

O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO: PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS

Charlotte Nagel De Marco*, Bacharel, Unoesc, SC
Cristhian Magnus De Marco**, Doutor, PUC-RS, RS

Resumo

O presente artigo tem por objetivo verificar um assunto novo no direito civil brasileiro, que envolve a realização de direito fundamental previsto no artigo 229 da Constituição Federal. Trata-se da proteção das relações familiares concernentes ao afeto devido aos idosos. “Os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” A partir dessa norma, cabe indagar-se se, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, é possível a condenação dos filhos em razão de danos morais decorrentes do abandono afetivo praticado contra os pais idosos. Esse é o tema enfrentado neste texto.

Palavras-chave: Dano moral. Abandono afetivo. Idoso. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A tese do abandono moral, abandono paterno-filial, abandono afetivo, ou, ainda, também chamada de teoria do desamor, tem sido alvo de muita discussão entre os doutrinadores da área de direito de família e entre os estudiosos de responsabilidade civil do nosso país.

Há muita polêmica a respeito da possibilidade de responsabilização pelo abandono afetivo, se porventura este não pioraria o relacionamento e afastaria ainda mais o filho que não cumpriu sua função afetiva em relação ao pai, ou vice-versa.

No presente ensaio, serão verificados alguns pressupostos doutrinários e jurisprudenciais para a configuração da responsabilidade civil por abandono afetivo do idoso.

2 OS DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABANDONO AFETIVO

Para a propositura da ação de danos morais por abandono afetivo do idoso, o dano deverá ser evidente, comprovando-se a inexistência do afeto, sentimento este que deveria fazer parte das relações familiares, tendo em vista que se o responsável pelo abandono afetivo praticado se preocupasse com o bem-estar, bem como com a integridade física e psíquica do abandonado, com certeza não agiria dessa forma, e, provavelmente, a situação não chegaria a tal ponto.

De outro norte, Madaleno (2006, p. 166) afirma que as decisões judiciais que tratam de responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo, ao contrário do que se pensa, não con-

* Advogada; Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

** Doutor em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Instituições jurídico-políticas pela Universidade do Federal de Santa Catarina; Professor e Pesquisador da Universidade do Oeste de Santa Catarina; cristhian.demarco@unoesc.edu.br

denam a reparação da falta de amor, ou o desamor, atitudes que visivelmente causam danos, e sim, penalizam a violação dos deveres morais pertencentes nos direitos embasados na formação da personalidade do filho rejeitado.

O dever de indenizar originário do abandono afetivo fundamenta-se no dano concreto à personalidade do indivíduo e no nexo causal; este pressuposto torna difícil o estabelecimento desse instituto, já a culpa, atualmente, não é indispensável à sua configuração (MADALENO, 2006, p. 167).

A ideia central das relações de direito de família não é a patrimonialização, e, por isso, é fundamental que se imponham certos limites e pressupostos específicos ao dever de indenizar decorrente do abandono afetivo (HIRONAKA, 2006, p. 133).

Todavia, percebe-se que os critérios adotados nos tribunais do nosso país referentes à compensação do dano moral podem variar bastante, porém, os mais comuns são as decisões que se utilizam do critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério referente à situação econômica, seja do causador do dano, seja da própria vítima (MORAES, 2009, p. 275).

Cavaliere Filho (1998, p. 60-68) especifica que o dano moral está intimamente ligado à dignidade do indivíduo:

[...] temos hoje o chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. E dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais. (CAVALIERE FILHO, 1998, p. 60-61).

O dano moral, em última análise, é uma violação à dignidade humana, a um princípio constitucional. Normalmente, o que fere a nossa dignidade é a humilhação, o constrangimento, a ofensa, a mágoa, e quando a jurisprudência optou por fazer decorrer o dano moral desses sentimentos, acertou acerca de sua real natureza jurídica (MORAES, 2009, p. 132).

Nesse sentido, os preceitos da Constituição Federal e do Código Civil referentes a atos praticados, em geral, às relações civis, passam a constar também nas relações familiares, de maneira especial, às parentais como forma de respeitar a probabilidade natural de responsabilização daqueles que, investidos do poder familiar, exercem posição de responsabilidade (BASTOS, 2008, p. 65).

Dessa maneira, a ação de indenização proposta por filho contra pai, pleiteando a reparação pecuniária contra o seu genitor, que, mesmo cumprindo o dever de prestação alimentícia, não se fazia presente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se consolidado que é necessária a observação de cada caso concreto e o real objetivo do pedido, evitando, dessa forma, que se faça uma monetarização do afeto, “[...] pois é necessário se sentir como filho e não como caça-níquel.” (BERNARDES, 2005, p. 1).

Percebe-se que a grande preocupação dos nossos tribunais, bem como dos operadores do direito, é no que se refere à comercialização do afeto; a finalidade é vedar exageros, por isso a indicação de utilização com cautela da ação de indenização de danos morais por abandono afetivo.

Segundo Branco (2006, p. 20), a prática da responsabilidade civil nas relações de direito de família não busca a obtenção de vantagens econômicas por parte da vítima, pois isso somente contribuiria para a desagregação desta instituição, sendo inadmissível que a família

se resumisse a vínculos monetários. Ao contrário disso, o que se procura é uma profunda análise, dentro da lei vigente em nosso país, da utilização de mecanismos que vedem os abusos praticados por aqueles que, acreditando não existir qualquer sanção, violam os direitos mais fundamentais de pessoas que deles deveriam receber amparo.

Nessa linha, Groeninga (2010), afirma que a ampliação do conhecimento interdisciplinar proporcionou nossa capacidade de reflexão do que nos torna humanos, seguindo a evolução do conhecimento e das relações sociais, os Direitos da Personalidade. Desse modo, surgem as demandas por danos morais por abandono afetivo, em virtude de um conhecimento que trouxe à luz a responsabilidade.

Pertinente é a colocação de Branco (2006, p. 48), a respeito do caráter dúplice do dano moral, mencionando que ao disponibilizar à vítima do dano moral uma forma de tutelar seu interesse violado, o direito está exercendo uma dupla função de sentido pedagógico, pois na relação jurídico-obrigacional, constituída entre ofendido e ofensor, surge uma resposta do Estado, o qual, mesmo não reparando o dano causado, procura compensar o mal sofrido, dentro do que lhe compete fazê-lo, haja vista o dinheiro poder oferecer conforto e alento à vítima. A forma preventiva da sanção não se limita aos indivíduos diretamente ligados à obrigação de reparação, fazendo-se refletir: “[...] por todo o tecido social, pois, a exemplo do que ocorre com as normas penais, atua na consciência coletiva, fazendo com que os indivíduos naturalmente possam se abster de comportamentos que porventura lhes imponham responsabilização.”

Outra questão relevante a respeito do tema consiste na afirmação de que não se pode obrigar ninguém a amar outra pessoa, feita pelo Relator Desembargador Mazoni Ferreira (SANTA CATARINA, 2009):

O abandono afetivo do pai em relação ao filho não dá direito à indenização por dano moral, eis que não há no ordenamento jurídico obrigação legal de amar ou de dedicar amor, até porque, o laço sentimental é algo profundo que vai se desenvolvendo com o passar do tempo, e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.

Esse argumento não deve servir de respaldo para que o responsável se exonere pelo abandono afetivo cometido, *pois vai de encontro aos direitos básicos da criança, adolescentes e dos idosos*, os quais merecem uma atenção especial por parte da família, da sociedade e do Estado.

É óbvio que não se pode cobrar amor de ninguém. Não se pode obrigar os pais a amarem seus filhos, tampouco os filhos a amarem e honrarem seus pais, porém, deve-se ao menos permitir que o prejudicado receba a devida indenização pelo dano que lhe foi causado. Disso decorre o caráter pedagógico do instituto da responsabilização civil por abandono afetivo praticado, pois, além de uma forma de sanção para aqueles que abandonam afetivamente, também serviria como um desestímulo àqueles que, porventura, possam causar tal tipo de dano.

Em 2008 foi proposto pelo Deputado Federal Carlos Bezerra, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 4.294/08, o qual acrescentaria um parágrafo ao artigo 1.632 da Lei n. 10.406, de Janeiro de 2002 – Código Civil: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral.” No mesmo projeto, almeja-se que o artigo 3º da Lei n. 10.741,

de 1º de outubro de 2003 – Estatuto do Idoso – preveja o direito à indenização por dano moral advindo do abandono afetivo de idosos por parte de seus filhos.

Nesse caso, o parágrafo único do artigo 3º da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), passaria a vigorar como parágrafo 1º, sendo acrescido o parágrafo 2º ao artigo: “§ 2º O abandono afetivo *sujeita os filhos* ao pagamento de indenização por dano moral.” (grifo nosso).

Dentro da justificativa desse projeto de lei, o Deputado Carlos Bezerra afirma que o envolvimento familiar deve abranger também questões éticas. No âmbito das relações familiares, além do auxílio material, os responsáveis devem despender, reciprocamente, amparo moral, oferecendo apoio, afeto e atenção; além disso, prossegue:

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.

Nas palavras do relator do referido projeto, Deputado Geraldo Thadeu, quanto à importância da temática explicita o seu papel dentro do âmbito familiar: “[...] é necessário conscientizar os autores do abandono afetivo do abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitar a mesma conduta, por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente.”

Todavia, mesmo que o referido projeto não seja aprovado, não há óbice que se utilize a analogia, para colmatar alguma lacuna que porventura se tenha a respeito da responsabilização civil pelo abandono afetivo, não deixando de se manifestar por falta de lei específica.

Nesse sentido, Dias (2010, p. 26) afirma que na omissão do legislador em regular situações que devam ser tuteladas, estas devem ser “[...] preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção e nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei.”

E continua, mencionando que o fato da lei não abarcar certas situações específicas, não quer dizer que não exista o direito à tutela. A falta de lei não significa falta de direito, “[...] nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática.” (DIAS, 2010, p. 26).

Assim, uma vez verificada a possibilidade jurídica de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo do idoso, é importante constatar-se em que direção estão os pronunciamentos judiciais referentes à matéria.

3 DANO MORAL E ABANDONO AFETIVO NA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais do Brasil no que se refere ao reconhecimento do afeto e da responsabilidade civil pelo abandono afetivo vêm modificando, paulatinamente, seus fundamentos e preceitos.

A importância do afeto e da manutenção dos vínculos familiares foi manifestada em decisão judicial do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em quem, amparados no artigo 229 da Constituição Federal, os desembargadores concederam mandado de segurança para que se pudesse reduzir a carga horária e a remuneração de um filho único, para que cuidasse do

seu pai, um idoso doente. A decisão foi fundamentada no princípio da efetividade máxima das normas constitucionais, conforme segue:

Mandado de Segurança – Princípio da efetividade máxima das normas constitucionais – Pedido de redução de carga horária, com redução de salário, formulado por filho de pessoa idosa objetivando assistir-lhe diante da doença e solidão que o afligem – Cuidados especiais que exigem dedicação do filho zeloso, única pessoa responsável pelo genitor – Dever de ajuda e amparo impostos à família, à sociedade, ao Estado e aos filhos maiores ordem concedida. (AC 2005.0110076865 – TJDF – 5ª Turma Cível, Relator Desembargador João Egmont, 26.4.2007). (AC 2005.0110076865 – TJDF – 5ª Turma Cível, Relator Desembargador João Egmont, 26.4.2007).

Outra questão relevante consiste na manutenção dos vínculos familiares entre o idoso e seus entes, e, por isso, tem-se admitido, também, o direito de visitas ao idoso, conforme o julgado a seguir.

Direito de Visita – Regulamentação – Filha impedida de visitar a mãe – Violação, em tese, ao direito de convivência familiar, assegurado pelo artigo 3º, da Lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso – Presença de interesse processual da filha – Extinção do processo afastada – Recurso provido (AC 387.843-4/5-00 – TJSP – 3ª Câmara Direito Privado – Rel. Des. Donegá Morandini, 30.8.2005). (SÃO PAULO, 2001 apud FREITAS JUNIOR, 2008, p. 15).

Esse caso apenas ilustra que o idoso não deve ser afastado de sua família, apenas em casos de violência ou se ele mesmo assim o quiser, porém nada deve ser forçado, nem mesmo o convívio familiar. O afeto dispensado ao idoso deve fazer parte da família de maneira natural e espontânea.

No que se refere à questão dos danos morais por abandono afetivo do idoso, tema mais específico, ainda não houve posicionamento nos tribunais brasileiros. Os julgados já existentes, que concernem ao abandono afetivo da criança e do adolescente, podem servir de paradigma para a aplicação judicial da responsabilidade civil por abandono afetivo do idoso.

São três os principais casos em que houve condenação por abandono afetivo de menor. O primeiro caso tramitou na 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul, autuado sob o n. 141/1030012032-0. Nesse caso, julgado em setembro de 2003, pelo Juiz Mário Romano Maggioni, o pai foi julgado à revelia e condenado ao pagamento de R\$ 48.000,00. O processo transitou em julgado na primeira instância e está em fase de execução de sentença, conforme se infere do *site* oficial do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O caso de maior repercussão na mídia brasileira foi o julgamento proferido em abril de 2004 pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na Apelação Cível n. 408.550-5, em que foi relator o Desembargador Unias Silva. Ao reformar a decisão de primeira instância, o tribunal condenou o pai a pagar ao filho a importância de R\$ 44.000,00 como indenização por danos morais em razão de abandono afetivo. A ementa do julgamento é a seguinte:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade humana. (MINAS GERAIS, 2004).

O julgado foi reformado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 757.411-MG. O argumento constitucional do tribunal mineiro que invocava o princípio da dignidade humana foi abandonado, passando-se à aplicação do Código Civil brasileiro então em vigor, sobre responsabilidade civil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1926 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

Recurso especial conhecido e provido.² (MINAS GERAIS, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça, além de afirmar estar-se valendo das disposições aplicáveis à responsabilidade civil, sustentou, argumentativamente, que eventual condenação do pai a pagar os danos morais ao filho não ajudaria a melhorar a relação entre ambos, e que o Poder Judiciário não pode obrigar alguém a amar.

Com argumentos mais consentâneos com o constitucionalismo contemporâneo, especialmente no que diz respeito à eficácia do princípio da dignidade humana, aliado ao princípio da solidariedade e aos demais princípios constitucionais constantes do artigo 227 da Lei Fundamental, deve-se observar o raciocínio desenvolvido pelo Desembargador Unias Silva, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao relatar o processo de Apelação Cível n. 408.550-5:

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. (MINAS GERAIS, 2004).

Houve, ainda, a decisão da 31ª Vara Cível de São Paulo, que não alçou aos Tribunais Superiores, na qual o pai foi condenado a pagar ao filho a quantia aproximada de 190 salários mínimos, sob os seguintes argumentos expressados pelo Juiz Luis Fernando Cirillo:

[...] paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. [Apesar de considerar não ser razoável que um filho] “[...] pleiteie em Juízo indenização do dano moral porque não teria recebido afeto de seu pai,” [o ilustre magistrado sentenciante, ponderou de outro norte que] “[...] não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens”. (SÃO PAULO, 2004).

Essas foram as decisões favoráveis mais conhecidas, as quais determinam a condenação por danos morais em decorrência de abandono afetivo. Em Santa Catarina, o Egrégio Tribunal de Justiça já decidiu favoravelmente em casos semelhantes.

Em relatório lavrado pelo Desembargador Monteiro Rocha, a 2ª Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, condenou um pai ao pagamento de R\$ 40.000,00, a título de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo:

Haja vista a imprescindibilidade da presença paterna na existência do indivíduo e, tendo em conta os efeitos negativos da ausência do pai na vida do filho, é inegável que o abandono afetivo constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana em processo de desenvolvimento e hábil a gerar dano moral.

Entre os princípios constitucionais aplicáveis ao caso vertente, nomeia-se os seguintes: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da igualdade e respeito à diferença; c) princípio da solidariedade familiar; d) *princípio da proteção integral a crianças, adolescentes e idosos*; e) *princípio da afetividade*. Verifica-se pelo processado que os princípios da solidariedade familiar, da afetividade, da proteção integral às crianças e da dignidade da pessoa humana foram desatendidos sem qualquer repulsa. (SANTA CATARINA, 2009, grifo nosso).

Não houve recurso especial ou extraordinário interposto pela parte sucumbente, tendo o feito transitado em julgado em 16 de março de 2009.³

No mesmo sentido, a Apelação Cível n. 2006.024404-0, de São José, cujo Relator fora o mesmo Desembargador Monteiro Rocha. A 4ª Câmara de Direito Civil decidiu em 18 de setembro de 2008 – com trânsito em julgado em 31 de outubro de 2008 – no seguinte sentido:

Haja vista a imprescindibilidade da presença paterna na existência do indivíduo e, tendo em conta os efeitos negativos da ausência do pai na vida do filho, é inegável que o abandono afetivo constitui ato atentatório à dignidade da pessoa humana em processo de desenvolvimento, hábil a gerar dano moral. (SANTA CATARINA, 2008).

Por questão de compromisso científico, deve-se informar aqui, também, que há diversos julgados proferidos pelo tribunal catarinense denegando o direito à indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo. Exemplificativamente, estão: Apelação Cível n. 2006.017863-1, de Lages, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior; Apelação Cível n. 2010.026873-7, de Criciúma, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato; Apelação Cível n. 2006.012075-7, de Mafra Relator: Des. Mazoni Ferreira; Apelação Cível n. 2010.023344-2, de Imbituba, Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari; Apelação Cível n. 2006.007021-8, de Blumenau, Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta; Apelação Cível n. 2008.057288-0, de Criciúma, Relator: Des. Fernando Carioni; Apelação Cível n. 2010.029238-1, de Blumenau, Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato.

Todos esses acórdãos amparam-se no artigo 159 do antigo Código Civil ou no artigo 186 do novo Código Civil, aduzindo como principais razões de decidir: O não preenchimento dos pressupostos para a caracterização do dever de indenizar, especialmente, não comprovação do dano; e a impossibilidade de indenizar-se a falta de afeto.

Como já mencionado neste trabalho a temática é de recente apreciação pelos tribunais brasileiros. Os pronunciamentos não são uníssonos, o que é uma característica do próprio Direito. Não obstante, o objetivo deste trabalho é posicionar-se em favor da defesa da dignidade

humana como princípio constitucional ético e dotado de eficácia jurídica. Toda a legislação infraconstitucional, inclusive o Código Civil, deve ser interpretado conforme a Constituição.

Nota-se, também, que não há decisão judicial analisando algum caso de abandono afetivo ao idoso. Os princípios constitucionais protetivos aos idosos decorrem principalmente dos artigos 229 e 230 da Constituição Federal:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Dessa forma, se a Constituição estabelece uma norma jurídica, preconizando que os filhos maiores têm o “dever” de ajudar e amparar os pais na velhice, não se pode conceber que tal norma permaneça como “letra morta”. Dessa norma decorrem princípios já aceitos pelos tribunais: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da igualdade e respeito à diferença; c) princípio da solidariedade familiar; d) princípio da proteção integral a crianças, adolescentes, jovens e idosos; e) princípio da afetividade. Nas palavras de Mello (2000, p. 748), violar-se um princípio é mais grave do que a violação de regras. Vale o excerto:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2000, p. 748).

Ao analisar o abandono afetivo das crianças e dos adolescentes, os acórdãos citados enfrentam as consequências psíquicas e sociais que tal ilícito acarreta, notadamente o dano moral. Com os idosos, as consequências não são menores. Depois de despender grande parte de sua vida em favor do desenvolvimento familiar e social, espera-se receber, na velhice: atenção, acompanhamento, ajuda e afeto de seus entes queridos.

As situações, obviamente, devem ser analisadas caso a caso, cabendo ao Poder Judiciário efetivar uma justa ponderação dos valores envolvidos em cada litígio, sempre no sentido de proporcionar a máxima efetividade do princípio constitucional da dignidade humana, agindo, assim, corretiva e preventivamente.

4 CONCLUSÃO

A relevância do afeto nas relações familiares vem tomando grandes proporções, e, dessa forma, tendo o seu reconhecimento no mundo jurídico, sendo totalmente plausível a possibilidade da indenização pelos danos morais decorrentes do abandono afetivo, exercendo a res-

ponsabilização civil de caráter dúplice, ou seja, o ressarcimento e a coercitividade, objetivando coibir a conduta omissiva por parte do filho(a) em relação ao seu pai ou mãe.

Em que pese os tribunais relutarem um pouco quanto ao dano moral por abandono afetivo, em especial o Tribunal de Santa Catarina, o qual se demonstra contrário à responsabilização civil por abandono afetivo praticado, fundamentando que não se deve comercializar o afeto; as doutrinas, bem como os juristas brasileiros estão enfatizando a importância do afeto nas relações familiares e sua possível indenização moral pelo abandono afetivo.

Assim, dentro do que foi pesquisado, conclui-se que com as mudanças que vêm ocorrendo na esfera do dano moral e da relevância do afeto para o Direito de Família, a indenização pelos danos morais por abandono afetivo tem respaldo legal, possibilitando a apreciação dos tribunais brasileiros em favor do abandonado, no caso, o idoso, não com o intuito de mercantilizar o afeto, mas, utilizar-se do caráter pedagógico e sancionatório que o instituto visa, ensinando e punindo aqueles que acham que somente os bens materiais é que têm importância.

Daños morales por abandono afectivo de ancianos: protección de los derechos civiles fundamentales

Resumen

En este artículo se pretende estudiar una nueva materia en el derecho civil brasileño, que consiste en realizar un derecho fundamental en virtud del artículo 229 de la Constitución. Se trata de la protección de las relaciones familiares sobre el afecto debido a los ancianos. "Los niños mayores tienen el deber de ayudar y asistir a sus padres en la vejez, la necesidad o enfermedad." De esta norma, debemos preguntarnos si, de acuerdo con la ley brasileña, es posible la condena de los niños debido a los daños morales derivados de distancia emocional cometidos contra sus padres ancianos. Este es el tema abordado en este trabajo.

Palabras-clave: Daño moral. La distancia emocional. Anciano. Los derechos fundamentales.

Notas explicativas

¹Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Interessantes são os fundamentos utilizados pelo Magistrado ao reconhecer o direito à indenização por abandono afetivo: "[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei n. 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança." Concluindo que "[...] a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos." (Espaço Vital. Acesso em: 11 jan. 2005. Disponível em: <<http://www.espacovital.com.br/colunaespacovital18062004a.htm>>).

²Os argumentos das partes, consoante resumo efetivado pelo Ministro Relator Fernando Gonçalves, são os seguintes: "Sustenta o autor, nascido em março de 1981, que desde o divórcio de seus pais em 1987, época do nascimento da filha do recorrente com sua segunda esposa, por ele foi descurado o dever de lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar. Aduz não ter tido oportunidade de conhecer e conviver com a meia-irmã, além de ignoradas todas as tentativas de aproximação do pai, quer por seu não comparecimento em ocasiões importantes, quer por sua atitude displicente, situação causadora de extremo sofrimento e

humilhação, restando caracterizada a conduta omissa culposa a ensejar reparação. O genitor, a seu turno, esclarece ser a demanda resultado do inconformismo da mãe do recorrente com a propositura de ação revisional de alimentos, na qual pretende a redução da verba alimentar. Aduz ter até maio de 1989 visitado regularmente o filho, trazendo-o em sua companhia nos finais de semana, momento em que as atitudes de sua mãe, com telefonemas insultuosos e instruções ao filho para agredir a meia-irmã, tornaram a situação doméstica durante o convívio quinzenal insuportável. Relata, além disso, ter empreendido diversas viagens, tanto pelo Brasil quanto para o exterior, permanecendo atualmente na África do Sul, comprometendo ainda mais a regularidade dos encontros. Salienta que, conquanto não tenha participado da formatura do filho ou de sua aprovação no vestibular, sempre demonstrou incentivo e júbilo por telefone. Afirma, nesse passo, não ter ocorrido qualquer ato ilícito.”

³ Nesse caso, houve inclusive condenação por danos morais à mãe, em decorrência da violação ao princípio da dignidade humana: “Diante do exposto, entendo que o ato omissivo praticado pelo requerido caracteriza ofensa não apenas à dignidade do filho, mas também à dignidade da mãe, caracterizando afronta aos princípios éticos e morais regentes das relações familiares, razões pelas quais se imputa ao réu, substituído pelo espólio de G. P., a responsabilidade civil pelos danos morais enfrentados pela autora e decorrentes do abandono afetivo do menor.” (idem).

REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliene Ferreira. A responsabilidade civil pelo vazio do abandono. In: BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, A. F. (Org.). **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. **Pai biológico ou afetivo? Eis a questão**. 2005. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=195>. Acesso em: 13 nov. 2010.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 608.869**. Rio de Janeiro. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma. Decisão em 9 dez. 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

DIAS, Maria Berenice. A ética na jurisdição da família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. (Org.). As famílias de hoje. In: **Direito de Família & Interdisciplinaridade**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Paternidade homoparental. In: **Direito de Família e Psicanálise rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GROENINGA, Giselle Camara. Família: um caleidoscópio de relações. In: GROENINGA, Giselle Camara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família e Psicanálise rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

_____. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. **O direito à integridade psíquica**. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=189>>. Acesso em: 13 mar. 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 899 p.

_____. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos Idosos**. São Paulo: LTr, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6247>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MINAS GERAIS (Estado). **Apelação Cível n. 408.550-5**, Minas Gerais. Relator: Des. Unias Silva, Sétima Câmara Cível. Julgado em 29 abr. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes de. Do Direito de Família. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Da afetividade à efetividade do amor nas relações de família**. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira.

PINHEIRO, Naide Maria. **Estatuto do idoso comentado**. 2. ed. rev., atual e ampl. Campinas: Servanda, 2008.

PONTES, Patrícia Albino Galvão. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). **Estatuto do idoso comentado**. 2. ed. rev., atual e ampl. Campinas: Servanda, 2008.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. A pessoa idosa e sua convivência em família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTA CATARINA (Estado). **Apelação Cível n. 2002.010521-5**. Des. Volnei Carlin, Primeira Câmara de Direito público, 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/0408/dj11500.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

_____. **Apelação Cível n. 2005.005850-1**, Xaxim. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil. Decisão em 28 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6293226/apelacao-civel-ac-58501-sc-2005005850-1-tjsc>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

_____. **Apelação Cível n. 2005.026871-7**, Campos Novos. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil. Decisão em 4 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6285597/apelacao-civel-ac-268717-sc-2005026871-7-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

_____. **Apelação Cível n. 2006.013658-5**. Relator: Trindade dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil. Decisão em 17 jan. 2008.

_____. **Apelação Cível n. 2006.015053-0**, São José. Relator: Monteiro Rocha. Julgado em 16 mar. 2009.

_____. **Apelação Cível n. 2006.024404-0**, São José. Relator: Monteiro Rocha. Quarta Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 18 set. 2008.

_____. **Apelação Cível n. 2007.025477-6**, Tubarão. Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil. Decisão em 5 out. 2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/institucional/diario/a2007/20070023100.PDF>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

_____. **Apelação Cível n. 2007.025832-7**, Xaxim. Relator: Des. Substituto Henry Petry Junior, Terceira Câmara de Direito Civil. Decisão em 14 jul. 2008.

_____. **Apelação Cível n. 2007.057380-3**, Florianópolis. Relator: Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil. Decisão em 30 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6294388/apelacao-civel-ac-573803-sc-2007057380-3-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Apelação de Rito Sumário n. 937.949-7. Juiz Antônio Carlos Malheiros, Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 790, p. 248-249, 2001.

_____. **Processo n. 000.01.036747-0**. 31ª Vara Cível Central de São Paulo. Julgado em 7 jun. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEREJO, Lourival. **Direito Constitucional da Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. 248 p.

SILVA, Américo Luís da. **O dano moral e sua reparação civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Charlotte Nagel De Marco, Cristhian Magnus De Marco

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Método, 2008. v. 2.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.