nossa Carta Magna de 1988, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, bem como a regulamentação do dever de cuidado entre os familiares, decorrente do princípio da afetividade e da solidariedade. Com a evolução histórica da sociedade, observa-se que há um crescimento populacional de idosos, e infelizmente como consequência, maior número de abandono por seus filhos ou familiares, de forma que há necessidade de regulamentação da reparação civil decorrente do não cumprimento do dever de cuidar dos idosos. O Estatuto do Idoso visa à garantia dos direitos que lhes são direcionados, de acordo com as suas peculiaridades e necessidades. Desta forma, há instrumentos em nosso ordenamento jurídico capazes de garantir o cumprimento do dever de cuidado. Entretanto, não há a inclusão da reparação civil por meio da indenização nos casos do abandono afetivo inverso, como forma de não apenas punir o infrator, mas também como compensar o ofendido e repelir a reiteração de casos da mesma natureza no futuro.

Palavras Chave: Direito do Idoso; Abandono Afetivo; Estatuto do Idoso; Dignidade da Pessoa Humana; Indenização.

Abstract - The objective of this study is to demonstrate that the emotional abandonment of the elderly by their families, in general, the children, in contrast to an ideal family life, by virtue of utter helplessness. Brazilian law

is perfected as to the rights of the elderly through Law 10.741 1st. October 2003, called "the Elderly". The theme "reverse affective abandon" is of paramount importance, since our Constitution of 1988 is based on the dignity of the human person as well as the regulation of the duty of care among family members, due to the principle of affection and solidarity. With the historical evolution of society, it is observed that there is a growing elderly population, and unfortunately as a result, greater numbers of abandonment by their children or relatives, so no need to regulate civil damages resulting from breach of the duty of care for the elderly.

The Elderly Statute aims at guaranteeing the rights that are targeted to them, according to the peculiarities and needs. Thus, there are instruments in our legal system able to ensure compliance with the duty of care. However, no inclusions of civil redress through compensation in cases of opposite emotional distance as a way of not only punish the offender, but also how to compensate the victim and repel the reiteration of cases of the same kind in the future.

Keywords: Law of the Elderly; Affective abandonment; The Elderly; Dignity of the Human Person; Indemnification.

Introdução

O idoso do passado nada se compara ao idoso dos tempos contemporâneos. Podemos dizer que o idoso de ontem, era considerado apenas o “velho” em todos os sentidos. Afinal o que é ser idoso nos dias atuais? Ouvimos as pessoas assim definirem: “É ficar mais velho (cronologicamente, diferente do “ser” velho do antigamente), mais experiente...” Assim, ser o mais velho na idade cronológica é ter a experiência perante a sociedade em que vivemos.

Atualmente, há uma importância muito grande em relação ao idoso. Assim citamos: pesquisas na elaboração de produtos específicos somente para eles por meio da medicina, fórmulas que buscam a longevidade, programas especiais que envolvem a saúde física e mental..., por força da melhor “qualidade de vida”.

Na nossa sociedade tivemos idosos desde sempre. Entretanto só agora ocorre esse interesse em relação ao idoso. Devemos a esse interesse ao aumento da população idosa no nosso mundo. Assim, a sociedade passou a se preocupar com essa faixa-etária.

Surge então a Lei 10.741, denominada “Estatuto do Idoso”, sancionada em 01 de outubro de 2003 pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, que tem como objetivo principal, incluir o idoso à sociedade, garantindo seus direitos de cidadãos. Entretanto, muitos que no passado eram jovens, saudáveis e que tanto trabalharam durante sua vida, hoje, são considerados “estorvos” devido às suas necessidades e fragilidades.

Os membros da família devem ser o ponto de apoio do bem-estar do idoso em todas as circunstâncias da vida, em sua maioria, possuem laços de afeição uns pelos outros.

O artigo 3º. do título 1 do Estatuto do Idoso aduz:

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.

Infelizmente, não se trata de realidade absoluta. Há famílias prejudicadas por inimizades e por relacionamentos nulos. A falta de afeição por outra pessoa pode ocorrer, pouco importando se há ou não, algum grau de parentesco, entretanto o respeito recíproco deve ser um dever.

Os membros da família devem ser o ponto de apoio do bem-estar do idoso em todas as circunstâncias da vida, assegurando de forma efetiva as normas e princípios da nossa Constituição Brasileira concomitante com o Estatuto do Idoso, que garantiu o respeito e estabeleceu seus direitos perante a sociedade.

Vivemos em uma sociedade capitalista, onde as pessoas se preocupam a priori com a questão financeira. Os idosos que possuem muitas vezes um nível econômico mais baixo resultado de ínfima aposentadoria chegam a ser abandonados pela própria família ou discriminados, maltratados em asilos em total desacordo com o dever de cuidado estabelecido pela Lei.

Os atos praticados pelo ser humano não podem resultar em lesão a ninguém, caso contrário haverá a reparação deste dano.

Desta forma, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 3º acentua a obrigação da família, da sociedade e do poder público, assegurando ao idoso a efetivação do direito ao bem maior, assim como a saúde, educação, ao esporte, ao lazer, à cultura, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, de forma a regulamentar o dever de cuidado. Trata-se, portanto, de uma obrigação, e não de uma faculdade.

Embora o dever de cuidado dos filhos para com os genitores idosos seja regulamentado no artigo 98 da Lei 10.741/03, há um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de jurisdição, trata-se de dever moral e afetivo, que não deveria necessitar de regulamentação. Entretanto, tal dever não é respeitado e muitos idosos sofrem a dor do abandono, o que lhes traz diversos transtornos psíquicos e agravamento de doenças.

A garantia constitucional nos artigos 229 e 230, diz respeito aos filhos maiores que têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; como também de defender sua dignidade e bem estar, garantindo-lhe o direito à vida, reconhecendo ser seu dever, bem como da sociedade e do Estado. Nesse caso específico não há o comprometimento a priori do interesse público que irá intervir com a negligência do interesse particular.

O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de o idoso obter indenização por danos morais em casos de abandono afetivo pelos familiares, em decorrência

da ausência de previsão legal no Estatuto do Idoso, visto que a responsabilidade civil corresponde ao descumprimento de um dever de cuidado.

1. Princípios Constitucionais do Direito de Família

Os princípios são considerados basilares na constituição do sistema jurídico brasileiro.

A Constituição Federal e seus princípios promoveram uma releitura dos institutos e normas do Direito de Família, deixando de possuir apenas força supletiva, de preenchimento de lacunas, para ganhar eficácia normativa imediata.

No cenário nacional, os direitos fundamentais, justificam a cidadania, os princípios gerais de proteção da família, dentre os quais destacaremos: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da afetividade e princípio da solidariedade.

Tais princípios consistem não somente em fundamentação, mas sim na proteção dos mais fracos.

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana merece destaque. Nos termos do inciso III do 1º. artigo da Constituição da República Federativa do Brasil:

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;

A Constituição Federal de 1988, nossa Carta Maior, considera a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, personalizando os institutos de direito civil, inclusive os de direito de família.

Ensina Rosenvald que o cidadão é visto como “titular de um patrimônio pessoal mínimo que lhe permita exercer uma vida digna, a partir da solidariedade social e da isonomia substancial”. (2006, p. 29)

Madaleno preleciona a esse respeito: “a dignidade humana é princípio fundamental e, portanto, recebe integral proteção do Estado Democrático de Direito, prevalecendo sobre os demais princípios”. (2010, p. 29)

A família deve servir como espaço e instrumento de proteção e promoção da dignidade.

Conforme leciona Monteiro:

Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade (2010, p. 19).

Desta forma, a dignidade assegura o pleno desenvolvimento e formação da personalidade de todos os integrantes do núcleo familiar, devendo ser considerados neste sentido os pais, filhos, cônjuges, companheiros.

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos a ela, como a afirmação de sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, além da garantia do livre desenvolvimento de sua autonomia e personalidade, constituindo-se verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa humana. (2014)

O artigo 230 da Constituição Federal prevê 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”.

No entanto, apesar desta proteção prevista na Carta Magna, muitos filhos negligenciam a proteção e cuidados aos seus genitores, descumprindo os seus deveres filiais.

De acordo com o previsto no art. 229 da Carta Magna: “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”.

O princípio em questão traduz como explicitado pelos artigos acima, os deveres recíprocos existentes entre os todos os integrantes da família, dever de ajudarem-se mutuamente sempre que necessário, abrangendo tanto obrigações de cunho alimentar quanto de assistência imaterial de cuidado, o que não é dever somente dos pais em relação aos filhos, como também dos filhos em relação aos pais.

1.2 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade não possui previsão legal específica na Constituição Federal, embora esteja implícito no princípio da dignidade da pessoa humana, nos temos do

artigo 1º, inciso III da Carta Magna. No sentido axiológico podemos identificar como: cuidado, querência, afeto, amizade, carinho, ternura.

Tartuce complementa essa linha de pensamento quando cita em sua obra: “mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”. (2006, p. 3)

O vínculo familiar pode ser interpretado como um vínculo afetivo. Vínculo este mais forte do que um vínculo biológico, na visão de grande parte da doutrina, haja vista a afetividade não ser fator biológico, mas oriunda da convivência.

A este respeito Tartuce, preleciona:

No que tange a relações familiares, a valorização do afeto remonta ao brilhante trabalho de João Batista Vilella, escrito no início da década de 1980, tratando da desbiologização da paternidade. Na essência, o trabalho procurava dizer que o vínculo familiar seria mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim, surgiria uma nova forma de parentesco civil – a parentalidade socioafetiva – baseada na posse de estado de filho (apud TEIXEIRA; RIBEIRO, 2008, p. 48).

Entendemos que a afetividade é o liame fundamental na formação dos laços familiares em toda sua estrutura. Neste sentido, Maria Berenice Dias, especialista no tema, ensina em seu manual de direito das famílias:

O novo modelo da família funda-se sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo nova roupagem axiológica ao direito de família. Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.” (2008, p. 41).

A partir deste princípio em que a afetividade se sobrepõe ao fator biológico, fundamenta-se no Direito de Família moderno, onde o afeto ganha importância na concepção da família que passou a ser considerada igualitária, plural, solidária e afetiva.

Nesse cenário, discorre Madaleno, sobre a importância do afeto na família:

O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto (2009, p. 65).

No âmbito familiar, o afeto se traduz no respeito à dignidade de todos os membros da família, onde um procura ajudar o outro no que lhe é necessário, sempre pautado na ética e confiança. Rosenvald ensina:

Ao vislumbrar o Direito de Família, encontram-se duas diferentes faixas: as relações existenciais e as patrimoniais, ambas submetidas ao elemento confiança como traço característico fundamental, dando efetividade aos valores constitucionais, especialmente à dignidade da pessoa humana. Naquelas a confiança é concretizada pelo afeto, enquanto nestas, consubstancia-se através das especificações da boa-fé objetiva (2010, p. 79-80).

A confiança se caracteriza como afeto e em que pese, esse estudo adere à perspectiva principiológica e reconhece o princípio da afetividade como fundamental no direito de família.

1.3 Princípio da Solidariedade

Os vínculos afetivos são a origem do princípio da solidariedade, que primordialmente é um conceito bíblico, antes de preceito constitucional. É o criador do Universo que nos ensina “ame o seu próximo como a si mesmo” (Mateus 22,39).

Nessa esteira, a solidariedade se constitui indispensável característica do grupo que estabelece laços afetivos.

O estudioso Gama em sua obra “Princípios Constitucionais de Direito de Família”, aborda o tema de forma clara:

O princípio da solidariedade se vincula necessariamente aos valores éticos do ordenamento jurídico. A solidariedade surgiu como categoria ética e moral, mas que se projetou para o universo jurídico na representação de um vínculo que compele à oferta de ajuda ao outro e a todos. (2008, p. 74).

Assim, as relações familiares devem ser permeadas pela fraternidade, ou seja, um sentimento de reciprocidade, onde as pessoas de uma mesma família vivem em sistema de colaboração, suprimindo as necessidades umas das outras.

É importante ressaltar que a solidariedade é espontânea nas relações sociais e a demonstração desse sentimento é como propósito de ajudar, amparar, apoiar.

O ordenamento jurídico não se apoia muito em sentimentos e sim em condutas que se enquadram nas normas, ou seja, trata os indivíduos todos de forma igualitária. Lembramos o preâmbulo da Carta Magna que reconhece a essencialidade e a inevitabilidade da igualdade, como elemento de realização plena do Estado Democrático Brasileiro, quando revela a

preocupação de se: "[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...] a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos[...]".

Assim, o Estatuto do idoso se concretizou no princípio da solidariedade. Tornou-se um “dever jurídico”, não apenas com o intuito de amparar os idosos, mas em um sentimento social e moral com o dever de cuidar e amparar.

A afetividade e a solidariedade integram uma esfera de valores e interesses indispensáveis à dignidade da vida humana, de tal forma que se torna inaceitável que alguém ame e expresse afetividade sem que haja solidariedade, respeito em relação ao outro.

2. Breves Considerações sobre a Responsabilidade Civil

O vocábulo "responsabilidade" advém do verbo latino “responder”, que indica o fato de alguém ter se constituído garantidor de alguma coisa (DINIZ, 2007, p. 35).

Preleciona Carlos Roberto Gonçalves que a responsabilidade transmite a ideia de "restauração do equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano". (2009, p. 1).

Nos termos da doutrinadora, Maria Helena Diniz :

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (2007, p. 35).

Para a responsabilização do agente é necessária à existência da conduta, do ato ilícito, do dano e da causalidade.

Quanto ao elemento da conduta humana, esta pode ser positiva ou negativa e é orientada pela vontade do agente, que resulta no dano ou prejuízo.

A responsabilidade civil representa, portanto, uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo “de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências estas que podem variar (reparação pessoal e/ou punição pessoal do infrator) de acordo com os interesses lesados”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 45).

Para que haja o dever de indenizar é necessário que uma ação ou omissão infrinja um dever legal, contratual ou social.

O ato de vontade no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever (VENOSA, 2003, p.22).

Vale ressaltar que não há que se falar em responsabilidade sem que haja a verificação da culpa.

Em conformidade com Código Civil, em seu artigo 927, comete ato ilícito, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, havendo o dever de reparar o prejuízo¹. Vejamos o texto *ipsis litteris*:

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

Quanto ao elemento dano (patrimonial ou moral), este é considerado como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, causado por ação ou omissão do agente infrator.

O dano patrimonial corresponde à lesão concreta, que recai sobre patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 87).

Já o dano moral compreende a lesão aos bens que integram a personalidade, que constituem valores distintos dos bens que integram os bens patrimoniais (CAVALIERI FILHO, 2008, p.80).

O último pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, isto é, o vínculo existente entre a ação e o dano.

Destarte que toda vez que um dever jurídico for violado, e que tal violação cause dano a outrem, caracteriza-se a responsabilidade, o qual obriga o causador do dano a reparar o prejuízo na forma da Lei.

3. Direitos dos Idosos no Ordenamento Jurídico

O abandono entendido pelos idosos é estar só ainda que rodeado de pessoas, não ter o aconchego da família, dos filhos, não ter carinho.

¹ Consequência jurídica e patrimonial, lembrando o princípio do *Neminem Laedere*: “A ninguém é dado causar prejuízo a outrem”.

“Para muitos a velhice se torna um fardo pesado, pois o idoso não raro sofre da solidão que os outros lhe impõem ou que ele impõe a si mesmo, daí os sentimentos de melancolia e de desânimo que podem invadir o coração dos idosos”. (F. P., 83 anos, domiciliado).

“Sinto solidão, às vezes, quando estou sozinha em dias de chuva, principalmente à noite. Mas o abandono é muito pior do que a solidão” (I. B., 81 anos, domiciliada).
“Eu sinto solidão, principalmente à noite, quando não tenho com quem conversar e fico com minhas lembranças” (M. S. L., 70 anos, domiciliada). (HERÉDIA; CORTELETTI; CASARA, 2005).

De acordo com o art. 1º do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/03, idoso “é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Os direitos dos Idosos estão presentes na Constituição Federal de 1988, na Lei Orgânica de Assistência Social- Lei nº 8.179/74, na Política Nacional do Idoso, Lei no Estatuto do Idoso- Lei nº 10.741/03 e no Código Civil de 2002.

Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229, há previsão implícita do princípio da solidariedade onde cabe aos pais o dever de amparar os filhos menores, enquanto os filhos maiores são incumbidos de prestar auxílio aos pais na velhice, carência ou enfermidade.

No artigo 230 da Constituição Federal é previsto o dever da família, da sociedade e do Estado de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Traduz a ideia de assistência econômica, como também afetiva ao idoso, já que assegura a sua participação na comunidade, defesa de sua dignidade, bem-estar, de forma que o abandono afetivo do idoso contraria a norma em questão.

A Política Nacional do Idoso foi estabelecida em 1994, com a Lei nº 8.842/94, cuja finalidade é a de garantir os direitos sociais ao idoso, promovendo sua autonomia, integração e participação ativa na sociedade, em conformidade com o seu artigo 1º.

Em 2009, com a edição do Decreto n. 7037/09, foi instituído um Programa Nacional de Direitos Humanos- PNDH-3², onde foram propostas ações relativas à valorização do idoso e a promoção de sua participação na sociedade.

Com a Lei nº 10.741, de 1º de Outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, houve a garantia da efetivação dos 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

² O PNDH-3 incorpora, portanto, resoluções da 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos e propostas aprovadas nas mais de 50 conferências nacionais temáticas, promovidas desde 2003 – segurança alimentar, educação, saúde, habitação, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, meio ambiente etc –, refletindo um amplo debate democrático sobre as políticas públicas dessa área. (BRASIL, 2009. p. 11).

convivência familiar e comunitária dos idosos, sendo obrigação da família, da comunidade, da sociedade, e do Poder Público assegurar tais direitos.

Os artigos 4º e 5º, da lei supramencionada estabeleceram a proibição de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos direitos do idoso, de forma que a não observação dessas regras pelas pessoas físicas e jurídicas enseja a sua responsabilização.

Foram garantidos ainda os benefícios de natureza econômica, como descontos em atividades culturais e de lazer, prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos.

Os artigos 15 a 19 tutelaram o dever de atenção integral à saúde do idoso, o que decorre do princípio da proteção integral, que obriga a família garantir, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos do idoso.

Assegurou-se também, nos artigos 26 a 28, o direito à educação, cultura; e nos artigos 20 a 25, foram assegurados o esporte e lazer, bem como direitos à profissionalização e ao trabalho.

Conforme previsto no artigo 43 do Estatuto do Idoso há situações em que o idoso pode estar em risco quais sejam: por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; e em razão de sua condição pessoal.

No artigo 80 do Estatuto, foi garantido o acesso à Justiça, ao idoso pelo foro privilegiado, bem como o direito à prioridade na tramitação dos processos.

Conforme o artigo 74, inciso III, ao Ministério Público foi passada a incumbência de atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 da Lei, de forma que sua não intervenção nos processos acarreta nulidade absoluta, em conformidade com o artigo 77.

Em relação ao Código Civil de 2002, vale ressaltar a possibilidade de auferir pensão alimentícia, como veremos nos dispositivos a seguir a fim de elucidar o tema:

Art. 1694- Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º - Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1695 - São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1696 - 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.

Art. 1697 - Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1698 - Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Art. 1699 - Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Nesse aspecto é importante a discussão sobre o tema alimentos, haja vista o artigo 12 do Estatuto do Idoso estabelecer a obrigação alimentar solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores, o que conflita com o previsto no Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a obrigação solidária dos filhos na prestação de alimentos aos pais idosos, como demonstra o julgado publicado em 26/06/2006:

Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. - A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. - A Lei 10.741 /2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2006).

Desta forma, verifica-se que a tutela dos interesses dos idosos é de suma importância, devendo prevalecer à norma especial em casos de conflito para a garantia da efetivação do direito.

3.1 A Responsabilidade dos Filhos com Relação aos Pais Idosos

Os idosos têm o direito de receber pensão alimentícia dos filhos quando não possuem meios de manutenção própria ou recursos suficientes para a subsistência, conforme exposto acima.

Conforme ensina Pérola Melissa Vianna Braga:

O termo “alimentos” é usado na lei de forma ampla e significa não só o valor necessário para a alimentação em si como também o necessário para a manutenção

da pessoa de forma geral, ou seja, recursos para remédios, médicos, pagamento de despesas básicas como água, luz, gás, telefone e até cuidadores ou empregados, se o idoso não puder viver sozinho. (2014, p. 1).

Vale ressaltar que a finalidade do direito a alimentos é assegurar o direito à vida digna. E tal direito deve ser garantido primeiramente pela família, o que demonstra a efetivação do princípio da solidariedade, estudado anteriormente; e uma vez que o alimentando não tenha a quem recorrer, somente neste caso será sustentado pelo Estado, o que demonstra o dever primário da família em ajudar uns aos outros na medida de suas possibilidades.

Assim, são dois requisitos que comprovem o direito: necessidade e possibilidade, onde será avaliada a necessidade do idoso, bem como a possibilidade dos filhos para a fixação dos alimentos.

Entretanto, é de suma importância a compreensão de que a responsabilidade entre pais e filhos vai além da obrigação legal de natureza material (financeira).

Há inúmeros casos de idosos que são abandonados pelos filhos em suas próprias casas ou em asilos com a promessa de que irão retornar para buscá-los, mas nunca mais voltam sequer para visitá-los. Nesses casos, os idosos são privados da convivência familiar, atitude claramente incompatível com o dever de assistência afetiva, prevista no artigo 3º do Estatuto do Idoso, bem como no parágrafo único, inciso V, que descreve a garantia de prioridade do “atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência”.

A negação do amparo afetivo causa danos à personalidade do idoso, pois causa dor, sofrimento, podendo causar transtornos psicológicos e agravamento de doenças.

O descaso dos filhos é algo que merece punição, por ser considerado abandono moral grave.

Neste sentido, o Poder Judiciário deverá atuar para a garantia da preservação do dever de cuidar.

4. O Dever de Indenizar por Danos Morais Decorrentes do Abandono Afetivo Inverso

Sobre a temática deste item há esta interessante antiga história popular japonesa:

Um homem tinha sua mãe, muito velha, doente e enfraquecida. Então, certo dia, colocou-a em uma espécie de cesto e com seu jovem filho carregou-a para dentro de uma montanha. O homem já estava pronto para abandonar a velha senhora e voltar para casa, quando seu jovem filho correu e pegou o cesto vazio. O homem

perguntou-lhe por que, e o filho replicou que poderia precisar quando chegasse o tempo de trazê-lo para a montanha. Ouvindo aquelas palavras, o homem percebeu que acabara de cometer um erro; voltou à montanha, pegou sua mãe e retornaram os três para casa. (Apud NERI, 2000, p. 101).

Conforme decisão da Ministra Fátima Nancy Andrighi, em julgado de 2012 (BRASIL, 2014), perante a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, “amar é faculdade, cuidar é dever”. A decisão versada sobre abandono afetivo de um pai em relação à filha, o que lhe custou à condenação em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Entretanto, a mesma citação da Ministra Fátima, pode ser utilizada quando tratamos do idoso abandonado pelos filhos.

A prestação pecuniária, não há como negar, é de suma importância aos pais que não têm condições de prover a própria subsistência. Todavia, ela sozinha não é suficiente para garantir a vida, a saúde e a dignidade dos pais (IBDFAM, 2014).

Segundo Cláudia Maria da Silva, o conviver é basicamente afetivo e, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, cuida da alma, da moral, do psíquico (2004, p. 123).

O abandono afetivo dos filhos gera o dever de indenizar e essa indenização tem um caráter punitivo, compensatório e educativo.

O filho que abandona os pais causa danos de natureza moral, de forma que deve repará-los por meio de indenização. A indenização no âmbito compensatório serve para compensar a privação do convívio familiar do idoso e do próprio dano moral levado a efeito. Trata-se de indenização de caráter pedagógico/educativo porque tem por finalidade desestimular a reiteração no descumprimento da obrigação pelos filhos, para que sirva como exemplo a quem pretenda descumprir tão dever e para que o próprio condenado reflita sobre suas atitudes e não cause mais danos aos pais.

Conforme preleciona o Desembargador Jonas Figueiredo Alves, o abandono afetivo inverso é “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”. Esta falta do cuidar serve de base para a indenização (IBDFAM, 2014).

Na China, vigora desde 01/07/2013 uma lei³ que regulamenta a visita frequente e obrigatória aos pais, institucionalizando uma antiga tradição chinesa de prestação de cuidados filiais aos pais idosos, considerados vulneráveis e dignos de proteção integral.

³ A chamada “Law of Protection of Rights and Interests of the Aged”, Lei de Proteção dos Direitos e Interesses dos Idosos, que visa desconstituir qualquer hipótese de abandono afetivo.

Em convergência com a lei chinesa, vale ressaltar que está tramitando na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei nº 4.292/08 (BRASIL, 2008), do Deputado Carlos Bezerra, onde se estabelece, expressamente, o direito à indenização por dano moral em razão de abandono afetivo dos pais pelos filhos.

No artigo 2º do referido projeto, acrescenta o parágrafo único ao artigo 1632 do Código Civil, bem como acrescenta parágrafo ao artigo 3º do Estatuto do Idoso, em ambos os casos com o seguinte texto: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.”.

Como justificativa, o Deputado Bezerra utilizou o seguinte argumento:

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado. (BRASIL, 2008).

A tramitação do projeto encontra-se estacionada desde 13/4/11, quando a Comissão de Seguridade Social e Família - aprovou o parecer do relator, Deputado Antônio Bulhões, à unanimidade (ALVES, 2013). No parecer, apresentou-se parágrafo único ao art. 5º do Estatuto do Idoso, com a redação seguinte: "Comprovado o abandono afetivo por parte da família, caberá indenização por dano moral ao idoso”.

Embora, o nosso ordenamento jurídico, de maneira razoável, já consagre instrumentos adequados para subsidiar a teoria da responsabilização em casos como esse, se faz necessário à regulamentação de tal direito, para a garantia real de sua efetividade.

Diante do crescente número de idosos no país⁴, é fato de que a obrigação dos filhos em relação aos seus genitores tem fundamento no princípio da solidariedade, expresso na Carta Magna de 88, portanto tem caráter constitucional, além do Direito de Família.

⁴ Os idosos se apresentam com maior expectativa de vida. Brasileiros acima de 65 anos deve quadruplicar até 2060. A estimativa faz parte de uma série de projeções populacionais baseada no Censo de 2010. (IBGE) Segundo o órgão, a população com essa faixa etária deve passar de 14,9 milhões (7,4% do total), em 2013, para 58,4 milhões (26,7% do total), em 2060. Matéria do BBC Brasil de 29 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/08/130829_demografia_ibge_populacao_brasil_lgb.shtml> Acesso em: 06 jul. 2014.

Conclusão

O presente artigo analisou o Direito dos Idosos, principalmente no que tange ao dever de cuidado, e as consequências do não cumprimento deste dever. Existe hoje um crescente número significativo da população idosa, como resultado do aumento da expectativa do tempo de vida do ser humano.

A Constituição Federal, em seu artigo 229, regulamenta que os filhos maiores têm o dever de assistir os pais na velhice, carência ou enfermidade, proporcionando um convívio familiar, de acordo com o princípio da afetividade e princípio da solidariedade.

O artigo 5º da Carta Magna assegura em seu artigo 1º direito à dignidade humana. Desta forma, aquele que abandona o idoso fere este princípio em virtude da ilicitude do ato. Entretanto, não houve nenhuma previsão legal no Estatuto do Idoso quanto à possibilidade de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo por seus familiares, mesmo sendo de conhecimento geral a verificação da dor, do sofrimento, nestes casos, que, nestes casos, interfere no comportamento psicológico e físico dessas pessoas.

A composição do dano moral nestes casos realiza-se através da compensação ao ofendido, bem como punição, e caráter pedagógico ao ofensor. O descaso entre a relação dos pais com os filhos, e vice-versa, é considerado grave abandono moral, necessitando de forte punição do Poder Judiciário, para que se conserve a responsabilidade do dever de cuidar na família. Segundo o artigo 944 do Código Civil “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Portanto, havendo a ofensa à norma e decorrendo desta conduta um dano, nascerá à obrigação de repará-lo.

Não há previsão legal, no Estatuto do Idoso, quanto à possibilidade de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo por seus familiares.

Entretanto há um projeto de Lei nº 4.292/08, do Deputado Carlos Bezerra, onde se estabelece, expressamente, o direito à indenização por dano moral em razão de abandono afetivo dos pais pelos filhos, cujo trâmite está paralisado.

A dor e o sofrimento pelas causas de abandono ao idoso, como a negação do afeto, de convívio, e do próprio alimento, não o afetam apenas financeiramente, pois a dor reflete-se psicologicamente, de forma que deve haver regulamentação diante da realidade fática das relações das famílias contemporâneas.

A regulamentação do dever de cuidado, sob pena de condenação à indenização, é uma das formas de atender ao clamor da sociedade, acompanhando a evolução dos tempos, na garantia da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Diante dos institutos regulamentados em nosso ordenamento jurídico, já há argumentos para a garantia da reparação civil nos casos de abandono do idoso. Entretanto, faz-se necessária a sua regulamentação a fim de que se evite a reiteração de casos, e não somente para solucionar os casos existentes.

Referências

ALVES, Jones Figueirêdo. Filhos que abandonam: Dignidade do idoso é pauta de urgência. **Boletim Jurídico CONJUR**, 11 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia#author>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

BBC Brasil. Número de idosos no Brasil vai quadruplicar até 2060, diz IBGE. **Notícias Brasil**, 29 ago. 2013. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/08/130829_demografia_ibge_populacao_br_asil_igb.shtml> . Acesso em: 06 jul. 2014.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Os Idosos e o Direito a Alimentos**. Disponível em: <http://direitoidoso.braslink.com/pdf/ARTIGO_4direitoalimentos.pdf> Acesso em: 22 de fev. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.292/08. Autor: Carlos Bezerra. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41568>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. Lei 8842, de 04 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm> Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Lei 10741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm> Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Decreto 7037/09, de 21 de dezembro de 2009. **Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm> Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 775.565, de 13 de junho de 2006. Terceira Turma. Ministra Relatora Nancy Andriahi. Diário Oficial 16.06.06. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22A%E7%E3o+de+alimentos+proposta+pelos+pais+idosos+em+face+de+um+dos+filhos%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610>

&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 04. jul. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do direito civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b. v. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HERÉDIA, Vania Beatriz Merlotti; CORTELETTI, Ivonne Assunta; CASARA, Miriam Bonho. Abandonoi na velhice. **Textos sobre envelhecimento**, Rio de Janeiro: Unati, v. 8, n. 3, 2005. Disponível em: <http://revista.unati.uerj.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-59282005000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 04. jul. 2014.

IBDFAM. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 21 fev. 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 11, n. 13, p. 5-29, dez./jan. 2009/2010.

MIGALHAS. **Protection of Aged**. Disponível em: <http://www.migalhas.com/mostra_noticia.aspx?cod=181692> Acesso em: 20 fev. 2014.

_____. **Projeto de Lei 4.292 de 2008**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130712-07.pdf> Acesso em: 10 fev. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERI, Anita Liberalesso. **Qualidade de vida e idade madura**. Campinas: Papirus, 2000.

QUINTANA, Mário. **Poesia completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil. Teoria Geral**. 4º Edição. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2006.

_____. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2010.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.123, ago./set. 2004.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Caso Real de Abandono Paterno**. Disponível em: <www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203> Acesso em: 10 mar. 2014.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do Direito de Família brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468>>. Acesso em: 02 jul. 2014

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.