

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

BIANCA SALOTO ROSSI

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

Juiz de Fora
2010

BIANCA SALOTO ROSSI

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

**Trabalho de conclusão de Curso
apresentado à Comissão de
Monografia da Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de
Fora como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharelado.
Orientador: Professor Israel Carone
Rachid.**

Juiz de Fora
2010

BIANCA SALOTO ROSSI

DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Israel Carone Rachid (Orientador) - UFJF

Prof. Isabela Gusman Ribeiro do Vale -UFJF

Prof. Leonardo Gomes Fernandes - UFJF

Juiz de Fora, 01 de dezembro de 2010.

Agradeço aos meus pais por serem fonte inesgotável de amor e incentivo. Agradeço também ao meu orientador, professor Israel Carone Rachid, por estar sempre tão disposto a doar um pouco de sua sabedoria e experiência na construção de novos conhecimentos.

RESUMO

No presente estudo, aborda-se a questão da admissibilidade da indenização por dano moral em decorrência do abandono afetivo do idoso. Mostra-se o papel fundamental assumido pela pessoa idosa no cenário jurídico atual, questionando-se qual seria o alcance de tal proteção no âmbito dos direitos extrapatrimoniais. Para embasamento do tema, faz-se um breve estudo acerca do instituto do Dano Moral e sua aplicabilidade no Direito de Família. Em seguida, são analisados julgados e posições doutrinárias concernentes ao tema no âmbito do abandono paterno e é feita uma contextualização em relação às hipóteses envolvendo a pessoa idosa.

Palavras-chave: *Idoso. Proteção Legislativa. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Monetização do afeto.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1 CONCEITO DE IDOSO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	08
2 PROTEÇÃO LEGISLATIVA AO IDOSO.....	11
2.1 Tutela constitucional da pessoa idosa.....	11
2.2 Tutela infraconstitucional da pessoa idosa.....	13
2.3 Estatuto do Idoso.....	15
3 DANO MORAL.....	19
3.1 Conceito.....	19
3.2 A reparação do Dano Moral e a Constituição Federal de 1988.....	20
3.3 Finalidades da reparação.....	21
3.4 Dano Moral do Direito de Família.....	23
4 DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO	26
4.1 Admissibilidade no cenário jurídico brasileiro.....	26
4.2 Análise dos elementos do dever de indenizar no abandono afetivo do idoso.....	30
4.3 Comentários ao Projeto de Lei nº 4.294 de 2008.....	33
CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39
ANEXO I	41

INTRODUÇÃO

O Envelhecimento, nas últimas décadas, vem sendo tratado com maior ênfase, devido a fatores como o aumento demográfico e da expectativa de vida da população idosa no Brasil. A preocupação com a construção da cidadania do idoso se mostra fundamental para o desenvolvimento de um país mais justo, sendo considerada como um dos maiores avanços a serem obtidos pela sociedade.

Acompanhando a evolução internacional da tutela dos direitos fundamentais, a Constituição Federal consagrou verdadeiro avanço no tocante à proteção jurídica das pessoas idosas, reconhecendo-lhes direitos peculiares, atinentes às suas necessidades especiais. O presente estudo mostrará que a gama de proteção conferida pela legislação pátria ao indivíduo na fase mais avançada da vida é vasta, tendo sido feita desde o texto constitucional à edição da lei 10.741/2003, também chamada de Estatuto do Idoso.

Certo, portanto, que o idoso recebeu merecido destaque no cenário jurídico atual, tendo seus direitos contemplados pelos mais diversos diplomas legislativos. Ocorre que a evolução social tem imputado caráter mais humanizado ao Direito, passando este último a valorizar e considerar o afeto, mostrando-se questionável se a proteção meramente material dos direitos seria suficiente.

No âmbito do Direito de Família, as atenções têm sido voltadas para os aspectos pessoais das relações familiares, com a preocupação primordial de reconhecer à família a condição de célula privilegiada para o desenvolvimento das relações interpessoais mais justas, por meio do desenvolvimento de seres humanos mais completos e psicologicamente melhor estruturados.

Neste contexto, surge na esfera do poder judiciário brasileiro polêmica envolvendo a possibilidade de indenização moral em decorrência do abandono afetivo. Busca-se definir quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária.

Para dar embasamento ao tema realizar-se-á, primeiramente, um breve estudo acerca do instituto do Dano Moral, definindo seu conceito,

finalidades e sua consagração pela legislação pátria. Por fim, será discutido o seu cabimento no âmbito do Direito de Família.

Vencida tal etapa, será feita uma análise acerca das decisões jurídicas e das posições doutrinárias adotadas quanto ao cabimento ou não da punição pecuniária em relação ao abandono afetivo, mostrando que estas têm se restringido às hipóteses de filhos menores abandonados pelos genitores.

Mantendo, então, o foco do presente trabalho na pessoa idosa, buscar-se-á trazer tais argumentos e posicionamentos para a realidade do abandono afetivo nesta fase da vida. Será feita uma análise pormenorizada dos elementos da responsabilidade civil e sua aplicabilidade aos casos de abandono afetivo do idoso e, por fim, serão tecidos comentários ao projeto de lei nº 4.294 de 2008, que objetiva alterações na legislação no sentido de garantir a punição pecuniária àqueles que deixarem de prestar afeto a seus familiares.

Observa-se que o presente estudo tem o condão de trazer à tona tema inovador na seara jurídica brasileira, qual seja a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo do idoso. Objetiva-se, através de estudos comparativos com os casos envolvendo abandono afetivo de menores e da análise dos requisitos legais dos institutos da responsabilidade civil e do dano moral, estabelecer limites e avaliar a viabilidade de tal ingerência jurídica no âmbito das relações privadas, com base nas exposições doutrinárias das juristas Laura Affonso da Costa e Levy e Maria Isabel Pereira da Costa.

Deve ser salientado que não se tem a pretensão de exaurir o tema, uma vez que se compreende sua imensa complexidade, mas apresentá-lo de forma a ilustrar os riscos decorrentes de uma aceitação genérica da indenização moral em decorrência da falta de afeto, na tentativa de se coibir a industrialização do dano moral e a monetarização do amor.

1. CONCEITO DE IDOSO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No século XIX, a palavra velhice trazia consigo conotação pejorativa, sendo entendida como sinônimo de pessoa com mais idade e sem condições econômicas para seu sustento e vida. A entrada para a velhice era caracterizada pela invalidez ou incapacidade para produzir.

Em torno de 1960, com o advento de novas políticas sociais para a velhice e o aumento dos valores das pensões, melhorando a imagem e o prestígio dos aposentados, surgem mudanças na relação com o indivíduo de mais idade.

Observa-se uma transformação nos termos de tratamento, bem como outra percepção de pessoas envelhecidas. Tornados pejorativos, certos vocábulos são suprimidos dos textos oficiais, principalmente dos títulos das comissões governamentais de estudos sobre a velhice. (PEIXOTO, 1998, p. 73, apud KACHAR, 2003, p. 26).

Para Kachar, procura-se não mais separar as pessoas pela sua condição social ou econômica, afastando a exclusão que o termo velho ou velhote pode carregar. Com o advento das novas proposições administrativas e governamentais, visando uma maior integração das pessoas idosas, um novo cenário apresenta-se, com possibilidade de ampliação dos rumos neste período da vida.

Um novo termo surge para designar a representação dos recém-aposentados que se mostram ainda ativos e independentes, a chamada terceira idade ou jovens idosos. Nesta esteira de entendimento, surge ainda a categoria da quarta idade, representando aqueles que passam a demarcar território no horizonte da longevidade.

O número crescente de pessoas ativas e sadias, no extremo jovem do espectro de envelhecimento, levou a esta necessidade de agrupamentos etários mais definitivos. Assim, os grupos de idade entre 65 e 75 anos são geralmente mencionados como “idosos jovens”, enquanto que os que possuem mais de 75 anos são chamados de “idosos velhos”. Tais conceitos se

respaldam na divisão implementada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).¹

Uma das principais dificuldades encontradas para a atribuição da qualidade de “idoso” a uma pessoa é a escolha do critério de classificação a ser usado, sendo este último entendido como uma regra que permite agrupar indivíduos a partir de uma ou mais características comuns a todos eles. Muitos utilizam o critério biológico, partindo-se do princípio de que o envelhecimento do indivíduo está associado a um processo de declínio das capacidades físicas, relacionado a novas fragilidades psicológicas e comportamentais. Porém, tal conceito mostra-se demasiadamente frágil e incerto devido à heterogeneidade entre indivíduos no espaço, entre grupos sociais e no tempo.

Atualmente, reconhece-se a existência de uma gama bastante ampla de critérios para a demarcação do que venha a ser um “idoso”. O mais comum baseia-se no limite etário, como é o caso, por exemplo, da definição da Política Nacional do Idoso (Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994), endossado pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003). A vantagem do critério etário de definição de idoso para as políticas públicas e para os fins legais reside na facilidade de sua verificação.

Ocorre que o próprio Estatuto apresenta proposições diversas ao estabelecer o patamar cronológico para definição do que é “idoso”. Em algumas disposições de natureza criminal, que alteram o Código Penal e a Lei Antitóxicos (Lei nº 6368/76), o referido Estatuto define idoso como o indivíduo que tenha 60 (sessenta) anos ou mais², como se observa da leitura dos artigos 96 a 104 do referido diploma legislativo, que definem crimes em espécie, utilizando as expressões “idoso” e “pessoa idosa”, referindo-se à vítima de “idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. Já em outras disposições, como aquela em que altera a redação do inciso II, alínea “h” do Código Penal

¹ No ano de 1963 a OMS fez uma divisão das faixas etárias, considerando meia idade: 45 aos 59 anos; idosos: 60 aos 74 anos; anciãos: 75 aos 90 anos e velhice extrema: 90 anos ou mais.

² O Código Penal e a Lei Antitóxicos passaram a indicar o idoso como pessoa de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, nos seguintes dispositivos:

- artigo 183, III, do Código Penal (exceções da imunidade penal absoluta e relativa nos crimes contra o patrimônio)

- artigo 18, III, da Lei nº 6.368/76 (causa de aumento de pena)

(circunstância agravante genérica), a referência é feita à pessoa “maior de 60 (sessenta) anos”³.

A solução para o impasse se obtém através de uma interpretação lógica ou teleológica, valendo-se dos fins da norma. Como ensina Enrique Gimbernat Ordeig:

O mais importante de todos os critérios de interpretação, em muitos casos decisivos, é o teleológico – aquele que procura os fins dos preceitos, das instituições, da ordem jurídico-penal (...) O intérprete, para pesquisar o espírito da norma, restabelece o equilíbrio, dilatando o sentido dos termos legais, para ampliar o campo de abrangência. (ORDEIG, 2002, p.70)

Dessa forma, a leitura do artigo 1º do Estatuto do Idoso aniquila qualquer dúvida, a respeito da definição do patamar cronológico de definição do idoso, ao estabelecer sua finalidade precípua de regular os direitos assegurados “às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. A partir daí, entende-se ser esta a vontade da norma estendendo seu sentido a todas que delam decorram.

Ademais, a Constituição Federal prevê proteção expressa e específica ao idoso em seu artigo 230, e se a legislação pretende proteger especialmente o idoso, e se, entre duas normas em colisão, uma considera a pessoa com aquela qualidade a partir dos 60 (sessenta) anos, e outra que assim o tem somente a partir do dia seguinte, prepondera a primeira.

Em suma, para a legislação pátria e todos os efeitos e proteções desta decorrentes, idoso é a pessoa de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

³ O Código Penal considera idoso como pessoa maior de 60 (sessenta) anos nos seguintes dispositivos:

- artigo 61, II, “h” (circunstância agravante genérica)
- artigo 121, § 4º (causa de aumento de pena no homicídio doloso)
- artigo 133, § 3º, III (causa de aumento de pena no abandono de incapaz)
- artigo 141, IV (causa de aumento de pena na calúnia e difamação)
- artigo 148, § 1º, I (qualificadora do crime de seqüestro ou cárcere privado)
- artigo 244 (elementar do crime de abandono material)

2. PROTEÇÃO LEGISLATIVA AO IDOSO

O Estado moderno busca, cada vez mais, realizar uma democracia no seu sentido amplo e real, com vistas a consolidar uma sociedade livre, justa e solidária. Busca-se a real e concreta efetivação da dignidade da pessoa humana, sendo esta entendida como direito fundamental e norteador de todo nosso sistema legislativo, político e social.

A partir de tais concepções, o princípio da igualdade deixa de ser analisado apenas em seu aspecto formal – perante a lei – para significar a igualdade na lei, permitindo, assim, o tratamento diferenciado entre pessoas que se encontram em situações econômica e/ou jurídica distintas. Tem-se, em suma, a aplicação material do princípio isonômico, ao garantir tratamento desigual aos cidadãos, na medida da desigualdade destes, em busca da plena realização da igualdade.

Neste contexto é que são vedadas as diferenciações arbitrárias. O tratamento desigual em casos diferentes, na justa medida da dessemelhança, em conformidade com as finalidades amparadas pelo direito, é exigência consentânea com o Estado Democrático.

Sob este prisma, diversas proposições legislativas são editadas no intuito de assegurar aos hipossuficientes posição de real igualdade perante a sociedade. É o caso dos idosos, que passam a ser destinatários de direitos e garantias instituídos desde a Carta Magna ao Estatuto do Idoso, passando pelas alterações realizadas em leis infraconstitucionais pré-existentes.

2.1 TUTELA CONSTITUCIONAL DA PESSOA IDOSA

A Constituição Federal, logo em seu artigo 1º, incisos I e II, declara que são princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A princípio, bastaria tal consideração, vez que o idoso é ser humano, portanto possui status de cidadão e, por conseqüência, deve ser contemplado por todos os instrumentos asseguradores da dignidade humana aos brasileiros, sem distinção.

Ocorre que a realidade de discriminação sofrida pelo idoso em nossa sociedade obrigou o constituinte a ir além, estabelecendo meios legais para que o idoso receba o tratamento que lhe é devido.

Assim, a Constituição Federal estipula em seu artigo 3º, inciso IV, que um dos objetivos fundamentais da República é o de promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão, bem como de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação.

Além de todas estas garantias genéricas, a Carta Magna traz, no decorrer de seu texto, previsões específicas no intuito de garantir a efetividade dos direitos da pessoa idosa.

A primeira destas proteções diz respeito à Família que, enquanto célula estruturante da sociedade, recebe proteção especial do Estado⁴ e apresenta papel imprescindível neste cenário de proteção ao idoso. A Lei Maior reconheceu, em seu artigo 229, o princípio da solidariedade nas relações familiares, incumbindo os pais do dever de ampararem os filhos e estes de ampararem aqueles na velhice, carência ou enfermidade.

Instituiu, ainda, que a família, o Estado e a sociedade têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e lhes garantido o direito à vida. Disse mais, com vistas ao bem-estar daqueles, que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares, junto àqueles que lhes são mais caros, tudo conforme disposição do caput do artigo 230 e seu § 1º, respectivamente.

O constituinte também se preocupou com a proteção econômica dos cidadãos na fase mais avançada da vida, quando há, inevitavelmente, declínio da capacidade produtiva. Dessa forma, dispõe a Constituição em seu artigo 201 acerca da organização da Previdência Social, garantindo o direito à aposentadoria, variando as idades, se homem ou mulher, se trabalhador urbano ou trabalhador rural.

Para o idoso que não integre o seguro social, ou seja, o benefício a que tem direito apenas quem contribui para a Previdência Social, a Constituição assegura, ainda, em seus artigos 203 e 204, a prestação de assistência social à velhice. Tal proteção deve se dar com os recursos

⁴ Artigo 226 da Constituição Federal.

orçamentários da previdência social e prevê, entre outras iniciativas, a garantia de um salário mínimo mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Nesta esteira de proteção aos idosos economicamente frágeis, a Carta Magna prevê, em seu artigo 230, § 2º, a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de sessenta e cinco anos.

Fora do âmbito dos direitos sociais, a faixa etária também tem relevo constitucional, no tocante à individualização da pena. É o que dispõe o art. 5º, inciso XLVIII, do qual deflui que o idoso deve cumprir pena em estabelecimento penal distinto.

Vale ressaltar que, como já vimos, o idoso é cidadão e, portanto, além das garantias citadas, deve ser contemplado com todas as demais garantias constitucionais aplicáveis a qualquer cidadão.

2.2 TUTELA INFRACONSTITUCIONAL DA PESSOA IDOSA

Após a promulgação do texto constitucional em 1988, o legislador infraconstitucional lançou, por intermédio da Lei Federal nº 8.842/94, a Política Nacional do Idoso, regulamentada pelo Decreto 1948/96, objetivando assegurar a afirmação e as conseqüências dos direitos fundamentais da pessoa idosa, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

A referida lei traz em seu texto normativo uma série de princípios assecuratórios da dignidade humana na terceira idade. Para o cumprimento de tal preceito, estabelece diretrizes a serem cumpridas pela sociedade e pela família, além de atribuir ao Poder Público claras incumbências no sentido de efetivar os direitos dos idosos em todas as áreas, tais como saúde, habitação, lazer, trabalho, cultura, entre outros.

A Política Nacional do Idoso também prevê a criação de conselhos do idoso no âmbito da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de formular, coordenar, supervisionar e avaliar a política nacional do idoso, no campo da respectiva atuação.

Seguindo nesta esteira de criação de proteção especial à pessoa idosa, outro diploma legal, a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe

sobre a organização da Assistência Social - LOAS, deu consequência ao artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, assegurando a assistência social à velhice. Tal lei foi regulamentada pelo Decreto nº 6.214 de 26 de setembro de 2007 e, posteriormente, pelo Estatuto do Idoso em seu artigo 34, prevendo a garantia de benefício no valor de um salário mínimo aos idosos maiores de sessenta e cinco anos que não possuem meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por seus familiares.

Além da edição de tais leis, o legislador promoveu algumas alterações em diplomas legislativos pré-existentes, como é o caso dos artigos 1221-A, 1211-B e 1211-C acrescidos ao Código de Processo Civil pela Lei 10.173 de 09 de janeiro de 2001. Tais dispositivos impõem a prioridade na tramitação dos processos nos quais figure como parte pessoas com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. Tal previsão vem também expressa no Estatuto do Idoso, como veremos adiante.

Ainda na esfera cível, preocupou-se também o legislador em garantir atendimento prioritário ao idoso, maior de 65 anos, em todos os bancos, órgãos públicos e concessionárias de serviço público, através da edição da Lei nº 10.048 de 08.11.2000, direito este corroborado pelo Estatuto do Idoso em seu artigo 3º, § único, inciso I.

O idoso também recebe tratamento especial no campo penal. A condenação do idoso acima de 70 anos deve levar em conta a atenuante etária prevista no artigo 65, inciso I do Código Penal. Além disso, a execução da respectiva sentença pode ser suspensa, é o denominado *sursis*, desde que a pena seja igual ou inferior a quatro anos, conforme disposição do artigo 77 do referido diploma legislativo. Por fim, prevê a legislação penal em seu artigo 115 que a prescrição da punibilidade também é reduzida pela metade para o idoso que na época da condenação tenha mais de 70 anos.

Há, ainda, previsões especiais quanto à execução da pena, como a possibilidade de o condenado maior de setenta anos ser beneficiário da prisão domiciliar e a obrigatoriedade de que o trabalho que lhe for cometido na prisão seja adequado à sua idade, tudo conforme previsão dos artigos 117 e 32, respectivamente, da Lei de Execução Penal.

Por fim, com a edição da Lei 10.741 em 1º de outubro de 2003, conhecida por Estatuto do Idoso, foi possível a reunião de muitas destas

normas protetivas em um só diploma, além da instituição de outras que serão objeto de análise em tópico próprio a seguir.

2.3 ESTATUTO DO IDOSO

Em consagração à proteção jurídica da terceira idade estabelecida em nosso Estado Democrático de Direito, surge em nosso horizonte legislativo a Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, conhecida como Estatuto do Idoso, destinada a regular os direitos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, trazendo consigo regras de direito privado, previdenciário, processual e penal, em uma função extraordinariamente protetiva. Apresenta-se como peça fundamental na estruturação e construção de uma consciência política e social frente à necessidade de se fazer valer os direitos fundamentais dos idosos.

Mais abrangente que a Política Nacional do Idoso, que traça apenas diretrizes de política em relação ao idoso, deixando muito a ser regulamentado, o estatuto reitera a obrigação da família, da sociedade e do Poder Público em assegurar ao idoso, solidariamente, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, aos esportes, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, ao respeito e à dignidade, usufruídas preferencialmente em âmbito familiar.

A respeito do referido diploma legislativo ministra Alexandre de Moraes:

Ao garantir atendimento preferencial, imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços da população, viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações, capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos, estabelecimento de mecanismos a que favoreçam a divulgação de informação de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, entre outras formas de prioridade à terceira idade, a nova legislação brasileira reconheceu, como se faz nos países europeus, o envelhecimento como um direito social, a ser devida e especificamente protegido. (MORAES. 2004, p.709)

A edição do Estatuto do Idoso representa um avanço na busca pela efetivação dos direitos da terceira idade constitucionalmente protegidos e traz inovações em diversos ramos do direito.

No âmbito do Direito Penal, o novo diploma legislativo cria 14 novos tipos penais, além de instituir inúmeros agravantes e outros tantos casos de aumento de pena na hipótese de um crime envolver pessoa idosa, alterando disposições do próprio Código Penal.

Os tipos penais e as penas a estes cominadas vêm descritos nos artigos 95 a 109 do Estatuto, coibindo condutas que representem discriminação, opressão, danos patrimoniais, abandono, ameaça ou violência ao idoso. Também passa a constituir crime a exibição de imagens ou informações que depreciem a figura da pessoa idosa.⁵

No tocante ao direito à saúde, foram previstos ao idoso atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde, garantia de distribuição gratuita de remédios, órteses e próteses, além do direito a acompanhante quando da internação em unidades hospitalares. Outra novidade estabelecida neste ramo foi a proibição de os planos de saúde reajustarem a mensalidade de acordo com o critério da idade, conforme previsão do artigo 15, § 3º, sendo que a aplicabilidade deste dispositivo ainda é alvo de controvérsias entre os juristas.

Ainda no âmbito dos direitos sociais, estabelece a nova lei que o idoso tem direito a 50% de desconto em atividades de cultura, esporte e lazer⁶, além de prever a obrigatoriedade de reserva de 3% das unidades residenciais para os idosos nos programas habitacionais públicos ou subsidiados por recursos públicos⁷. Quanto ao transporte coletivo público urbano, institui que será assegurado o uso gratuito deste aos maiores de sessenta e cinco anos, estendendo tal benefício a todo o território nacional ao afastar a competência municipal para sua regulamentação. Nos transportes coletivos interestaduais, o estatuto garante a reserva de duas vagas gratuitas em cada veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos. Se o número de

⁵ Artigo 105 da Lei 10.741/2003.

⁶ Artigo 23 da Lei 10.741/2003.

⁷ Artigo 38, inciso I da Lei 10.741/2003.

idosos exceder o previsto, eles devem ter 50% de desconto no valor da passagem, considerando-se sua renda.⁸

O Estatuto também proíbe a fixação de limite máximo de idade na contratação de empregados, sendo passível de punição quem o fizer. Além disso, prevê a obrigatoriedade de as empresas possuírem em seu quadro de trabalho pelo menos 20% de funcionários com mais de 45 anos. Pretende-se, com isso, coibir a discriminação das pessoas com idade avançada e viabilizar seu acesso ao mercado de trabalho.

Outro aspecto importante tratado pelo referido diploma se refere à regulamentação e fiscalização das Entidades de Atendimento ao Idoso, podendo o dirigente da instituição ser responsabilizado civil e criminalmente pelos atos praticados contra o idoso.

A nova lei, em seu artigo 71, estabelece, ainda, prioridade na tramitação dos processos e procedimentos nos quais figurem pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos e, em seu artigo 70, sugere a criação de varas especializadas e exclusivas ao idoso, tudo em consonância com o princípio do acesso à justiça.

O novo diploma legal também tratou de reservar o Capítulo III de seu Título II às previsões acerca dos alimentos. Reitera em seu artigo 11 a obrigatoriedade alimentar dos filhos para com os pais, fazendo remissão à já existente disposição dos artigos 1.694 ao 1.710 do Código Civil. A inovação consiste no fato de que o Estatuto impõe a solidariedade entre os prestadores, cabendo ao idoso a opção acerca de quem demandar e, mais, imputa a obrigação ao Estado, caso os familiares não tenham condição de prover seu sustento⁹. Além disso, prevê natureza de título executivo extrajudicial aos acordos alimentares referendados perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público¹⁰.

Por fim, prevê o Estatuto em seu artigo 74, inciso III, a possibilidade de o Ministério Público atuar como substituto processual do idoso em situações de risco, facilitando, assim, a atuação do órgão ministerial no combate aos desrespeitos cometidos contra a terceira idade.

⁸ Artigos 39 e 40 da Lei 10.741/2003.

⁹ Artigos 12 e 14 da Lei 10.741/2003.

¹⁰ Artigo 13 da Lei 10.741/2003.

Em síntese ao papel que o Estatuto do Idoso representa no cenário jurídico, Rolf Madaleno explicita:

O Estatuto do Idoso regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sendo destinatário, com prioridade, e imediata aplicação de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-se-lhe todas as oportunidades e facilidade, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (MADALENO. 2008, p. 69)

Diante do exposto, percebe-se que é extensa a gama de direitos atribuídos às pessoas maiores de sessenta anos dentro do sistema jurídico pátrio, mostrando-se inequívoco que, no tocante à proteção legislativa, o idoso está bem amparado. Desta forma, respaldo legal não faltaria àquele que pretendesse cessar violência ou reverter situação de abandono material em desfavor de pessoa idosa.

O que se mostra controverso, no entanto, é a eventual responsabilização legal daquele que deixa de prover afeto a uma pessoa idosa. Em outras palavras, discute-se se seria possível a determinação judicial de pagamento de indenização por dano moral àquele que se julgue carente de afeto e, ainda, se tal medida se coadunaria com os preceitos legais hodiernos.

Antes, porém, de adentrar o tema, cabe breve definição quanto ao conceito e finalidades do dano moral e sua aplicabilidade no ramo do Direito de Família.

3. DANO MORAL

3.1 CONCEITO

No campo dos danos é possível a distinção entre danos patrimoniais, de um lado, e danos morais, de outro. A diferença reside no fato de que o último, ao contrário do primeiro, não atinge o patrimônio da pessoa ofendida, mas sim o devedor como ser humano.

Neste contexto, diversas são as tentativas em definir o que vem a ser o chamado dano moral. Parte da doutrina e jurisprudência afirma que o dano moral seria a dor, o vexame, a humilhação ou constrangimento causado a outrem. Tal conceito, porém, é rechaçado por grande parte dos juristas sob a alegação de que tal entendimento acabou por confundir o conceito de dano com a sua possível consequência. É esta, inclusive, a posição adotada por Carlos Alberto Gonçalves, que preleciona:

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 do filho, o padecimento 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 ao 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. 2005, p. 565 e 566)

Importante notar que, na esteira deste entendimento, para que haja configuração do dano moral faz-se necessária a prova de que o último é decorrente de anterior lesão a interesse relacionado a algum bem juridicamente tutelado. Tal definição se mostra importante no tocante à discutida questão acerca da identificação do dano moral indenizável e aos parâmetros para sua liquidação¹¹.

Há, ainda, no âmbito doutrinário; a distinção entre dano moral direto e dano moral indireto. O primeiro refere-se às lesões que atingem

¹¹ Tal questão será esmiuçada adiante no tópico relativo à admissibilidade ou não do dano moral decorrente de abandono afetivo.

interesses relacionados a um bem jurídico extrapatrimonial inserido nos direitos da personalidade, tais como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem, ou, ainda, nos atributos da pessoa, como o nome, a capacidade, o estado de família. Já o segundo, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, mas em decorrência de uma lesão a um bem patrimonial do ofendido. Ao contrário do dano moral direto, portanto, o dano material indireto deriva do fato lesivo a um interesse patrimonial.

Neste diapasão, já não fica o dano moral adstrito à ofensa a direitos da personalidade, constituindo-se no efeito não patrimonial da lesão, havendo, assim, uma ampliação do seu conceito que permite, inclusive, afirmar a existência de dano moral por efeito de lesão a direito material¹².

3.2 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A tese do dano moral não foi sempre aceita em nosso ordenamento pátrio. Em tempos não remotos, somente os danos patrimoniais eram sujeitos à reparação. Porém, com o decorrer do tempo, as sociedades mais desenvolvidas, melhor politicamente organizadas e mais protetivas dos direitos individuais do ser humano, passaram a exigir tratamento especial aos danos morais, tratando estes como danos juridicamente reparáveis.

Devido ao enraizamento do ordenamento ao patrimônio, o direito brasileiro percorreu longo caminho até a consagração da tese dos danos morais. No entanto, o ordenamento jurídico pátrio já reconhecia a figura deste tipo de dano ainda na vigência do Código Civil de 1916. O cabimento da indenização por dano moral, porém, era cercado de dúvidas e controvérsias, por falta de uma normatização mais expressa e melhor delineada, representando verdadeiro obstáculo para sua concessão pelos magistrados.

Tais dúvidas, no entanto, restaram superadas com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 5º, inciso V, assegurou de

¹² Atualmente, inclusive, já não mais se discute acerca da possibilidade de cumular indenizações por dano moral e material decorrente do mesmo fato. Trata-se de questão já pacificada pela súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “São cumuláveis as indenizações por dano moral e material, oriundas do mesmo fato”.

forma genérica e ampla, o direito ao ressarcimento por danos morais. Neste sentido ministra Yussef Said Cahali

Finalmente, a Constituição de 1988 cortou qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral, estatuidando em seu artigo 5º, no item V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e, no item X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. (CAHALI. 2005, p. 53 e 54).

O ordenamento jurídico brasileiro reconheceu, assim, a indenização por dano moral, considerando tema de patamar constitucional, mais precisamente, direito fundamental, demonstrando a importância hodierna de tal instituto.

Pelo exposto, mostra-se inquestionável a admissibilidade da indenização por dano moral em nosso direito pátrio. Resta, porém, traçar um limite para a esfera do direito moral indenizável, sob pena de inundar-se o Poder Judiciário com causas que fogem à sua alçada e pretendem, unicamente, auferimento de lucro fácil ou suprimento de sentimento de vaidade e/ou vingança.

3.3 FINALIDADES DA REPARAÇÃO

Há controvérsia no que se refere à natureza jurídica da reparação do dano moral e, conseqüentemente, suas finalidades. Parte da doutrina defende que tal espécie de indenização teria apenas caráter punitivo, sendo tal entendimento afastado por outros sob a alegação de que muitos danos morais já são previstos como crimes e, se houvesse a função punitiva da indenização, ocorreria uma dupla punição.

Todavia, o mais aceito na doutrina atual é a atribuição de caráter misto à reparação de danos morais, qual seja punitivo e compensatório. É o que preleciona Carlos Roberto Gonçalves

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter:

compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação de sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (GONÇALVES. 2005, p. 584).

O caráter punitivo é vislumbrado em sua vertente de natureza sancionatória indireta, no sentido de que serve para desestimular o ofensor à repetição do ato sob pena de ter de indenizar ao terceiro os prejuízos causados. Emprega-se, assim, novo sentido à finalidade aflitiva da indenização, deixando esta de ser entendida como pena para se apresentar como mera conseqüência civil da infração de conduta exigível e que causa lesão a terceiros (CAHALI, 2005).

Apesar de se admitir o caráter punitivo da reparação do dano, prevalece entre os juristas o entendimento de que a função precípua do ressarcimento dos danos é compensar o lesado.

O problema é que, em se tratando de dano moral, não é possível estabelecer uma equivalência aritmética absoluta entre o dano e a indenização, uma vez que o primeiro não tem como ser mensurado precisamente devido à sua inerente subjetividade. Dessa forma, deve-se buscar uma equivalência relativa entre a extensão do dano e o *quantum debeatur*. Esta impossibilidade de reparação integral não pode, contudo, inviabilizar a indenização do dano moral, pois a dificuldade em aquilatar a lesão decorrente deste dano não deve implicar na sua irressarcibilidade.

Assim, sendo impraticável a reposição do dano moral pelo equivalente absoluto, não se pode falar que a indenização tem o condão de satisfazer plenamente o ofendido, ou seja, não irá retorná-lo à situação que antecedeu ao dano. A indenização, então, é meramente compensatória, pois a pecúnia representa somente um meio de compensar a dor vivenciada decorrente do dano injusto, ou seja, serve para confortar a vítima, ajudando-a a sublimar as aflições, dissabores e tristezas sofridos.

Para elucidar a idéia, recorre-se mais uma vez à prestimosa lição do autor Yussef Said Cahali

Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o

seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial. Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a esta uma reparação satisfativa. (CAHALI. 2005, p. 57)

Feitas tais considerações acerca das funções a que se presta a indenização por dano moral, resta a análise de seu cabimento no âmbito do Direito de Família.

3.4 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Não obstante todos os avanços no campo da reparação civil do dano moral, seguem cautelosas e bastante divididas as opiniões doutrinárias referentes à incidência do dano moral no campo do Direito de Família.

A maior parte da discussão gira em torno dos possíveis agravos morais sofridos em decorrência da ruptura da relação conjugal. Neste contexto, há os que refutam completamente a aplicação de tal instituto às relações familiares, outros que defendem sua permissão ampla e, ainda, os defensores da doutrina restritiva do dano moral.

Os defensores do cabimento de tal espécie de reparação ao Direito de Família apóiam-se nos ditames do Código Civil, que trata da responsabilidade civil a partir do artigo 927. Defendem que o Direito de Família pertence a todo um sistema legal devendo, portanto, ser aplicado e interpretado em conjunto com as demais ramificações do Direito.

O autor Rolf Madaleno traz clara e didática preleção acerca de tal posicionamento:

O dano deveria ser reparado pela regra geral recolhida do artigo 159 do Código Civil de 1916 e reproduzido no 927 do vigente Código Civil. Não há de ser falado em responsabilidade no âmbito do dano moral derivado da separação causal, porque o seu conteúdo não fica fora do alcance do Direito Privado e tampouco impede a aplicação do

princípio jurídico de ninguém pode causar um dano a outrem, cuja proteção guarda hierarquia constitucional. (MADALENO. 2008, p. 292).

Dentre o grupo dos defensores da aplicabilidade da indenização moral neste ramo do Direito, há os que propugnam pela sua ampla aplicabilidade e os que entendem que deva haver certa restrição.

A corrente restritiva defende que a aplicabilidade do dano moral no Direito de Família não deve ser indistinto e indiscriminado, mas sim limitado às hipóteses de excepcional gravidade. Defendem uma distinção entre as atitudes que apenas expressam perda do vínculo afetivo daquelas ensejadoras de um dever indenizatório.

A corrente amplamente permissiva, por sua vez, não admite qualquer discriminação ou graduação de culpabilidade no campo das relações familiares. No âmbito das relações conjugais, por exemplo, defendem que bastaria a apresentação de uma sentença judicial em processo separatório litigioso reconhecendo a responsabilidade de um dos cônjuges pelo fim do casamento, sob a alegação de que o simples fato de o decisor reconhecer a atitude de um dos cônjuges como motivadora da ruptura já bastaria para a presunção de um inquestionável dano moral ao outro cônjuge.

Em posição diametralmente oposta encontra-se o grupo de doutrinadores contrários à aplicabilidade do dano moral no Direito de Família. Entendem que as relações familiares são tuteladas por uma ramificação toda especial do Direito Privado, sem espaço para a incidência da reparação pecuniária.

Na esfera das relações conjugais, afastam absolutamente a aplicabilidade da indenização moral sob o argumento de que já existem penalidades próprias, previstas em leis e endereçadas ao cônjuge considerado judicialmente culpado pela ruptura da sociedade conjugal, como acontece com a prestação de alimentos, ou com a perda do crédito alimentar quando o culpado necessita da pensão, além da perda do sobrenome de casado e o pagamento das custas processuais e honorários da sucumbência a serem pagos por aquele declarado culpado. (MADALENO. 2008).

Levantam, também, a questão sobre a dificuldade em se constatar o culpado pelo término da relação. Neste sentido ensina Rolf

Madaleno:

A culpa na separação judicial geralmente não é só de um dos cônjuges, resultando difícil dilucidar qual dos consortes é o verdadeiramente culpado, ou se os fatos motivadores da declaração de culpa de um, não tiveram como causa os atos do outro esposo. (BORDA apud MADALENO. 2008, p. 292)

Ademais, com a edição da Emenda Constitucional 66 pela chamada Nova Lei do Divórcio¹³, a busca pela declaração de um dos cônjuges como culpado no processo de ruptura da sociedade conjugal restou mitigada. Aliás, esta sublimação do exame judicial da culpa no processo separatório já era tendência apontada pela doutrina como verdadeira evolução do direito pretoriano brasileiro em atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. É o que ministra o jurista Rolf Madaleno em sua obra:

Vem surgindo em legislações consideradas mais avançadas, o critério objetivo da separação, presente no divórcio brasileiro e na separação mediada pela fática ruptura com mais de um ano, na qual é vedado o exame causal da dissidência conjugal. Essa tem sido a tendência doutrinária e jurisprudencial ao lado do princípio constitucional de valorização e respeito à dignidade da pessoa humana, para evitar os inúteis traumas dos conflitos conjugais irrogados em juízo com a pretensão de indagar qual teria sido o parceiro responsável pela ruptura, com a inclinação de buscar efeitos indenizatórios, como se casamento frustrado devesse estabelecer naturais compensações pecuniárias ao cônjuge cuja culpa foi menos visível. (MADALENO. 2008, p. 306)

Por fim, alegam a ausência de previsão legal expressa acerca do cabimento de indenização por agravo moral na esfera do Direito de Família e rechaçam sua aplicabilidade pelo temor do exagero em transformar todas as separações judiciais em pedidos cumulativos de perdas e danos morais, monetarizando as relações erótico-afetivas. (MADALENO. 2008)

Nota-se que a aplicabilidade de indenização por dano moral nas relações tuteladas pelo Direito de Família há muito ocupa as discussões perpetradas entre os juristas, especialmente no tocante aos agravos morais decorrentes da ruptura das relações conjugais. Busca-se determinar quais

¹³ Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente são passíveis de reparação pecuniária.

Neste contexto, surge no cenário jurídico brasileiro a idéia do abandono afetivo e a conseqüente controvérsia quanto à aplicabilidade do dano moral a esses casos. Desta forma e feita tais considerações, passa-se à análise da referida controvérsia com foco na pessoa idosa.

4. DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

4.1 ADMISSIBILIDADE NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Apesar da importância do amor para a pessoa e para a sociedade, não se discutia, até pouco tempo, sua relevância na seara jurídica. De uma forma ou de outra, o patrimônio sempre ocupou lugar de destaque na legislação codificada.

Com a chegada ao Poder Judiciário de questões envolvendo o polêmico abandono afetivo e o dever de indenizar o abandonado, a questão ganhou espaço em nosso cenário jurídico. A doutrina se divide em posicionamentos muito arraigados, a favor e contra, enquanto nossos tribunais e juízes, timidamente acolhem a tese que vem sendo rechaçada em instâncias superiores.

Na verdade, o cerne do problema está em atribuir ou não valor ao afeto nas relações familiares. Questiona-se se o Poder Judiciário teria o condão de obrigar um pai a amar o filho e vice-versa, ou mesmo se o amor dos entes familiares é uma obrigação legal e, conseqüentemente, se a afeição deve ser tratada pelos nossos juízes e tribunais como um valor jurídico ou pecuniário dando ensejo a danos indenizáveis.

A primeira decisão sobre a matéria vem do Rio Grande do Sul e foi proferida na Comarca de Capão de Canoas¹⁴, no qual o pai foi condenado, por abandono moral e afetivo de sua filha, a pagar uma indenização por danos morais correspondente a duzentos salários mínimos, em sentença datada de agosto de 2003, transitada em julgado e em fase de execução¹⁵. Ao fundamentar sua decisão, o magistrado considerou que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos¹⁶, sendo que a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar. O magistrado conclui afirmando que a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho violam sua honra e sua imagem.

Outra decisão no mesmo sentido deu-se em um julgado da 31ª

¹⁴ Processo nº 1030012032-0.

¹⁵ Processo de Execução nº 1030017791-7.

¹⁶ Artigo 22 da lei 8069/90.

Vara Cível de São Paulo¹⁷, no qual o magistrado condenou o pai por danos morais, a indenizar sua filha no montante de cento e noventa salários mínimos sob a alegação de que a paternidade não gera apenas deveres de índole material, que há um dever do pai de ter o filho em sua companhia.

Os que defendem a indenização moral por abandono afetivo no caso do menor caracterizam este pela omissão dos pais ao dever de educação, entendido na sua acepção mais ampla, permeada de afeto. A partir daí, sustentam que o trauma decorrente do abandono afetivo pelos genitores, ou quem os represente, implica marcas profundas no comportamento da criança, tais como sentimento de rejeição e revolta.

Já em relação aos idosos, alegam que o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. Assim, sustentam que os abandonados estariam sofrendo verdadeira lesão a direitos tutelados pela Constituição Federal e corroborados pelas proteções instituídas pelo Estatuto do Idoso, tais como a dignidade e bem-estar, conforme explicitado anteriormente neste trabalho.

Em ambos os casos, há o entendimento de que a falta de afeto lesa a integridade psicofísica do abandonado, impondo sua defesa como direito de personalidade de natureza não patrimonial constitucionalmente protegido. Neste sentido, o ensinamento da autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar(...) (HIRONAKA. 2006, p. 415)

Em suma, os juristas que se dedicam à defesa de tal tese sustentam que os prejuízos psicossociais decorrentes de uma situação de abandono afetivo caracterizariam verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana. Entendem o direito à integridade psicofísica do ser humano como um

¹⁷ 31ª Vara de São Paulo – Processo nº 000.01.036747-0-J 07.06.2004

direito de personalidade, tendo em vista sê-lo inerente ao indivíduo, impondo sua proteção em virtude de cláusula geral de tutela decorrente de uma interpretação sistemática e extensiva dos direitos previstos em âmbito constitucional e infraconstitucional.

Já em resposta à crítica de que ninguém pode ser obrigado a amar o outro, os defensores da indenização moral por abandono afetivo alegam que ainda que a condenação seja incapaz de compelir alguém a amar, a punição pecuniária conferida neste contexto atende às relevantes funções compensatória, punitiva e dissuasória. Nesta defesa as palavras da jurista Cláudia Maria da Silva:

Não se trata, pois, de “dar preço ao amor” – como os que defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de “compensar a dor” propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros, que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave. (SILVA. 2004, p. 37)

No entanto, nem doutrina nem jurisprudência são unânimes quanto à admissibilidade da indenização moral do abandono afetivo.

Diversos julgadores e doutrinadores se posicionam contrariamente a essa tese defendendo que ninguém pode ser penalizado por não amar com base na impossibilidade de o Direito penetrar no âmago do indivíduo e puni-lo ou premiá-lo por ações que não se exteriorizaram. Sustentam que da mesma forma que o Direito Penal não pune o mero pensamento de querer matar alguém, se quem pensa não chega a iniciar os atos considerados de execução, o Direito Civil não poderia punir os sentimentos de ódio ou desamor.

Alegam, ainda, que no caso de menor, a legislação já prevê a perda do poder familiar como punição ao descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, previsto no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1638, inciso II do Código Civil. Desta forma, o ordenamento jurídico já estaria se encarregando da função punitiva e, principalmente, dissuasória em relação a essa conduta,

atacando, assim, a principal justificativa dos que defendem a indenização por abandono moral.

É esta, aliás, a posição assumida pelo Superior Tribunal de Justiça que, em julgamento de recurso especial, afastou a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral, reformando decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do artigo 159 do Código de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (RESP 757.411/MG – STJ – Julgado em 29.11.2005 – Rel. Min. Fernando Gonçalves).

O Ministro Fernando Gonçalves, em seu voto, questiona se a condenação do pai não afastaria de vez a possibilidade de reconstrução de um relacionamento entre este e seu filho. Além disso, afasta a alegação de que o deferimento do pedido estaria atendendo ao objetivo da reparação financeira, por entender que tal amparo já é resguardado pela pensão alimentícia, e afasta também a idéia de que tal decisão atingiria efeito punitivo e dissuasório com base no argumento de que já existem outros meios previstos na legislação civil para tal fim.

Percebe-se, assim, que aquele Excelso Tribunal Superior defende que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou manter um relacionamento afetivo, ao entender que a condenação a pagamento de danos morais por abandono afetivo não alcançaria nenhuma finalidade positiva.

Ainda nesta ordem de idéias manifestou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais em dois recentes julgados:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. DEVER DE INDENIZAR. AUSÊNCIA. A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, porquanto ninguém é obrigado a amar ou a dedicar amor. Inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 186 do Código Civil, eis que ausente o ato ilícito, não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de indenização. (Apelação Cível n.

1.0024.07.790961-2/001 – TJMG- Julgado em 11.02.2009 – Rel. Alvimar de Ávila).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAI. ABANDONO AFETIVO. ATO ILÍCITO. DANO INJUSTO. INEXISTENTE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. O afeto não se trata de um dever do pai, mas decorre de uma opção inconsciente de verdadeira adoção, de modo que o abandono afetivo deste para com o filho não implica ato ilícito nem dano injusto, e, assim o sendo, não há que se falar em dever de indenizar, por ausência desses requisitos da responsabilidade civil. (Apelação Cível n. 1.0499.07.006379-1/002 – TJMG – Julgado em 27.11.2008 – Rel Luciano Pinto).

Percebe-se que as decisões dos julgadores têm restringido a discussão do dano moral decorrente de abandono afetivo às hipóteses de pais que abandonam filhos. O presente estudo, no entanto, buscará a partir dos argumentos doutrinários e posicionamentos jurídicos expostos, analisar sua aplicabilidade às questões atinentes aos idosos.

4.2 ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR NO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO.

A discussão acerca da admissibilidade da indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo passa pela análise dos elementos que compõem a responsabilidade civil, a saber, dano, culpa e nexos de causalidade. A configuração de tais elementos mostra-se imprescindível para que se possa delimitar, dentro da esfera dos danos extrapatrimoniais, aqueles ensejadores de responsabilização civil.

Isto porque o principal argumento a ser utilizado para caracterizar a responsabilidade de indenizar é a possibilidade de enquadramento no artigo 186 do Código Civil, dispositivo que consagra o conceito de ato ilícito ao prever 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”. A partir daí, ter-se-ia que enquadrar a conduta daquele que abandona afetivamente outrem como ato ilícito para que pudesse haver respaldo legal para a eventual indenização moral.

O primeiro ponto controverso no tocante a tal matéria diz respeito à configuração do dano que, para ser indenizável, precisa ser certo e injusto. Ocorre que, em se tratando de casos do abandono afetivo, o caráter injusto do dano nem sempre se mostra inquestionável, assim como a certeza de sua configuração.

No caso dos idosos, objeto do presente estudo, bastaria imaginar a hipótese de um avô ou avó que, por escolha própria, nunca buscou estreitar os laços de afeto como seus netos, quando no período infante dos últimos, fazendo com que estes se tornem adultos sem nenhum tipo de vínculo afetivo com os primeiros. Neste contexto, seria impossível imputar caráter injusto ao fato de o neto não exteriorizar algo que não sente por força natural das circunstâncias. Afinal, injusto é o dano causado voluntariamente, que poderia ser evitado, e os sentimentos que permeiam as relações familiares surgem de forma natural, sendo impossível o exercício compulsório ou artificial dos mesmos.

Vale ressaltar que na situação hipotética exposta, os netos não estariam eximidos da obrigação de prestar eventual auxílio material em caso de necessidade dos avós, por força de previsão constitucional corroborada pelos artigos 11 e 12 do Estatuto do Idoso¹⁸. O que se mostra incabível é obrigá-los a amar os avós por absoluta falta de meios legais possíveis de atingir tais fins.

Ainda acerca da problemática da configuração do dano, mas agora dentro do caráter de sua certeza, vale a ressalva para o posicionamento de alguns doutrinadores que sustentam que o dano vinculado ao abandono afetivo não pode se configurar em face dos adultos, na medida em que estes já teriam sua personalidade totalmente conformada. É o que preleciona a autora Maria Isabel Pereira da Costa:

[...] No caso do afeto, a cobrança da reciprocidade pura e simples não é conveniente, pois os filhos não têm o dever de fornecer as condições para formar a personalidade dos pais, por impossibilidade absoluta! (COSTA. 2005, p. 68).

¹⁸ Artigo 11 da Lei 10.741/2003: “Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”.

Cabe ressaltar, porém, que tal concepção é afastada por alguns estudiosos da psicologia, que defendem que nada há que se possa garantir que a personalidade não se modifica mais a partir de certa etapa etária da vida.

Acatada tal tese ou não, certo é que a configuração do dano certo e injusto não pode ser defendida de forma clara e inquestionável, o que prejudica a afirmação de que o abandono afetivo leva inevitavelmente a um prejuízo psicológico indenizável.

O segundo ponto objeto de controvérsia é o elemento nexo de causalidade. Mostra-se difícil a verificação de que o abandono de um familiar em relação ao outro foi causa exclusiva de um abalo psicológico. Afinal, é certo que o prejuízo emocional nunca é provocado por fato único, mas por uma cadeia de fatores unificados entre si, sendo que cada ser humano apresenta formas diferentes de interpretar e reagir diante da mesma situação. Neste sentido, são interessantes as elucidações da jurispsicanalista Giselle Groeninga:

Como foi exposto anteriormente, não é suficiente a falta da figura paterna para caracterizar o pedido de danos morais por abandono afetivo. É necessária a caracterização do abandono, da rejeição e dos danos à personalidade. As perícias devem levantar, por meio de metodologia própria, a extensão dos danos sofridos em função da falta da figura paterna. (GROENINGA. 2005, p. 416)

Tal questão se mostra ainda mais forte em se tratando do idoso, pelo fato de que o último tem um passado e uma cadeia comportamental que, ao longo da vida, pode ter determinado de forma natural aqueles que seriam inseridos ou excluídos de seu convívio. Seria árdua tarefa comprovar que a ausência de um familiar, na fase mais avançada da vida de um indivíduo, lhe traria prejuízos emocionais, se este nunca fez parte de seu vínculo de convivência por absoluta falta de afinidade ou empatia.

Em terceiro lugar, há a problemática envolvendo o elemento culpa para a configuração do dano moral. Partindo-se do preceito de que age com culpa quem poderia agir de maneira diversa, tendo em vista um dever preexistente, os que se posicionam contrariamente à punição por falta de afeto alegam que não há lógica em culpar alguém por não amar por inexistência de

um “dever de amar” como um dever geral de cautela. Além disso, sustentam que o afeto é um conceito subjetivo, podendo ocorrer a hipótese de o agente ter a consciência plena que deu afeto e o ofendido achar exatamente o inverso, ou achar que o afeto dado não foi suficiente.

Nas hipóteses envolvendo os idosos fica ainda mais clara a visualização de tal argumento, pois muitas das vezes a forma pela qual um filho demonstra afeto aos seus genitores reflete a forma pela qual este recebeu o afeto ao longo de sua vida. Assim, estar-se-ia correndo o risco de um julgador, em sua análise, entender o afeto prestado pelo filho como insuficiente, enquanto que, na realidade do núcleo familiar em foco, nada além poderia ter sido exigido.

Restou demonstrada, portanto, a fragilidade quanto à configuração dos elementos do dever de indenizar nas hipóteses envolvendo o abandono afetivo dos idosos, corroborando o questionamento quanto à admissibilidade do instituto do Dano Moral nessas hipóteses. Deve-se ter em mente que, em se tratando de análise de cabimento de indenização moral, esquemas fechados de organização do raciocínio jurídico não podem ser aceitos, de modo integral, sem chance de flexibilização das hipóteses concretas.

Os argumentos e situações hipotéticas expostos coadunam-se com os ensinamentos da jurista Laura Affonso da Costa Levy, que preleciona:

A convivência familiar assegurada é aquela espontânea, baseada no afeto salutar para os seus componentes. Ao colocar a convivência familiar como dever de família, não desejou o legislador impor uma relação que não existe. [...] O descumprimento desse dever de convivência familiar deve ser analisado pela seara do Direito de Família, sendo caso de perda de poder familiar, no caso do menor, por exemplo. Notório admitir que uma eventual indenização pecuniária não teria o condão de fazê-lo agir diferente, mitigando a viabilidade de tal solução. (LEVY. 2009. p.04)

4.3 COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI Nº 4.294 DE 2008.

Permeando a discussão apresentada, surge na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 4.294 de 2008, de autoria do deputado Carlos Bezerra, objetivando modificações no Código Civil e no Estatuto do Idoso, de

modo a estabelecer indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. A mencionada proposta legislativa se encontra em fase de apreciação conclusiva pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, tendo sido nomeada relatora a deputada Jô Moraes, em 14 de junho do presente ano.¹⁹

O referido projeto pretende acrescentar ao artigo 1.632 do Código Civil o seguinte parágrafo único: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”. Já o Estatuto do Idoso seria modificado em seu artigo 3º, no qual passaria a constar o seguinte parágrafo: “O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento da indenização por dano moral”.

Ainda que fosse aceita a viabilidade de tal projeto de lei, considerações devem ser feitas acerca da falta de técnica legislativa quando da elaboração de seu texto. A escolha dos termos “pais”, na modificação do Código Civil, e “filhos”, na alteração proposta ao Estatuto, se mostra desarcetada, vez que leva ao errôneo entendimento de exclusão daqueles menores órfãos e dos idosos que não formaram vínculo paterno-filial ao longo da vida. Em outras palavras, seria como admitir que só teriam direito a tal indenização aqueles menores abandonados afetivamente pelos genitores e os idosos que possuem filhos. A menção apenas a “pais” e “filhos” pelo referido projeto de lei se opõe à nova tendência das constituições democráticas hodiernas que reconhecem as diversas formas de famílias, das tradicionais às mais diferentes, ou seja, daquelas constituídas pelo casamento, pelas uniões estáveis, as monoparentais ou ainda aquelas constituídas apenas por irmãos, entre outras.

Neste contexto, os menores e idosos sem familiares, abrigados em instituições asilares, estariam também excluídos do direito à indenização, em nítida afronta ao princípio da igualdade. Ou então, ter-se-ia de admitir a incabível hipótese de responsabilização do Estado pela prática do abandono afetivo.

Além disso, estaria havendo conseqüente e natural exclusão dos conflitos provenientes de famílias de baixa renda, pois não há meios de se exigir indenização de quem nem mesmo possui recursos para sua própria

¹⁹ Pesquisa realizada em acesso ao site www.camara.gov.br na data de 25 de outubro de 2010.

sobrevivência. Corre-se o risco de aprovar uma lei que servirá para beneficiar apenas aqueles que possuem boa condição financeira.

Fato, porém, que a aprovação do referido projeto de lei suscitaria questões ainda mais complexas, que transcendem a mera falta de técnica legislativa quando de sua criação.

A primeira delas seria em relação à questionada generalização de indenização moral em casos de falta de afeto. A proposta de texto legislativo apresentada pelo autor traz referências a conceitos jurídicos indeterminados, tal como o próprio “abandono afetivo”, abrindo margem para uma perigosa e irrestrita interpretação.

Restou demonstrado, no tópico anterior do presente estudo, que diversas são as hipóteses nas quais a possibilidade de punição pecuniária por abandono afetivo é afastada, sendo incabível, portanto, seu estabelecimento de forma genérica. Afinal, é até admissível penalizar alguém por causar infundado prejuízo moral a outrem, mas a simples falta de amor não é suficiente para ensejar a indenização, como pretende o projeto de lei.

Neste contexto, haveria ainda o risco de se gerar uma verdadeira situação de reciprocidade de indenizações. Basta imaginar a situação de um filho que, em um primeiro momento, figure como autor em uma ação na qual se pleiteia indenização moral por abandono afetivo e, no futuro, venha a ser demandado pelo seu próprio genitor que há tempos fora condenado ao pagamento em seu favor.

Por fim, há a problemática envolvendo a finalidade da indenização moral pretendida. Muitos alegam que a condenação pecuniária por abandono afetivo poderia minar de vez qualquer possibilidade de aproximação entre os envolvidos, se mostrando como verdadeiro obstáculo à reconstrução do relacionamento. Defendem que a punição poderia agravar o sentimento de desamor ou mesmo estimular sentimentos de rancor e vingança. Dessa forma, o projeto de lei em análise estaria indo de encontro ao seu próprio fundamento de incentivo à construção de padrões éticos nas relações familiares e na consciência dos indivíduos.

Diante do exposto, fica transparecido que as modificações legislativas propostas pelo deputado Carlos Bezerra vão de encontro ao entendimento de que o instituto do Dano Moral deve ser utilizado com cautela,

e em atenção aos limites e requisitos estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Código Civil, a fim de se garantir um real direito. A eventual aprovação do projeto de lei em foco, no sentido de se criar uma expressa previsão de respaldo legal para a indenização moral em decorrência do abandono afetivo, se mostra, então, inviável, sob o risco de promoção de um novo mercado de monetarização do afeto.

5. CONCLUSÃO

Restou demonstrado, no decorrer do presente trabalho, que a legislação pátria tem se preocupado em garantir a devida proteção aos indivíduos quando na fase mais avançada da vida. Aqueles, que um dia contribuíram para o desenvolvimento da sociedade e para a formação daqueles que o rodeiam, recebem a merecida tutela por parte do Estado, impondo-se responsabilidades à sociedade e à família.

Os direitos dos idosos permeiam as mais diversas áreas do Direito, começando pela previsão constitucional de proteção à sua dignidade e bem-estar²⁰, passando pela Política Nacional do Idoso²¹ e culminando na edição da Lei 10.741 de 2003, conhecida por Estatuto do Idoso. Previsões foram feitas a fim de garantir que a pessoa idosa continue a viver com dignidade, apesar das dificuldades que o próprio envelhecimento do corpo pode causar. Assegura-se o acesso à saúde, ao lazer, à cultura e há uma preocupação em se conscientizar a sociedade e a família acerca da importância que têm no cotidiano das pessoas idosas.

Percebe-se, assim, que o Poder Judiciário tem o condão de garantir a proteção de todos os direitos objetivos dos idosos, em defesa de sua dignidade e bem-estar. Não há, porém, que se falar na existência de uma norma que impute o dever de dar afeto, tendo em vista inexistir mecanismo judicial capaz de obrigar alguém a amar. Os sentimentos que permeiam as relações entre as pessoas surgem de forma natural, sendo impossível seu estabelecimento compulsório e artificial. Restou clarificado que a existência ou não de vínculo de afeto com outros, na fase mais avançada da vida, é conseqüência de uma cadeia comportamental estabelecida ao longo dos anos.

Ademais, pela análise do projeto de lei nº 4.294 de 2008, mostrou-se que a tentativa de transformar em pecúnia o eventual prejuízo moral sofrido em decorrência da falta de afeto pode gerar ainda mais sentimento de desamor, mostrando-se como verdadeiro obstáculo ao alcance

²⁰ Artigo 230 da Constituição Federal: “A famílias, 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”.

²¹ Lei Federal nº 8.842 de 1994 regulada pelo Decreto nº 1.948 de 1996.

daquela que deveria ser a finalidade precipuamente buscada, qual seja, a reconstrução do relacionamento.

Neste contexto, mostra-se incabível a condenação ao pagamento de indenização por dano moral em decorrência de falta de afeto à pessoa idosa por falta de norma legal que determine tal obrigação, o que, em verdade, atende à lógica de que não se pode obrigar alguém a amar o outro. Outrossim, restou demonstrado ao longo do presente estudo que a configuração do caráter injusto do dano e do nexo de causalidade entre prejuízo moral e conduta do agente, nas hipóteses envolvendo afeto e pessoas idosas, é questionável, tendo sido suscitadas situações nas quais tais elementos se mostram claramente afastados.

Em resposta ao argumento de que, ainda que não se possa obrigar a amar, a indenização moral nas hipóteses de abandono afetivo teria caráter preventivo e dissuasório, restou demonstrado que a condenação pode ter exatamente o efeito inverso, isto é, gerar ainda mais sentimento de desamor, minando qualquer possibilidade de reaproximação da relação.

O Judiciário até tem o condão, dentro do instituto do dano moral, de punir aquele que infundadamente causa dor a outrem, quando da comprovação do dano certo e injusto, do nexo de causalidade e da exigibilidade da conduta diversa, porém não existe em nosso ordenamento jurídico mecanismo capaz de obrigar alguém a amar ou dar afeto ao outro. Há de se ter em mente que determinadas pretensões fogem à alçada do Poder Judiciário, restando a outros ramos da ciência, tais quais a psicologia e a assistência social, esta delicada tarefa de tentativa de estreitamento de uma relação abalada, ou mesmo de construção daquela que nunca existiu.

O esforço do jurista deve ser no sentido de se concretizar os direitos estabelecidos pelo legislador à pessoa idosa. Deve-se caminhar para a real efetivação dessas proteções impondo aos familiares, ao Estado e à sociedade como um todo, o dever de prover condições dignas de vida aos idosos em atendimento às suas necessidades especiais, sob o risco de estagnação diante de normas meramente programáticas.

Dentro desta ótica, e com base na atual legislação constitucional e infraconstitucional, pode-se afirmar que o afeto é um valor que deve ser considerado pelo Direito, mas que não serve como único fundamento decisório,

principalmente para impor o dever de indenizar. Ressalte-se que, embora seja influenciado pela presença do afeto, o fundamento da decisão dos cuidadosos magistrados leva em consideração a tutela de bens expressa na legislação pátria.

Na era da despatrimonialização das relações familiares há de se ter absoluto cuidado para não se monetarizar o afeto e que o dinheiro, ao invés de cessar a dor e fechar a mágoa, pode instigar sentimentos de desafeto e vingança, se mostrando como barreira definitiva à reaproximação dos envolvidos.

O tema é complexo e ensejador de diversas polêmicas e discussões, cabendo aos operadores do Direito discutirem e debaterem sobre os novos e hodiernos temas do Direito de Família, utilizando-os da melhor forma possível, mas sempre com muita moderação. Há de se ter cuidado e atenção para não se promover a industrialização do dano moral, banalizando-se nas indenizações perseguidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. RT Legislação.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 757411, da 4ª câmara. Disponível: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 13 de outubro de 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 3ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Família: do Autoritarismo ao Afeto; como e a quem indenizá-lo*. Revista Magister – Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, n. 5, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 1ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 9ª ed. São Paulo. Saraiva, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. *Família: Um caleidoscópio de relações*. In: DIREITO de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova epistemologia. Giselle Câmara Groeninga, Rodrigo da Cunha Pereira. (Coord). Rio de Janeiro. Imago, 2002.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *A Outra Face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte. Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. *Pressupostos, Elementos e Limites do Dever de Indenizar por Abandono Afetivo*. Repertório de Jurisprudência IOB, v.3, n.13, quin.z.jun./2006.

KACHAR, Vitória. *Longevidade: Um Novo Desafio para a Educação*. São Paulo. Cortez, 2001.

LEVY, Laura Affonso Costa. *Abandono Afetivo e Responsabilidade Civil: Utilizar com Moderação*. Disponível: <http://www.webartigos.com/articles/21439/1/Abandono-Afetivo-e-Responsabilidade-Civil-Utilizar-Com-Moderação/pagina1.html#ixzz0z44EXgKY>. Acesso em 19 de setembro de 2010.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, 1ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 16ª ed. São Paulo. Atlas, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e Método do Direito*, 1ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

PEIXOTO, C. *Terceira idade: desafios para o terceiro milênio*. Rio de Janeiro. Relume-Dumará, 1997.

REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

ANEXO I

PROJETO DE LEI Nº 4294 DE 2008 (Do Sr. Carlos Bezerra)

Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. 3º da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescenta parágrafo ao artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e ao art. da lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso -, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.

Art. 2º O artigo 1.632 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil – passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“ Art. 1632
.....

Parágrafo único: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.(NR)”

Art. 3º O parágrafo único do art. 3º da lei nº 10.7 41, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso - passa a vigorar como parágrafo 1º,devendo ser acrescido o seguinte parágrafo 2º ao artigo:

“Art. 3º
.....

§ 1º

§ 2º O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral. “

JUSTIFICAÇÃO

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material. Encontra-se também a necessidade de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção mínimas indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança. A espera por alguém que nunca telefona - sequer nas datas mais importantes - o sentimento de rejeição e a revolta causada pela indiferença alheia provocam prejuízos profundos em sua personalidade.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida.

Por sua vez, se é evidente que não se pode obrigar filhos e pais a se amar, deve-se ao menos permitir ao prejudicado o recebimento de indenização pelo dano causado.

Por todo exposto, clamo meus pares a aprovar o presente projeto de lei.

Sala das Sessões, em de de 2008.

Deputado CARLOS BEZERRA

