



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

EDIANE FERNANDA PEREIRA

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

**BACHARELADO
EM
DIREITO**

**CARATINGA – MG
2018**



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

EDIANE FERNANDA PEREIRA

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

Projeto de Monografia apresentado à banca examinadora do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito. Sob orientação da professora Msc. Alessandra Baião.

CARATINGA - MG

2018



FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA

FORMULÁRIO 9

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

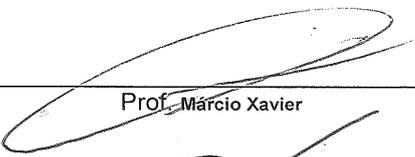
Trabalho de Conclusão de Curso intitulado Abandono afetivo inverso e o direito de indenização por dano moral, elaborado pelo aluno Ediane Fernanda Pereira foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

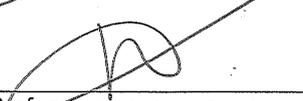
Caratinga de _____ 20__



Prof. Alessandra Dias Baião



Prof. Márcio Xavier



Prof. Róldolfo de Assis Ferreira

Dedico esse trabalho a minha mãe Elisabeth, uma mulher lutadora, que não poupou esforços para que eu concluísse esse sonho.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, que em sua infinita sabedoria colocou força em meu coração para vencer essa etapa de minha vida, que sem dúvidas, me ajudou a lutar até o fim.

Agradeço imensamente aos meus pais, Alair e Elisabeth, minhas irmãs: Eliane, Elaine e Edilaine, que me deram força até o fim e sem me deixar fraquejar, não medindo esforços para que eu pudesse realizar este sonho.

Agradeço a todos os meus colegas de faculdade pelos inúmeros conselhos, frases de motivação e puxões de orelha. As risadas, que vocês compartilharam comigo nessa etapa tão desafiadora da vida acadêmica, também fizeram toda a diferença. Minha eterna gratidão.

Agradeço a todos os professores, que me deram todo o suporte com suas correções e incentivos.

Agradeço a minha orientadora Alessandra Baião, por seus ensinamentos e orientação.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar de que forma a legislação infraconstitucional garante uma condição de vida ao idoso. A pessoa idosa tem um respaldo na legislação constitucional e infraconstitucional, sendo o Estatuto um grande marco de proteção e amparo ao idoso, apesar de toda proteção trazida pelo o Estatuto, a realidade é diferente, uma vez que a sua efetividade não é cumprida integralmente, necessitando de medidas que torne a norma eficaz. O principal objetivo é propor a verificação de indenização por dano moral, em face de abandono afetivo dos filhos com seus genitores. Tendo em vista a relevância do tema para com todos na nossa sociedade. Como é previsto na Constituição Federal em seu art. 229, os filhos tem a função de cuidar de seus pais na velhice. Assim, é de suma importância identificar a necessidade de responsabilização por dano moral diante do abandono afetivo.

Palavras chave: Abandono afetivo; dano moral; responsabilidade civil; idoso.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	10
CAPÍTULO I: ANÁLISE DA LEI 10.741/ 2010: O ESTATUTO DO IDOSO.....	13
1.1- Disposições preliminares e os artigos: 2º, 4º e 5º.....	13
1.2- Dos direitos fundamentais.....	15
1.3 Medidas de proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.....	19
CAPÍTULO II: DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	24
2.1- Pressupostos da responsabilidade civil.....	25
2.1.1 - O dano.....	25
2.1.2 - A conduta	28
2.1.3 - Nexo causal.....	31
2.2- Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	32
CAPÍTULO III- DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE HUMANA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO AO IDOSO.....	36
3.1- Princípio da dignidade humana e os direitos do idoso.....	37
3.2 - Possibilidade jurídica de indenização por abandono afetivo ao idoso.....	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

De enorme relevância, nos dias atuais, este trabalho contempla o tema “Abandono Afetivo Inverso e o Direito de Indenização por Dano Moral”. Esta questão repercute em todo o âmbito social em que o idoso esta inserido, visto que são inúmeros os idosos que tem sofrido com o abandono afetivo.

Em decorrência do envelhecimento, o idoso tende a ser mais frágil, fato que o leva a ser vitima de agressões físicas e psicológicas, o que acontece quase sempre em sua própria casa, ele é deixado de lado (abandonado), tendo assim um grande abalo psicológico.

Neste contexto, devemos analisar se o abandono afetivo do idoso deve ser indenizado por dano moral?

Desta forma, tem-se como hipótese que de que o idoso deve sim ser indenizado pelas dores, humilhações, tristezas causadas pelo abandono.O código civil Brasileiro, nos artigos 186 e 927 estendem a sua tutela, efetivando uma satisfação de indenização compensatória. Assim, a Constituição Federal em seu artigo 230, prevê 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.¹

Como marco teórico desta pesquisa tem-se o posicionamento de Maria Berenice Dias, que define:

Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art.229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece enunciado do IBDFAM. Art. 229 Constituição Federal. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e

¹Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.²

Sendo assim, o objetivo geral deste trabalho é identificar a solução do ato do idoso ser indenizado por dano moral.

De forma mais específica, pretende-se analisar os requisitos dos artigos 186 e 927 do código civil, os requisitos da Constituição Federal em relação ao idoso, fazer uma abordagem em relação aos maus tratos de idosos no Brasil, mostrar como estão as jurisprudências nesse sentido, verificar de qual forma o idoso deve ser indenizado.

Este tema é relevante, por que são inúmeros os problemas enfrentados pelo idoso em nossa sociedade e infelizmente, as medidas de proteção não são executadas de corretamente.

Em resposta ao problema levantado, compreende-se ser devido o dano moral em caso de abandono afetivo, considerando a constatação do nexo de causalidade entre a conduta e aquele que abandonou como dano ocasionando à moral, à intimidade, e ao mais simples ser daquele que foi abandonado.

O ganho jurídico desta pesquisa revela-se a necessidade de interpretações das opiniões de importantes doutrinadores, que serão trazidos para discussão a cerca do tema, aferindo-se a possibilidade de dano moral em face o abandono filial-paterno.

Desta maneira, quanto ao ganho social se revela como apresentação para toda a sociedade, não apenas para os operadores de direito, mas como relação aos aspectos que estão presentes na pesquisa, considerando serem as relações de filho para o pai, questão como esta que atinge uma grande parcela da sociedade.

A presente pesquisa tem natureza multidisciplinar por estudar ramos do Direito Civil e Constitucional no que se refere ao estudo do afeto.

O presente trabalho será elaborado com base no Estatuto do Idoso, lei nº 10.741, artigos 186 e 927 do Código Civil, e na Constituição Federal, pesquisas através de fontes indiretas, tais como: livros de direito do idoso, sites jurídicos e posicionamento de alguns doutrinadores.

O texto está dividido entre os seguintes capítulos: a análise da lei 10.741/

²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.124.

2010. Da Responsabilidade Civil e os Direitos fundamentais da Dignidade Humana e responsabilidade civil por abandono afetivo ao idoso e finalmente as considerações finais.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tendo em vista a temática proposta, "O abandono afetivo inverso e o direito de indenização por dano moral" faz-se necessária a compreensão de alguns conceitos para o esclarecimento do presente trabalho, sendo eles: Abandono afetivo; idoso; dano moral.

O abandono afetivo é uma questão a ser resolvida no ambiente familiar, porém, nem sempre é fácil de resolver, necessitando assim, de recorrer a um órgão competente.

Assim, podemos conceituar abandono afetivo:

Entende-se por abandono afetivo inverso a falta de cuidar permanente, o desprezo, desrespeito, inação do amor, a indiferença filial para com os genitores, em regra, idoso. Esta espécie de abandono constitui violência na sua forma mais gravosa contra o idoso. Mais do que a física ou financeira, a omissão afetiva do idoso reflete uma negação de vida, o qual lhe subtrai a perspectiva de viver com qualidade. Pior ainda é saber que esta violência ocorre no seio familiar, ou seja, no território que ele deveria ser protegido, e não onde se constitui as mais severas agressões.³

Assim, é necessário o reconhecimento do abandono afetivo, para que se possa ser realizado a compensação por danos morais.

O dano significa todo mal ou ato que uma pessoa tenha causado a outa, caracterizando-se como ofensa ou violação dos bens de ordem moral de uma pessoa, referindo-se a liberdade, à sua honra, à saúde e bem estar, e à sua imagem.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua o dano como:

Dano é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos

³**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_REL_ACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx> Acesso em 15 nov. de 2018.

(patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição, etc.) como via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial, a palavra “dano” se emprega correntemente, na linguagem jurídica no dano patrimonial e moral.⁴

Carlos Roberto Gonçalves ainda nos mostra que dano moral:

É aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como infere dos arts. 1º, III e 5º V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesador dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.⁵

Podemos concluir que dano moral lesa os direitos da personalidade, causando as pessoas sofrimentos e humilhações.

A velhice cronológica é reconhecida pelo o fator (idade), sem levar em conta a disposição, saúde e a capacidade de cada ser humano.

Neste sentido, Vilas Boas conceitua a origem do termo idoso:

O vocábulo “idoso” tem sua origem latina no substantivo aetas, aetatis, de cujo caso acusativo aetatem (caso lexiogênico de onde nasceu a maioria das palavras num grande número de línguas modernas) deu-se existência à palavra “idade”. Idoso é o vocábulo de duas componentes: “idade” mais sufixo “oso”, que no léxico, denota “abundancia ou qualificação acentuada”. Portanto, o vocábulo “idoso” pode significar: cheio de idade, abundante em idade etc.⁶

Um dos pressupostos fundamental responsabilidade civil é o nexo de causalidade, que é o laço entre a conduta humana e o dano ocasionado.

No que se refere à responsabilidade civil Carlos Roberto Gonçalves diz que:

⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**; - v4.5, ed, São Paulo: Saraiva, 2015. p,355.

⁵GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.377

⁶VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro. Forense, 2005, p.1/2.

Toda atividade que acarreta prejuízo em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo o autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora de responsabilidade civil.⁷

Ainda assim, Carlos Roberto Gonçalves nos mostra que:

Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou impropriedade, como expressamente exige o art. 186 do Código Civil.⁸

Assim, é fundamental o conhecimento destes conceitos para que a pesquisa realizada possa ser mais bem entendida.

⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19.

⁸GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**; - v4.5, ed, São Paulo: Saraiva, 2015, p.314.

CAPITULO I – ANÁLISE DA LEI 10.741/2010: O ESTATUTO DO IDOSO

Ao longo da história, a velhice teve várias incursões. Para alguns filósofos a velhice era considerada como sabedoria, conhecimento e merecia total respeito, sendo assim considerada como um privilégio. Sendo a figura do idoso do idoso extremamente importante, como um patrimônio. De outro lado a velhice veio a ser considerada um peso, um ser frágil, inútil e totalmente desfavorecido perante a sociedade.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, o idoso passou a ter uma proteção maior garantindo-se uma melhor condição de vida em sua velhice, com base nos princípios de proteção à velhice, os quais não eram previstos nas Constituições anteriores. Outra conquista foi a Lei 10.741/2003 que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, trouxe uma mudança histórica para a vida do idoso, instituindo a terceira idade um envelhecimento mais digno, sendo ainda maior com a alteração da lei em 2010.

Ante ao exposto, é notório a fragilidade do idoso, ainda mais quando há um abandono afetivo por parte de quem ele tanto ama, sendo assim, fica claro que há uma responsabilidade civil e que esta deve ser reparada.

Vê-se que inúmeros são os idosos que tem sofrido com o abandono afetivo, através do Estatuto do Idoso, Direitos Fundamentais, Medidas de Proteção Judicial e Responsabilidade Civil, procura-se assim, reparar o dano sofrido por essas pessoas, pois gera uma lesão à dignidade da pessoa humana, pois a obrigação da família é zelar pelos os seus genitores.

1.1 – Disposições preliminares e os artigos 2º, 4º e 5º

A lei 10.741/10, o estatuto do idoso foi criado para regular direitos as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Tornando-se um dever do Estado garantir-lhes segurança e saúde, assim, trouxe uma mudança histórica para a vida

do idoso, instituindo a terceira idade um envelhecimento mais digno.

A Lei Federal em seu artº 2º da lei 10.741/10 dispõe:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.⁹

Desta forma, que o critério cronológico absoluto está especificado em um parâmetro de idade e contido na lei, assim vejamos Braga:

A velhice cronológica é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançarem são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais.¹⁰

O idoso não pode ter seus direitos ameaçados ou violados, desta forma fica expressamente proibido qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldades ou opressão sendo punido todos aqueles que por ação ou omissão atentarem sob seus direitos, vejamos o que reza o art. 4º do Estatuto do Idoso:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.
§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.
§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.¹¹

No Brasil com advento da Constituição Federal de 1988, o idoso passa ter uma proteção maior, garantindo-se assim uma melhor condição de vida em sua

⁹Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

¹⁰BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.42.

¹¹Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

velhice, com base nos princípios de proteção à velhice, respaldo este que não tinha previsão nas Constituições anteriores.

Assim, a Constituição Federal em seu artigo 230, prevê 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.¹²

Segundo o art. 5º da lei 10.741/ 2010 diz que a inobservância das normas de prevenção acarretara em responsabilidade, sendo tanto a pessoa física como jurídica nos termos que a lei em vigor determina.

Sabemos que lidar com um idoso não é uma tarefa fácil, mas devemos realizá-la com amor e deixarmos como exemplo para nossas gerações futuras.

É importante salientar que abandonar a pessoa idosa cabe punição, visto que ninguém pode fazer ou deixar de fazer algo alegando que não conhecesse a lei, ou seja, ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece, devendo assim, serem punidos por seus atos seja eles por ação ou omissão, observando-se os danos.

1.2 – Dos direitos fundamentais

As normas que garantem “direitos e proteção” à velhice não são inseridas na Constituição Federal, mas também em várias leis de natureza cível, penal e processo penal. A lei 10.741/2010 é o principal instrumento legislativo infraconstitucional, que regulamenta a situação jurídica das pessoas idosas, denominado Estatuto do Idoso.

O Código Civil, em várias oportunidades, busca proteger os idosos, estabelecendo-lhes garantias básicas que os resguardem e determinando à família a obrigação de cuidar dos seus integrantes mais velhos, fica evidente que o Código

¹² Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

Civil procura proteger o idoso e visa sempre resguardar seus direitos.

Segundo Pedro Lenza, “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação de o Estado garantir à pessoa a proteção à vida e à saúde mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”¹³. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

O idoso tem direito à liberdade, ao respeito e a dignidade, tendo o direito de expressão e opinião, participação da vida familiar e comunitária, na vida política, na forma da lei, à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, preservando a imagem, autonomia e ideias. Sendo dever de todos zelar por sua dignidade, colocando-o a salvo de qualquer ato vexatório, aterrorizante, constrangedor e de qualquer ato desumano.

Possui o direito ao alimento, quando este não puder ser prestado por familiares por não ter condições econômicas, impõe-se ao poder público, no âmbito social.

É assegurada a saúde, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantido o acesso universal igualitário e que atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos, neste sentido:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por meio de:

I - cadastramento da população idosa em base territorial;

II - atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;

III - unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social;

IV - atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural;

V - reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das sequelas decorrentes do agravamento da saúde.

¹³LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**, 13ª ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2009, p 873.

Prossegue o legislador:

§ 2o Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

§ 3o É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

§ 4o Os idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante terão atendimento especializado, nos termos da lei.

§ 5o É vedado exigir o comparecimento do idoso enfermo perante os órgãos públicos, hipótese na qual será admitido o seguinte procedimento: (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)

I - quando de interesse do poder público, o agente promoverá o contato necessário com o idoso em sua residência; ou (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013).

E ainda propõe o inciso II.

II - quando de interesse do próprio idoso, este se fará representar por procurador legalmente constituído. (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)

§ 6o É assegurado ao idoso enfermo o atendimento domiciliar pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, pelo serviço público de saúde ou pelo serviço privado de saúde, contratado ou conveniado, que integre o Sistema Único de Saúde - SUS, para expedição do laudo de saúde necessário ao exercício de seus direitos sociais e de isenção tributária. (Incluído pela Lei nº 12.896, de 2013)

§ 7o Em todo atendimento de saúde, os maiores de oitenta anos terão preferência especial sobre os demais idosos, exceto em caso de emergência. (Incluído pela Lei nº 13.466, de 2017).¹⁴

Segundo Braga, “o artigo 17 do Estatuto do Idoso, o idoso tem o reconhecimento de escolher qual tratamento de saúde lhe é mais favorável”¹⁵. Caso o idoso seja considerado incapaz, o que depende de processo judicial, a opção de tratamento será feita pelo curador, família ou pelo médico, sendo que o médico tem o dever de comunicar ao Ministério Público.

Segundo o Estatuto do Idoso em seus capítulo V, Capítulo VII, Capítulo VIII e Capítulo IX a pessoa idosa possui direito a educação, cultura, esporte e lazer, ao exercício de atividade profissional, sendo vedada a discriminação por idade,

¹⁴Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

¹⁵BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

benefício da previdência social e da assistência social, o idoso tem direito a habitação, uma moradia digna, no seio da família natural ou substituta, quando assim o desejou ainda em instituição pública ou particular.

Na área do transporte, vejamos:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

§ 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

§ 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no **caput** deste artigo.¹⁶

Sobre a política de atendimento ao Idoso, nos ensina Braga, vejamos:

Na política de Atendimento ao Idoso, destacam-se os serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão bem como o serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência; ambos contidos no artigo 47.¹⁷

Desta forma, percebe-se que o Estado e os direitos fundamentais têm como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso como: proteção, saúde, liberdade, respeito, dignidade, alimentações, educação, cultura, esporte, lazer e transportes. Determina que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida

¹⁶Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

¹⁷BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.197.

1.3 Medidas de proteção judicial dos interesses difusos, coletivos e individuais ou homogêneos

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) 2018, “a população idosa no Brasil vem crescendo de forma dantesca, com isso cresce também a necessidade da efetivação das medidas de protetivas ao idoso, visto que é notório a sua vulnerabilidade diante da sociedade”¹⁸.

Ante ao exposto, tais medidas protetivas estão elencadas no Código Civil, Código Penal, Consolidação das leis trabalhistas, Carta Magna e as Legislações Infraconstitucionais.

A Lei 10.741/10 determina que havendo violação aos direitos protetivos do idoso ou estes ameaçados, serão aplicadas as medidas previstas conforme artigos 44 e 45 vejamos:

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – abrigo em entidade;

VI – abrigo temporário¹⁹

Sobre as ameaças tratadas no Estatuto do Idoso, elas podem acontecer por ação ou omissão. As omissões e violações podem vir de familiares, curadores e entidades. Temos também fins protetivos de vulnerabilidades em diversos campos, como exemplo: econômica, sociocultural e de saúde.

¹⁸<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>< disponível em 15 nov. 2018>

¹⁹Vade Mecum, SARAIVA, 2017- 23ª Edição

Sobre a política de atendimento ao Idoso, nos ensina Braga vejamos:

Na política de Atendimento ao Idoso, destacam-se os serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão bem como o serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência; ambocontidos no artigo 47.²⁰

As medidas protetivas aos idosos é garantir que familiares e sociedade, juntamente com Poderes Públicos, garantem a pessoa idosa total 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. Assim, as medidas especificadas no artigo 45, devem ser respeitadas e podem ser aplicadas de forma solitária ou em conjunto.

Há muitos casos de violências e abandonos domésticos ao idoso, que são adotadas medidas Judiciais Coercitivas e Criminalizadas, tal atrocidade é um processo social relacional complexo e diverso e que atinge com mais impacto o idoso em função de sua vulnerabilidade.

O idoso pode ser vítima de vários crimes, sendo discriminado, impedindo ou dificultando o acesso a operações bancárias, meios de transporte e qualquer instrumento para sua cidadania, por motivo de idade, muitas vezes humilhado, menosprezado, abandonar em casas de saúde, entidades de longa permanência, não promover suas necessidades básicas, expor a perigo a sua integridade física, psíquica, sendo submetido a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indisponíveis, sendo o agente incorrer em pena de detenção ou reclusão de acordo com o crime praticado, conforme o Estatuto do Idoso.

Ainda neste sobre o crime contra o idoso, Braga se expressa, vejamos:

[...] Merece especial destaque os artigos 103 e 104 do Estatuto. Pelo artigo 103 é crime a negativa de acolhimento ou permanência do idoso, como

²⁰BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.197.

abrigado, por recusa deste em outorgar procuração à entidade de atendimento e pelo 104 é crime a retenção de cartão magnético de conta bancária relativa a benefícios, proventos ou pensão do idoso, bem como qualquer outro documento com objetivo de assegurar recebimento ou ressarcimento de dívidas. Tais artigos afetam e modificam diretamente a atuação das entidades de atenção à pessoa idosa, principalmente as de longa permanência.

Pelo artigo 106, pune-se com reclusão de 2 a 4 anos aquele que induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração ou disposição de bens e pelo artigo 107, complemento do anterior, pune-se com reclusão de 2 a 5 anos aquele que coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração. Vale ressaltar também a proibição de lavratura de ato notarial envolvendo pessoa idosa sem discernimento de seus atos, sem a devida representação legal - artigo 109.²¹

De fato, as medidas previstas no Estatuto devem ser abrangidas nas áreas: médica, assistência social e trabalho.

A constituição federal promulgada em 21 de outubro de 1988, no seu art.1º, inciso III, apresenta o fundamento da dignidade humana, sem sombra de dúvidas um fundamento de suma importância, pois trata da dignidade da pessoa humana que merece toda a atenção da sociedade.

A Carta magna dispõe sobre os direitos fundamentais da República, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição federal tem como objetivo fundamental promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão.

A vida, é tida como o principal e mais valioso bem jurídico, é, portanto, merecedora da tutela protetiva do Estado. É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa o direito à vida e a saúde, princípio constitucional assegurado pelo art.5º, “caput”, Constituição Federal de 1988:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção e qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.²²

²¹BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.205

²²Vade Mecum, SARAIVA, 2017- 23ª Edição

Assim, podemos observar que a Carta Magna em vários momentos preocupa-se com o idoso, o artigo 203, inciso V, dispõe sobre a assistência social, tendo o idoso à garantia de um salário mínimo de benefício mensal, desde que comprove não possuir meios de prover à sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Assegura que família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado, onde assegurará à assistência a família na pessoa de cada um que integram, criando mecanismo para conter a violência de suas relações, conforme artigo 226,§º, da Constituição Federal. Já o artigo 229, da Constituição Federal, dispõe que: “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.”²³.

Assim, todo idoso se preserva ao direito à vida, cabendo ao Estado, a família e a sociedade o papel de ampará-lo, conforme diz o art. 230 da Constituição Federal. Sendo-lhe também assegurado o direito à liberdade, à igualdade, à cidadania, ao trabalho e à integridade física.

Assim ensina Morais:

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-lhe o direito à vida, inclusive por meio de programas de amparo aos idosos que, preferencialmente, serão executados em seus lares.²⁴

O Estatuto do Idoso em seu artigo 79 prevê:

Art. 79. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados ao idoso, referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de:

- I – acesso às ações e serviços de saúde;
- II – atendimento especializado ao idoso portador de deficiência ou com limitação incapacitante;
- III – atendimento especializado ao idoso portador de doença infecto-contagiosa;

²³Vade Mecum, SARAIVA, 2017- 23ª Edição

²⁴MORAIS, **Alexandre. Direito Constitucional.** 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.848

IV – serviço de assistência social visando ao amparo do idoso.
Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, próprios do idoso, protegidos em lei.²⁵

Desta forma, nota-se que é dever do Estado, da sociedade e da família amparar as pessoas idosas, assegurando seus direitos e proteção.

²⁵Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

CAPITULO II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o crescimento da sociedade e a constante mudança do ser humano a responsabilidade civil e de suma importância nos dias atuais, sendo uma maneira de frear maiores danos de forma a manter o equilíbrio e a harmonia, assim sendo o objetivo da responsabilidade civil e reparar o dano causado a outrem.

A palavra responsabilidade vem do Latim *respondere* que significa "responder, prometer em troca". Assim Vejamos: Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do Latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos os seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo o meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social.²⁶

Com o advento do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil ficou como regra geral subjetiva, portanto aquele que violar um dever jurídico por ato de lícito ou ilícito deverá reparar o dano, para que a vítima volte ao seu estado anterior, antes do fato danoso, infelizmente o dever que se tem ao idoso de cuidado tem sido recorrentemente violado.

Assim, sendo compreende-se que o objetivo da responsabilidade civil esta em reparar um dano causado, seja por ordem patrimonial ou moral.

Portanto, para que a responsabilidade se efetive é indispensável à existência de alguns elementos os quais iremos tratar.

²⁶STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114.

2.1 – Pressupostos da responsabilidade civil

2.1.1 – Dano

O dano é o elemento primordial da obrigação de indenizar, visto que não há que se falar em indenização sem dano.

Dano na conceituação de Carlos Roberto Gonçalves:

Dano é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem estar, capacidade de aquisição, etc.) como via de regra, a obrigação de indenizar se limita ao dano patrimonial a palavra “dano” se emprega correntemente, na linguagem jurídica no dano patrimonial e moral. ²⁷

Ante ao exposto vejamos, o que reza o Código Civil de 2002 em seus artigos 186 e 927:

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

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. ²⁸

Desta forma Sérgio Cavalieri Filho²⁹ afirma “que pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano, assim, não há o que se falar em indenização e ressarcimento sem o dano”.

²⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**; v4. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p.355.

²⁸Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

²⁹CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p,70.

Para Sérgio Cavalieri Filho a função do dano consiste em:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que se reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até danosa.³⁰

O dano é uma lesão provocada por uma ação ou omissão a um bem jurídico protegido. Tal lesão pode se dar tanto na esfera patrimonial, quando se ocorre a diminuição do patrimônio da vítima, quanto na esfera moral que é quando a lesão recai sobre a honra, intimidade, liberdade, nome e etc. Portanto, há o dano patrimonial e dano extrapatrimonial.

Assim, patrimônio é o conjunto de bens materiais que uma pessoa possui. O “dano patrimonial” mostra-se bastante sugestivo, vez que se refere ao dano causado ao patrimônio da vítima, acarretando-se lesão a tais bens materiais.

É importante salientar que a violação de direitos personalíssimos tais como a imagem, o nome, à honra, à reputação, em determinados casos pode se definir como dano patrimonial. Assim, a violação de tais direitos pode-se ponderar como em casos de dentistas que por exemplo que se tiver a sua reputação difamada terá uma perda significativa de seus pacientes.

Portanto, o dano patrimonial pode atingir não somente o patrimônio que a vítima possui, mas também o que ela poderia conquistar, caso não houvesse ocorrido o fato danoso, tendo-se como a diminuição do patrimônio propriamente dito, como também o impedimento de seu crescimento.

Neste sentido o dano material se divide em dano emergente e lucro cessante. O emergente é quando a vítima efetivamente perdeu após a prática do ato ilícito, já o lucro cessante representa o que a vítima deixou de lucrar em razão do ato ilícito.

O dano moral não se trata de lesão ao bem patrimonial da vítima. Trata-se de lesão a um bem integrante dos direitos de personalidades como: à honra, à

³⁰CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.88.

dignidade, à imagem, e o bom nome, causando na vítima dor, humilhações, tristeza, sofrimento.

O objetivo do dano moral é compensar as consequências do sofrimento ocasionado pelo o ato ilícito.

O princípio Constitucional da dignidade humana, consagrado no art. 1º, inciso III da Constituição da República, deu ao dano moral uma nova feição e uma maior dimensão, conforme mostra Sérgio Cavaliere Filho:

Temos hoje o que se pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade...porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à honra, à imagem, à intimidade, à privacidade ou a qualquer outro direito da personalidade- todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. ³¹

Deste modo, o dano moral pode ser evidenciado, pois as lesões patrimoniais quanto à extrapatrimoniais devem ser ressarcidas.

Humberto Theodoro Júnior nos diz que a dor provocada pelos danos morais são subjetivos e voltados à personalidade humana.

Assim, há dano moral, quanto a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativas do ser como entidade individualizada. De maneira mais ampla, pode –se afirmar que são danos morais ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana. ³²

Neste sentido, a perspectiva constitucional que deve ser atribuído ao dano moral está relacionada a essas declarações. Tais valores como a liberdade, a inteligência, a honestidade e outros valores de caráter específicos, aceitos pelo o homem comum, devem ser resguardados.

³¹CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.97.

³²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez Oliveira. 2012, p.2

Desta forma, Humberto Theodoro Júnior esclarece a importância da defesa da moral do indivíduo, vejamos:

Por mais pobre e humilde que seja uma pessoa, ainda que completamente destituída de formação cultural, e bens materiais, será sempre detentora de conjunto de bens integrantes de sua personalidade – atributos de ser humano-, mas preciosos que o patrimônio. É a dignidade humana, que não é privilegiada apenas de ricos cultos, ou poderosos, que deve ser por todos respeitada. Os bens que integram a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais, cuja agressão resulta no que se convencionou chamar de dano moral. Essa constatação, por si só, evidencia que o dano moral não se confunde com dano material; tem existência própria e autônoma, de modo a exigir tutela jurídica independente. Enquanto o dano material atinge o patrimônio, o dano moral atinge a pessoa. Este último é a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores de espírito.³³

Encontram-se juntos no conceito de dano moral, os direitos à intimidade, a imagem, ao bom nome, a privacidade, a integridade na esfera íntima. Desse modo, vemos que o dano moral fica restrito apenas a dor, tristeza e sofrimento, o mesmo é estendido a todos os bens personalíssimos.

2.1.2 – A Conduta

A conduta humana é um dever de indenizar um ato culposos, visto que não há responsabilidade sem evento danoso.

Neste sentido, vejamos:

A ação, fato gerador da responsabilidade poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa, funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos.³⁴

³³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. São Paulo: Juarez Oliveira. 2012, p.94

³⁴DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**.24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.40

Pode-se dizer que há uma ofensa a bem jurídico, ofensa esta que, via de regra, terá sua existência verificada no plano normativo da culpa, está condicionada à existência, na ordem naturalística da conduta, de uma ação ou omissão que consiste na base do resultado.

A ação ou omissão, consiste em certas razões, assim como no crime, o primeiro elemento da responsabilidade civil, sou seja, a conduta humana que importa para ensejar a responsabilização revela-se como ação ou omissão, como possível observar no artigo 186 do Código Civil.

A vontade elemento da ação, porém não se pesquisa seu alcance ou conteúdo, não é necessário buscar a finalidade ou a consciência do resultado, ou melhor, a deliberação ou a consciência de produzir o dano, posto que este somente é elemento indicador do dolo.

A voluntariedade existente na culpa é a da própria ação, consistindo simplesmente no proceder voluntário ensejador de lesão a direito alheio, posto que no ato culposo, a vontade do agente é direcionada à sua realização.

A omissão é uma conduta negativa, que se revela em razão do fato de que alguém não realizou certa ação quando deveria tê-lo feito, sendo seu ponto fulcral justamente não ter o sujeito agido de determinada forma, sendo o proceder omissivo do agente o que causou do dano.

A cerca do ato ilícito nos ensina Diniz:

O ato ilícito tem duplo fundamento: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Portanto, para sua caracterização, é necessário que haja uma omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso.³⁵

Por fim, é de se lembrar que a exigência de voluntariedade na conduta do agente exclui a responsabilidade civil no que tange aos danos causados pelas forças da natureza, assim como pelos danos produzidos em estado de inconsciência,

³⁵DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**.24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.41

porém não excluem da responsabilidade civil os atos praticados pelos amentais ou por crianças, pois, nos moldes do artigo 928 do Código Civil, o incapaz responde pelos prejuízos a que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuser de meios suficientes. É fundamental para a configuração da responsabilidade civil que a ação ou omissão, abstratamente, seja controlável ou dominável pelo agente.

Diante desse pressuposto, conclui-se que só há um ato ilícito quando uma norma regulamentadora é violada, sendo através de uma conduta voluntária ou de um indivíduo, podendo tal atitude ser intencional, no caso do dolo ou quando o agente causador do dano assume os prejuízos consequentes de seu ato no caso a culpa.

Deste modo, diante dos fundamentos acima declarados, conclui-se que para que nasça a responsabilidade civil, ou seja, o dever de indenizar é necessário que haja uma conduta omissiva ou comissiva, ilícita ou lícita que cause danos a outrem. Devemos lembrar também que a culpa é um elemento indispensável para que haja a concretização do efeito da responsabilidade civil, na culpa não há a intensão de lesão, ou seja, o causador do dano não procura fazê-lo de forma intencional, mas o faz por descuido do dever de cuidar.

Ante ao exposto, o agente acaba cometendo o dano por imprudência, negligência ou imperícia.

Assim, vejamos o que nos diz Gonçalves:

“O juízo de reprovação próprio da culpa pode, pois, revestir-se de intensidade variável, correspondendo à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última, hoje, a imprudência e a imperícia. Em qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção de medidas capazes de evitá-los. Se constatado algum desses elementos da culpa: imprudência, imperícia e negligência configura-se a culpa, que por seguinte o agente deve reparar o dano.”³⁶

Assim, o indivíduo que tem o dever de cuidado e não o observa e o que acaba violando o direito de outrem, tem o dever de reparar o dano, agindo com

³⁶GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.490.

culpa. O filho que age com zelo com os pais não terá este problema, a culpa vem do dever de cuidado.

2.1.3 Nexo Causal

Quando se fala de responsabilidade civil, é de suma importância a caracterização do nexos de causalidade, que é o liame da configuração entre a conduta e dano ocasionado, ou seja, é a conexão que deve existir entre o dano e a conduta.

Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves nos ensina:

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem esta relação de causalidade, não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem.³⁷

Para Venosa “É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano”³⁸.

Assim, sendo para que haja o dever de reparar, em qualquer espécie de responsabilidade seja ela de forma contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva, é necessário a existência de causalidade entre a ação e o dano acarretado, não havendo em que se falar em reparação se o nexos de causalidade não esta devidamente comprovado.

Diante do nexos causal, há três principais teorias que se destacam: teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade adequada e teoria dos danos diretos e imediatos.

Na teoria da equivalência das condições dá-se quando toda e qualquer situação que tenha concorrido para provocar o dano é considerada como causa.

³⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.350.

³⁸VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: Direito de Família**,13ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

Para a teoria da causalidade adequada não é considerada como causa toda e qualquer condição, mas somente a que for mais apropriada a provocar o dano.

Já a teoria dos danos diretos e imediatos, para que essa teoria ocorra é necessário que possua uma relação de causa e efeito direta e imediata entre conduta e o dano.

A teoria adotada pelo o Código Civil brasileiro é a teoria dos danos diretos e imediatos.

Desta forma é visível que a necessidade da conduta do agente ao dano, este não sendo obrigado a reparar o dano em caso de caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiros, o nexo de causalidade somente quando decorrer do liame da conduta do agente e o dano ocorrido.

2.2 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

O instituto da responsabilidade civil se faz necessária para que se mantenha o equilíbrio no meio social, devendo estar sempre em harmonia. A responsabilidade civil tem como objetivo reparar o dano que um indivíduo causou a outro colocando este ao estado que se encontrava antes do dano.

Na visão do autor Fábio Ulhoa Coelho, responsabilidade civil é conceituada da seguinte maneira:

Responsabilidade civil é a obrigação em que o sujeito ativo, pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este ultimo. Constitui-se o vínculo obrigacional em decorrência de ato ilícito do devedor ou de fato jurídico que o envolva. Classifica-se como obrigação não negocial.³⁹

Ante ao exposto, o causador do dano só será responsabilizado se houver comprovação do ato ilícito, neste contexto nos ensina Carlos Roberto Gonçalves:

³⁹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações. Responsabilidade Civil** vol. 2, 4ª ed. São Paulo, Editora Saraiva 2010, p;268

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade que se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.⁴⁰

A culpa é um elemento que está voltado para a conduta do agente.

Caio Mario Pereira afirma que esta na culpa seu maior critério. Ou seja, em inexistência de culpa por parte do agente não há o que se falar em responsabilidade civil.

O fundamento maior da responsabilidade civil está na culpa. É fato comprovado que está se mostrou insuficiente para cobrir toda a gama dos danos ressarcíveis; mas é fato igualmente comprovado que, na sua grande maioria os atos lesivos são causados pela a conduta antijurídica do agente por negligência, imperícia ou imprudência.⁴¹

Diante de tais considerações é essencial dizer que a responsabilidade civil se divide em duas outras, sendo elas responsabilidade civil objetiva e subjetiva, as quais tem no elemento culpa sua principal diferenciação.

Assim, quando se fala em culpa logo pensamos quem deve a obrigação de indenizar pelo dano causado a vítima. Portanto a responsabilidade civil deve estar atenta ao elemento culpa.

Sérgio Cavaliere Filho expressa:

A ideia de culpa esta visceralmente ligada a culpa à reponsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação, sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.⁴²

Sobre a culpa vejamos o que reza o artigo 186 do código civil:

⁴⁰GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.48

⁴¹PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil VIII**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.520.

⁴²CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores , 2011, p.38

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito⁴³

Assim, podemos entender que a culpa em sentido em sentido estrito ocorre quando o agente não quer praticar o crime, mas age com imprudência, negligência ou imperícia. A negligência é a falta de cuidado, sendo uma conduta omissiva, deveria cuidar, mas não cuidou, a imprudência é a falta de cautela, deveria agir, mas não a fez, ou seja, uma conduta comissiva, já a imperícia é a falta de habilidade no dever técnico.

No que tange a responsabilidade objetiva podemos salientar que não exige a comprovação da culpa do agente, desta forma vejamos o artigo 927, do Código Civil de 2002:

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.⁴⁴

Deste modo, quando existir o elemento culpa, a responsabilidade será subjetiva, e de outra forma será objetiva caso não seja necessária o dever de comprovação da culpa. Assim, expressa Marcelo Silva Britto, vejamos:

A responsabilidade civil subjetiva é diferente da objetiva quanto à forma, sendo que não é correto afirmar que são de espécies diferentes, já que, em ambas se enquadram os deveres de indenizar e reparar o dano causado, distinguindo-se no que diz respeito à existência ou não de culpa por parte o agente que causou o dano experimentado pela a vítima.⁴⁵

⁴³Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

⁴⁴Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

⁴⁵BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no Código Civil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5159/alguns-aspectos-polemicos-da-responsabilidade-civil-objetiva-no-novo-codigo-civil>> Acesso em: 15 nov. 2018

Assim, podemos chamar de responsabilidade civil objetiva aquela que não tem a culpa do elemento formador, não precisando provar a culpa, para isso basta que haja relação de causalidade entre ação e o dano. É importante salientar que responsabilidade civil objetiva não substitui a responsabilidade subjetiva.

Neste sentido Caio Mário da Silva Pereira expressa:

A regra geral que deve presidir à responsabilidade civil é a sua fundamentação na ideia de culpa; mas sendo insuficiente esta para atender às imposições do progresso, cumpre ao legislador fixar especialmente os casos em que deverá ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. Não era sempre que a reparação do dano se abstrairá do conceito de culpa, porém quando o autorizar a ordem jurídica positivada.⁴⁶

Portanto, não se cabe a escolha de qual responsabilidade irá prevalecer, seja ela objetiva ou subjetiva, já que as duas se harmonizam.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves a responsabilidade subjetiva deve ser tida como a regra geral da responsabilidade civil, conforme se verifica a seguir:

Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado em princípio por ação ou omissão culposa ou dolosa. Mas, isso não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios se leve em conta a responsabilidade objetiva, esse é o ponto fundamental.⁴⁷

Por fim, concluímos que para haver a responsabilidade subjetiva é necessário que se comprove a culpa do indivíduo para que o mesmo responda pelos seus atos, já na responsabilidade objetiva não necessária comprovar a culpa, basta a comprovação do nexo de causalidade e do dano.

⁴⁶PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil VIII**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.520.

⁴⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro- Responsabilidade Civil**; - v4. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

CAPÍTULO III - DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE HUMANA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO AO IDOSO

Sendo o idoso considerado vulnerável para o ordenamento jurídico, cumpre a este protegê-lo, sobretudo quanto ao abandono material e o dano moral.

Assim, o problema de pesquisa proposto para este trabalho é uma possível ação indenizatória por dano moral, em face de abandono afetivo inverso.

Desta forma, tem-se como hipótese que de que o idoso deve sim ser indenizado pelas dores, humilhações, tristezas causadas pelo abandono. O código civil Brasileiro, nos artigos 186 e 927 estendem a sua tutela, efetivando uma satisfação de indenização compensatória. Assim, a Constituição Federal em seu artigo 230, prevê 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.⁴⁸

Assim, têm-se como marco teórico as palavras de Maria Berenice Dias que define:

Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art.229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece enunciado do IBDFAM. **Art. 229 Constituição Federal.** 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.⁴⁹

Com a finalidade de demonstrar as afirmações acima, este capítulo foi estruturado em itens. No primeiro item iremos abordar a cerca do Princípio da Dignidade Humana e os direitos dos idosos que tem como objetivo mostrar os

⁴⁸Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

⁴⁹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias.** 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.124.

direitos das quais a pessoa idosa possui; e no segundo item abordaremos a possibilidade jurídica de indenização por abandono afetivo ao idoso, onde será dedicado a uma verificação a cerca do problema propriamente dito.

Desta forma, iremos buscar analisar o Estatuto do Idoso, doutrinas, revistas jurídicas e artigos para tratarmos da possibilidade de reparação em face do abandono afetivo inverso.

3.1 – Princípio da dignidade humana e os direitos do idoso

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, sendo um princípio de enorme relevância e merece total atenção.

É importante salientar que em vários momentos o nosso ordenamento jurídico se preocupa com o idoso, assim diz o artigo 3º, IV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁵⁰

Assim, vale ressaltar o artigo 203, inciso V da Constituição Federal de 1988:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.⁵¹

No entanto o direito do idoso não está elencado somente na constituição

⁵⁰Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

⁵¹Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

Federal, mas também no Código Civil, nesse sentido, como meio de proteção temos o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, onde dispõe sobre o regime de separação de bens obrigatório para casamento de pessoas maiores de 70 (setenta) anos, visando resguardar seu patrimônio e dos seus sucessores.

No que tange ao Código de Processo Civil temos o artigo 1.211-A da prioridade na tramitação de processo que seja parte ou interessado.

Neste sentido, Braga expressa:

Nossa lei penal prevê situações especiais para o idoso, tendo algumas particularidades reconhecidas, ora em benefício se forem réus, ora como condições gravosas às condutas dos ofensores, se a vítima possuir esta condição particular de idade.⁵²

Nesse sentido, o artigo 77, inciso III, § 2º do Código Penal, dispõe sobre a suspensão da pena para o condenado maior de setenta anos de idade. Vejamos:

Art. 77- A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:
III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no Art.44 deste Código.
§2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 4 (quatro) anos, poderá ser suspensa, por 4 (quatro) 6 a (seis)anos, desde que o condenado seja maior de 70 (setenta)anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.⁵³

A proteção do idoso no Código penal pode ser vista em vários momentos, o artigo 65, inciso I, constitui circunstancia atenuante se o agente for maior que 70 (setenta) anos na época da sentença.

Em caso de redução de prazos de prescrição estes são reduzidos de metade quando o criminoso nosso era, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos, conforme artigo 115 do Código Penal.

Outro fator que merece destaque são as penas agravantes em relação a autor

⁵²BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005,p.171.

⁵³Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

que comete condutas criminosas contra maiores de 60 (sessenta) anos, art. 61, inciso II, alínea “h” do Código Penal.

No processo penal, o idoso tem sua proteção especial, de acordo com o artigo 32 § 2 da Lei 7.210/9 (Lei de Execuções penais), o idoso condenado a pena privativa de liberdade que tiver mais de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada a sua capacidade.

Conforme o artigo 117, inciso I da lei 7.210/94, na execução da pena o sentenciado maior de 70 (setenta) anos, pode ser beneficiado com a prisão domiciliar.

O Estatuto do Idoso prevê em seu artigo 94 a aplicabilidade dos procedimentos previstos na Lei 9.099 de 26 de setembro de 1.995, e subsidiariamente, no que couber, ao Código Penal e do Código Processo Penal.

Atualmente, a Consolidação das Leis Trabalho só se regula a idade dos trabalhadores mais velhos em determinadas situações, o art. 134, §2º da CLT, estabelece que “aos maiores de 50 (cinquenta) anos de idade, as férias serão sempre concedidas de uma só vez”.

Segundo Braga, “existe uma hierarquia das relações internacionais em relação ao direito positivo interno, há vários documentos, nem todos falando diretamente em velhice ou senilidade, que o Brasil firmou e se comprometeu a seguir, que tocam o tema de um modo ou de outro”⁵⁴.

O Brasil hoje segue a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Declaração de Estocolmo (1972), Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), Convenções 36, 26 e 37 da OIT.

O Brasil participa de reuniões internacionais, para decidir o problema do envelhecimento, o que é realmente desejável, pois assim poderá viabilizar a formulação de políticas mais eficaz para o Brasil e outros países, o Brasil impõe a observância dos princípios impostos em nossa Carta Magna, quanto a regência das relações internacionais no Brasil (Braga, 2005).

A declaração Universal de Direitos Humanos traz garantias ao idoso, dispõe o art. 25, inciso I. Vejamos:

⁵⁴BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005,p.180

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.⁵⁵

Assim, percebe-se que a Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, possui um verdadeiro sistema de proteção global a dignidade da pessoa humana, fiscalizando a situação dos direitos humanos em cada país e resgatando a dignidade humana.

A Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que trata da Política Nacional do Idoso, sendo regulamentada pelo Decreto Federal nº 1.948, de 3 de Julho de 1996, o que veio regulamentar os direitos sociais do idoso.

A Política Nacional do Idoso tem como objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, determinou que a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida.

A lei 8.8 /1994 trouxe um grande avanço em relação à proteção ao direito dos idosos e não só do idoso, mas que também vai envelhecer, com objetivo de aumentar a longevidade da vida, no entanto ainda existe um grande abismo entre a lei e a realidade do idoso no Brasil, visto que muitos não entendem a realidade da terceira idade e à importância da efetivação da norma.

Com a necessidade de proteger a terceira idade, sendo um grande marco na sociedade brasileira, foi aprovado pelo Senado Federal e sancionado pelo Presidente da República em 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso, após longos anos de espera.

Sendo o Estatuto do Idoso um grande marco no Brasil, Braga expõe:

Esta lei é um marco importante no estudo dos direitos dos idosos brasileiros. Tanto assim que merece estudo próprio e individualizado, no entanto, é impossível deixar de citar, ao menos, alguns de seus pontos importantes. E uma vez definida a pretensão, podemos afirmar que sua maior contribuição é, sem dúvida alguma, a publicidade dada à temática do envelhecimento. A sociedade começa a perceber-se como envelhecida e os

⁵⁵Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

índices já divulgados pelos institutos de pesquisa passam a ser notados. O Estatuto do Idoso é um instrumento que proporciona auto-estima e fortalecimento a uma classe de brasileiros que precisa assumir uma identidade social. Ou seja, o idoso brasileiro precisa aparecer! Precisa se inserir na sociedade e, assim, passar a ser respeitado como indivíduo, cidadão e participe da estrutura politicamente ativa.⁵⁶

O idoso necessita de ser inserido na sociedade de forma digna e ser respeitado, nesse sentido Braga, se expressa:

O idoso precisa estar fortalecido politicamente para ser ativo, ser ouvido, ser respeitado. Assim, se o Estatuto fornece boas leis, como é o caso deste Estatuto, o idoso tem instrumentos necessários para construir sua identidade cidadã e, então, depois de forte e consciente, manter, ou melhorar, conquistar sua autonomia, independentemente da idade que tenha.⁵⁷

O estatuto do idoso consagra como idoso todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, garantindo todos os direitos inerentes à pessoa humana, tendo a sociedade, a família e o Estado o dever de assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à cidadania, à alimentação, à educação, à cultura, ao trabalho, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O idoso possui a garantia de prioridade compreendendo o atendimento preferencial e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviço a comunidade, preferência na formulação de políticas sociais públicas específicas, priorização do atendimento do idoso por sua própria família, capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos, garantia o acesso à rede de saúde, assistência social locais, conforme artigo 3º, parágrafo único do Estatuto do Idoso.

Nesse sentido, Morais se expressa:

⁵⁶BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005,p.186

⁵⁷BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2005,p.187

Ao garantir atendimento preferencial, imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços da população, viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações, capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos, estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, entre outras formas de prioridade à terceira idade, a nova legislação brasileira reconheceu, como se faz nos países europeus, o envelhecimento como um direito social, a ser devida e especificamente protegido.

A nova legislação será mais um valioso instrumento para a continuidade do trabalho prioritário que o Poder Público deve realizar defesa da efetividade dos direitos da terceira idade.⁵⁸

Ao longo dos anos, a dignidade humana vem sendo conquistada com muita luta e esforços para que de fato seja válida a palavra “dignidade”.

Portanto é necessário observar a respeito do idoso sem seu tratamento pelo o direito de família, principalmente em se tratando do princípio da dignidade da pessoa humana, que nos guia para a interpretação e aplicação das constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece um princípio fundamental no Direito de Família, as Dignidades da pessoa humana vejam:

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.⁵⁹

Podemos ver que há uma pequena relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a situação do idoso, sendo que este princípio estabelece de mínimas condições para uma vida autônoma e saudável, a qual deve ser preservada em todas as fases da vida de um indivíduo.

Alexandre Moraes se expressa:

⁵⁸MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.805

⁵⁹Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

Dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.⁶⁰

Maria Berenice Dias ressalta que “a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem.”⁶¹

Compreende-se que é dever de todos promoverem uma velhice digna aos idosos, assegurando-lhes os direitos de cidadania, garantindo-lhes participação na sociedade, saúde, bem-estar e principalmente direito à vida.

É necessário que haja participação das pessoas para uma conscientização diante da sociedade como também dos familiares, na questão do envelhecimento, realizar programas que busca o incentivo a cuidar de um idoso, que servira também para a futura geração idosa. Que garantem aos idosos envelhecer com dignidade, sem discriminação.

3. 2 – Possibilidade jurídica de indenização por abandono afetivo ao idoso

A relação entre os filhos e seus genitores deve ser preservada a fim que a família seja preservada.

O abandono afetivo apresenta danos na vida dos idosos de forma dantesca. Assim, o objetivo principal do trabalho é avaliar a possibilidade de reparação civil e aplicação do dano moral, em face do abandono afetivo inverso.

⁶⁰MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

⁶¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007, p.60.

Assim, surgiu-se o problemática de uma possível ação indenizatória por dano moral, em face de abandono afetivo inverso.

Desta forma, tem-se como hipótese que de que o idoso deve sim ser indenizado pelas dores, humilhações, tristezas causadas pelo abandono. De forma mais específica, pretende-se analisar os requisitos dos artigos 186 e 927 do código civil, os requisitos das Constituição Federal em relação ao idoso, fazer uma abordagem em relação aos maus tratos de idosos no Brasil, mostrar como estão as jurisprudências nesse sentido, verificar de qual forma o idoso deve ser indenizado.

Como marco teórico desta pesquisa, tem-se o posicionamento de Maria Berenice Dias que nos relata dizendo que:

“Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art.229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos, como reconhece enunciado do IBDFAM. **Art. 229 Constituição Federal.** 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.”⁶²

Assim, sendo o idoso é considerado vulnerável para o ordenamento jurídico, cumpre a este protegê-lo, sobretudo quanto ao abandono material e o dano moral.

O direito de família tem-se na atualidade o afeto como um dos o pilares mais importantes na estrutura familiar, pois é na família que se conquista o primeiro laço afetivo.

Diniz conceitua afeto como:

O valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, mas também um direito a integridade da natureza humana. Aliado ao dever de ser leal e solidário.⁶³

⁶²DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias.** 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.124.

⁶³DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5: direito de família;** 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.33

A falta de afeto na pessoa idosa pode acarretar em grandes danos, pois é nessa fase de vida que a pessoa idosa passa por inúmeras transformações como: mudanças físicas e emocionais.

Portanto a convivência familiar é de suma importância para a vida do idoso. É nítido quando não se tem afeto em um ambiente familiar, pois o idoso se vê abandonado pela a própria família, sentindo falta de atenção, carinho, amor.

O abandono afetivo se torna real quando existe uma expectativa de afeto, ou seja, quando o indivíduo tem conhecimento de que será mantido de maneira árdua.

De acordo com Alves , o abandono afetivo inverso pode ser definido como:

A inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.⁶⁴

O dano causado pela a falta de afeto é incalculável, considerando-se que agonia causada pela a falta carinho, de atenção e o desprezo provém justamente daqueles que jamais deveriam se eximir de dar o afeto. Pode-se definir o abandono ao idoso como falta de cuidados e atenção dos filhos com seus genitores, impedindo-lhes de terem uma velhice com qualidade.

Em nosso ordenamento jurídico não existe nenhuma previsão legal específica para os casos por abandono afetivo inverso, porém a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229 estabelece que:

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.⁶⁵

Desta forma, é visível que os filhos têm obrigação de amparar os pais em sua velhice.

⁶⁴ALVES, José Figueiredo. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização. IBDFAM. Artigos**,<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. < Disponível em: Acesso em: 05 nov. 2018>

⁶⁵Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

Assim, o constituinte ao estabelecer a família como principal responsável pela pessoa idosa criou uma obrigação moral. O artigo 229 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma demonstração da obrigação familiar e da solidariedade entre seus membros.

Nesse sentido, Mello expressa:

violar-se um princípio é mais grave do que a violação de regras. Vale o excerto: Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.⁶⁶

O indivíduo ao violar as determinações da Constituição de proteger a família e de prestar auxílio a pessoa idosa, não está desrespeitando uma norma qualquer, está violando um princípio moral que fundamenta a ordem do Estado Democrático brasileiro.

O dano moral, portanto, é uma forma de defender o dever que se foi violado, sendo uma ação com o fim de inibir a prática do descuido cada vez mais frequente por parte dos filhos.

Em se tratando do sentimento de solidão experimentado pelo idoso abandonado afetivamente, Corteletti, expressa:

A pessoa que foi esquecida encontra-se numa situação de abandono que traz consigo um sentimento de desamparado, solidão, exclusão. Esse estado emocional advém não só do fato de a pessoa estar afastada fisicamente da família ou das pessoas de convívio próximo, senão o de estar privada de relacionamentos que gostaria de ter. Os vínculos anteriormente estabelecidos foram interrompidos, privando o idoso das suas realizações de afeto, o que leva a experiência de solidão pelos isolamentos

⁶⁶MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Malheiros: São Paulo, 2005, p.903.

social e emocional.⁶⁷

O que de fato ocorre é que nem todos os filhos cuidam de seus pais conforme reza o artº 229 da Constituição Federal. Muitos são omissos ao dever de cuidar, assistência moral ou emocional, surgindo-se assim, a problemática da responsabilização civil pela falta de assistência moral do filho ao pai, o chamado abandono afetivo.

Desta maneira, a dignidade da pessoa humana que determina o tratamento com respeito a todas as pessoas, além de critérios de mínimo existencial, que determina o dever de cuidado com o mínimo que o ser humano necessita. Que neste caso os direitos estão sendo violados.

Por isso, os filhos tem que assistir seus pais na velhice, cuidando, dando carinho, amor, proteção, afeto, dignidade e principalmente o direito à vida. É certo que a família é o alvo maior de toda a proteção estatal, por ser considerada base formadora de toda a sociedade.

Desse modo, o filho que abandona o pai na velhice deve penalizado, tendo em vista o envelhecimento com dignidade.

Com, efeito uma eventual indenização por abandono afetivo inverso não atingirá à finalidade de reparar o abalo (supostamente) sofrido pelo o pai por causa da falta de amor, atenção, e carinho de seu filho.

Desta forma, apesar da ausência de uma lei específica relativa ao abandono afetivo inverso, uma vez violado o dever de cuidado de filho para com os seus pais, tem o idoso o direito de exigir a compensação pecuniária, nos termos da legislação geral da responsabilidade civil vigente no Brasil.

⁶⁷CORTELETTI, Ivonne A.; MIRIAM, bonho Casara; VANIA, B. M. Heredia. **Idoso Asilado**: um estudo gerontológico. Caxias do Sul: EDIPUCRS, p.39.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que o afeto é de suma importância para o idoso no âmbito familiar, uma vez que, na terceira idade as pessoas tendem a ser mais frágeis e até mesmo, mais carentes e o abandono a estes pode acarretar vários problemas psicológicos, desta forma fica claro a responsabilidade civil e o dever de reparar, sendo analisado o dano, conduta e o nexo de causalidade.

Vale ressaltar que o dano é indispensável para a existência da responsabilidade civil, visto que não a responsabilidade sem dano, deve-se levar também em conta a culpa do agente e nexo de causalidade que é o liame entre a conduta e o dano.

Ficou evidente que muitos são os filhos omissos com seus pais na velhice, em se tratando do dever de cuidado, podendo acarretar ao idoso um sofrimento intenso e até doenças, que de alguma maneira pode ser compensada.

O abandono afetivo embora seja um tema discutido no direito, ainda não há uma lei específica que regulamenta o descaso dos filhos com os pais idosos, mas isso não significa que estão isentos de exercerem o dever de cuidado derivado de paternidade responsável, extraídos da Constituição Federal em seu artigo 229, onde nos mostra que o filho tem o dever de cuidar dos pais na velhice, apesar de que não ao um consenso unânime do dever de indenizar, ficando o idoso a mercê.

Nota-se assim, que a convivência familiar é de total importância e é perceptível quando o idoso se vê abandonado pela própria família.

Entretanto, a falta de lei específica ao abandono afetivo inverso é como um corolário do desprezo, do desrespeito ou da indiferença filial, na qual merece ser discutido pelos operadores de direito.

Nesse contexto, faz-se necessário a criação de medidas que garantam mais a afetividade deste direito e da responsabilidade civil, para que haja uma valorização do idoso no seio familiar e a sua integralidade e acabando com este mal que atinge as famílias nos dias de hoje, precisa-se efetivar a responsabilidade por abandono inverso e conscientizar a família a valorização da pessoa após seu envelhecimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Figueiredo. **Abandono Afetivo Inverso Pode Gerar Indenização. IBDFAM.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>> Acesso em: 05 nov. 2018.

BRAGA, Perola Melissa Viana. **Direito do Idoso: de acordo com o Estatuto do Idoso.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRITTO, Marcelo Silva. **Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no Código Civil.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5159/alguns-aspectos-polemicos-da-responsabilidade-civil-objetiva-no-novo-codigo-civil>> Acesso em 15 nov. 2018.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Obrigações. Responsabilidade Civil** vol. 2, 4ª ed. São Paulo, Editora Saraiva 2010.

CORTELETTI, Ivonne A.; MIRIAM, bonho Casara; VANIA, B. M. Heredia. **Idoso Asilado: um estudo gerontológico.** Caxias do Sul: EDIPUCRS.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias.** 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v.5: direito de família**; 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro– Responsabilidade Civil**; - v4.5, ed, São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**; v4. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017> < disponível em 15 nov. 2018>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**, 13ª ed. Ver, atual e ampl. São Paulo: Saraiva 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, **Alexandre. Direito Constitucional**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAIS, **Alexandre. Direito Constitucional**. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva, **Instituições de Direito Civil VIII**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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 15 nov. de 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano moral. São Paulo: Juarez Oliveira. 2012. Vade Mecum, SARAIVA, 2017 – 23ª edição

VENOSA, Silvio de Salvo, **Direito Civil: Direito de Família**, 13ªed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso Comentado.** Rio de Janeiro. Forense, 2005.