



CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE PALMAS

COMUNIDADE EVANGÉLICA LUTERANA "SÃO PAULO"
Recredenciado pela Portaria Ministerial nº 3.607 - D.O.U. nº 202 de 20/10/2005

FERNANDA PEREIRA DA SILVA DO NASCIMENTO

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSO

Palmas – TO

2020

FERNANDA PEREIRA DA SILVA DO NASCIMENTO

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDADO AFETIVO DE IDOSO

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador(a): Prof.(a). Paulo Benincá

Palmas – TO

2020

FERNANDA PEREIRA DA SILVA DO NASCIMENTO

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDADO AFETIVO DE IDOSO

Trabalho de Curso em Direito apresentado como requisito parcial da disciplina de Trabalho de Curso em Direito II (TCD II) do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas – CEULP/ULBRA.

Orientador(a): Prof.(a). Paulo Benincá

Aprovado(a) em: 24/06/2020

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a). Paulo Benincá

Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof.(a). Vinicius Pinheiro Marques

Centro Universitário Luterano de Palmas

Prof.(a). Sinvaldo Conceição Neves

Centro Universitário Luterano de Palmas

Palmas – TO

2020

Dedico este trabalho à minha família, por sempre sonhar os meus sonhos e me apoiar nos momentos mais difíceis dessa trajetória acadêmica.

Agradeço a todos os professores por cada ensinamento, conselhos e pela paciência com a qual guiaram meu aprendizado no decorrer dessa caminhada acadêmica, a dedicação de todos foi de grande importância para mim e terão meus eternos agradecimentos.

“Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e seus planos serão bem-sucedidos”.

Provérbios 16:3

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo o estudo acerca do abandono afetivo dos idosos por seus familiares, abrangendo-se a análise de uma possível indenização por danos morais em virtude dessa forma de desamparo. A possibilidade de reparação civil por abandono de idoso não está expressamente consagrada no Estatuto do Idoso, o que enseja que o estudo seja realizado enfoque no Código Civil e na Constituição Federal. Nesse diapasão, é sabido que a dor e a humilhação pelas causas de abandono aos idosos, como a negação do afeto, do convívio e do próprio alimento, comprometem a dignidade dessa categoria da sociedade material e psicologicamente, de modo que essa realidade não pode mais ser desconsiderada, ensejando que a jurisprudência venha construindo esse entendimento no sentido de conferir proteção reparatória, através da responsabilização civil, ao idoso vítima de abandono afetivo.

Palavras-chave: Direito de Família. Responsabilidade Civil. Idoso. Abandono afetivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO	11
1.1. Conceito de entidade familiar	11
1.2. Modalidades de família	14
1.2.1. Família matrimonial	14
1.2.2. Família convivencial.....	15
1.2.3. Família monoparental	16
1.3. A família no Direito brasileiro.....	18
1.4. A importância da família para a estruturação social.....	19
1.5. Relações de parentesco e obrigação de assistência	20
CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.1. Noções gerais sobre a responsabilidade civil	22
2.2. Responsabilidade civil subjetiva	23
2.3. Responsabilidade civil objetiva	24
2.4. Responsabilidade civil direta.....	25
2.5. Responsabilidade civil indireta.....	25
2.6. Conceito de dano	26
2.7. Distinguição entre dano material e dano moral	29
CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO DE IDOSO....	31
3.1. Definição de abandono afetivo	31
3.2. A proteção do idoso prevista na lei	31
3.3. Tipos de abandono e a possibilidade de responsabilização	35
3.3.1. O abandono afetivo e material dos idosos	35
3.3.2. O abandono afetivo inverso	35
3.4. Pressupostos para a responsabilidade civil por abandono do idoso	37
3.4.1. Ação ou omissão.....	37
3.4.2. Culpa.....	37
3.4.3. Nexo de causalidade	38
3.4.3.1. Excludentes da responsabilidade	38
3.4.4. Dano.....	39
3.5. Posição da jurisprudência	39
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

A família sempre se mostrou a instituição mais apta para a construção de uma sociedade mais justa e fraterna. Não raramente, a designação de família passou a ser compreendida de diversas maneiras, com formas variadas e finalidades contrárias àquelas arguidas em um momento subsequente de relacionamento.

A atualidade do termo família, pode-se dizer, perpassa a ideia clássica e exorbitante, onde o homem e a mulher se envolvem por núpcias e posteriormente surgem os filhos para darem valor inestimável ao relacionamento e incumbirem um ao outro de serem responsáveis destes, com seus ideais e projetos familiares.

Há duas décadas, era difícil imaginar que seria possível relacionar o instituto do dano moral com o Direito de Família. Ocorre que, após o advento da Constituição da República de 1988, que conferiu nova roupagem à família e elevou a dignidade da pessoa humana ao ápice dos direitos fundamentais, consagrando-o como um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, inciso III), as relações familiares sofreram um fenômeno conhecido como despatrimonialização, o que impactou sobremaneira o Direito Civil, que passou a focar mais nas pessoas e no afeto em detrimento do patrimônio dessas pessoas.

Conseqüentemente, surgiram demandas em relação a possíveis violações à dignidade humana, inclusive na esfera afetiva. No entanto, as demandas judiciais buscando o ressarcimento pecuniário pelos danos morais sofridos nas relações afetivas permaneciam no âmbito conjugal, já que soava um tanto repulsiva a ideia de que pudesse haver uma lide entre pais e filhos.

O tema passou a ser publicamente debatido a partir de um julgamento ocorrido no ano de 2003, quando um magistrado da Comarca de Capão da Canoa/RS proferiu uma sentença condenando um pai a indenizar a própria filha na quantia de 200 (duzentos) salários mínimos a título de danos morais pela prática de abandono afetivo.

E nessa esteira, o idoso, assim como crianças e adolescentes, necessita de maior amparo legal, assegurados de forma efetiva pela Constituição Federal e pelo Estatuto do Idoso, visando conferir maior dignidade e qualidade de vida, sendo um dos fundamentos da Constituição da República a dignidade da pessoa humana, em seu art. 1º, inciso III.

Em decorrência dessa supervalorização da dignidade, ocorre que muitas vezes o poder Judiciário é chamado a se manifestar sobre as ações que têm como causa de pedir o abandono

material e afetivo de idosos, diante de parentes que faltam com a assistência moral e afetiva imposta pela Constituição Federal e pela legislação ordinária.

Sabendo-se que os atos do homem não podem resultar em lesão a outrem, o art. 3º do Estatuto do Idoso prevê a obrigação da família, da sociedade e do Estado de assegurar ao idoso a efetivação do direito à vida, à saúde, à educação, ao esporte, ao lazer, à cultura, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, enfim, o dever de cuidado, que, uma vez desrespeitado, configura a prática de ato lesivo aos direitos do idoso (danos morais) e torna o ato suscetível de reparação civil.

Não obstante o dever de cuidado para com os idosos seja regulamentado no Estatuto do Idoso, há um dever natural determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de previsão constitucional ou legal, que não carecem de regulamentação.

Todavia, esse natural dever de proteção não impede, na prática, que milhares de idosos sofram por abandono material e afetivo, ficando desprovidos do mínimo na satisfação de suas necessidades básicas, materiais e afetivas.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho teórico é a discussão da possibilidade de se impor a obrigação de reparar os danos àquele que pratica o abandono afetivo de idosos, no âmbito das relações entre pais e filhos.

Pretende-se analisar a controvérsia trazendo-a à esfera jurídica, explicitando os posicionamentos que permitem uma possível condenação de natureza indenizatória.

O interesse por este tema partiu do pressuposto da sua grande relevância social, visto se tratar de uma questão controvertida, qual seja, o debate acerca da reparação pecuniária como forma de compensação de preenchimento do vazio causado pela ausência de afeto, principalmente dos filhos para com os pais idosos (mas não se descartando de outros familiares para com a pessoa idosa), desafiando, principalmente, a extensão da dignidade da pessoa e o desenvolvimento psicológico do ser humano, o qual repercute diretamente no homem perante a sociedade e, por conseguinte, na esfera jurídica.

Com efeito, o princípio da afetividade está consubstanciado no princípio do respeito à dignidade humana, fundamento da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, inciso III). Embora a Constituição não utilize a palavra afeto, traz fundamentos para o reconhecimento do princípio da afetividade.

Para tanto, a abordagem metodológica a ser utilizada consiste no método indutivo de pesquisa bibliográfica, constituída principalmente de livros jurídicos, artigos científicos, precedentes jurisprudenciais e confrontação dos pontos de vista acerca do tema.

Quanto à estrutura, esta monografia será organizada em três momentos. No primeiro tópico serão analisados o conceito de entidade familiar e as modalidades de família, sua localização e aplicação no Direito pátrio, importância para a estruturação social, chegando-se às relações de parentesco e obrigação de assistência.

No segundo capítulo discutir-se-á o tema da responsabilidade civil, é claro que sem esvaziar o estudo desse assunto, dada sua imensidão, mas ao menos analisando-se os principais pontos de intersecção entre a responsabilidade civil e o Direito de Família.

O terceiro tópico será dedicado ao estudo da responsabilidade civil em decorrência do abandono de idoso, a fim de ministrar fundamentos para uma análise mais percuciente sobre se há possibilidade de indenização, passando-se necessariamente pelos elementos da responsabilidade civil (ação ou omissão, culpa, nexos de causalidade e dano), chegando-se a exame de posições com relação à argumentação aqui explanada, com base nos entendimentos jurisprudenciais vistos atualmente acerca do ressarcimento pecuniário por abandono afetivo de idosos.

CAPÍTULO I – A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

No presente capítulo serão analisadas as diretrizes gerais sobre a família no Direito brasileiro, em especial o conceito de entidade familiar e a definição das modalidades de família, que é o núcleo básico e essencial de qualquer sociedade.

Considerando que a família é um núcleo de pessoas que se cuidam e promovem a autonomia uns dos outros, pois se encontra na encruzilhada da cultura atual e da sociedade moderna, neste mesmo capítulo também será demonstrada a sua importância para a estruturação social.

1.1. Conceito de entidade familiar

O conceito de entidade familiar pode ser amplamente entendido e interpretado. Na linguagem comum brasileira, a família representa o grupo à qual o indivíduo está inserido por meio de laços sanguíneos ou por mecanismos de união primária (adoção, união estável).

A estrutura familiar se caracteriza pela formação de grupos sociais primários que exercem influência sobre outros indivíduos, e também por sofrer influência dos mesmos.

A família também pode ser definida como o grupo de pessoas, ou um aglomerado de indivíduos em âmbito domiciliar, interligados por descendência ou laços consanguíneos com base em um ancestral comum, por matrimônio ou por meio de adoção. Em alguns países os grupos familiares são chamados de clã. Entre os indivíduos familiares geralmente prevalece algum nível de relação de parentesco.

Nesse sentido estão as lições de Carlos Roberto Gonçalves:

Já se disse, com razão, que a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado. A Constituição Federal e o Código Civil a ela se reportam e estabelecem a sua estrutura, sem, no entanto, defini-la, uma vez que não há identidade de conceitos tanto no direito como na sociologia. Dentro do próprio direito a sua natureza e a sua extensão variam, conforme o ramo (GONÇALVES, 2012, p. 15).

Os integrantes de uma família são reconhecidos socialmente pelo sobrenome, que tem a função de dividi-los, e que é herdado dos ascendentes primários. Entre eles existem vários elos unindo seus membros, de forma que venha manter esses integrantes no campo moral, material, com reciprocidade durante toda a vida de geração em geração.

Nos dizeres de Giselda Hironaka, a evolução do conceito de família demonstra íntima relação com o desenvolvimento da humanidade:

Não se inicia qualquer locução a respeito da família se não se lembrar, a priori, que ela é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios da história ela mesma, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim, que a família é, por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da humanidade. (HIRONAKA, 2000, p. 17-18).

Ainda, pode-se definir a família como sendo um grupo não visível em exigência funcional e que se organiza e interage internamente, sendo considerado então como um sistema, que funciona com obediência aos parâmetros sociais.

Dessa forma, no seio familiar, os componentes podem compor subsistemas, que poderão ser caracterizados pela geração, gênero, interesses funções, existindo aí, graduação no nível de poder, o que denota a influência que um membro exerce sobre outro dentro desse sistema, estando seu comportamento diretamente ligado ao comportamento dos outros.

Sendo assim, compreende-se que a família é uma célula da sociedade que constantemente é submetida a uma série de obrigações que objetivam o seu desenvolvimento, diferenciando as escalas dos pressupostos de caráter cultural, mantendo as mesmas origens universais.

É inegável que a multiplicidade e variedade de fatores não permitam fixar um modelo uniforme acerca da evolução do Direito de Família, sendo certo que a compreensão da família deve ocorrer em consonância com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.

Sobre esse assunto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que:

No mundo contemporâneo (pós-moderno), a família abandona um caráter natural, assumindo nova feição, forjada, agora, em fenômenos culturais, motivo pelo qual, com total razão, se trata de uma estrutura psíquica e que possibilita ao ser humano estabelecer-se como sujeito e desenvolver relações na polis (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 34).

Diante disso, sem dúvidas, tem-se que a família é o fenômeno humano que fundamenta a sociedade, sendo de extrema importância que sua compreensão seja feita à luz de outras disciplinas, também, principalmente na sociedade contemporânea, marcada por relações complexas, plurais, abertas e multifacetárias.

Assim, pode-se perceber que as estruturas familiares são orientadas por diversos modelos, com o fim de atender às expectativas da própria sociedade e às necessidades do ser humano.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2012), todo homem, ao nascer, é um membro integrante de uma entidade natural e social, que é o organismo familiar, permanecendo ligado a ela durante toda a sua existência, em que pese no futuro venha a constituir nova família (em regra).

O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do Direito de Família.

As relações familiares apresentam um modelo de vínculos intersubjetivos segundo os ideais eleitos por cada um e por escolha de objetos, de onde emana a representação dos antepassados que despertam identificações completas ou não, com finalidades de estruturação ou de aniquilação.

Dessa forma, fica explícito que é necessário admitir que o indivíduo utiliza o outro como forma de defesa, como fonte e força em seus ideais de vida, formulando a família em termos de gerações futuras e mito familiar.

Essa eleição se divide em escolha do objeto, as vivências do seu “eu familiar” e sentimentos de pertença, o romance familiar, vivido na primeira infância, representando uma imagem idealizada dos pais.

A propósito, vejam-se as lições de Washington de Barros Monteiro:

Realmente, no seio da família originam-se e desenvolvem-se hábitos, inclinações e sentimentos que decidirão um dia a sorte do indivíduo. [...]
Nesse momento difícil, a missão do jurista é defender a instituição da família, onde quer que periclitem seus interesses, a fim de evitar-lhe a completa desagregação. Fortalecê-la, ampará-la, procurando neutralizar os elementos dissolventes, como o temor das responsabilidades, eis seu objetivo, nas escolas de direito e nos tribunais.
No estudo do direito de família, em que se analisa a organização familiar, em todos os pormenores, procurar-se-á apontar o caminho mais fácil para atingir tal *desideratum*, sem esquecer, naturalmente, que o progresso das instituições jurídicas exigiu revisão de numerosas disposições (MONTEIRO, 2012, p. 14).

Constituir família é uma escolha alimentada pela pulsão de conservação e visa, antes de tudo, dominar a angústia de perda das figuras parentais, que é relativa a uma seleção orientada pela assimilação de forma madura e desenvolvida dos pais, dando como exemplo uma jovem que se casa com um homem que, de certa forma, representa o pai ou mesmo um casal que busca significação para seu relacionamento amoroso, de interação homem-mulher, baseados nas vivências satisfatórias em suas famílias de origem.

1.2. Modalidades de família

No contexto humano, uma família é um grupo de pessoas afiliadas por consanguinidade, afinidade ou co-residência. Na maioria das sociedades, é a principal instituição de socialização de pessoas e grupos sociais. Ocasionalmente, surgem novos conceitos de família que rompem com as concepções tradicionais de família, ou aquelas que são transplantadas via migração, mas essas crenças nem sempre persistem em um novo espaço cultural.

Conforme descreve Marco Pais Neves dos Santos (2014), como unidade de socialização, a família é objeto de análise de certos estudiosos. Para os sociólogos, a família é considerada a agência de socialização primária e é chamada a primeira agência de socialização focal. Os valores aprendidos durante a infância são considerados os mais importantes que uma criança humana aprenderá durante seu desenvolvimento.

1.2.1. Família matrimonial

A família é a mais importante instituição jurídica. É o núcleo social elementar, fundamental da sociedade, podendo ter origem no casamento formal ou fora deste, através da união estável.

Diversas são as conceituações de casamento, visto que ora são fundamentadas na ideia de instituição, ora na de contrato, ora por conta de seus fins e efeitos que, sugeridamente, tornam-se propícios para a relação interpessoal e dinâmica, com suas concepções filosóficas e religiosas.

É fato e realidade que o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo fatores existenciais como a tradição e inúmeros fatores que a ele se agregam com o passar do tempo. É, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “*uma instituição milenar, conglobando valores culturais, sociais, religiosos, biológicos e jurídicos*” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 181).

A Constituição Federal, em seu art. 226, *caput*, dispõe que: “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

Apesar de não dispor claramente sobre o conceito de casamento, o art. 1.511 do Código Civil assim dispõe: “*O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”.

Entende-se que a finalidade essencial do casamento é o estabelecimento de uma comunhão de vida, com partilhas, dificuldades, glórias e resultados mútuos. No Brasil, para que exista o casamento, é necessária a diversidade de sexos; pois o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo não é considerado sequer nulo, mas ato inexistente.

O casamento é apenas uma das maneiras de constituição da família. Trata-se de um ato jurídico solene e formal, de natureza contratual, realizado perante a autoridade competente e testemunhas.

O art. 1.514 do vigente Código Civil disciplina em seu bojo que: *“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”*.

1.2.2. Família convivencial

A família convivencial é aquela resultante de um modelo jurídico denominado União estável, que significa a ligação de forma afetiva e duradoura, unindo duas pessoas (homem e mulher), tal como no casamento, mas sem obedecer às formalidades legais ou ritos religiosos.

No sistema jurídico brasileiro, a Lei Magna também reconhece a união estável, dispondo em seu art. 226, §3º, que: *“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*.

Tal dispositivo implantou uma nova ordem jurídica, amenizando a celeuma existente em torno desse assunto, tirando as pessoas que viviam em união estável do obscurantismo e garantindo-lhes direitos.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, este relacionamento recebia a denominação de concubinato, que era dividido em puro e impuro. No primeiro, havia a união entre um homem e uma mulher, fora do matrimônio, porém não existia impedimento para casar; já o impuro era aquele em que havia o impedimento, ou seja, o casamento jamais poderia se concretizar.

O termo concubinato é originado pelo termo latim *concubinatus*, que significa mancebia, relação entre amantes, amasiamento, ou ainda dormir com outra pessoa.

Foram muitos anos de luta por uma regulamentação da matéria. Casais que viviam como concubinos eram discriminados. Além disso, não havia proteção aos seus direitos. Na maioria das vezes, as mulheres eram as maiores prejudicadas; pois, após anos de convivência, eram abandonadas, sem oportunidade para reclamarem nenhum direito, ficando na miséria.

Com um certo tempo, a concubina passou a ter direito a pleitear indenização pelos serviços domésticos prestados, perante a Justiça do Trabalho.

A jurisprudência só passou a reconhecer reais direitos a estas uniões com a evolução das concepções, que, como é sabido, geralmente é lenta.

A súmula 35 do Supremo Tribunal Federal proferia: *“Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”*.

A legislação previdenciária também passou a amparar a concubina, incluindo-a no rol dos dependentes. Noutra fase da evolução, foi editada a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que assim ordena: *“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum”*.

O Código Civil brasileiro, em seus arts. 1.723 a 1.726, trouxe em seu bojo a regulamentação necessária ao texto disposto na Constituição Federal de 1988, haja vista ter aproveitado o que havia de melhor na legislação anterior.

Existiam duas leis específicas que disciplinavam a matéria: a Lei nº 8.971/94, que regulamentava o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão, determinando que só havia configuração da união estável se o casal convivesse há mais de cinco anos ou tivesse filhos, tendo que ser solteiros, separados judicialmente ou viúvos.

Logo depois, em 1996, foi elaborada a Lei nº 9.278, que em seu art. 1º estabelecia: *“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”*.

Esse artigo revogou tacitamente o art. 1º da Lei anterior, pois não faz menção ao estado civil dos conviventes e nem se exige mais o tempo mínimo de cinco anos, pois o que configura a união estável é o *animus* dos companheiros de permanecerem juntos, constituírem família e viverem uma relação duradoura, pública e contínua.

O referido artigo contempla uma interpretação restritiva da abrangência da união estável, já que restringe a sua existência entre “homem e mulher”, não havendo regulamentação para união homoafetiva.

1.2.3. Família monoparental

Os preconceitos existentes contra a família formada fora do casamento foram quebrados pela Constituição Federal de 1988, pois a mesma protege não só a família gerada

pelo matrimônio, mas também aquela que se estabelece pela união estável entre o homem e a mulher, bem como a formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominadas monoparentais.

O art. 226, §4º, da Carta Magna, assim enuncia: “*Entende-se, também, como entidade familiar a associação formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”, ou seja, os filhos estão vinculados só ao pai ou só à mãe e não ao casal como se admitia anteriormente.

A monoparentalidade pode ser estabelecida a partir da fragmentação da família (relação interindividual entre a mãe e o filho natural ou legítimo após o divórcio), ou pela existência única de laços de parentesco somente entre a mãe e o filho ou o pai e o filho.

Pode-se, portanto, observar que, no Brasil e no mundo, não há apenas um modelo de família. Uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheira e vive com uma ou várias crianças.

As famílias monoparentais são formadas em razão de diversos fatores, seja em decorrência de separação judicial ou do divórcio dos cônjuges; seja pela opção das mulheres de gerar um filho sem que tenham vínculo, formal ou informal, com o pai; seja por morte de um dos genitores.

Sobre o tema, veja as lições de Washington de Barros Monteiro:

Num sentido restrito, o vocábulo abrange tão somente o casal e a prole. Num sentido mais largo, cinge o vocábulo a todas as pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cujo alcance ora é mais dilatado, ora mais circunscrito, segundo o critério de cada legislação. E, em sentido ainda mais amplo, surgem os elos socioafetivos, ao lado dos vínculos de sangue, como determinantes da existência de relação familiar.

A Constituição Federal de 1988 equiparou à família constituída pelo casamento, como base da sociedade e merecedora da especial proteção do Estado, não só a entidade familiar resultante da união estável entre o homem e a mulher, tendente ao casamento, como também a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, §§ 3º e 4º).

Por esse motivo, tendo em vista a evolução dos costumes e, por via de consequência, das instituições sociais e jurídicas, nessa designação devem ser incluídas a entidade familiar constituída pelo casamento, pela união estável, pela comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes e, ainda, pela socioafetividade (MONTEIRO, 2012, p. 15).

É conveniente falar que, apesar de a Constituição Federal assegurar essa forma de entidade familiar e de ela estar muito presente na atualidade, não há, no Brasil, legislação específica abordando o tema. Veja a doutrina de Roberto Senise Lisboa:

Relação monoparental é a entidade familiar constituída por um ascendente e o seu descendente. A Constituição Federal expressamente reconhece a relação monoparental entre o ascendente e qualquer de seus descendentes, e assim o fez com o intuito de proteção dos interesses da entidade familiar existente entre a mãe solteira

e sua prole, o pai solteiro e a sua prole, e o avô ou avó e seu neto ou neta (LISBOA, 2012, p. 187).

As modalidades de família anteriormente citadas fazem parte das denominações oferecidas para a congregação de pessoas já identificadas e aceitáveis pela sociedade. Esses tipos de família se impuseram, ensejando direitos, deveres e obrigações, sendo hoje reconhecidos de pleno direito.

1.3. A família no Direito brasileiro

O modelo familiar do Brasil nos primórdios do século XX se baseava de forma exclusiva no casamento e foi desenhada de maneira que representasse a classe de maior representatividade naquele período, sendo então a burguesia ou elite colonial a parcela da sociedade que tinha maior destaque e significado de entidade familiar. Esse grupo parental então se apresentava de forma exclusivamente patriarcal, com degrau hierárquico bem definido.

Nesse padrão de formação familiar do início do século XX, foi descrito pela primeira vez como família-instituição, onde a esposa e os filhos tinham assumido posicionamento de inferioridade, e nesse caso o marido tinha a representação do posto de chefe familiar, onde desempenhava a atividade de pai e esposo, dando as regras sobre as relações da família visando preservar sua unidade.

Nesse sentido tem-se o texto de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Apenas as famílias formadas a partir do casamento eram reconhecidas. [...] A visão paternalista e hierarquizada da família era consagrada, cabendo ao homem a chefia da sociedade conjugal, relegando-se a mulher a um segundo plano, já que passava a ser relativamente incapaz (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 60).

A forma pela qual o Código Civil de 1916 descrevia a família não levava em consideração a existente realidade social no Brasil no período compreendido pela sua vigência, sendo construída somente visando o disciplinamento dos vínculos familiares dos indivíduos de cor branca, que na época exibiam grande poder econômico, desconsiderando a imensa variedade cultural que já vinha compondo o país desde então.

Sendo assim, é possível asseverar que o Código Civil de 1916 reproduziu as vontades de uma classe que apresentava menor quantidade de membros, mas com um poderio monetário bem maior, o que não representava efetivamente a população brasileira.

O matrimônio formal, sempre defendido pela Santa Sé, era a única forma de dar o reconhecimento para a família, tendo como preceito a moralização e a concessão do direito para

se praticar os atos sexuais entre os entes sociais, fazendo com que o casal não saísse à procura de satisfação sexual fora do âmbito matrimonial.

A Constituição Federal brasileira promulgada em 1988 passou a reconhecer o casamento como um direito consuetudinário na forma de entidade familiar, configurada pela convivência pública, contínua e duradoura, na qual, exceto por contrato ou escritura disponível e com respaldo legal, é adotado um outro modelo de forma diferenciada para a validação de uma relação como sendo instituto familiar.

1.4. A importância da família para a estruturação social

A família é a célula vital da sociedade e do seu funcionamento depende toda a estrutura que compõe a organização de uma nação, sendo experimentado por todos os indivíduos de forma concreta, o papel insubstituível da família em suas vidas.

O ambiente familiar sólido é o lugar onde as crianças crescem nas melhores condições e desenvolvem mais fortemente o senso de vida em comunhão. Em todas as sociedades, seja qual for o regime governamental, a família e o instituto do casamento são protegidos por leis e tem o apoio social irrestrito.

Se alguém vê a política de proteção da família de uma perspectiva individualista, tudo muda e o significado essencial da família se perde. O fato é que nenhum ser é autônomo, nenhum ser é completamente independente dos outros.

A família desenvolve papel fundamental na estruturação social e não deve ser considerada como um caso de crise em um mundo moderno, mas como uma solução moderna para os problemas sociais da atualidade, e assim, deve-se mudar as perspectivas sobre essa importância institucional que é característica da entidade familiar, não havendo a possibilidade da mesma ser um mero objeto que precisa ser apoiado, quando está é o ator principal, o elemento basilar, com valor próprio, com um papel a cumprir.

A política familiar apresenta especificidades que a diferencia da política social: a política familiar é um investimento de caráter preventivo a longo prazo, que visa criar condições de vida dignas para as famílias, permitindo que elas cumpram seu papel para cada um de seus membros e na sociedade em geral.

O termo família não tem apenas um significado, sendo empregado em várias acepções, podendo ser o grupo formado pelos cônjuges e parentes próximos ou pelo grupo que compreende apenas pais e filhos. Família é também um conjunto de pessoas oriundas de uma mesma árvore genealógica.

Desde os tempos mais antigos, as pessoas se uniam com o objetivo de gerar filhos; ou seja, a família é mais antiga que o próprio Estado.

Em Roma, a família era organizada sob o princípio da autoridade patriarcal. O *pater* era o chefe político, o sacerdote e o juiz. Exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte. A mulher estava totalmente submissa à autoridade do marido; não possuía vontade e, muito menos, direitos.

Com o evoluir dos tempos, tornou-se inevitável reconhecer as uniões constituídas fora do casamento que possuem as mesmas características do matrimônio convencional, merecendo, portanto, a proteção jurídica.

A família moderna é baseada nos sentimentos de solidariedade e de lealdade e tem como principal requisito a afeição que une os seus membros, não sendo mais constituída apenas com a finalidade da procriação.

Assim, constitui família o agrupamento de pessoas do mesmo sangue e/ou aqueles que se unem tendo em vista afinidades, gostos e preferências sem prescindir de objetivos comuns e, sobretudo, de amizade e amor. Dessa forma, a instituição família tem relevante importância na estruturação social, haja vista que a principal função da família é garantir a continuação da sociedade, biologicamente através da procriação e socialmente através da socialização.

1.5. Relações de parentesco e obrigação de assistência

O dever jurídico se configura como uma imposição advinda do Direito Objetivo que atribui a uma pessoa a obrigação de cuidado em relação a outra. É uma exigência legal anotada no código civil, a qual o seu cumprimento é elemento garantidor e assegurador dos direitos garantidos, estando a pessoa sujeita a penalização caso venha a descumprir tal dever.

Já o dever de assistência é se faz por meio de uma relação de obrigação, e por isso, sua característica elementar é a prestação. Nesse tipo de relação, como em todas as outras, são vinculadas duas partes, uma é a do devedor, que tem por obrigação a prestação e a outra é a do credor, que exerce o direito de receber, com a possibilidade de receber por meio da esfera judicial, caso a parte devedora não se mantenha adimplente.

Dessa forma, o dever de assistência é uma obrigação com respaldo jurídico pré-estabelecido e emerge de vários fatores, como por exemplo, as relações matrimoniais, testamento, contrato em geral, indenização decorrente da prática de ação ou ato ilícitos. Outra característica do Dever de Assistência é a sua natureza pública, onde deve sobressair o interesse

coletivo na proteção e preservação das relações de cunho social, fazendo prevalecer o princípio constitucional constante do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Nas relações familiares, sendo ou não no âmbito convivencial, o vínculo de parentesco, torna obrigatório aos entes o exercício da solidariedade mútua. Conforme determinam os arts. 1.566, inciso III, e 1.694, ambos do Código Civil, o dever de assistência é demonstrado pela obrigação em que estão concorrendo dois ou mais devedores/credores. Nesse mesmo sentido, dão vazão ao dever de assistência no âmbito das relações matrimoniais e modernamente na união estável. O intuito é preservar uma fonte de renda de valor financeiro próximo ao percebido durante o período em que houve a relação de casamento ou mesmo quando configurada a relação de união estável.

Já no art. 1.697 do Código Civil encontra-se descrita a previsão do dever de assistência relativa aos ascendentes e descendentes, irmãos, irmãs, seno que a partir da sua maioridade civil e penal que os filhos perdem o vínculo do poder familiar com seus ascendentes.

Conforme descreve o art. 1.704 do Código Civil, é de responsabilidade do cônjuge solicitador da separação a obrigação de prestar o dever de assistência ao cônjuge apontado como parte impactada. O inverso ocorre nas situações em que o cônjuge responsável pelo fim da relação matrimonial enfrenta dificuldades financeiras para o provento do lar ou pessoal.

Nessa situação cabe ao magistrado tomar a decisão sobre as responsabilidades de cada parte, isso após fazer as devidas verificações quanto a não presença de familiares do culpado, da incapacidade de exercer atividade profissional ou alguma forma de obtenção de renda pelo trabalho e a necessidade comprovada de recebimento de pensão da parte solicitante no que diz respeito à sua própria subsistência.

O art. 1.695 do Código Civil determina os elementos válidos como requisitos para a solicitação da assistência. O dever de assistência entre os ex-cônjuges encontra-se consagrada no art. 1.566 do Código Civil. Nas ações de demanda de alimentos, o dever de assistência significa a solidariedade presente no seio familiar, devendo respeitar sempre a capacidade financeira da parte solicitante. O dever de assistência na ação de alimentos só é possível aos pais benefício dos filhos menores de idade e se faz uma obrigação, ampla e intransferível.

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL

O capítulo em epígrafe tem como objetivo definir uma breve análise sobre o tema da responsabilidade civil, passando-se por sua conceituação, espécies e elementos constitutivos para caracterizar a responsabilidade.

2.1. Noções gerais sobre a responsabilidade civil

Em relação à origem da responsabilidade civil, o doutrinador Flávio Tartuce dispõe que: *“A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”* (TARTUCE, 2011, p. 393).

Por responsabilidade civil entende-se as obrigações sentidas por imposição a uma determinada pessoa de reparar os danos causados a outrem por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas a ela vinculadas a partir da prática de atos ilícitos cujas ilicitudes são verificadas quando o comportamento da pessoa se desvia do padrão de comportamento imposto pelo ordenamento.

A responsabilidade deriva de uma conduta, onde o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão produz consequências jurídicas, na esteira do art. 186 do Código Civil.

Com efeito, a responsabilidade civil passa a existir em face do descumprimento de obrigações, pela não obediência de determinadas regras estabelecidas em um contrato, ou por deixar, determinada pessoa, de observar um preceito normativo de regulamentação do convívio em sociedade organizada.

Segundo Maria Helena Diniz (2018), a responsabilidade civil se relaciona diretamente com a aplicação de medidas que deem a obrigação a alguém de reparar um dano moral ou patrimonial ocasionado a terceiros, com motivação e ocorrência de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou algo sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

As acepções quanto à responsabilidade sempre estiveram relacionadas à lesão do direito, nesse contexto, tem-se, inicialmente, a responsabilidade civil contratual, situada no âmbito da inexecução obrigacional e com o dever de cumprir com o pactuado. Norma essa com previsão desde o Direito na Roma antiga, onde a força obrigatória do contrato determinou o

princípio pelas quais as cláusulas do contrato devem ser respeitadas efetivamente, sob pena de responsabilidade daquele que as descumprir, seja por ação dolosa ou culposa.

Sobre o tema, vide o pensamento da autora Maria Helena Diniz:

As cláusulas contratuais representam a legislação perante as partes comuns no contrato, podendo o seu inadimplemento ocasionar perdas e danos. A principal fundamentação dessa norma, no atual conjunto de leis codificadas do direito pátrio, está contida no artigo 389 do Código Civil vigente (DINIZ, 2018, p. 183).

Com a vigência desse pressuposto normativo surgiu então a necessidade de se esclarecer de que forma se avaliaria a responsabilidade do agente que tenha gerado o fato decorrido, considerando que, a ação de reparação por danos, funciona de forma independente dos conceitos do Direito Penal e tem seu trâmite diferenciado, apresentando características de autonomia processual, podendo ser concomitante, anterior ou posterior à ação impetrada pelo poder jurisdicional.

O pressuposto da responsabilidade civil se faz referenciado pela provocação de uma lesão, que se faz quando da existência de uma lesão em termos de Direito, existente, indubitavelmente em todas as circunstâncias em que as garantias legais de alguém são frustradas em decorrência do não cumprimento quanto aos deveres jurídicos que correspondia ao agente provocador (KFOURI NETO, 2017).

A disciplina inerente ao Direito Civil, depois de apontar um dano causado a alguém em decorrência de atos ilícitos, busca uma análise para fundamentar esses aspectos.

Conforme descreve Inácio de Carvalho Neto (2016), dentro do conceito de responsabilidade civil estão englobados os elementos ou pressupostos definidores da existência ou não da necessidade de aplicação jurídica desse preceito (conduta voluntária com resultado voluntário; previsibilidade; falta; cuidado; cautela ou atenção), estando divididos em ato ilícito, dano, nexos de causalidade e culpa, os quais serão objeto de análise mais detalhada no próximo capítulo.

2.2. Responsabilidade civil subjetiva

Segundo Maria Helena Diniz (2018), a responsabilidade subjetiva se faz através de um dano causado em razão de ato próprio imputado de pessoa, por quem ele responde, ou fato de coisa ou algo sob sua guarda sendo pautada na culpa do agente. A culpa se dá pela negligência, imprudência ou imperícia. Veja a lição de José Aguiar Dias:

Na teoria que sustenta os preceitos da responsabilidade subjetiva, a culpa é elemento imprescindível, ou seja, é o elemento nuclear, conforme citado no artigo 186 do Código Civil, cabendo à vítima prová-la, e restando a quem alega o ônus da prova também preceituado no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil (DIAS, 2017, p. 119).

São anotados por Mário Moacyr Porto (2015) dois tipos de responsabilidade civil subjetiva, que são:

1) Responsabilidade civil contratual: é o cumprimento do pactuado, visto que o contrato faz lei entre as partes. O inadimplemento de um contrato gera perdas e danos. Conforme preceituado no vigente Código Civil, em seu art. 389, pelo não cumprimento da obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios;

2) Responsabilidade civil extracontratual: a modalidade se caracteriza por meio da conduta do agente em consonância ao nexos causal. Citando o Código Civil em seu art. 186, que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito venha causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Em paralelo à responsabilidade obrigacional está a responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana pelo direito romano perante a *Lex Aquilia de Damno*, preceito que persiste até os dias atuais, oriundo do desrespeito ao direito alheio e às normas que regem a conduta. Representando tal responsabilidade qualquer inobservância de regra legal, tem previsão nos caput dos arts. 186 e 927, do Código Civil em vigência.

2.3. Responsabilidade civil objetiva

Segundo esclarece Caio Mário da Silva Pereira (2015), a responsabilidade objetiva independe da culpa, quando um dano é produzido. Independentemente de a vítima provar ou não, surge o dever de indenizar, e a lei chama o agente para que cumpra a obrigação de indenizar. Esse preceito é pautado no risco da atividade que o agente produz. Toda vez que for responsabilidade objetiva a lei faz a devida determinação.

Conforme preceitua a teoria do risco, determinadas atividades estão mais susceptíveis a causar danos, portanto, estão inseridas nas atividades de risco para efeito de indenização.

Atinge essa teoria principalmente os que fomentam atividades coletivas, o Poder Público que se responsabiliza pelos atos dos seus representantes e principalmente as atividades que correm o risco de danificar o meio ambiente, o ambiente social (PEREIRA, 2015).

Rui Stoco (2007) explica que a responsabilidade civil objetiva tem amparo junto à legislação brasileira, citando o disposto no Código Civil pátrio, cujos dispositivos mais importantes são a seguir transcritos:

Da Obrigação de Indenizar

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.

Transporte de coisas

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Transporte de pessoas

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Empresa Pública por ato de seu agente

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Assim, vê-se que o Código Civil brasileiro acolhe expressamente a teoria da responsabilidade civil objetiva.

2.4. Responsabilidade civil direta

A responsabilidade civil direta se caracteriza pelo fato de quem responder pelo dano ser o mesmo que venha a cometer o ato diretamente, ou seja, é quando o ato danoso praticado provém de um ato próprio do agente.

2.5. Responsabilidade civil indireta

A responsabilidade indireta provém de atos de caráter danoso ocasionado por terceiro cuja determinada pessoa é responsável pelos atos deste terceiro. Conforme aborda o tema da responsabilidade indireta, tem-se o preceituado pelo art. 932 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

- II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Essa responsabilidade surge sempre que um terceiro, que não é o agente causador do dano, é sentenciado a indenizar. Ainda em conformidade ao art. 933 a responsabilidade civil indireta é objetiva, pois quem responderá não será necessariamente quem tenha sido responsável pela produção do ato delituoso, e sim um terceiro, dependendo da relação jurídica que se tenha, ou seja, é a responsabilidade civil por ato de terceiros (KFOURI NETO, 2017).

2.6. Conceito de dano

Na busca da repressão às ofensas aos direitos da personalidade, cabe ao Estado e seu poder de polícia agir de forma efetiva na inibição dos atos lesivos aos indivíduos, considerando o intrincado, moroso e complexo sistema penal brasileiro, que acaba por beneficiar aqueles que causam danos a outrem.

O dano pode ser conceituado como sendo a redução do patrimônio de alguém, em face da prática de fatos e atos lesivos por parte de terceiros, não sendo especificado o tipo de patrimônio que venha a ser prejudicado na ação do agente lesivo que tenha causado a redução do patrimônio da vítima.

Sobre o dano, Carlos Roberto Gonçalves preleciona que:

[...] Dano – Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto (GONÇALVES, 2012, p. 49).

Para que o dano seja configurado, é necessário que se considere o patrimônio da vítima no momento que a ofensa é colocada em prática, além do pressuposto resultado caso a ação delitiva não tivesse sido praticada, como forma de determinação do que se demanda como indenização.

Para que um dano seja efetivamente configurado e juridicamente aceito, se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos para o enquadramento na condição de dano indenizável.

Dentre esses elementos, ganham destaque a certeza ou efetividade do dano, ou seja, é certo o dano razoável, não podendo ser aceito aquele meramente eventual; a atualidade ou subsistência do dano, que é, quando o dano passa a subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, não havendo mais a necessidade de reparação pelo agente lesante em decorrência da reparação espontânea por parte deste.

O autor acima continua lecionando:

[...] o dano patrimonial, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar: o dano emergente e o lucro cessante. [...] Embora possa haver responsabilidade sem culpa, não se pode falar em responsabilidade civil ou em dever de indenizar se não houve dano. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta (GONÇALVES, 2012, p. 310).

Outros requisitos primários são a pessoalidade do fato, que se configura pela diminuição ou destruição de um bem jurídico, moral ou patrimonial pertencentes à pessoa natural; causalidade entre o fato e dano, que é o nexo entre a ação/omissão e o dano, que nesse caso tem a lesão como consequência do ato produzido, excluindo então a possibilidade de indenização do dano quando este ocorrer por culpa exclusiva da vítima; legitimidade do pleiteante; ausência de causas excludentes de responsabilidade, que é a prática de ato que se configure legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido.

É necessário explicitar que, tanto na responsabilidade civil quanto na responsabilidade criminal, houve a prática de fato juridicamente ilícito, ou seja, a violação de direito subjetivo individual foi percebida.

A prática de ilícitos jurídicos converge para um só contexto, assim como acontece essencialmente com o dever jurídico. As características elementares entre o ilícito civil e o ilícito penal é regida por uma semelhança fática, já que em ambas estão constituídas violações da ordem jurídica, que tem como resultado, uma situação de desequilíbrio social, com a diferença de gravidade e resposta sanção, onde no ilícito penal se configura a violação da ordem jurídica, e por isso a sanção equivalente é a imposição de pena, e no ilícito civil, com menor gravidade se aplica a restituição *in specie*, anulação de ato, ou a execução forçada.

Sobre essa temática ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Sendo a reparação do dano, como produto da teoria da responsabilidade civil, uma sanção imposta ao responsável pelo prejuízo em favor do lesado, temos que, em regra, todos os danos devem ser ressarcíveis, eis que, mesmo impossibilitada a determinação judicial de retorno ao status quo ante, sempre se poderá fixar uma importância em pecúnia, a título de compensação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 85).

Essa diferenciação é importante tendo em vista que o dano moral implica responsabilidade tanto na esfera penal, quanto civil, sendo as sanções jurídicas distintas de acordo com o ramo do direito.

O dano moral não é exatamente o sofrimento, a angústia, a dor ou o constrangimento em si, é o prejuízo, a lesão ou a ofensa que afeta os direitos da personalidade, por isso, deve ser reparado, satisfazendo a ordem moral, que não ressarcir o prejuízo, a lesão e os abalos muitas vezes irreparáveis, representando o reconhecimento pelo direito, o valor e da importância desse bem, que se deve protegido.

Com efeito, o dano moral ganhou *status* constitucional, por meio da Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 5º, incisos V e X, consagrou expressamente o dano em questão.

A primeira referência ao instituto dano no Direito brasileiro é encontrada a partir do Código Civil de 1916 (não exatamente explícita quanto ao dano moral), que em seu art. 159 assim estatuiu: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”*.

No Código Civil de 2002 está previsto no art. 186, que traz a seguinte redação: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Nota-se que a pessoa que causa um dano a outrem, seja ele moral ou material, terá que responder pelos seus atos perante a justiça dispondo de seus bens, ou até mesmo de sua liberdade, para que se pague o dano causado a outrem.

No universo jurisdicional, aquele que ocasione dano a outrem, de forma intencional ou sob sua responsabilidade, é punido com prisão ou detenção, penas de tutela exclusiva do Estado que, independente da vontade da vítima, punirá o causador ou responsável para que o crime não se repita ao tempo em que, tentará recuperar o indivíduo em um estabelecimento prisional, para que, uma vez corrigido o caráter errôneo do agressor, seja ele reintegrado à sociedade:

A intenção dos juristas quando do sentenciamento Penal é dotar a pena como sendo de caráter exemplar, dando o exemplo com a privação da liberdade do agressor para que outros também não cometam o mesmo delito, e, recuperar o infrator para recolocá-lo no convívio social (MALUFE, 2018, p. 162).

Todavia, qualquer dano tem uma repercussão pessoal. O atingido tem prejuízos que podem ser de natureza patrimonial e moral, são os chamados danos morais e materiais, que existem independentes da punição prevista no Código Penal. A reparação destes danos é matéria prevista no Código Civil de 2002.

Nesse aspecto, Miguel Kfoury Neto ensina que:

Dolo – É a intenção de agir, o dano a outrem é causado propositadamente. O Direito considera, sobretudo, a intenção do agente, no caso de crimes dolosos, o agente (quem cometeu o crime) teve intenção deliberada de provocá-lo.

Culpa – É imputada ao causador de dano proveniente de ato, fato ou omissão de um agente que não teve a intenção deliberada de provocá-lo. O autor deu origem ao ato danoso, contribuiu para que o mesmo ocorresse, ou se omitiu no sentido de evitar que ocorresse, no entanto, não necessariamente queria que ele ocorresse. No caso, conforme o CPB, a culpa pode se manifestar por:

Negligência – é quando o agente deixa de observar determinadas regras e age de maneira relapsa ou “pouco responsável”, ou seja, não procede com cuidado, negligência o ato;

Imprudência – é quando o agente age sem considerar as possibilidades e prever as consequências, adotando para ocasião, padrões de comportamento que suplantam os normalmente aceitáveis;

Imperícia – é quando o agente não tem a qualificação para praticar um ato e acaba, em virtude da inabilidade ou desconhecimento, por cometer a outrem algum dano (KFOURY NETO, 2017, p. 183).

Em havendo dano a outrem, podem ser concedidos danos morais e materiais, pois há todo um sistema penal repressivo em torno desse direito.

2.7. Distinção entre dano material e dano moral

É possível distinguir na estrutura dos danos a categoria dos danos morais e dos danos materiais.

O dano material atinge o patrimônio do ofendido, implicando numa diminuição dos bens patrimoniais, logo o ofendido experimenta um prejuízo que é apreciado de forma pecuniária, refletindo em seu bolso o prejuízo, enquanto o dano moral resulta na lesão de base espiritual que relacionada com a intangibilidade da pessoa humana.

É esse o ensinamento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “*O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano em nossa casa ou em nosso veículo*” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 86).

Assim, o prejuízo de apreciação pecuniária, materializado por um dano emergente, é o dano patrimonial, recaindo sobre bens e coisas da vítima, ou sobre coisa que se encontra em seu domínio ou posse. No dano emergente, a quantificação é exata, existindo lógica relação

entre o que a vítima desembolsou ou vai desembolsar para repor seus bens no estado anterior, de forma íntegra.

Quanto aos lucros cessantes, trata-se daquilo que a vítima poderia ter acrescido ao seu patrimônio, não fosse o ato lesivo. A apreciação pecuniária apresenta certa dificuldade, mas não impede a aproximação com aquilo que, normalmente, a vítima teria ganhado.

Os autores acima continuam dizendo:

Claro está que o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 88).

Já o dano moral, numa forma singela, é aquele violador dos direitos da personalidade do indivíduo. Simplificando o objeto do dano moral, Carlos Roberto Gonçalves elucida que:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. [...] A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente (GONÇALVES, 2012, p. 577).

A violação ao direito, à honra e à boa fama de uma pessoa pode causar prejuízos na sua esfera patrimonial ou apenas causar sofrimento moral. A expressão “dano moral” deve ser reservada tão somente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial.

Por isso, se a prática de um ato ilícito pelo agressor enseja consequências na órbita patrimonial, o dano deixa de ser moral e passa a ser material (ou mesmo patrimonial).

CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO DE IDOSO

No presente capítulo será feita a análise do tema foco deste trabalho, qual seja, o alcance da responsabilidade civil por abandono de idoso, até se chegar ao estudo da jurisprudência pátria sobre o assunto.

3.1. Definição de abandono afetivo

É de conhecimento de todos que os problemas com o abandono afetivo ocorrem quase em grande frequência nas famílias brasileiras, fazendo com que milhares de crianças e idosos experimentem traumas de cunho psicológico, que carregarão por toda a vida. A negligência deliberada por parte dos genitores para com o filho, ou do filho para com os genitores, independente do motivo, pode levar a distúrbios de personalidade da vítima.

Certas pessoas acreditam que o sustento material seria o suficiente para o pleno desenvolvimento da pessoa sob seus cuidados, deixando-se de lado as necessidades de aspecto moral e afetivo e esquivando-se do dever de convivência familiar.

De acordo com a mentalidade do legislador, pertence aos filhos a responsabilidade de, além de prestar amparo aos pais na velhice, conferir a convivência familiar com dignidade. Pode-se inferir ter a redação do novo Código Civil se voltado para uma família mais humanizada, que valoriza o lado afetivo tanto quanto as necessidades materiais básicas.

Nesse passo, diante das feições que o tema adquire atualmente, é de bom alvitre dividir o estudo em alguns tópicos para facilitar a compreensão.

3.2. A proteção do idoso prevista na lei

A Constituição Federal, em seu art. 230, assegura a proteção e amparo integral a todas as pessoas idosas, colocando-as a salvo de qualquer tipo de negligência, crueldade e outras ações que lhes venham a causar danos. Confirma mencionado art. 230 da Constituição Federal: *“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”*.

Também em seu art. 229, a Carta Magna impõe deveres aos pais e filhos, reciprocamente, visando o melhor interesse de ambos, e no caso específico dos idosos os filhos têm o dever de ajudá-los e ampará-los. Veja-se o que diz tal artigo: *“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”*.

Na mesma esteira, o Estatuto do Idoso consagra, em seus arts. 2º e 3º, que o idoso usufrui de todos os direitos intrínsecos à condição de pessoa humana, em consonância com o princípio da proteção integral, sendo ainda dever da família, da comunidade, da sociedade e do Estado assegurar à pessoa idosa todos os direitos acima mencionados (inerentes à pessoa humana).

Tais artigos disciplinam que:

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.

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.

Os artigos 4º, 5º, 6º, 8º, 9º, 10, 15, 20, 26, 37 e 39, do Estatuto do Idoso, estabelecem pormenorizadamente os direitos afetos ao idoso, compreendendo o direito de ser respeitado, ao envelhecimento, à vida, à saúde, à dignidade, à educação, à cultura, ao lazer, ao esporte, a diversões, a atividades profissionais, a moradia digna, a gratuidade no transporte público etc. Tudo isso ressalta a importância da dignidade, da convivência familiar e do desenvolvimento moral em condições de liberdade e de dignidade. Devido à absoluta importância desses dispositivos, faz-se necessário transcrevê-los abaixo:

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.

Art. 5º. A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.

Art. 6º. Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.

Art. 8º. O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente.

Art. 9º. É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

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.

Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

Art. 26. O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas.

Art. 37. O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

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

Com efeito, dispõe o art. 4º que não se admitirá nenhum tipo de negligência, discriminação, crueldade ou opressão contra idosos, punindo-se todos os atentados aos seus direitos, por ação ou omissão, implicando-se responsabilidade à pessoa física ou jurídica na forma da lei.

Ademais, o art. 8º consagra o envelhecimento como um direito personalíssimo e a proteção como um direito social.

Já o art. 9º impõe que o Poder Público deve garantir ao idoso a proteção à vida e à saúde, permitindo-se o envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Por sua vez, o art. 10 assegura que o Estado e a sociedade devem dispor ao idoso a liberdade, o respeito e a dignidade, considerando-o como pessoa humana e sujeito de direitos

civis, políticos, individuais e sociais. No art. 20 está previsto o direito à educação, cultura, esporte, lazer, diversões etc.

Continuando, o art. 26 assegura à pessoa idosa o direito de exercer atividade profissional e no art. 37 está previsto o direito à moradia digna.

Na esfera penal, o Estatuto do Idoso prevê condutas consideradas infrações penais, a partir do art. 95, sendo que os arts. 97 a 99 tratam especificamente dos crimes concernentes ao abandono do idoso, tema da presente monografia.

Com efeito, referidos dispositivos aduzem o seguinte:

Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Diante disso, vê-se que o legislador previu expressamente como crimes as condutas consistentes em deixar de prestar assistência ao idoso em situação de iminente perigo, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir socorro a autoridade pública; bem como abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado; ou ainda expor a perigo a integridade e a saúde do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes, ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado.

Ora, se há a previsão de imposição de sanção penal em caso de conduta omissiva ou comissiva – em alguns casos, vê-se que o legislador já reprovava a conduta daquele que abandona um idoso, em razão da prática de alguma das condutas elencadas na lei, razão pela

qual não passarão impunes esses atos ou omissões. Com efeito, se a convivência, o acompanhamento, o amor e o afeto fossem opcionais, a lei não estabeleceria tais deveres.

Quando se depara com a vasta previsão legal sobre a obrigação de respeito à vida, ao envelhecimento, à saúde etc., conclui-se que tal imposição não é mero capricho, tampouco deve ser exercida de acordo com a conveniência da sociedade e da família.

3.3. Tipos de abandono e a possibilidade de responsabilização

3.3.1. O abandono afetivo e material dos idosos

A vulnerabilidade da pessoa idosa, como visto, é agasalhada expressamente pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação ordinária, em especial o Estatuto do Idoso, que visam primordialmente assegurar proteção especial a essa parcela da sociedade. Também é de conhecimento público que muitos idosos são vítimas de abandono por seus familiares, não apenas material, mas também no aspecto afetivo.

Com isso em vista, é dever da família, da sociedade e do Estado amparar a pessoa idosa e lhes garantir o respeito aos direitos estabelecidos no ordenamento jurídico. Há também a obrigação de respeito e afeto com o idoso, tendo a família como destinatária desse dever. Ressalta-se que a desobediência a essa norma configura a prática de abandono afetivo. Por sua vez, o abandono material tem previsão no Código Penal, em seu art. 244, que dispõe:

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

O crime em tela tem embasamento nos arts. 229 e 230 da Constituição Federal, acima já analisados. Esse dever de afeto, cuidado, assistência e amparo é imposto a todos os familiares, qualquer que seja o grau de parentesco e a despeito de o idoso ser ou não apto ao trabalho.

3.3.2. O abandono afetivo inverso

Essa forma de abandono, chamada de abandono afetivo inverso, prevista no art. 229 da Constituição Federal, significa a falta de cuidado dos filhos para com os pais quando da

velhice. Dessa forma, impõe-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 consagra a pessoa idosa como um de seus objetos de proteção, tratando o abandono como afronta à estabilidade familiar, tendo o trabalho da doutrina e da jurisprudência conferido direito à reparação civil ao idoso vítima de abandono.

Destarte, se o dever de cuidar é descumprido, dá-se espaço à reparação civil pelos danos causados. Desde esse julgamento, ficou estabelecido na jurisprudência o cabimento de indenização em decorrência da prática de abandono afetivo.

Jones Figueiredo Alves conceitua abandono afetivo inverso como sendo:

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.

O vocábulo “inverso” da expressão do abandono corresponde a uma equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais, extraídos estes deveres do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “...os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade”. (IBDFAM, 2013).

De outra sorte, a reparação civil em casos de abandono afetivo do idoso não pode ser entendida com uma imposição aos filhos, na medida em que primeiramente se faz imperiosa a adoção de políticas públicas, inclusive de assistência social, para acompanhar a qualidade de vida dos idosos, uma vez que, sem essas medidas, o instituto da reparação civil pelo abandono afetivo inverso pode passar a ter apenas conteúdo reparatório, ficando de lado a finalidade de coibir a atuação irresponsável do ofensor, sem qualquer fiscalização que impeça sua recidiva.

Nesse sentido é a lição de Valéria Silva Galdino Cardin:

A indenização não restitui ou assegura o afeto, mas por meio dela os danos podem ser minorados por tratamentos psicológicos. Quanto ao ressarcimento por falta de assistência material e intelectual aos filhos, o valor pago a este título serviria para que a pessoa pudesse alcançar uma melhor condição socioeconômica e educacional que certamente teria adquirido se o auxílio houvesse sido prestado tempestivamente (CARDIN, 2012, p. 53).

Além da função protetiva e punitiva, o ressarcimento do dano moral também possui uma função inibitória, à qual se pode denominar de preventiva, cujo escopo é evitar, desestimular a prática de condutas dessa mesma natureza.

Portanto, verifica-se que a reparação dos danos morais no Direito de Família deve ser analisada com muita cautela, com provas irrefutáveis, para que não ocorra a banalização do dano moral.

3.4. Pressupostos para a responsabilidade civil por abandono do idoso

3.4.1. Ação ou omissão

O Dicionário Aurélio conceitua ação como: “*Ato ou efeito de atuar; modo de proceder; comportamento, atitude*”. De outra maneira, omissão “*é o ato ou efeito de omitir se; ausência de ação; inercia; ato ou efeito de não fazer aquilo que moral ou juridicamente se devia fazer*” (HOLANDA, 2010).

Tem-se então que toda atividade exercida pelo homem em constitui uma ação ou omissão. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho lecionam o seguinte:

A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho. A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 77).

Fica evidente que a ação constitui o fato gerador da responsabilidade, podendo ela ser ilícita (baseada na ideia de culpa do agente) ou lícita (baseada na ideia de o agente não agir com culpa, fundando-se na teoria do risco).

3.4.2. Culpa

Sabe-se que a regra do ordenamento jurídico pátrio é que a responsabilidade civil existe quando houver o elemento culpa para que se possa haver sua reparação.

A culpa pode ser entendida como inexecução de um dever previsível ou como uma conduta injusta do agente causador do dano, que não agiu com a cautela suficiente para evitar o resultado danoso. Assim, a culpa pode abranger um sentido amplo, onde existe o propósito deliberado de causar o prejuízo, ou num sentido estrito, em que o prejuízo surge em razão da imprudência, negligência ou imperícia.

Ainda se verifica que esse erro de conduta tanto pode ser intencional (no sentido de dolo) como derivado da imprudência ou negligência do responsável (culpa em sentido estrito).

Carlos Roberto Gonçalves aduz que:

O artigo 186 do Código Civil pressupõe sempre a existência de culpa lato sensu, que abrange o dolo (pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo); é a culpa stricto sensu ou aquiliano (violação de um dever que o agente podia conhecer e

observar, segundo os padrões de comportamento médio). [...] A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com afofamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimento para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é, em suma, a culpa profissional (GONÇALVES, 2012, p. 35).

O parâmetro para se verificar a existência ou não de culpa é a previsibilidade objetiva, isto é, análise da conduta, dos atos em que não incorreria o homem médio.

3.4.3. Nexo de causalidade

O nexos causal é pressuposto indispensável e fundamental da responsabilidade civil, para provar que o dano tenha sido ocasionado pela culpa do agente.

A esse respeito, veja a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Assim como no Direito Penal, a investigação deste nexos que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica deste último. Trata-se, pois, do elo etiológico, do liame, que une a conduta do agente (positiva ou negativa) ao dano. Por óbvio, somente se poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa ao prejuízo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 137).

Aliás, é o pressuposto de maior importância para realização de prova, em certo momento a vítima o produzirá, em outro o autor do dano, momento este que haverá inversão do ônus da prova. Caberá, portanto, ao intérprete verificar se entre a ação ou omissão e o resultado danoso existe um vínculo, um liame de causalidade.

Enfim, não havendo relação causal, mesmo que haja dolo ou culpa, não há que se falar em obrigação de reparar.

3.4.3.1. Excludentes da responsabilidade

Há causas que atenuam ou extinguem o dever de ressarcir, haja vista eliminar o liame de causalidade.

No entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Como causas excludentes de responsabilidade civil devem ser entendidas todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexos causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 154).

O rompimento do nexa causal nota-se por culpa exclusiva da vítima, em que esta deu causa ao prejuízo, quebrando um dos elos mais importantes da responsabilidade civil.

Outra causa de excludente da responsabilidade é o caso fortuito ou força maior. O primeiro é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, e a segunda consiste na atuação de um elemento humano. As duas causas afastam o dever de indenizar em virtude da supressão do liame causal.

Por fim, existe a excludente proveniente do fato de terceiro, que elimina o nexa causal entre o comportamento do indigitado responsável e a vítima, pois tal fato é fonte exclusiva do prejuízo.

3.4.4. Dano

O dano é o quarto elemento necessário à responsabilidade civil, bem como requisito imprescindível para o surgimento da indenização. Sua ideia primordial é que indenizar significa ressarcir o prejuízo, memorizar os efeitos negativos vivenciados pelo ofendido.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto ensinam que:

O dano é o fato jurídico desencadeador de responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano. [...]. O dano é elemento que dispara o mecanismo ressarcitório. Enfim, inexistente responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2014, p. 815).

A rigor, avalia-se o dano, quanto aos seus efeitos, em patrimonial e moral. Em regra, busca-se compensar o prejuízo em forma de pagamento de uma indenização monetária, abrangendo o que a vítima efetivamente perdeu e aquilo que deixou de lucrar, respectivamente, o dano emergente e o lucro cessante.

No dano moral são atingidos os sentimentos da vítima, a sua vida, sua honra, sua imagem e seu reconhecimento social, assim como sua integridade física e psíquica.

3.5. Posição da jurisprudência

Na forma do que já foi mencionado em alhures, segundo o autor Jones Figueiredo Alves, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é lícito afirmar, com amparo no art. 229 da Constituição Federal, que, no âmbito da relação entre pais e filhos, devido

ao dever de cuidado recíproco, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. 1.159.242/SP, manifestou entendimento favorável à aceitação de indenização por dano moral por abandono afetivo, oportunidade em que o Tribunal deixou claro que inexistem restrições legais à aplicação das regras da responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

O mencionado caso teve a seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

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

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 21 mai. 2020).

No caso específico dos idosos, considerando o dever dos filhos para com seus genitores, a falta de cuidados é premissa basilar para a indenização por dano moral diante do abandono afetivo com relação aos idosos.

Embora tenha sido configurado o dano moral por abandono afetivo na relação entre pai e filho, o julgado passou a servir de precedente para decisões de instâncias inferiores em casos de abandono afetivo de idosos, quando caracterizada a negligência familiar.

Com a possibilidade de aplicar a reparação civil por abandono de idoso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim se posiciona:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. I. AGRAVO RETIDO. MÉRITO.

3. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O quantum indenizatório deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a majoração da verba indenizatória.

4. DANOS MATERIAIS. Em não sendo possível estabelecer nexo de causalidade entre as acusações lançadas pelo réu e a derrota do autor nas eleições de 2004, deve ser desacolhido o pedido de indenização por danos materiais formulado. NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E DO PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA FORMULADO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. Direito Privado. Indenização. Dano moral. *Quantum*. Majoração. Fatores que influenciam. Dano material. Descabimento. Nexo causal. Ausência. Campanha eleitoral. Ofensa à honra e imagem. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70029144516. Nona Câmara Cível. Relator Odone Sanguiné. Julgado em 13.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2020).

Diante de todo o exposto, verifica-se que o dano moral, previsto no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, é tido como instrumento eficaz no sentido de assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, mostrando-se e imperioso que o abandono afetivo de idoso configure prática de ato ilícito ensejador da obrigatoriedade de reparação civil.

CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, procurou-se proceder a uma análise do tema abandono afetivo de idoso, que apenas recentemente vem ganhando lugar nas discussões públicas, ainda timidamente debatido, devido à existência de poucos julgados envolvendo litígios entre familiares no tocante à possibilidade de reparação civil por negligência do afeto dos familiares para com os idosos (normalmente dos filhos em relação aos pais).

Almejou-se apontar as principais consequências da ausência dos familiares, em especial dos filhos, no momento mais delicado da vida de uma pessoa: a idade avançada, em que o idoso necessita de atenção e cuidados especiais.

Foi possível constatar que a Constituição Federal, em seu art. 229, assegurou expressamente que os filhos maiores têm o dever de assistir os pais na velhice, carência ou enfermidade, conferindo-lhes um convívio familiar saudável e lastreado no afeto, respeito e cumprimento de seus direitos.

Isso porque também a Constituição Federal, através de seu art. 1º, inciso III, prevê o direito à dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, passível de violação quando ocorre abandono do idoso, em virtude da ilicitude do ato

Entretanto, fato é que, embora o Estatuto do Idoso preveja inúmeros direitos às pessoas idosas, v.g. direito à vida, à liberdade, à saúde, ao envelhecimento, à educação etc., não houve nenhuma previsão com relação à possibilidade de se impor a obrigação de reparar àquele que causa danos morais ao idoso quando os deixa em abandono afetivo.

O Judiciário, aos poucos, vem se desprendendo do formalismo rígido, passando a julgar levando em conta as alterações sociais das últimas décadas em seus julgados e, assim, atender a um maior número de demandas envolvendo questões afetivas.

Averiguou-se que, após o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto do Idoso, esses sujeitos de especial proteção, os maiores de 60 anos, tornaram-se destinatários de proteção ainda maior que aquela dispensada a todas as pessoas. Com essa mudança de paradigmas foi possível que os atos atentatórios aos direitos da pessoa idosa passassem a ser punidos com mais rigor.

Com isso, passou-se a evitar a negligência, os maus-tratos e o descaso, enfatizando a liberdade e a dignidade da pessoa idosa. Por fim, adentrou-se na controvérsia acerca da possibilidade de reparação pecuniária decorrente do abandono afetivo do idoso, baseando-se no estudo da responsabilidade civil.

Viu-se que o descaso entre familiares e idosos é considerado grave abandono material e afetivo, exigindo severa punição do Poder Judiciário, para que se conserve não a obrigação de amar, já que essa não se pode impor, mas ao menos a observância do dever de cuidar e proporcionar o mínimo existencial ao idoso.

É o ato ilícito o fato gerador da responsabilidade civil, isto é, a violação de um dever jurídico, no caso o de assistência e afeto para com os idosos. A inobservância desse dever acarreta dano para o idoso e atrai para o ofensor um novo dever jurídico, agora o de reparar o dano causado.

Essa conduta repulsiva não pode ser ignorada e, ao contrário, deve ser punida. A reparação pecuniária não é exatamente a forma mais justa de se reaver o mal causado à dignidade e à personalidade daquele abandonado, mas tem caráter punitivo e pedagógico.

Há algum tempo existem demandas perante o Judiciário cujo objetivo é obter uma reparação civil pelo abandono material e afetivo dos idosos, buscando-se a condenação dos familiares que se omitiram no dever de assisti-los.

Assim, vê-se que a indenização pelo abandono afetivo dos idosos constitui uma forma de coibir os familiares dessa atitude, servindo como punição e desestímulo à recidiva, ao passo que para o idoso proporcionará um pouco de acalento.

Para tanto, a fim de reconhecer o direito, o Poder Judiciário deve analisar as circunstâncias que levaram ao ajuizamento daquela demanda, além de verificar se atende às leis e às regras de conduta da sociedade.

Para finalizar, observa-se que o tema abordado no presente estudo não se encontra exaurido, pelo fato de ser um assunto muito novo no campo jurídico, sendo que o abandono traz muitas dúvidas e questionamentos. Diante disso, é necessária uma reflexão mais pormenorizada sobre o tema, em vista da evolução da sociedade.

Defende-se que cabe esta indenização desde que comprovada a conduta nociva dos familiares, o dano aos direitos da personalidade dos idosos e o nexo entre a conduta e o dano, ou seja, não é qualquer abandono que gera a obrigação de indenizar, sob pena de banalização do dano moral.

Assim, conclui-se que a reparação nestes casos tem o condão de compensar o idoso ofendido, ao passo que representa também uma sanção para os familiares causadores do dano e um exemplo para a sociedade, no sentido de desestimular esse tipo de comportamento, prevenindo comportamentos semelhantes e fomentando a promoção de uma nova concepção de família e sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição da República Federativa de 1988. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. **Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996. **Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Lei nº 10.741 de 16 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP**. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 35**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=35.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 380**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=380.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2016.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano C. de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Direito das Famílias**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

_____. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.3.

_____. Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.6.

_____. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

HIRONAKA, Giselda M. F. N. **Direito Civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HOLANDA, Aurélio Buarque. **Mini Aurélio** – O Dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. São Paulo: Positivo, 2010.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em:
<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. Direito de Família e Sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MALUFE, Guilherme Martins. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Artes Médicas, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70029144516**. 9ª Câmara Cível. Relator Odone Sanguiné. Julgado em 13.05.2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

SANTOS, Marco Pais Neves dos. **A importância da ação individual e dos processos de socialização no combate às alterações climáticas de origem antrópica**. Revista Monografias Ambientais – REMOA. v.13, n.4, set-dez. p.3542-3568. Centro de Ciências Naturais e Exatas – UFSM, Santa Maria/RS, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado da Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.