

O ABANDONO AFETIVO INVERSO DA PESSOA IDOSA NO BRASIL E SEUS ASPECTOS RELEVANTES À LUZ DO ESTATUTO DO IDOSO

THE INVERSE AFFECTED ABANDONMENT OF THE ELDERLY PERSON IN BRAZIL AND ITS ASPECTS RELEVANT TO THE LIGHT OF THE STATUTE OF THE ELDERLY

Ana Paula de Souza Nunes¹
César Gratão de Oliveira²

RESUMO

O presente artigo científico tem como principal objetivo analisar se a falta de afeto pode ser tarifada e por consequência demonstrar que a obrigação dos filhos perante seus genitores ultrapassa a esfera material e pecuniária, devendo ser atribuída a prole negligente e omissa o dever de indenizar o dano sofrido pelo idoso, utilizando-se como método de estudo, pesquisa bibliográfica e técnica qualitativa, nesse ínterim, a responsabilização civil pelo não cumprimento do dever de cuidado dos filhos para com seus pais idosos é medida que se impõe.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Afetivo Inverso. Estatuto do Idoso. Reparação Civil. Dano Moral.

ABSTRACT

The main objective of this scientific article is to analyze whether the lack of affection can be taxed and consequently to demonstrate that the obligation of the children before their parents exceeds the material and pecuniary sphere and should be attributed to negligent offspring and omit the duty to indemnify the damage suffered by the elderly, using as method of study, bibliographical research and qualitative technique, meanwhile, the civil responsibility for non-compliance with the duty of care of the children towards their elderly parents is a measure that is imposed.

KEYWORDS: Abandonment Affective Inverse. Statute of the Elderly. Civil Repair. Moral damage.

INTRODUÇÃO

Atualmente o número de pessoas acima de 60 anos que vivem no Brasil se encontra em constante crescimento e juntamente com esse aumento da expectativa de vida dos cidadãos brasileiros houve uma significativa dilatação

¹ Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade Raízes em Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: apsouza.24@hotmail.com

² Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis – Unievangélica. Especialista em Direito Tributário pela Unisul – Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogado, professor da Faculdade de Direito Raízes. Mestrando em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente no Centro Universitário de Anápolis – Unievangélica. Anápolis, Goiás, Brasil. E-mail: cesagratao@hotmail.com

do número de casos de abandono e negligência à pessoa idosa no Brasil. Analisando essa situação é de extrema importância tratar de tal tema, já que infelizmente na maior parte das vezes a violação dos direitos dos idosos partem de seus próprios familiares, daqueles em que os idosos depositam sua mais plena confiança.

Neste sentido necessário se faz a abordagem de uma possível responsabilização civil dos filhos pelo abandono afetivo de seus pais na velhice, visto a dor do desprezo e esquecimento que sofrem diariamente em uma fase que para a maioria é sinal de vulnerabilidade, pelo surgimento de doenças ou agravamento das já existentes, pelas limitações a que se submetem e pelo desrespeito de seus direitos sociais.

Tendo em vista a vigência da Lei 10.741/2003 popularmente conhecida como Estatuto do Idoso que traz em seu texto normativo a regulação dos direitos dos cidadãos com 60 anos ou mais, é possível afirmar com exatidão que os idosos brasileiros não estão sendo tratados com a devida assistência familiar e social que tem direito, lhes faltam dignidade humana, proteção e principalmente afetividade por parte de sua prole.

Vale dizer que o abandono dos pais na velhice é igualmente prejudicial à saúde psicológica do indivíduo como o abandono de um filho por seus pais, por essa razão como os pais possuem o dever de indenizar seus filhos pelos danos e sofrimentos que o abandono os causou, os idosos também fazem juz a essa mesma compensação, pois para a Justiça o valor jurídico é o mesmo. Desse modo é preciso que sejam aplicadas veementemente as medidas concernentes à responsabilização civil aos que cometem tantas omissões em desfavor de seus genitores, pois como já dito o afeto é considerado um valor jurídico e portanto quando se está diante de uma situação de abandono dos filhos para com os pais o dever indenizatório é consequência que se impõe devendo portanto o abandono afetivo inverso ser considerado uma conduta ilícita.

1 FAMÍLIA

1.1 CONCEITO

Entende-se como família o conjunto de pessoas que apresentam algum parentesco entre si, porém, na ciência jurídica não há um conceito de família definido. Segundo Rodrigues (2004) há três acepções do vocábulo família que são o sentido amplo, o sentido limitado e o sentido restrito.

Segundo Rodrigues (2004, p. 4):

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum, o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consanguíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consanguíneos em linha reta e os colaterais sucessíveis, isto é, os colaterais até quarto grau. Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

A legislação brasileira atual abarca as três acepções abordadas por Rodrigues (2004), sendo aplicada de maneira individual e distinta em cada tipo de relação familiar, ponderando os direitos e deveres conforme o grau de proximidade do círculo familiar.

Segundo Madaleno (2015, p. 36) família é “uma unidade pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental”.

Diante do conceito trazido pelos doutrinadores entende-se que a família não tem concepção apenas jurídica, mas possui relevância social diante das suas formas e variações.

Lôbo (2009, p. 2) reflete:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Desta forma, entende-se que para o Direito, a família trata-se de uma organização social composta por indivíduos que possuem laços sanguíneos, jurídicos ou afetivos.

1.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA

A família é considerada o instituto social mais antigo da humanidade. Antes do homem se organizar em comunidades, a família já era constituída como um conjunto de pessoas com parentesco com base em um ancestral comum ou por meio do matrimônio.

Dentro do contexto familiar, os membros possuíam obrigações entre si seguindo a liderança do membro mais velho, também chamado de patriarca. Geralmente o patriarca era homem e símbolo da família, sendo que dentro da sua comunidade eram reunidos todos os seus descendentes que compartilhavam da mesma identidade cultural e patrimonial. Deu-se o nome de clãs para essas primeiras entidades familiares que possuíam laços sanguíneos de parentesco.

Devido ao crescimento territorial e populacional, os clãs já com milhares de membros passaram a se unir e formaram então as primeiras tribos. As tribos eram grupos sociais compostos de corporações de grupos de descendentes. Dessa forma, as famílias primitivas começaram a dar origem as primeiras sociedades organizadas, foi a partir deste momento que surgiu o vocábulo família.

A palavra “família” tem origem da expressão latina *famulus*, que tem como significado “escravo doméstico”, se tratando de escravos que desempenhavam o trabalho na agricultura familiar de forma legal nas tribos ladinas, onde hoje situa-se a Itália.

Com a dissolução dos laços sanguíneos entre a população ao se formar sociedades mais complexas, no direito romano antigo a expressão *família natural* ganha importância sendo representada apenas pelo casal e seus filhos. Diferentemente dos clãs, que eram formados inicialmente por um ancestral em comum, família natural em Roma passa a ser formada por meio do casamento.

Posteriormente, a Igreja Católica adaptou a família natural transformando-a em uma instituição sacralizada e indissolúvel, e a única capaz de formar uma família cristã. Dentre suas diversas características podemos citar como uma das mais importantes a exigência da união entre duas pessoas de diferentes sexos, unidas através de um ato solene, interessante salientar que esse regramento instituído a tantos milênios predomina até a atualidade.

Como pode ser observada, a evolução da família teve sempre como base o princípio da consanguinidade entre seus membros formados a partir de um único patriarca, sendo esta a sua origem comum. De forma gradual, houve a substituição dessa estrutura por núcleos familiares menores, tendo como base o casamento formado pela união de homens e mulheres, consolidado e sacralizado pela Igreja Católica. Esse tipo de formação familiar dominou a cultura e a sociedade das nações europeias ocidentais por mais de um milênio, e é reconhecido atualmente pela maioria das legislações ocidentais vigentes tanto como ato jurídico formal, quanto como sacramento religioso.

Segundo Orlando Gomes (1998, p. 40):

Na organização jurídica da família hodierna é mais decisiva a influência do direito canônico. Para o cristianismo, deve a família fundar-se no matrimônio, elevado a sacramento por seu fundador. A Igreja sempre se preocupou com a organização da família, disciplinando-a por sucessivas regras no curso dos dois mil anos de sua existência, que por largo período histórico vigoraram, entre os povos cristãos, como seu exclusivo estatuto matrimonial. Considerável, em consequência, é a influência do direito canônico na estruturação jurídica do grupo familiar.

Entretanto, com o avançar dos anos a consanguinidade e a instituição do casamento vêm sendo substituído por um fator muito mais preciso e condizente à realidade: o afeto.

1.3 A FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal de 1988 trata especialmente do Direito de Família, porém sofreu várias alterações ao longo dos anos. Diferentemente do modelo autoritário e patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, a Constituição Federal estabeleceu em seu texto normativo preceitos norteadores da família, como a igualdade, solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos esses que demonstram os objetivos do Estado brasileiro.

A Constituição Federal ao mesmo tempo em que confirmou normas já existentes, como por exemplo, o casamento gratuito e a garantia de efeitos civis

ao casamento religioso, trouxe também inovação ao reconhecer um novo modelo de entidade familiar, a união estável entre o homem e a mulher. Ao reconhecer esse novo modelo, a Constituição igualou o homem e a mulher na sociedade conjugal, vedando qualquer diferença de direitos, qualificação ou tratamento entre os filhos concebidos na constância do casamento ou fora dele, ou por meio da adoção.

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. O casamento não foi abolido como modelo ideal de regulamentação, no entanto, a Constituição passou a aceitar a *família natural* como realidade social digna também de tutela jurídica. Desta forma, é considerado como sendo família tanto aquela que provém do casamento, quanto a que é resultado da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), bem como a família estabelecida entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, não tendo relevância a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º).

A Constituição Federal de 1988 foi pioneira ao colocar o filho adotivo em igualdade com o filho de sangue e reconhecer a união estável, também conhecida por união decorrente de companheirismo. Desta forma, a Constituição reconheceu que a formação da família é estabelecida pelo afeto, sem diferenciação de laços decorrentes de sangue ou de casamento.

O atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406) foi o grande responsável por regulamentar as normas constitucionais sobre a família, através de sua legislação infraconstitucional promulgada em 10/01/2002. Juntamente com tantas inovações do Código Civil de 2002, veio também a igualdade dos cônjuges no ambiente familiar como maneira de suprir o poder patriarcal, além de atualizar os meios de extinção do casamento através da separação e do divórcio. Outras atualizações foram em relação a união estável entre homem e mulher, que passou a reconhecer os direitos advindos da relação de concubinato, bem como atualizou a adoção, extinguindo qualquer tipo de diferença entre os filhos adotivos e de sangue.

Diante disso, observa-se que a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, abarcou em seu texto diversas modalidades de família,

constituídas tanto por laços consanguíneos, quanto por afeto ou por atos jurídicos solenes.

A adoção e as relações de convivência são realidades sociais que demonstram que o afeto existe independentemente de consanguinidade ou solenidade. Isso porque o ato formal que pressupõe a adoção é advindo da afetividade que já fora anteriormente adquirida entre os pais e os futuros filhos.

1.4 PRINCÍPIOS INERENTES À RELAÇÃO FAMILIAR

1.4.1 Princípio da Dignidade Humana

O princípio da dignidade humana trouxe a valorização da própria pessoa no seio familiar, protegendo-a em sua individualidade. O princípio preza o indivíduo pelo ser pessoa. Sendo assim, há a proteção da vida e da integridade dos componentes da família, respeitando a pessoa e resguardando os seus direitos de personalidade.

Sendo o princípio da dignidade humana um fundamento da República, a Constituição Federal valoriza a proteção do indivíduo, garantindo o exercício e o reconhecimento de sua condição, não admitindo qualquer tipo de discriminação por parte da sociedade.

1.4.2 Princípio da Afetividade

O princípio da afetividade é responsável pela ligação de pessoas pelo afeto, ou seja, é uma opção de construção da família baseada especificamente na convivência. A Constituição Federal não traz o princípio da afetividade de forma expressa, mas encontra-se de forma implícita como caráter inspirador da família, devendo os indivíduos comungar de uma vida e possuir uma relação afetiva estável.

Nesse novo contexto de relação familiar, a mulher passa a ser independente do marido, sendo o afeto o elemento primordial da família, distanciando de vez o conceito de casamento subordinado por questões econômicas.

Segundo Madaleno (2008, p. 66):

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.

Desta forma, o princípio da afetividade é resultado da convivência familiar, de atos exteriorizados, de condutas objetivas que demonstrem o afeto familiar de seus membros ao constituir e manter suas famílias, e com isso há a geração de vínculos jurídicos como a paternidade socioafetiva.

1.4.3 Princípio da Solidariedade Familiar

A palavra solidariedade é definida como o compromisso entre indivíduos que se obrigam uns aos outros e cada um deles a todos. Desta forma, ao realizar uma análise é possível notar que a origem deste princípio se dá nos vínculos afetivos.

Segundo Madaleno (2013, p. 93):

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

No seio familiar os indivíduos devem ser solidários uns com os outros, ajudar e ser ajudado. Com base nesse princípio pode-se afirmar que da mesma maneira que é dever dos pais cuidar de seus filhos, também é dever dos filhos cuidarem dos seus pais na velhice.

A solidariedade infere-se na prestação de auxílio mútuo, material e moral, sendo importante a necessária prestação de assistência, amparo e proteção.

1.5 O AFETO COMO FORMADOR DA FAMÍLIA

Ao longo da história a instituição familiar teve origens comuns e paralelas, sendo a consanguinidade e a união entre duas pessoas, formalizada

através do casamento a origem mais importante. Embora o Direito Romano considerasse o afeto como pressuposto para o casamento, os laços afetivos não eram tidos como algo primordial e por isso deixados em segundo plano.

Após a Igreja Católica difundir o casamento como sacramento e única origem da família, embora não passível de dissolução, mesmo que fosse da vontade de algum dos cônjuges, o afeto novamente perdeu importância nas leis de países com seio cristão.

Por ser mutável, o Direito deve se espelhar na sociedade e seus costumes para desenhar suas normas jurídicas garantindo o seu valor. Embora a palavra afeto não esteja presente de forma literal na Constituição Federal, ele foi objeto de proteção pelo Poder Constituinte Originário. Segundo Oliveira (2002, p. 233) “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual”.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao garantir aos filhos adotivos os mesmos direitos e deveres dos filhos consanguíneos. Em decorrência desse valor jurídico dado pela Constituição, o vínculo afetivo foi equiparado ao vínculo decorrente de laços sanguíneos.

O afeto ultrapassa a barreira do laço sanguíneo. O afeto não é somente um laço capaz de unir o núcleo familiar, nem muito menos é apenas um valor jurídico, o afeto é um sentimento capaz de nutrir os laços de amizade, companheirismo, humanidade, solidariedade. Não sendo um fruto do sangue, trata-se de um motor social, que compõe as relações dos indivíduos, principalmente da família.

Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma 'comunidade de sangue' e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma 'comunidade de afeto'. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível (...). Comunhão que valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias do renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro cultural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito

desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis, então, o direito ao refúgio afetivo (CUNHA, 2009, p. 20).

Do mesmo modo em que há mudança de sentimentos e afeto, ocorrem também mudanças nas relações familiares. A parentalidade, fraternidade e as uniões são criadas e dissolvidas conforme a presença ou ausência de afeto entre os indivíduos, e o Direito sendo instrumento da sociedade, não pode ignorar e nem diminuir tal importância.

A família é compreendida por meio da comunhão de vida, de amor, de afeto de forma igualitária, livre, solidária e da responsabilidade mútua. Ao ceder a democratização o formato hierárquico da família perdeu a figura do patriarca e passou a ter indivíduos com o mesmo direito de igualdade e de respeito.

Embora o afeto não tenha sido expresso de forma literal no texto da Constituição, mesmo sendo fator fundamental das relações familiares, é aplicado por diversos juristas e magistrados.

De tal modo, através dos dispositivos jurídicos, dos estudos acadêmicos e dos tribunais brasileiros é possível depreender que o afeto se tornou fator essencial para a formação da família sendo um princípio que engloba todo o Direito de Família.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO INVERSO

2.1 CONCEITO

A palavra “responsabilidade” é originária do latim *respondere*, que tem como significado a obrigação que o indivíduo tem de assumir as consequências de seus atos. No contexto jurídico trata-se de assumir as consequências ao cometer algum ato ilícito capaz de trazer danos à integridade física, moral ou material de outro indivíduo. Segundo Gagliano (2017, p. 51):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

No Direito de Família, a responsabilidade Civil é uma obrigação de reparação do dano. Inacio de Carvalho Neto (2007, p. 19), afirma que:

A responsabilidade Civil expande-se por todos os ramos do direito civil e também transita pelo Direito de Família, tanto em seus aspectos pessoais de vínculo familiar, como na esfera patrimonial das relações exurgentes do estado familiar. No campo da violência familiar, é perceptível quão fértil e importante é encontrar amparo às lesões graves, pelas quais já não é aceito reine o temor sobre o silêncio reverencial do parente ofendido.

O objetivo da responsabilidade civil é ressarcir o dano causado ao indivíduo, com o intuito de reparar o dano de acordo com o artigo 186 do Código Civil, que diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

2.2 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tendo em vista que toda manifestação do homem acarreta a questão da responsabilidade, é dever do Estado reconstituir o ordenamento jurídico violado. Desta forma, para que se tenha a responsabilização civil subjetiva e também a obrigação de indenizar é necessário que o indivíduo tenha violado um dever de diligência e não apenas tenha procedido de forma ilícita. Além disso, é importante que esteja presente elementos como a conduta humana, o dano, o nexo causal e a culpa.

2.2.1 A Conduta Humana

A conduta humana é o elemento da responsabilidade civil de maior importância, podendo se dar por comportamento ativo ou negativo, por ação ou omissão. A ação ou omissão do indivíduo pode causar dano ou prejuízo a outro indivíduo sob sua responsabilidade, podendo gerar indenização, por dolo, negligência ou imprudência, em decorrência do dever jurídico. A conduta humana diz respeito ao fato do indivíduo fazer algo ou deixar de fazer o que

deveria ter sido feito. Sobre a conduta humana Sílvia Rodrigues (2002, p.16) afirma que:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

No olhar de Maria Helena Diniz (2003, p. 37) conduta humana é:

O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, (...) que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

2.2.2 O Dano

Entende-se por dano toda lesão causada a um bem juridicamente protegido, acarretando prejuízo tanto a nível patrimonial quanto extrapatrimonial. Desta forma, causa dano o indivíduo que diminui um bem jurídico material ou moral, tendo o indivíduo lesado direito a uma indenização.

Para Álvaro Villaça Azevedo (1998, p. 238):

[...] A palavra dano tem extensão ilimitada de sentido, representando o resultado de qualquer espécie de lesão (moral, religiosa, econômica, política etc); entretanto, no prisma jurídico, o dano circunscreve-se a detrimência econômica ou moral.

2.2.3 O Nexo Causal

Para a certificação do prejuízo deve-se afirmar o nexo de causalidade entre o prejuízo e a ação ou omissão. A especificação do nexo causal é imprescindível, uma vez que apenas se terá o dever de indenizar, caso a comportamento tenha verdadeiramente causado o prejuízo, porém, se este nexo não se caracterizar, não se imputará a obrigação de indenizar.

O nexu causal cumpre um duplo papel na responsabilidade civil, quais sejam: definir a quem precisa se imputar um resultado danoso e na averiguação do tamanho do prejuízo a se indenizar, uma vez que serve de indicador na indenização.

Entende-se como nexu causal:

O vínculo entre o prejuízo e ação designa-se nexu causal, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexu representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e ação que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para produção do dano, o agente responderá pela consequência. (DINIZ, 2012, p. 129).

A teoria que mais satisfatoriamente se adapta com o Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade direta ou indireta, no qual entende-se que precisa ser ponderado se com a exclusão da ação o prejuízo ou dano ocorreria ou não. Se a resposta for positiva, por conseguinte não haverá responsabilidade em detrimento daquele comportamento, tendo em vista que o dano aconteceria da mesma maneira. Porém, se a resposta for não, nessa ocasião encontra-se ante o dever de responsabilizar, uma vez que a conduta gerou o dano.

No que diz respeito ao nexu de causalidade do abandono afetivo inverso, se torna indispensável uma avaliação comportamental no caso real. O idoso precisa inegavelmente de atenção e zelo por parte dos entes familiares a fim de assegurar obrigações básicas importantes que com o avançar da idade são necessários. Se abster a realizar tais direitos e obrigações a eles, seria fazer uma conexão entre o prejuízo emocional ocorrente na dor do abandono com as consequências (sejam eles de ordem psicológica, vontade ou física) que essa inércia causaria. Então, eis que se encontra presente conjuntamente no abandono afetivo inverso o nexu causal entre a displicência e os possíveis danos a sujeitar-se do caso concreto.

2.2.4 A Culpa

Nas relações de família a culpa é uma parte decisiva para que se tenha a determinação da reparação civil, este modelo de responsabilização é

conhecida como responsabilidade subjetiva, no qual depende do predisposto e de suas ações ou omissões a fim de concretir. Dessa forma, faz-se imprescindível que o indivíduo tenha agido de maneira culposa ou dolosa para que o prejuízo seja indenizável, e é necessário que se tenha a prova da culpa.

Segundo Paulo Nader (2015, p. 31):

Na responsabilidade subjetiva, regra geral em nosso ordenamento, o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente. De acordo com esta orientação, se o dano foi provocado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem. Igualmente se decorreu de caso fortuito ou força maior.

Para averiguar a diligência exigível do indivíduo, e que se torne possível a caracterização da culpa, é importante realizar a comparação do comportamento do *homo medius* com o homem ideal, que diligentemente antevê o mal e precavidamente evita o perigo.

Rodrigues (2003, p. 144) afirma que:

Para se verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado in abstracto pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta.

Desta forma, ao afirmar que o indivíduo age de maneira desastrosa em sua conduta e de forma voluntariamente procurada pode-se afirmar que houve culpa lato sensu (dolo). Contudo, se o indivíduo provoca dano à vítima em consequência de um comportamento negligente e imprudente, diz-se que houve culpa stricto sensu também conhecida como culpa aquiliana. Para uma melhor compreensão da consumação da culpa é necessário que se observe seus desdobramentos diante do abandono afetivo inverso de maneira meticulosa.

O fato é que a falta de prudência tem ligação direta com alguma ação que geralmente é uma conduta comissiva (positiva) de falta de cuidado, onde o indivíduo deixa de fazer algo, mas toma uma atitude diversa da esperada.

Ao agir com negligência, o indivíduo passa a agir de forma culposa omitindo o dever de cuidar, ou seja, o indivíduo deixa de agir causando o ato ilícito. Sobre isso Madaleno e Barbosa afirmam que (2015, p. 320):

Especificamente no espaço reservado à negligência filial quanto aos deveres de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, tem-se um agravante: trata-se de um ilícito qualificado por se prostrar no tempo, tornando mais árdua a passagem da vida em seus estertores. A omissão não consiste em um ato isolado, mas em uma atividade que se renova a cada dia, repercutindo a sonegação do dever de amparo na paulatina desestruturação psicofísica do ascendente. A desídia que se equipara a um “ilícito continuado” certamente não se prende àquilo que consideramos como uma culpa leve, mas a um comportamento antijurídico doloso ou permeado pela culpa grave do filho.

Sendo assim, pode-se afirmar que dolo consiste no cometimento de uma violação deliberada, consciente e intencional de um dever jurídico, ou seja, o indivíduo comete um ato antijurídico consciente ao falhar no seu dever de cuidar e diligência cabido a todos os filhos.

2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL RECÍPROCA

Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana cabe ao indivíduo que sofre a ausência dos filhos, no estágio de vida mais avançado, a reparação para garantir o amparo dos pais.

Entende-se que a família é o primeiro ente de proteção dos idosos, cabendo a ela garantir seus direitos, principalmente o direito à vida. Segundo a Constituição Federal cabe a família garantir a dignidade do idoso, e para tal os familiares deve proporcionar as condições necessárias para que seja efetivada.

Diante desse contexto, é possível afirmar que é preciso viver e não apenas sobreviver. E para que se tenha uma longevidade sadia e digna é importante que seja garantida a convivência familiar do idoso mesmo em situações de asilo.

A Constituição Federal reafirma em seu artigo 229 sobre a responsabilização civil dos familiares, em especial dos filhos, onde dispõe: “o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Dessa maneira, a constituição afirma que a responsabilidade dos filhos para com os

seus pais não se limita à velhice, podendo ser arguida no momento de carência ou mesmo enfermidade.

2.4 DOS ALIMENTOS

No âmbito alimentar, o Código Civil nos artigos 1.694 a 1.699 trata de responsabilidade dos mesmos, sendo utilizado para embasar eventual ação de alimentos pelo idoso em desfavor dos filhos que incorreram em abandono, com o intuito de garantir seus direitos e promoção de uma vida digna.

Sobre reciprocidade na prestação de alimentos entre pais e filhos, o artigo 1696 destaca:

Art. 1.696. 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.

O Estatuto do Idoso em seu artigo 11 dispõe que "os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil". Desta forma, os pais podem reclamar pensão alimentícia ao filho, sob a condição do mesmo ser maior de idade e possuir condições financeiras para arcar com tal encargo, além disso, a necessidade da ajuda deve ser comprovada.

Entende-se por "alimentos" não apenas alimentação, o termo utilizado faz menção ao valor necessário para que o indivíduo se mantenha, incluindo recursos para remédios, assistência médica, pagamento de despesas básicas como água, luz, gás, telefone e até cuidadores ou empregados, caso o idoso possa viver sozinho. Em concordância Orlando Gomes afirma que os alimentos se referem a itens capazes de satisfazer as necessidades vitais de um indivíduo que não consegue prover a si mesmo.

Segundo Marco Antonio Vilas Boas (2005) os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do indivíduo necessitado e dos recursos disponíveis da pessoa obrigada. Além disso, cabe salientar que o direito a prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, sendo que a obrigação recai sobre os entes de grau mais próximo. Se o parente que deve suprir os alimentos em primeiro lugar não possuir condições financeiras para sustentar sozinho tal encargo outros indivíduos

podem ser chamados a auxiliar nessa ajuda. Quando há concorrência de grau imediato, os indivíduos devem concorrer conforme seus respectivos recursos e intentada ação contra uma delas, as demais poderão ser chamadas a integrar a lide.

Ainda segundo Vilas Boas (2005, p. 30):

Dessa forma, os filhos têm para com os pais as mesmas obrigações paternas anteriores a velhice. Se um pai idoso, sem condição de sobrevivência, depender de um dos filhos, os demais deverão responder pelo encargo na proporção de seus recursos. Todos os filhos, aqui, são responsáveis pela manutenção paterna, pagando mais os mais abastados e menos, o de menos ganho.

Caso não seja cumprido o pagamento da prestação alimentar pode levar a prisão civil do responsável pelo pagamento. Segundo o art. 5º, LXVII, da CF: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

2.5 DO ABANDONO MORAL

Do mesmo modo que o abandono de filhos cabe indenização, o abandono de pais idosos também cabe. Segundo a Ministra Nancy Andrighi "amar é uma faculdade, mas, cuidar é um dever". O abandono sofrido pelo idoso é tão cruel como a dor do abandono dos filhos pequenos, vez que ambos sofreram a privação do cuidado parental em determinada fase da vida.

O conceito de 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". A ausência da preocupação com o cuidado é base legal para uma indenização. (IBDFAM/2014).

A Constituição Federal de 1988 fundamenta em seu artigo,

Art. 229. 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.

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988 tem-se no Estatuto do Idoso o fundamento da obrigação afetiva dos filhos para com os pais:

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.

Não existem restrições legais à aplicação das regras referentes à responsabilidade civil e a indenização no Direito de Família.

O valor jurídico objetivo está ligado ao ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como pode ser observado no art. 227 da CF/88.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

É possível reconhecer a ilicitude civil por meio da omissão ao se comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida. 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.

Desde que o afeto foi considerado um valor jurídico o abandono afetivo pode gerar indenização, pois é considerado falta de proteção e cuidado. Portanto, se o cuidado e a proteção para com os pais idosos é um dever e este dever não é observado, se está diante de um ato ilícito.

Segundo o artigo 186 da Constituição Federal de 1988: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

O entendimento maior é que a ausência de apoio moral e material na fase da velhice pode ocasionar danos psicológicos profundos no idoso, ferindo a dignidade da pessoa humana.

3 O ABANDONO AFETIVO INVERSO NO DIREITO BRASILEIRO

Com previsão no Estatuto do Idoso, o abandono imaterial vem sendo objeto de julgamento em diversos tribunais no país, como direito garantido dos idosos. O Estatuto do Idoso visa a proteção de tais direitos, e vê na indenização pecuniária o meio de prevenir o abuso e abandono, vez que não se pode garantir o amor porém é assegurado ao idoso o dever de ser cuidado (HIRONAKA, 2006).

O direito de família não tem a ideia central de patrimonialização do idoso e por isso são impostos limites e pressupostos específicos ao dever de indenizar o idoso em decorrência do abandono afetivo (HIRONAKA, 2006).

A discussão se encontra no grau de abandono, na condição em que o idoso vive e nos danos sofridos em decorrência da separação de seus familiares. Desta forma, deve ser cautelosa a maneira em que se é utilizada a ação de indenização por danos morais em decorrência do abandono afetivo (NAGEL, 2013).

Há obstáculos na utilização do instituto, assim como em qualquer ação de dano moral, casos onde se destaca o sentimento em relação ao evento casuístico. Nos casos de abandono a dificuldade de valoração aumenta quando o uso do amor é o principal. Outro ponto a ser analisado é a afirmação de que não se pode obrigar ninguém a amar outra pessoa, conforme o 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; MARCUS, 2013, p. 37)

A Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira do TJRJ destacou em 2009 que se deve ter alguns cuidados sobre a investida ação de danos morais. Segundo a desembargadora é necessário salientar que a questão do abandono afetivo é uma matéria polêmica e controvertida devendo haver cautela e prudência ao se analisar o caso concreto (KARAM, 2011).

O judiciário brasileiro ao criar jurisprudência para o abandono afetivo abriu precedentes para se utilizar o abandono afetivo inverso por idosos e reafirmaram os direitos já consolidados pelo Estatuto do Idoso e Constituição Federal.

3.1 ABANDONO AFETIVO E O PROJETO DE LEI Nº 4.294/2008

O referido projeto de lei tem por objetivo 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), de maneira a estabelecer indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo sofrido pelo idoso. Segundo Bezerra (2008), as obrigações estabelecidas entre pais e filhos não se restringem apenas ao auxílio material, mas abrangem também apoio, afeto e atenção.

Atualmente, o abandono afetivo de crianças é algo socialmente mais comovente quando comparado ao abandono afetivo de idosos, vez que são indivíduos que ainda tem um caminho de vida longo a percorrer. A gritante realidade dos idosos é algo que não pode ser esquecida. Conforme Marcos Almeida 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, p. 4).

Embora se tenha mecanismos que protejam os idosos diante da realidade social é difícil compreender a eficácia necessária para conseguir atender a todos os casos e suas especificidades.

3.2 APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ABANDONO AFETIVO E ABANDONO AFETIVO INVERSO

Sabe-se que é possível proceder com a aplicabilidade da analogia no Direito Civil e Processual Civil, em observância ao artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto Lei 4657/42, aplicando-se então o abandono afetivo tanto para crianças quanto para idosos. A analogia pode ser entendida dentro do conceito em que o juiz usa de solução de um caso concreto através de dispositivo legal relativo a caso semelhante e não com um mecanismo ligado de maneira direta à determinado dispositivo legal (GONÇALVES, 2011).

Através da doutrina é permitida a aplicação da analogia pelo magistrado, que nos casos concretos em que o idoso não enquadra no instituto, devem ser resguardados e ressarcidos mediante os recentes 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”.

A Analogia pode ser aplicada a partir 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, p. 72)

Existe a semelhança concreta na hipossuficiência aparente infantil com a senil, e tal situação pode ser facilmente visualizada quando, devido aos agravantes da idade, se torna claro relacionar a dor da perda com a dor do abandono em idades mais avançadas. Assim sendo, é menos complexo encontrar o nexa causal no dano nas relações de abandono afetivo inverso em idosos do que em crianças abandonadas, ou seja, a criança geralmente consegue esconder essa face do abandono e isso será cobrado dos pais na fase adulta, enquanto que no idoso essa face do dano emocional fica mais aparente no momento de dor que o indivíduo vive.

3.3 O IDOSO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

O envelhecimento populacional já é considerado um fato concreto e crescente no mundo todo e o Brasil não fica longe dessa realidade. O país viu sua população idosa crescer gradativamente a partir da década de 1960, sendo que apenas 20 anos antes, no ano de 1940, aproximadamente 42% da população era formada por jovens menores de 15 anos e somente 2,5% eram representados pelos idosos (BRASIL, 2002).

No ano de 2010, o censo brasileiro realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), mostrou que o jovens somavam apenas 24% da população total do país enquanto os idosos já representavam 10,8% da população, ou seja, um pouco mais de 20,5 milhões de pessoas com idade superior a 60 anos.

De acordo com o professor e pesquisador Luiz Roberto Ramos, a população idosa tende a crescer cada vez mais e esse número do último Censo será triplicado podendo afirmar que o Brasil será um dos países com maior número de idosos do mundo.

Diante dessa realidade o país precisa lidar com as mudanças na idade populacional e no perfil etário dos indivíduos, considerando que o crescente índice de idosos é gradativo devido a vários fatores que pré-dispõem essa situação como, por exemplo, o aumento da expectativa de vida e a melhora da qualidade de vida da população (ARAÚJO, 2012).

Para a autora Guita Grin Debert (2004), a preocupação da sociedade com o processo de envelhecimento deve-se, sem dúvida, ao fato de os idosos corresponderem a uma parcela da população cada vez mais representativa do ponto de vista numérico.

O evidente aumento da população idosa no Brasil mostra a relevância de se voltar o olhar aos indivíduos que compõem essa faixa etária, promovendo respaldo jurídico, social e físico, possibilitando assim a melhora da qualidade de vida e bem-estar dessas pessoas.

3.4 DA PROTEÇÃO LEGAL EM FAVOR DO IDOSO

Face a tudo o que já foi analisado, realizar-se-á então a um apanhado geral acerca da proteção legal em favor da pessoa idosa.

O envelhecimento é considerado um processo natural da vida humana e é caracterizada por ser uma fase da vida do indivíduo na qual ele passa por transformações físicas, sociais e psicológicas de maneira particular. “Assim, a forma como se dá a representação do envelhecimento na sociedade interfere diretamente sobre o ser que envelhece” (ARAÚJO, 2012, p. 103).

Existem leis que protegem as pessoas idosas, tal como a Lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso) que em seu artigo 1º traz a seguinte disposição sobre ela: “destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”, esse conceito se aplica a todo indivíduo com idade igual ou superior a 60 anos (BRASIL, 2003).

3.4.1 Dispositivos da Constituição Federal de 1988 e o Idoso

A Constituição Federal de 1988 traz em seu art. 229 que a família é considerada parte integrante da sociedade e, com isso, envolve o princípio da solidariedade dentro das relações familiares. Dentro desse contexto fica atribuído aos pais a obrigação de amparar os filhos menores e também os filhos maiores são responsabilizados obrigatoriamente a prestar auxílio aos pais idosos, principalmente em face a carência ou enfermidade. Vejamos: “Art. 229. 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” (BRASIL, 1988).

O Diploma Constitucional de 1988 disciplina, ainda, em seu art. 230 que:

Art. 230 - 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. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos (BRASIL, 1988).

Quando se observa o dispositivo com o olhar da dignidade da pessoa humana pode-se concluir que a assistência familiar deve ser também afetiva e psicológica e não somente à assistência material ou monetária. Por isso é preciso questionar o porquê do idoso muitas vezes ser excluído da participação ativa na comunidade já que seus direitos são resguardados dentro da lei (MEDEIROS, 2012).

3.4.2 A Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS (Lei nº 8.742/1993)

Essa lei institui dentro do disposto no artigo 203 da CF que a assistência social precisa ser prestada a qualquer cidadão que precise dela, principalmente àqueles que não apresentam meios de subsistência, mesmo que esse beneficiário não seja contribuinte. Em relação aos idosos, a Lei orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/93153) garante um salário-mínimo aos indivíduos com 65 anos ou mais que conseguirem comprovar sua incapacidade em prover a própria manutenção ou a incapacidade da família em provê-la. Tal benefício apresenta a concessão e administração assegurados pelos INSS (instituto Nacional de Seguridade Social) e recebe o nome de “benefício de prestação continuada” (BPC) (MEDEIROS, 2012).

3.4.3 A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994)

A política nacional do idoso foi criada para garantir os direitos sociais do idoso, instituindo situações que promovessem sua independência, sua participação social e o reintegrasse na comunidade. Isso foi possível a partir da Lei nº 8.842/94 através da qual estabelece a política nacional do idoso, gerando ainda o “Conselho Nacional do Idoso” e que posteriormente foi regulamentada pelo Decreto nº 1.948/96 (BRASIL, 1996).

O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 veio para ressaltar propostas de atividades a serem desenvolvidas a fim de promover à valorização do idoso e possibilitar sua participação na sociedade. Foi por meio desse Decreto que se instituiu um programa nacional de direitos humanos - PNDH-3.

O PNDH apresenta o objetivo de promover a valorização da pessoa idosa e sua participação na comunidade. Dentre as propostas estão a promoção da inserção do indivíduo, a busca da melhor qualidade de vida e a elaboração de ações que visem a prevenção de agravos aos idosos, além da criação de centros de convivência, o incentivo financeiro a programas de voluntariado que visam a valorização, a socialização, o reconhecimento do idoso, a humanização no cuidado da saúde e a capacitação de cuidadores, por exemplo (BRASIL, 1996).

3.4.4 O Código Civil de 2002 e o Idoso

O Código Civil de 2002 tem em seus artigos 1.694, 1.696, 1.697 e 1.698 dispositivos de natureza alimentar. O legislador dispõe sobre a possibilidade do pleito de alimentos caso haja necessidade entre os parentes, no que diz respeito a natureza recíproca da prestação alimentícia entre pais e filhos. O Código menciona ainda que na falta de ascendentes a obrigatoriedade passa aos descendentes e ainda na sua ausência cabe aos parentes unilaterais. Ficou ressalvada ainda as questões referentes a necessidade versus possibilidade, previsto no § 1º do artigo 1.694 (BRASIL, 2002).

Ao se tratar dessa temática, o Estatuto do Idoso, em seu art. 12, estabelece que "a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores". Sendo assim, há um conflito entre o previsto no Estatuto do Idoso e o Código Civil. Quanto a isso, Maria Berenice Dias aponta:

Apesar de ter origem na solidariedade familiar (1.695), enorme é a dificuldade de considerar que a obrigação é solidária. O fato de estar condicionada à possibilidade de cada prestador decorre da proporcionalidade, o que não muda a natureza da obrigação. O que estabelece o Código Civil é a subsidiariedade da obrigação concorrente (1.696 e 1.697), o que não exclui a solidariedade, tanto é assim que é possível chamar em juízo os demais obrigados (art. 1.698) (DIAS, 2005, p. 179).

Por fim, é importante ressaltar que o dever da assistência alimentar é recíproco e solidário entre pais e filhos (BRASIL, 2005).

3.5 ESTATUTO DO IDOSO

Os direitos fundamentais dos idosos foram respaldados pela Lei nº 10.741/03 que instituiu o Estatuto do Idoso, fazendo cumprir ações consideradas revolucionárias no estudo dos direitos da pessoa idosa.

Tais direitos fundamentais foram criados com a intenção de garantir de forma absoluta a valorização da vida e do direito a ela, à dignificação da pessoa idosa, a saúde do idoso, o direito à alimentação, à cultura e lazer, à educação, à liberdade, ao esporte, ao trabalho e demais garantias que fazem parte da vida pessoal, familiar e comunitária do idoso. Ainda no Estatuto, em seu art. 3º é descrito e identificada as pessoas envolvidas nos cuidados aos idosos e que são obrigadas a conceder-lhes efetividade, sendo essas a família, a sociedade, a comunidade e inclusive o Poder Público.

O Estatuto em seu artigo 43 (BRASIL, 2003) enumerou situações em que o idoso poderia se encontrar em risco ou em eminência ameaça de seus direitos reconhecidos pela lei, sendo essas: "I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III - em razão de sua condição pessoal".

Fica proibido ainda dentro do contexto protetivo, qualquer situação de discriminação, negligência, violência, crueldade ou opressão contra a pessoa idosa, e qualquer circunstância que vá contra os direitos do idoso, podendo punir as pessoas físicas e jurídicas que não observarem e/ou descumprirem tais regras protetivas (BRASIL, 2003).

Dentro das descrições do Estatuto fica estabelecido também demais garantias no âmbito econômico para a pessoa idosa, como, por exemplo, descontos financeiros em atividades de lazer e culturais, prioridade ao solicitar a compra de imóveis particulares além de ser obrigatório o não pagamento de transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos. Houve respaldo ao direito a educação do idoso, a cultura, ao esporte e ao direito de trabalhar e de se profissionalizar, todos inseridos respectivamente nos artigos 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27 e 28 (BRASIL, 2003).

A saúde da pessoa idosa foi respaldada pelos artigos 15 a 19 do Estatuto a fim de promover a proteção e recuperação da saúde desse indivíduo

no tocante a atenção especial às doenças específicas da população idosa, que consta dentro do Capítulo IV, intitulado “Do Direito à Saúde” (BRASIL, 2011).

Os familiares e parentes ficam legitimados a representar e defender a pessoa idosa dentro do princípio da proteção integral, o qual exige que a família garanta prioritariamente a execução dos direitos do idoso. Já em se tratando do acesso da pessoa idosa à Justiça fica garantido que essa terá foro privilegiado, além de apresentar o direito a ser considerado como prioridade na tramitação dos processos em que o indivíduo idoso seja parte (DIAS, 2005).

A partir da sanção da Lei nº 10.741, 01 de outubro de 2003 o idoso passou a ser tratado no ordenamento jurídico brasileiro com mais cuidado. O chamado Estatuto do Idoso representou um grande passo para os direitos dos idosos. O Estatuto do Idoso se divide em sete títulos que tratam das 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 Direito à Alimentação (ARGOLO; FURTADO, 2013).

O Estatuto do Idoso traz normas mais morais do que legislativas, normas essas que já deveriam estar implícitas na educação dos indivíduos e que o legislador diante das 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 ao tratar das garantias do idoso confirma essa relação, que anteriormente expressas na Constituição foram reforçadas no presente Estatuto. A respeito do direito a assistência afetiva, o Estatuto 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 (BRASIL, 2003).

O Estatuto do Idoso aponta a família como a principal responsável pelo idoso, sendo necessária uma ação conjunta com o Estado, para acompanhar o idoso com mais cuidado e preservando assim todas as garantias oferecidas.

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. (BRASIL, 2003).

O principal intuito do Estatuto do Idoso é possibilitar uma convivência mais próxima do idoso com as novas gerações de sua família. A preferência do cuidado pela família é reafirmado no inciso V do Estatuto. As instituições asilares são alternativas de cuidado para famílias que não tem condição de cuidar dos idosos. Embora se tenha essa opção, a família não é isenta da responsabilidade do cuidado, devendo ser garantido o direito de visita pelos familiares nos asilos.

Ao analisar o idoso vê-se a figura de um indivíduo hipossuficiente que precisa de proteção do Estado tanto na esfera moral quanto na emocional. Os idosos recorrendo ao instituto do abandono afetivo inverso podem buscar reparação ao apresentar os requisitos necessários para a concretização do ajuizamento de ações de indenização por dano moral.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas que o afeto é essencial na vida de qualquer ser humano, já que todas as pessoas buscam formar laços afetivos com indivíduos próximos objetivando uma cooperação mútua. Na família é onde surgem as primeiras relações sociais, ou seja, é onde cria-se automaticamente uma dependência emocional entre seus integrantes.

É no seio familiar que podemos identificar a figura do abandono afetivo inverso, onde os filhos se abstêm de cuidar, amar e prestar a devida assistência ao idoso, que com o passar dos tempos acaba sendo excluído da família, se torna um fardo e não mais um ente querido.

Mesmo com a ausência de leis que deliberem acerca do abandono afetivo inverso, devemos nos pautar nas inúmeras leis mencionadas que garantem os direitos e proteção dos idosos, para que assim cada vez mais haja a aplicação do instituto da responsabilidade civil aos filhos/as ou parentes negligentes e omissos.

É notório que não se pode obrigar ninguém a amar ou conviver com outra pessoa, porém, não se pode deixar de punir aquele que por anos desfrutou do cuidado, carinho e afeto de seus genitores mas com o passar do tempo no momento mais vulnerável da vida de uma pessoa não é capaz de prestar-lhe o mínimo amparo e zelo.

Conclui-se que, mesmo diante da falta de previsão legal para o abandono afetivo inverso é possível a punição dos filhos por meio de indenização por suas condutas omissas e negligentes perante seus pais, uma vez que, conforme fora demonstrado, os elementos da responsabilidade civil podem facilmente serem aplicados ao caso concreto, para que sejam reparados os danos sofridos pelo idoso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo. Voto Projeto de Lei Nº 4.294 DE 2008. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1137704.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

ALMEIDA, Ana Paula. **Pais idosos: Responsabilidade Familiar**. Disponível em: <<https://anaufms.jusbrasil.com.br/artigos/186614542/pais-idosos-responsabilidade-familiar>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

AMADO, Melina Carneiro; MENEZES, Rita de Cássia Barros. **Abandono afetivo inverso do genitor com Alzheimer e a sobrecarga do cuidador**. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.09.PDF>. Acesso em: 01 jun. 2018.

ARAÚJO, Cíntia Kroth. **Vínculos Familiares e Sociais nas Relações dos Idosos**. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, n. 1, p. 97-107, 2012.

ARGOLO, Diêgo Edington; FURTADO, Natália Maria Reis Oliveira. **Os direitos dos idosos no Brasil: uma investigação dos planos fático e legislativo**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Teoria geral das obrigações**. 7. ed. rev. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

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

BEZERRA, Carlos. Projeto de Lei nº 2.494, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

_____. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

BRASIL. IBGE. Censo Demográfico, 2010. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=221070&search=||info%EF5es-completas>>. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp. nº 757411/MG. Quarta Turma. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de novembro de 2005.

CUNHA, Matheus Antonio. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do>>

direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 31 mai. 2018.

DEBERT, Guita Grin. **A Reinvenção da Velhice: socialização e processo de reprivatização do envelhecimento**. 1ª ed. São Paulo: Editora da USP/FAPESP; 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDA, Camila. **Culpa na Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<https://camifolis.jusbrasil.com.br/artigos/502645067/culpa-na-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 01 set. 2018.

FREIRE, Kaíque. **Resumo: Princípios Norteadores do Direito de Família**. Disponível em: <<https://kaiquefreire3.jusbrasil.com.br/artigos/323429513/resumo-principios-norteadores-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLINA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**. Vol. 3. Responsabilidade civil 15ª edição. Editora Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1, Parte Geral. Editora Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**, 2006. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/9365/8931>>. Acesso em: 22 out. 2018.

KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade Civil: O abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos** / Adriane Leitão Karam. – Fortaleza, 2011.

KIRCHNER, Taynara Patricia. **Abandono Afetivo Inverso: A Responsabilidade Civil Resultante do Abandono dos Pais Idosos**. Disponível em: <<https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/4094/TCC%20Taynara%20p.%20Kirchner%20PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 07 set. 2018.

LANNES, Elizabeth. **Abandono afetivo inverso: Quando os filhos abandonam os pais (idosos)**. Disponível em: <<https://elizabethalais.jusbrasil.com.br/artigos/220020071/abandono-afetivo-inverso-quando-os-filhos-abandonam-os-pais-idosos>>. Acesso em: 01 set. 2018.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64933/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

MEDEIROS, M. Medidas de desigualdade e pobreza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

NAGEL; Magnus. **O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis.** 2013. Disponível em: <<http://www.mpggo/>>. Acesso em: 22 out. 2018.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. **Pressupostos da Responsabilidade Civil.** Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>>. Acesso em: 07 set. 2018.

PADILHA, Adriano; CABRAL, Paulo. **Significado de Responsabilidade Civil.** Disponível em: <<https://www.significados.com.br/responsabilidade-civil/>>. Acesso em: 25 ago. 2018.

PADILHA, Adriano; CABRAL, Paulo. **Significado de Família.** Disponível em: <<https://www.significados.com.br/familia/>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, Volume IV, Editora Saraiva, 19ª Edição, São Paulo, 2002

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Direito de Família.** volume 6, 28ª Edição, Coleção Direito Civil. Saraiva, 2004.

SILVA, Daniel Vinícius Ferreira. **Princípios Norteadores do Direito de Família.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-norteadores-do-direito-de-familia,588732.html>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

SILVA, Lilian Ponchio; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; PENNA, João Bosco; OZAKI, Veridiana Tonzar Ristori e PENNA, Carolina Paulino. **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: 30 ago. 2018.

SILVA, Patrick Lendl. **O dever de indenizar como consequência da responsabilidade civil.** Disponível em: <<http://emperiododireito.com.br/leitura/o-dever-de-indenizar-como-consequencia-da-responsabilidade-civil>>. Acesso em: 07 set. 2018.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva — O afeto como formador de família.** Disponível em: <<http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

SOUZA, Leonardo; ATHAYDE, Maury Lodo; PACHECO, José Flávio Piccinin; SILVEIRA, Omar Francisco Dominguez; FABRICATOR, Otávio Bruno Yocota; TADESCO, Rodrigo Marques. **Considerações gerais sobre o dano e o direito das obrigações.** Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/951/consideracoes-gerais-dano-direito-obrigacoes>>. Acesso em: 25 set. 2018.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do idoso comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.