



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

ROSA FRANCISCA ROCHA MONTENEGRO LEAL

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

**JOÃO PESSOA
2019**

ROSA FRANCISCA ROCHA MONTENEGRO LEAL

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

L435r Leal, Rosa Francisca Rocha Montenegro.
Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo do Idoso /
Rosa Francisca Rocha Montenegro Leal. - João Pessoa,
2019.
54 f.

Orientação: Rodrigo Azevedo Toscano de Brito.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Responsabilidade civil. 2. Abandono afetivo. 3.
Idoso. I. Brito, Rodrigo Azevedo Toscano de. II. Título.

UFPB/CCJ

ROSA FRANCISCA ROCHA MONTENEGRO LEAL

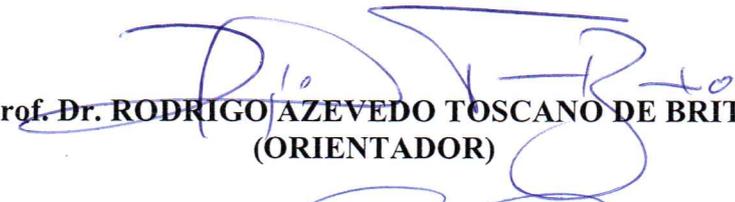
RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Azevedo Toscano de Brito

DATA DA APROVAÇÃO: 23 DE SETEMBRO DE 2019

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. ALFREDO RANGEL RIBEIRO
(AVALIADOR)


Prof. Dra. RAQUEL MORAES DE LIMA
(AVALIADORA)

AGRADECIMENTOS

À Deus e a Nossa Senhora de Fátima por me concederem a vida e estarem ao meu lado em todos os momentos, especialmente nos mais difíceis. Aos meus pais, por todo carinho, amor, suporte e dedicação que me deram, desde quando era apenas um ideal e sequer existia. Aos familiares, por sempre me incentivarem na caminhada. Aos amigos, por acompanharem de perto cada conquista, comemorando comigo as alegrias e dividindo os momentos difíceis.

Aos meus colegas de turma e aos verdadeiros amigos que a Universidade Federal da Paraíba me presenteou, por compartilharem comigo cada momento da graduação, dos risos sem motivo aparente às lágrimas de apreensão e incertezas, vocês foram imprescindíveis nesta caminhada.

Ao meu orientador, Professor Rodrigo Toscano, a quem admiro desde que tive a oportunidade de ser sua aluna pela primeira vez, pelo apoio e encaminhamentos dados a este trabalho monográfico.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente contribuíram para que este momento se concretizasse, os meus mais sinceros agradecimentos.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, *caput*, elegeu a família como base da sociedade, conferindo-lhe especial proteção do Estado. Neste sentido, através do artigo 229, determina que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, surgindo a partir dos mencionados dispositivos o arcabouço protetivo do Idoso, cujo ápice foi o advento da Lei n.º 10.741/03, que detalha e tutela de maneira pormenorizada os direitos da pessoa idosa. Assim é que o presente trabalho monográfico, através de pesquisa qualitativa, realizada por meio do método dedutivo e de procedimentos técnicos bibliográficos e documentais, analisa a temática da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo do Idoso. Para tanto, inicialmente é feita uma análise sobre a pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro, passando pela Constituição e seus princípios, cujo máximo expoente é a dignidade da pessoa humana, até chegar ao Estatuto do Idoso, microssistema que reconhece a hipossuficiência da pessoa idosa e expõe minuciosamente os seus direitos. Em seguida, passa-se ao estudo do instituto da responsabilidade civil e possibilidade de sua aplicação no Direito de Família. Por fim, debruça-se sobre a concepção do afeto enquanto objeto juridicamente tutelado pelo Estado, explanando sobre a obrigação de amparo dos filhos em relação aos pais idosos, para efetivamente compreender a possibilidade de reparação civil em razão abandono afetivo dos pais idosos.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Abandono afetivo. Idoso.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PESSOA IDOSA	8
2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DE FAMÍLIA	8
2.1.1. O caráter principiológico da Constituição	9
2.1.2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito de Família	10
2.1.3. O Princípio da Solidariedade Familiar.....	12
2.1.4. O Princípio da Afetividade	13
2.2 A PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
2.2.1 A Lei nº 8.842/94	16
2.2.2 A Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso.....	17
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
3.1 CONCEITUAÇÃO E BREVES CONSIDERAÇÕES.....	20
3.1.1 Elementos ou pressupostos da Responsabilidade Civil.....	22
3.1.1.1 A conduta humana	23
3.1.1.2 A culpa lato sensu	24
3.1.1.3 O nexo de causalidade	25
3.1.1.4 O dano ou prejuízo	28
3.2 RELEVANTES DISTINÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	29
3.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO	30
4 O ABANDONO AFETIVO INVERSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS.....	33
4.1. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA.....	33
4.2 O AFETO ENQUANTO OBJETO JURIDICAMENTE TUTELADO.....	34
4.3 DA OBRIGAÇÃO DE AMPARO DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS	36
4.4 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL.....	37
4.5 QUESTOES CONTROVERTIDAS DO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO.....	44
4.5.1 Ameaça de abandono afetivo e vícios do negócio jurídico	44
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo, é notório o aumento da expectativa de vida da população e, portanto, da população idosa, fato que vem despertando a atenção dos operadores do direito principalmente quanto às relações e consequências jurídicas advindas com o envelhecimento.

Neste sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 230, dispõe que as pessoas idosas devem ser amparadas pela família, pela sociedade e pelo Estado, de forma a assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, sendo-lhes garantido, acima de tudo, o direito à vida. Neste diapasão, visando a tutela dos direitos da pessoa idosa, adveio ao ordenamento jurídico a Lei n.º 10.741/2003, mais conhecida por Estatuto do Idoso, que tutela uma série de direitos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Ademais, a Constituição Cidadã elegeu a família como base da sociedade, e dispôs, no artigo 229, que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar seus pais na velhice, da mesma forma que estes têm o dever de assisti-los enquanto civilmente incapazes. Portanto, cumpre aos filhos zelar e amparar seus pais quando estes já estiverem em idade avançada, necessitando de cuidados a ela inerentes.

Conforme se verificará neste trabalho monográfico, o dever de amparo ao idoso vai além de simples obrigações de dar ou fazer, entrando no campo da afetividade, que vem ganhando destaque em razão da sua subjetividade. É certo que, apesar do forte vínculo que, via de regra, une pais e filhos, pode acontecer de não haver amor e afeto de um para com o outro, e, em decorrência disto, não ser prestada a devida assistência na velhice.

No entanto, a ausência de vínculos afetivos suficientemente fortes não isentam os filhos do dever de amparo - material e imaterial - aos seus pais, além do dever jurídico de cuidado, surgindo então a ideia do abandono afetivo do idoso, visando a condenação dos filhos à reparação civil por danos morais.

2 O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A PESSOA IDOSA

O envelhecimento é situação natural, inerente ao ser humano e, assim, inevitável. Considerando que o Direito visa regulamentar as diversas nuances e situações próprias do ser humano, não seria diferente com o fenômeno do envelhecimento.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1940, a expectativa de vida era de 45,5 anos e em 2017 chegou a 76 anos, ou seja, entre os anos de 1940 e 2017 a expectativa de vida no Brasil aumentou em 30 anos e meio. Ainda, cumpre destacar que na década de 40, a cada mil pessoas que atingiam os 65 anos de idade, somente 259 atingiriam 80 anos ou mais, já em 2017, a proporção aumentou para 632 idosos dos mil iniciais que se tornam octogenários¹.

Resta evidente que, com o envelhecimento da população surgem demandas cada vez mais específicas e recorrentes, sendo necessário que o Direito seja chamado a regulamentar, intervir e efetivar os direitos das pessoas idosas, atuando tanto abstratamente, quando do processo legiferante, quanto no caso concreto, quando é demandado para tanto.

Enquanto Lei Maior de um Estado, a Constituição traça um arcabouço protetivo em linhas gerais, mas incisivo, ficando pormenorizado o tratamento jurídico da população idosa na legislação infraconstitucional, com destaque para a Lei nº 10.741/03.

Partindo deste contexto, este capítulo analisará a proteção do idoso no ordenamento jurídico pátrio, partindo da Constituição Federal, passando pelos principais princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, até chegar ao Estatuto do Idoso.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 é fruto de um contexto de ruptura com o regime autoritário que vigeu no Brasil por mais de 20 anos, sendo marcado por uma série de restrições de direitos e da liberdade, motivo pelo qual a sociedade ansiava por uma carta política garantista, capaz de instituir um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Neste contexto, o povo, através de seus representantes, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil.

¹Informações disponibilizadas no site do IBGE através do link <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23200-em-2017-expectativa-de-vida-era-de-76-anos>>. Acesso em: 12/08/2019.

Conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet², a Constituição Cidadã apresenta o Princípio da Dignidade Humana e o Título dos Direitos e Garantias Fundamentais antes mesmo de tratar acerca da organização do Estado, demonstrando a preocupação com a tutela dos direitos humanos, tanto que eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de fundamento do Estado³, e, ainda, elege os direitos e as garantias fundamentais como cláusulas pétreas, de modo que qualquer proposta tendente a aboli-los⁴ sequer pode ser objeto de deliberação.

No que tange a seara do Direito de Família - assim como para os outros ramos da Ciência Jurídica - a Constituição Federal de 1988 representa um grande marco histórico na medida em que rompe com uma visão essencialmente patrimonialista e confere um arcabouço protetivo fundado na dignidade da pessoa humana, elegendo a “pessoa”, em toda a sua subjetividade, como elemento central, conforme se demonstra na presente monografia.

2.1.1. O caráter principiológico da Constituição

A Lei Maior possui, indiscutivelmente, um caráter principiológico, ou seja, além das regras, a Constituição é regida por uma série de princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico. Os princípios caracterizam-se pela sua função hermenêutica, atuando como verdadeiros vetores tanto no momento de elaboração quanto no de aplicação das normas positivadas ao caso concreto, harmonizando e integrando o texto constitucional.

O princípios fundamentais de um Estado, segundo Walber Agra⁵, "funcionam como elemento de conexão entre a realidade social e o texto constitucional, impedindo a proliferação de aparentes lacunas ou de antinomias, evitando que o choque entre a realidade fática e a realidade jurídica prejudique a eficácia das normas". Outrossim, destaca o autor que

Os princípios fundamentais apresentam uma densidade de legitimidade muito mais intensa do que a maioria das normas contidas na Constituição, em razão de que possibilitam um consenso nos diversos setores da sociedade. São normas que gozam de tamanho assentimento no universo jurídico que não há obstáculos à sua concretização, ao menos no plano teórico. Como são princípios fundamentais, em caso de aparente antinomia com outros princípios devem prevalecer em detrimento dos demais⁶.

² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 12. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2017. - (Série IDP). - E-pub.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019. Art. 1º, III.

⁴ *Idem*. Art. 60, §4º, IV.

⁵ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 138.

⁶ AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 141.

Assim, depreende-se que os princípios fundamentais são o alicerce de todo o ordenamento, e, portanto, do texto constitucional. No que tange ao Direito de Família, possuem grande destaque o da solidariedade, o superprincípio da Dignidade Humana, e o da afetividade, sendo que este último ganha cada vez mais evidência, sendo constantemente invocado pelos Tribunais.

2.1.2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito de Família

A dignidade da pessoa humana ganha o *status* de superprincípio haja vista ser o núcleo fundamental, absoluto e inerente ao ser humano, que precede qualquer ordenamento, configurando-se como pressuposto básico para a atuação estatal, que, partindo da concepção de igualdade, tem o dever de assegurar o desenvolvimento de seus cidadãos em sua plenitude.

Dessa maneira, ao elevar a dignidade humana ao patamar de princípio máximo, a Constituição estabelece uma barreira intransponível, de modo que as restrições impostas pelo legislador não podem ultrapassar aquele limite. Assim, é no campo do Direito de Família que dito superprincípio é de sobremodo evidenciado em virtude de seu intrínseco grau de subjetividade.

Conforme ensina Flávio Tartuce⁷, o Direito de Família é o ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana intervém de modo mais evidenciado, ressaltando, contudo, a dificuldade de conceituar e ver tal princípio ser concretizado, haja vista tratar-se de uma cláusula geral. Destaca, ainda, que o Código de Processo Civil⁸ determina que os magistrados, ao aplicar o ordenamento, devem atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, é latente a influência da Lei Maior e de seus princípios na Codificação Civil, e, por conseguinte, no Direito de Família. À luz do mencionado caráter principiológico da Lei Maior, vem se solidificando o estudo dos institutos de direito privado a partir da

⁷TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5 : Direito de Família. 12. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

⁸BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 de julho de 2019. Art. 8º.

Constituição, de modo a interpretar o Direito Civil sob a perspectiva daquela, método de interpretação que vem sendo denominado de Direito Civil Constitucional.

Em virtude dessa nova maneira de interpretar o Direito de Família é que Cristiano Chaves de Farias⁹ destaca a necessidade de uma concepção contemporânea e plural deste ramo jurídico, que esteja aliado à própria evolução das famílias, sendo formado por uma série de normas-princípios e normas-regras responsáveis pela regulamentação das relações advindas do vínculo afetivo, visando a promoção da personalidade humana, gerando efeitos pessoais, assistenciais e patrimoniais.

Outrossim, é notória superação da família sob a ótica do Código Civil de 1916, essencialmente patrimonialista, em que a instituição familiar era encarada como unidade econômica e reprodutiva. A partir de 1988, a pessoa humana, em sua essência, foi elevada ao centro do ordenamento, de modo que a família passa a ser encarada como o primeiro e principal meio de promoção da dignidade e da realização de seus membros, representando a base da sociedade.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias leciona que a família funda-se “em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles”¹⁰, sendo estes os grandes valores da família contemporânea.

Em sua concepção atual, a família configura-se como um meio de promoção da pessoa humana, abandonando a vertente patrimonialista do Código Civil de 1916 e assumindo uma feição cada vez mais de cunho afetivo, fundada no diálogo, na confiança, na intimidade entre os seus membros. Deste modo, é deixada de lado “uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana”¹¹.

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 43.

¹⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 36.

¹¹FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 37.

A partir dessa nova compreensão, tem-se a concepção de família eudemonista, a medida em que a entidade familiar serve de instrumento para a promoção e desenvolvimento da personalidade de seus membros, promovendo a dignidade da pessoa humana, atendendo aos princípios constitucionais da igualdade substancial e da solidariedade. Portanto, “a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana”¹².

2.1.3. O Princípio da Solidariedade Familiar

Além da dignidade da pessoa humana, outro princípio de extrema relevância para o Direito de Família, é o da Solidariedade, que encontra previsão no texto constitucional¹³, ao reconhecer a solidariedade social como um dos objetivos fundamentais do país, no intuito de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para além do art. 3º da CF/88, a solidariedade retira fundamento também de outros dispositivos da Lei Maior, à exemplo do dever de proteção assegurado a criança e ao adolescente tanto pela família, quanto pela sociedade e pelo Estado¹⁴, sendo estes também solidariamente responsáveis por amparar as pessoas idosas, defendendo-os em sua dignidade e bem-estar¹⁵.

Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias assevera que a família deve ser um espaço de convivência harmoniosa e de integração social¹⁶, de maneira que seus membros são solidariamente responsáveis uns pelos outros, o que engloba assistência material e imaterial ou afetiva.

Na mesma linha do último civilista, Flávio Tartuce ressalva que a solidariedade ultrapassa o aspecto patrimonial, englobando também os aspectos afetivos e psicológicos,

¹²FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 41.

¹³BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 19 de julho de 2019. Art. 3º, I.

¹⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019. Art. 227, *caput*.

¹⁵*Idem*. Art. 230, *caput*.

¹⁶FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 130.

entendendo ser um ato de responder e cuidar uns dos outros, de modo que o princípio da solidariedade familiar gera o respeito e consideração recíprocos entre os familiares¹⁷.

A partir deste princípio, sem prejuízo de outros, advêm as obrigações alimentares, que são mútuas, mas que inicialmente são dos pais para com seus filhos, enquanto estes não possam responsabilizar-se pela própria subsistência, e, em seguida, dos filhos em relação aos seus genitores.

Assim, tem-se que, em decorrência do Princípio da Solidariedade, todos os membros das famílias são obrigados solidariamente uns com os outros, visando a construção de um lar saudável, cujas relações sejam tão intensas que um possa buscar e encontrar amparo no outro quando for necessário, o que engloba tanto o campo material quanto o moral e afetivo.

2.1.4. O Princípio da Afetividade

Restando claro o caráter principiológico da Constituição Federal de 1988, e em decorrência da dignidade da pessoa humana, o Princípio da Afetividade vem sendo apontado como um dos grandes norteadores do Direito de Família. É neste sentido que Flávio Tartuce ressalta que este ramo do Direito Civil deve ser analisado

do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional. Isso porque, no seu atual estágio, *o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade*, frase que é sempre repetida e que pode ser atribuída a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka¹⁸.

No que tange à importância do princípio em análise, o autor acima citado destaca¹⁹ as palavras da juspsicanalista Giselle Câmara Groeninga, segundo a qual

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade²⁰.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito de família* - v.5 / Flávio Tartuce. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 40-41.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 5: *Direito de Família*/ Flávio Tartuce. - 12. ed., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 17.

¹⁹ *Idem*. p. 28.

²⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira*. São Paulo: RT, 2008. v. 7. p. 28.

É de suma importância a diferenciação dos conceitos de afeto e de amor, que muitas vezes são utilizados como sinônimos. Nas palavras de Tartuce, o “afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas”²¹. Em sua acepção positiva, o afeto é, por excelência, o amor, enquanto que na acepção negativa, o afeto se traduz em ódio, oposto daquele sentimento.

Para o citado autor, não há dúvida de que a afetividade representa um princípio jurídico aplicável na seara do Direito de Família. Entretanto, existem entendimentos divergentes na doutrina brasileira, à exemplo de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que não enxergam a afetividade enquanto princípio. Para estes, “se princípio jurídico fosse, o afeto seria exigível, na medida em que todo princípio jurídico tem força normativa e, por conseguinte, obriga e vincula os sujeitos”²², de modo que o afeto permeia as relações familiares mas não se pode exigí-lo de outra pessoa, não sendo vinculante e obrigatório, seria então a afetividade um postulado mas não um princípio fundamental.

O entendimento supramencionado, entretanto, é minoritário, sendo que a afetividade vem sendo entendida pela grande maioria da doutrina - à exemplo de Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce, Pablo Stolze e de Rodolfo Pamplona, além de outros nomes do Direito Civil - bem como pelos Tribunais pátrios enquanto verdadeiro princípio, inerente ao Direito de Família.

Com todo o respeito que a doutrina minoritária merece, filiamo-nos ao entendimento prevalente, adotando e entendendo o Princípio da Afetividade como norteador das relações familiares e suas consequências jurídicas.

Apesar de não reconhecerem a afetividade enquanto princípio, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que a família funda-se “em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles”²³, e aqui se concorda integralmente com os autores.

Ao longo da evolução histórica da humanidade, a concepção de família passou por diversas transformações. A família patriarcal e patrimonialista, evoluiu até a concepção atual

²¹ TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no Direito de Família. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%AADlia+>>. Acesso em: 09/08/2019.

²²FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p.57.

²³FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 36.

do instituto, fundada em laços de afeto e de solidariedade recíproca entre seus membros, com diversas composições e acepções, mas sempre elegendo o ser humano como elemento central, considerando-o em toda a sua dignidade.

Dizer que as relações familiares estão sedimentadas por laços afetivos não significa, ao contrário do que se costuma pensar, que os envolvidos têm a obrigação de amar uns aos outros, mas tão somente que, enquanto membros de uma mesma família, estão unidos pelo vínculo especial da afetividade, devendo respeitar-se e serem mutuamente solidários. Trata-se de um vínculo permanente, que não se extingue por um ato de vontade, mas somente em razão de cessação da vida, e aqui se justifica o fundamento do princípio em análise.

É o dever de solidariedade recíproca advindo da afetividade que lhe confere o status de princípio, uma vez que as obrigações em razão deste têm como ponto de partida a afetividade enquanto elemento essencial das relações familiares, mas não como sinônimo de amor.

Portanto, entender a afetividade como princípio fundamental para o Direito de Família não significa entender que as pessoas unidas por esse vínculo têm obrigação de se amar, mas tão somente que, já que compõem uma família, têm um dever de amparo uns para com os outros.

Em que pese não estar de maneira explícita no texto constitucional, a afetividade advém do superprincípio da dignidade humana, do entendimento da pessoa enquanto um ser dotado de subjetividade, fruto das experiências vividas ao longo da vida, em que a família é elemento central e fundamental para a construção da identidade. É neste sentido que Rolf Madaleno ensina que “a afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação, de casamento e união estável e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto”²⁴.

2.2 A PROTEÇÃO À PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da conjuntura acima introduzida, o Direito confere à pessoa idosa especial proteção, a partir da Constituição Federal, que, em seus artigos 229 e 230, estabelece o arcabouço para a proteção do idoso, impondo aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar

²⁴MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 36.

seus pais na velhice, carência ou enfermidade, buscando assegurar-lhes a sua participação na comunidade, o direito à vida, defendendo-os em sua dignidade e bem-estar. A partir destes dispositivos, ensina Rolf Madaleno que, no tocante

à inserção do idoso no âmbito de proteção fundamental de sua dignidade humana, não sendo do desconhecimento público que as pessoas de mais idade têm sido vítimas da omissão de seus familiares, da sociedade e do Estado. Discriminado isolado pela família e pela sociedade por culpa de sua fragilidade física e mental, deixa o idoso de ser considerado útil e experiente, e passa a representar um peso morto na produtividade, notadamente diante das rápidas transformações tecnológicas, e da facilidade com que os mais jovens se adaptam ao seu aprendizado. Apenas têm sobrevivido à constante discriminação e ao isolamento familiar os idosos de classes mais favorecidas, sendo respeitados por suas posses e por seu conhecimentos cultural²⁵.

Sob a ótica constitucional, a família passa a exercer, portanto, um papel de verdadeiro mecanismo para a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a Carta Magna, ao assegurar aos idosos o dever de amparo integral, bem como a sua inserção na participação da vida em comunidade, sendo-lhes garantidos os direitos inerentes a uma existência digna, elevou a proteção da pessoa idosa à categoria de princípio, sendo que uma de suas maiores manifestações é na seara do Direito de Família.

Imperioso reconhecer, portanto, a necessidade de um tratamento especial as pessoas em idade avançada, protegendo-os integralmente, contra qualquer ameaça ou violação aos seus direitos.

2.2.1 A Lei nº 8.842/94

Também conhecida por Política Nacional do Idoso, a referida lei objetivou "assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade"²⁶, logo após o cenário de proteção à pessoa idosa criado pela Constituição Cidadã.

Dentre os princípios regentes da Política²⁷, merecem destaque o que determina o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar ao idoso todos os direitos relacionados

²⁵MADALENO, Rolf. Direito de Família. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book. p. 96.

²⁶BRASIL. Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em: 12/08/19. Art. 2º.

²⁷BRASIL. Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em: 12/08/19. Art. 3º.

a sua cidadania, defendendo-os em sua dignidade e bem-estar. Ainda, que o idoso não deve sofrer quaisquer discriminações.

A Política Nacional do Idoso buscou, então, implementar diretrizes para que as pessoas idosas encontrassem respaldo jurídico, no intuito de garantir um envolvimento e consequente engajamento do idoso na vida em sociedade. Para tanto, foram estabelecidas as seguintes diretrizes:

Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;

II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

IV - descentralização político-administrativa;

V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;

VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;

VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;

IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social²⁸.

Assim, a Política Nacional do Idoso foi implementada com o intuito de oferecer maior respaldo à pessoa idosa, determinando as diretrizes que alicerçaram as bases para o advento do Estatuto do Idoso, que viria a tutelar os direitos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos de forma minuciosa alguns anos mais tarde.

2.2.2 A Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso

A fim de efetivar os direitos e garantias conferidos à pessoa idosa estabelecidos pelo constituinte originário, adveio a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, popularmente conhecido por "Estatuto do Idoso", responsável pela tutela específica dos direitos das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

²⁸BRASIL. Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em: 12/08/19.

O referido microsistema é composto por normas definidoras de direitos fundamentais, cuja a aplicação é imediata, haja vista decorrerem diretamente da Constituição Federal.

Logo em seus primeiros artigos, o Estatuto assegura ao idoso todos os direitos resultantes em razão do próprio postulado da dignidade humana, à exemplo do direito a vida, à liberdade e a preservação de sua integridade física, sem prejuízo dos demais.

Ora, evidente que a pessoa idosa goza dos mesmos direitos intrínsecos aos seres humanos de quaisquer faixas etárias, de modo que, partindo do próprio Texto Constitucional, e reconhecendo o Princípio da Isonomia, não seria necessário a edição de uma legislação própria. Entretanto, o legislador quis salvaguardar as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos, reconhecendo a sua vulnerabilidade em relação às demais, para que não restassem brechas para a violação de seus direitos. Neste sentido, a Lei nº 10.741/03 é enfática ao dispor que

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade²⁹.

Oportuno destacar que o envelhecimento é fenômeno natural e que, o reconhecendo como tal, o Estatuto o legitima enquanto direito personalíssimo, sendo a sua proteção um direito social³⁰, e, por esta razão, "é dever de todos prevenir a ameaça ou a violação aos direitos do idoso"³¹.

Sempre à luz da Lei Maior, o microsistema protege as pessoas idosas de qualquer tipo de negligência, violência, discriminação ou crueldade, seja praticada pela sociedade em geral, seja em razão da atuação estatal ou, ainda, por aqueles que devem, ou ao menos deveriam, lhes oferecer o maior cuidado, os seus filhos.

Pois bem, o Estatuto responsabiliza a sociedade, o Estado e a família, não restando dúvidas quanto ao dever de cuidado dos filhos para com os seus pais, que além da previsão constitucional, encontra guarida na Lei nº 10.741/03 quando esta dispõe que:

²⁹BRASIL, Lei 10.741/03. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 12/08/2019.

³⁰ BRASIL, Lei 10.741/03. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 14/08/2019. Art. 8º.

³¹ BRASIL, Lei 10.741/03. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 14/08/2019. Art. 4º, §1º.

Art. 3º. É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária³².

Em que pese tal responsabilidade devesse ser natural, advinda das relações de afetividade, em certas ocasiões há necessidade de recorrer ao arcabouço protetivo conferido pelo Estado para a efetiva tutela de direitos. Assim, reconhecer o dever dos filhos em relação aos cuidados com os seus pais na velhice se reveste, no mínimo, de reciprocidade e reconhecimento com quem lhes ofereceu amparo integral, físico e psíquico, quando eram frágeis e vulneráveis.

O Estatuto do Idoso representa, portanto, o reconhecimento da fragilidade da pessoa idosa e a necessidade de assegurar-lhes proteção integral, em todos os aspectos de sua vida, permitindo que seus últimos anos sejam vividos em sua plenitude, condizente com a dignidade da pessoa humana, com o Princípio da Isonomia e com a Constituição Cidadã, refletindo, inclusive, os ideais de justiça social.

³²BRASIL, Lei 10.741/03. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 09/08/2019.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto da Responsabilidade Civil pode ser analisado enquanto meio jurídico apto a tentar restabelecer um equilíbrio anteriormente existente, mas que que fora quebrado em virtude de um dano sofrido por um bem juridicamente tutelado, que pode ser de cunho patrimonial ou extrapatrimonial.

No presente capítulo, além de sua conceituação, serão analisados os pressupostos essenciais para gerar o dever de reparação, distinções necessárias a correta compreensão do instituto, bem como os critérios utilizados para fixar o valor do *quantum* indenizatório.

3.1 CONCEITUAÇÃO E BREVES CONSIDERAÇÕES

Segundo os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³³, para a ciência jurídica, a responsabilidade é uma obrigação derivada em razão das consequência jurídicas de um fato anteriormente praticado, de modo que se traduz como um dever jurídico sucessivo.

Sendo assim, a Responsabilidade Civil se configura quando alguém, ao cometer um ato ilícito, viola uma norma jurídica preexistente, causando danos materiais ou morais a outrem, o que faz surgir a obrigação de reparar o dano, visando retornar ao *status quo ante*, mantendo o equilíbrio nas relações.

Para Flávio Tartuce³⁴, por ato ilícito pode se compreender aquele praticado em detrimento da ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a terceiros, e, em razão de sua ocorrência, surge o dever de reparação do dano. Dessa forma, ensina o civilista que

o ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei, sendo por isso, chamados de involuntários. Quando alguém comete um ato ilícito há a infração de um dever e a imputação de um resultado³⁵.

³³GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 46.

³⁴TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 470.

³⁵TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 470.

O Código Civil de 2002 conceitua o ato ilícito como sendo "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"³⁶.

Ademais, em evolução ao Código Civil de 1916, a atual codificação também entende como prática de ato ilícito o abuso de direito, ou seja, quando um ato é inicialmente lícito mas, por exacerbar os limites impostos pela boa-fé objetiva, pelo bons costumes, ou, ainda, pelo seu fim econômico ou social, nos termos de seu art. 187³⁷.

Antes de dar continuidade ao presente trabalho monográfico, cumpre realizar uma breve contextualização histórica acerca da evolução da Responsabilidade Civil até a sua concepção atual.

Pois bem, nos primórdios da humanidade, o homem costumava defender-se das agressões sofridas da mesma maneira e com igual intensidade, sobrepondo-se um espírito de vingança pura e simples, remontando à Lei de Talião, cuja maior expressão é a famosa expressão “olho por olho, dente por dente”.

Com a evolução humana, o instituto foi evoluindo, à exemplo da possibilidade de composição voluntária, entre vítima e agressor, de modo que ambos poderiam conciliar e estabelecer uma forma de reparação de acordo com a infração, o que se denominou de composição tarifada, trazida no bojo da Lei das XXII Tábuas.

Ato contínuo, marco histórico de extrema relevância, ocorreu com o advento da Lei Aquiliana, que passou a conferir a possibilidade de substituir a simples vingança - que era a regra de outrora - por uma penalidade de cunho pecuniário a título de reparação do dano causado a outrem, de tal maneira que aquela Lei, conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz,

veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente³⁸.

Portanto, a Lei Aquiliana foi a precursora para o que hoje é denominada de Responsabilidade Civil Extracontratual, também chamada pela doutrina de Responsabilidade Civil Aquiliana.

³⁶BRASIL. Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14/08/2019. Art. 186.

³⁷Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁸DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b. v.7. p. 28.

Entretanto, cumpre ressaltar que apesar de a referida lei ter sido introduzida à época da vigência da Lei das XXII Tábuas, em que não havia a presença do elemento culpa, este também não existia na Lei Aquiliana desde o princípio, tendo sido acrescentado somente após a concepção de que haveria o dever de indenizar mesmo que a culpa fosse extremamente leve, que remonta à Ulpiano. Somente a partir desta concepção é que o elemento “culpa” passou a despontar como sendo regra no Direito comparado³⁹.

O mencionado elemento “culpa”, *lato sensu*, somado à conduta - comissiva ou omissiva -, ao nexos de causalidade e ao dano efetivamente causado compõem os pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, que serão melhor analisados em tópico a seguir⁴⁰.

Fato é que, atualmente, em razão do fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado ou Direito Civil Constitucional⁴¹, segundo bem ensina Flávio Tartuce, “a responsabilidade civil deve ser encarada no ponto de vista da personalização do Direito Privado, ou seja, da valorização da pessoa em detrimento da valorização do patrimônio (despatrimonialização)”⁴².

3.1.1 Elementos ou pressupostos da Responsabilidade Civil

Após a conceituação e uma melhor compreensão acerca da evolução do instituto, é de grande importância a análise de seus elementos, também denominados de pressupostos, uma vez que, quando presentes, acarretam o dever de indenizar.

Para a doutrina majoritária, dentre os quais se destacam Tartuce⁴³ e Carlos Roberto Gonçalves⁴⁴, existem quatro pressupostos para o dever de indenizar, quais sejam, a conduta humana, a culpa genérica ou *lato sensu*, o nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

³⁹TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 449.

⁴⁰*vide* item 3.2.

⁴¹Trata-se de de um caminho metodológico através do qual “se busca analisar os principais institutos privados não só à luz do Código Civil e dos estatutos jurídicos importantes, mas também sob o prisma da Constituição Federal de 1988 e dos princípios constitucionais”. (TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 456.).

⁴²TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 458.

⁴³TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil/ Flávio Tartuce. - 12. ed., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 431.

⁴⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 32.

Segundo a corrente minoritária, apenas a conduta, o nexo de causalidade e o dano são pressupostos da responsabilidade civil, de maneira que a culpa *lato sensu* é considerada um elemento accidental. A esta corrente filiam-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, esclarecendo que o art. 186 do CC/02, que conceitua o ato ilícito, ao fazer menção a “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”,

a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)⁴⁵.

Em que pese máximo respeito aos doutos civilistas, filiamo-nos à corrente majoritária, entendendo ser a culpa, em sentido amplo, um dos pressupostos do instituto da Responsabilidade Civil. Analisemos, então os referidos pressupostos.

3.1.1.1 A conduta humana

A conduta humana, enquanto elemento apto a gerar o dever de indenizar, pode ser entendida como uma ação ou omissão do ser humano capaz de causar um dano ou prejuízo a outrem. Assim, a Responsabilidade Civil pode se configurar a partir de uma conduta positiva - uma ação - ou negativa - omissão.

O ponto crucial para a compreensão do pressuposto em análise é seu caráter voluntário. Cumpre ressaltar que a voluntariedade implica a liberdade de escolha de um agente imputável, na sua capacidade de discernir sobre seus atos e suas consequências, ou seja, trata-se do discernimento necessário para agir conscientemente⁴⁶.

Quando se refere ao elemento volitivo da conduta humana não se entende, portanto, como sendo a intenção de causar dano a outra pessoa, mas somente na consciência do que está fazendo⁴⁷.

Quanto à maneira como a conduta humana se exterioriza, pode ser positiva, ou seja, uma ação, ou negativa, quando se revela por uma omissão. A regra é a ação, já para que se configure a omissão,

⁴⁵GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 69.

⁴⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 73.

⁴⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 74.

é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica). Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado⁴⁸.

Assim, seja através de uma ação ou omissão, a conduta humana voluntária é imprescindível para o cometimento do ato ilícito e, em consequência, para o dever de reparação.

3.1.1.2 A culpa *lato sensu*

Em seu sentido amplo, a culpa engloba o dolo, que se configura quando há uma violação intencional de um dever jurídico, e a culpa *stricto sensu*, que resulta de uma negligência, imprudência ou imperícia do agente causador do dano.

A previsão legal do dolo enquanto pressuposto da responsabilização civil encontra-se na expressão “ação ou omissão voluntária” do já citado artigo 186⁴⁹ da codificação civil. Depreendendo que somente pode causar um dano as condições que sejam aptas a produzi-lo, Flávio Tartuce⁵⁰ entende que o atual Código Civil adotou a Teoria da Causalidade Adequada, de modo que quando o dano resta configurado, somente a conduta comissiva ou omissiva que o originou era apta a lhe dar causa. Ainda, quando o agente deseja o resultado alcançado, ele deve indenizar a pessoa lesada em sua integralidade, atendendo ao Princípio da Reparação Integral dos Danos, consoante disposição da codificação privada⁵¹.

Enquanto ao agir dolosamente o agente o faz pretendendo alcançar o resultado, na culpa *stricto sensu* não é possível encontrar na conduta a intenção de alcançá-lo. Isto porquê ao violar o dever jurídico que já existia, o agente não o faz com o intuito de atingir o resultado danoso.

Assim, comumente se remonta ao conceitos do Direito Penal para definir que a culpa estará caracterizada quando o resultado vem a ocorrer em razão de imprudência, negligência ou imperícia do agente. Imprudente é a conduta comissiva associada a falta de cuidado, já a negligência advém da mesma ausência de cuidado mas somado a uma omissão, e a imperícia está relacionada a capacidade profissional.

⁴⁸TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 516.

⁴⁹Vide nota de rodapé número 36.

⁵⁰TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 520.

⁵¹Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Embora ao Direito Civil não importe as classificações do Direito Penal para o elemento culpa, a graduação da culpa do ofensor é levada em consideração no momento da quantificação pecuniária a título de reparação civil. No que tange à indenização, o art. 944⁵² do Código Civil estabelece uma relação de proporção entre a extensão do dano causado e o *quantum* indenizatório, sendo possível a sua redução em virtude da graduação da culpa do agente. A partir daquele artigo, tem-se que a codificação privada adota a Teoria da Causalidade Adequada, que visa adequar o valor da indenização ao grau de culpa do ofensor.

Quanto à reparação por danos morais e ao grau de culpabilidade, o Enunciado n. 458, da V Jornada de Direito Civil, dispõe que “o grau de culpa do ofensor ou a sua eventual conduta intencional deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”. Outrossim, o Enunciado n. 455, da mesma Jornada, estabelece que

embora o reconhecimento dos danos morais se dê em numerosos casos independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência⁵³.

Ainda em relação a atribuição dos valores reparatórios, importante dispositivo é o art. 945⁵⁴ da codificação civil. A seu respeito, o Enunciado n. 630 do Conselho da Justiça Federal elucida que

culpas não se compensam. Para os efeitos do art. 945, do Código Civil, cabe observar os seguintes critérios: (i) há diminuição do ‘quantum’ da reparação do dano causado quando, ao lado da conduta do lesante, verifica-se ação ou omissão do próprio lesado da qual resulta o dano, ou o seu agravamento, desde que, (ii) reportadas ambas as condutas a um mesmo fato, ou ao mesmo fundamento de imputação, conquanto possam ser simultâneas ou sucessivas, devendo-se considerar o percentual causal do agir de cada um.

Assim, a indenização deve estar adequada a conjuntura do caso concreto, devendo o magistrado, no momento do cálculo do montante apto à reparar o dano, considerar todas circunstâncias envolvidas.

3.1.1.3 O nexó de causalidade

⁵²Vide nota de rodapé n. 51.

⁵³Ressalte-se que ambos os enunciados (n. 455 e 458) são de autoria do ilustre professor da Casa, Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha.

⁵⁴Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Também denominado de nexa causal, configura-se como a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado dela decorrente, constituindo, nas palavras de Tartuce⁵⁵, “o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil”. Dessa maneira, o nexa de causalidade é o liame necessário apto a gerar o dever de reparação, sendo que na responsabilidade subjetiva o nexa é estabelecido pela culpa *lato sensu*, conforme se depreende do art. 186 do CC/02.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam, entretanto, que embora este pareça ser um elemento de fácil compreensão, há uma certa complexidade em seu entendimento, sendo que

uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexa causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço⁵⁶.

Neste sentido, a partir da complexidade deste elemento, cumpre elencar as principais teorias ao seu respeito, a fim de melhor compreendê-lo. Consoante os supra referidos civilistas, três teorias merecem destaque, quais sejam, a da equivalência de condições, a da causalidade adequada, e a da causalidade direta ou imediata.

Para a primeira, também conhecida por *conditio sine qua non*, todo e qualquer fato que tenha relação com o dano gerado ensejam a responsabilização civil, sendo que não é a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro. De acordo com a segunda, a Teoria da Causalidade Adequada, “somente o fato relevante ou causa necessária para o evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem”⁵⁷. Já para a Teoria do Dano Direto ou Imediato, apenas o que efetivamente for resultante da conduta do agente é que deve ser reparado, de forma que, caso haja uma interrupção do nexa causal por uma causa superveniente, esta suspende a responsabilização do agente pelos fatos anteriores a ela.

⁵⁵TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 537.

⁵⁶SERPA LOPES *apud*GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 144.

⁵⁷TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 540.

Quanto à teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, há divergências. Para Flávio Tartuce⁵⁸, o Código Civil adota a Teoria da Causalidade Adequada, a partir do que se denota de seus arts. 944 e 945. Já Gagliano, Pamplona Filho⁵⁹ e Carlos Roberto Gonçalves entendem que a codificação filia-se a Teoria da Interrupção do Nexo Causal, partindo da análise do art. 403 do CC/02.

A jurisprudência também não é uníssona em relação ao tema, sendo possível encontrar julgados que adotam ambas as teorias, senão vejamos as seguintes ementas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. SISTEMA NACIONAL DE COOPERATIVAS DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DAS COOPERATIVAS CENTRAIS E DOS BANCOS COOPERATIVOS. INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE CONFORME ATRIBUIÇÕES LEGAIS E REGULAMENTARES. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICÁVEL. MERO CUMPRIMENTO DE DEVER NORMATIVO. **TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA**. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO. CADEIA DE SERVIÇO. NÃO COMPOSIÇÃO⁶⁰. (*Destacamos*).

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CONDUTA OMISSIVA. FORNECIMENTO INADEQUADO DE MEDICAMENTO. AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEXO DE CAUSALIDADE. **TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO**. NÃO CONFIGURAÇÃO⁶¹. (*Grifo nosso*).

Ainda, cumpre a ressalva de que há julgados em que ambas as teorias são elencadas como se fossem uma só, a exemplo do trecho extraído de julgado do STJ:

Consoante a jurisprudência desta Corte, "na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a **teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato**, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403)" (STJ, REsp 1.307.032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 01/08/2013). No mesmo sentido: STJ, REsp 669.258/RJ, Rel.

⁵⁸TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 539.

⁵⁹GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 153.

⁶⁰STJ - REsp: 1535888 MG 2015/0130964-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/05/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464676956/recurso-especial-resp-1535888-mg-2015-0130964-4?ref=serp>>. Acesso em: 18/08/2019.

⁶¹STF - ARE: 1130542 DF - DISTRITO FEDERAL 0004246-45.2015.8.07.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/05/2018, Data de Publicação: DJe-097 18/05/2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583000709/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1130542-df-distrto-federal-0004246-4520158070001?ref=serp>>. Acesso em: 18/08/19.

Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/03/2009⁶².
(*Grifamos*).

Dessa maneira, é notório que não há um consenso quanto à teoria adotada, entretanto, a confusão jurisprudencial e doutrinária pode ser justificada em razão de as teorias da causalidade adequada e a do dano direto e imediato serem extremamente próximas e ambas encontrarem respaldo no Código Civil⁶³, de maneira que quem defende a primeira o faz a partir da redação dos arts. 944 e 945, enquanto os partidários da segunda extraem o fundamento do art. 403, todos da codificação privada.

Apesar de muito próximas, Tartuce ensina que há uma diferença sutil entre as teorias. Enquanto a Teoria do Dano Direto e Imediato lida com a exclusão total da responsabilidade em razão da obstrução do nexos causal, a Teoria da Causalidade Adequada “lida melhor com a concausalidade, isto é, com as contribuições de fatos para o evento danoso”⁶⁴.

3.1.1.4 O dano ou prejuízo

O dano é elemento indispensável para a Responsabilidade Civil, afinal, não haveria necessidade de indenização se não houvesse um prejuízo suportado por um terceiro. A respeito da imprescindibilidade deste pressuposto, cumpre fazer remissão aos ensinamentos de Cavaliere Filho, para quem

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar⁶⁵.

⁶²STJ - AgInt no AREsp: 654499 RN 2015/0012492-9, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 15/08/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505201470/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-654499-rn-2015-0012492-9/inteiro-teor-505201502?ref=serp>>. Acesso em: 18/08/19.

⁶³TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 545.

⁶⁴TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 545.

⁶⁵CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>>. Acesso em: 19 de agosto de 2019. p. 102.

Portanto, o dano pode ser definido como uma “lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”⁶⁶. A partir deste conceito, conclui-se que tanto os interesses patrimoniais quanto os extrapatrimoniais podem ser lesionados, motivo pelo qual a responsabilidade pode ser a título de danos materiais ou morais.

Os danos materiais são aqueles que atingem o patrimônio do ofendido, que pode ser pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado, sendo que a sua quantificação não exige grandes esforços pelo operador do Direito.

Em relação ao dano moral, Flávio Tartuce leciona que se trata de uma lesão aos direitos da personalidade, de maneira que a sua quantificação, representa uma tarefa mais árdua para o jurista.

O dano moral decorre da lesão de direitos de cunho personalíssimo, de maneira que "trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade"⁶⁷, dentre os quais se destacam, o direito à vida, à integridade física, psíquica e moral. Ademais, ressalte-se que maiores considerações acerca do dano moral serão melhor trabalhadas no terceiro capítulo deste trabalho monográfico.

3.2 RELEVANTES DISTINÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Superada a análise dos pressupostos da Responsabilidade Civil, passamos a versar sobre classificações de grande importância no estudo do tema, sendo que a primeira delas é a distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual.

Pois bem, a responsabilidade civil contratual, conforme se deflui de sua denominação, pressupõe a existência de uma relação jurídica obrigacional anterior, que em razão do inadimplemento contratual, surge o dever de reparação do dano à parte lesada. Já na modalidade extracontratual não há uma relação obrigacional antecedente, mas um direito subjetivo que ao ser lesionado faz surgir a responsabilidade civil do ofensor.

A partir da responsabilidade civil extracontratual, outra distinção torna-se relevante para o presente trabalho, qual seja, quanto à culpabilidade do agente causador do dano. Neste sentido, a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva, distinguindo-se entre si em função

⁶⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 89.

⁶⁷GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 90.

da influência e da importância conferida ao grau de culpabilidade do agente ofensor. Explicase.

A responsabilidade objetiva encontra fundamento legal no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que merece ser integralmente transcrito, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (*Destacamos*).

Conforme se depreende do dispositivo, para que se configure a responsabilidade objetiva não é necessário a comprovação de culpa do ofensor, bastando que haja a previsão legal da responsabilidade ou, ainda, pela adoção da Teoria do Risco, ou seja, quando a atividade habitual desenvolvida pelo agente implica, pela sua própria natureza, em risco aos direitos de outra pessoa.

Desse modo, ainda que o ofensor não tenha qualquer grau de culpabilidade, ele será civilmente responsável, nascendo a obrigação de reparação do dano sofrido pelo ofendido.

Em contraposição à última modalidade, a responsabilidade civil subjetiva pressupõe certo grau de culpabilidade do agente para que possa se configurar, o que somente será verificado na análise do caso concreto. Assim, para que o ofendido possa pleitear indenização à título de reparação civil, é preciso que comprove a culpa *lato sensu* do ofensor - além dos outros pressupostos já discutidos - motivo pelo qual se remonta ao item 3.1. deste trabalho de conclusão de curso.

Cumprido destacar, ainda, que, ao considerar os elementos da Responsabilidade Civil - conduta, culpa *lato sensu*,nexo causal e dano - Flávio Tartuce conclui ser a responsabilidade civil subjetiva a regra em nosso ordenamento⁶⁸.

3.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Presentes os seus elementos, estará configurada a responsabilidade civil do ofensor do bem jurídico tutelado, visando a reparação do ofendido. Quanto a esta reparação, a doutrina destaca três funções muito evidentes, quais sejam: a) compensatória do dano à vítima; b) punitiva do ofensor; e c) desmotivação social da conduta lesiva.

⁶⁸TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 450.

Em relação à primeira, o que se deseja é o retorno ao *status quo ante*, ou seja, o retorno ao estado em que se encontrava o bem jurídico tutelado antes de ocorrer a lesão, sendo, pois, o objetivo primordial da reparação civil. Quando o dano é de cunho material, procura-se a restituição do bem que fora perdido e, caso não seja possível, é determinado um montante a título de indenização cujo valor corresponda ao bem. Entretanto, quando o bem jurídico violado é imaterial, o valor da indenização de cunho compensatório não é tarefa das mais fáceis, apresentando diversas nuances.

Quanto à função punitiva do ofensor, trata-se de aspecto secundário da reparação civil, mas não menos importante, vez que o valor fixado deve ser capaz de fazer o agente ofensor repensar caso queira voltar a praticar conduta semelhante⁶⁹.

Ademais, como terceira faceta do instituto, a reparação também revela o seu caráter socioeducativo, ou seja, exterioriza para a sociedade em geral que condutas que se assemelhem àquela não serão admitidas, e, caso venham a ocorrer, serão igualmente repreendidas.

Vistas as funções do instituto em análise, é de suma relevância debruçar-se sobre a maneira que os danos causados podem efetivamente ser reparados.

Pois bem, a partir dos conceitos de dano material ou patrimonial e de dano moral ou extrapatrimonial, tem-se que a reparação daquele é de fácil percepção e mensuração, não sendo possível dizer o mesmo em relação ao último. Isto porquê quando se está diante de um dano patrimonial, o bem jurídico atingido é facilmente quantificável, e, assim, de fácil reposição.

O mesmo não ocorre com os danos morais, uma vez que, segundo Stolze e Pamplona Filho⁷⁰, “a honra violada jamais pode ser restituída à situação anterior”, de tal modo que “a reparação, em tais casos, reside no pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada judicialmente, com o objetivo de possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão”.

⁶⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. **DANO MORAL**. RESSARCIBILIDADE. **DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO)**: (a) **CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO** (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) **NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA**. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. (STF, AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo n.º 364). (*Destacamos*).

⁷⁰GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 100.

Dessa maneira, quantificar, ou seja, conferir um valor que demonstre ser apto a reparar o dano moral sofrido, restabelecendo o seu estado de coisas anterior, configura atividade de certa complexidade, esclarecendo Cavalieri Filho que

não há um critério único para a quantificação do dano, recomendando a doutrina, a jurisprudência e a própria lei, dependendo do caso, critérios diferentes, tais como a razoabilidade, a ponderação, o arbitramento, a equidade, além do tradicional método matemático da diferença⁷¹.

O que se demonstra mais justo é que, no momento em que fixará o *quantum* indenizatório, o julgador, seja o juízo monocrático ou um tribunal, deve considerar a extensão do dano causado pelo ofensor, bem como as condições sociais, econômicas, culturais e psicológicas dos envolvidos.

Portanto, o valor correto da indenização será aquele apto a reparar o dano suportado pela vítima - sem, contudo, gerar o seu enriquecimento ilícito -, simultaneamente à sua capacidade de punir o ofensor, revestindo-se de um caráter socioeducativo, atendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, conforme se extrai do art. 944⁷² do Código Civil.

Traçado o panorama a respeito do instituto da Responsabilidade Civil, adentrem-nos na delicada seara das relações familiares, com as nuances decorrentes de seu elevado grau de subjetividade, quando finalmente se debruçará sobre o cerne deste trabalho monográfico, qual seja, a possibilidade de responsabilização civil dos filhos por abandonar afetivamente os seus pais idosos.

⁷¹CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>>. Acesso em: 19 de agosto de 2019. p. 175.

⁷²Vide nota de rodapé n. 51.

4 O ABANDONO AFETIVO INVERSO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS

Analisados o panorama geral da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro e compreendidos os principais aspectos sobre o instituto da Responsabilidade Civil, passamos a compreender a sua plena aplicação na seara do Direito de família.

Assim é que se verificará ser possível pleitear a responsabilização civil por abandono afetivo, em razão do descumprimento do próprio texto constitucional, que impõe o dever jurídico de cuidado entre os membros de uma família, e, por esta razão, as relações familiares devem ser norteadas pelo respeito e pela assistência mútuas. Neste sentido, lembram Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que, "é lícito asseverar que a família é espaço de integração social, afastando uma compreensão egoística e individualista das entidades familiares, para se tornarem um ambiente seguro para a boa convivência e dignificação de seus membros"⁷³.

Portanto, partindo da concepção de que a família é o ambiente próprio para o pleno desenvolvimento do ser humano e que as suas relações devem ser pautadas sob a ótica do cuidado e da responsabilidade entre seus membros, é que se mostra viável, e necessária, a reparação civil pelo abandono afetivo tanto dos pais em relação aos filhos, quanto o inverso, dos filhos em relação aos pais idosos, sendo este último o objeto deste trabalho monográfico.

4.1. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DE FAMÍLIA

Ao deixar de prestar a devida assistência aos seus pais, seja material ou imaterial, os filhos descumprem uma obrigação legalmente imposta, constituindo ato ilícito nos termos do artigo 186 do Código Civil, segundo o qual aquele que viola direito ou causa dano a outrem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, comete um ato ilícito.

⁷³FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil : Famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016. p. 130.

No que tange ao ato ilícito, conforme já abordado, este pode ser conceituado como sendo o “ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem”⁷⁴, e diante de sua ocorrência, nasce o dever de reparação do dano causado.

Quando da análise da Responsabilidade Civil, foi abordado que para que nasça o dever de reparar, é necessário que estejam presentes os pressupostos daquele instituto, quais sejam, conduta humana, a culpa *lato sensu*, o nexo de causalidade e o dano causado a um terceiro⁷⁵.

Assim, quando configurado o ato ilícito e presentes os pressupostos da reparação civil, advém o dever de reparação em favor da vítima, em consonância com o disposto no artigo 927 da Codificação Civil.

Apesar da subjetividade inerente às relações familiares, o Direito de Família, enquanto ramo da Ciência Jurídica, traça um arcabouço normativo, que, quando violado faz surgir o dever de reparação, buscando restaurar o *status quo ante* da vítima.

Ademais, repise-se que a Constituição Federal confere ampla proteção à família e aos seus membros, individualmente considerados. Portanto, mesmo diante de relações cujo liame é tão tênue, a responsabilização civil do ofensor é juridicamente viável - em virtude da própria proteção constitucional - e plenamente necessária. Neste sentido, de forma precisa e acertada, pontou a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andriahi, em seu voto no julgamento do Recurso Especial n.º 1.159.242-SP, que a questão "deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares"⁷⁶.

4.2 O AFETO ENQUANTO OBJETO JURIDICAMENTE TUTELADO

⁷⁴Vide nota de rodapé 35.

⁷⁵Vide item 3.1.1 Elementos ou pressupostos da Responsabilidade Civil

⁷⁶

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 08/09/2019.

Ao abordar o Princípio da Afetividade⁷⁷, destacamos que a corrente majoritária o compreende enquanto princípio norteador e viga mestre do Direito de Família, elegendo o afeto enquanto elemento central das relações familiares.

Refletindo o entendimento da doutrina predominante, os Tribunais pátrios vêm adotando e fundamentando seus julgados a partir da concepção da afetividade enquanto princípio vetor, sendo que as Cortes, com especial destaque para o Superior Tribunal de Justiça, têm pautado suas razões de decidir com base em tal compreensão⁷⁸.

Pois bem, ao elevar o afeto a categoria de elemento central, pode se considerar que dele parte, por ele perpassa e a ele retorna todo o cerne das relações, das discussões e das lides familiares. Assim, com a devida vênia aos que não se filiam a este entendimento, não vislumbramos razão não compreendê-lo enquanto valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Apesar do texto constitucional não utilizar os exatos termos “afeto” ou “afetividade”, elege expressamente a dignidade da pessoa humana como fundamento da República⁷⁹, ou seja, a Lei Maior determina que todo o ordenamento jurídico deve partir deste fundamento, que considera a “pessoa” e toda a subjetividade que lhe é inerente.

Assim, partindo dessa subjetividade, o que seriam das relações pessoais sem o afeto, seja ele positivo ou negativo? Relações mecanizadas, o que nem de longe retrata as sutilezas das relações humanas e familiares. Dessa maneira, ao nosso ver, compreender o afeto enquanto objeto juridicamente tutelado pelo ordenamento é uma consequência necessária.

Corroborando a concepção do afeto enquanto objeto juridicamente tutelado, no emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132 -

⁷⁷Vide item 2.1.4. O Princípio da Afetividade.

⁷⁸À exemplo, o STJ reconheceu a adoção póstuma a partir da premissa da “inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, diante da longa relação de afetividade”. Segue a ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE DO ADOTANTE. INEXISTÊNCIA. LAÇO DE AFETIVIDADE EM VIDA. DEMONSTRAÇÃO CABAL. 1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. 2. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção. 4. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1663137 MG 2017/0068293-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/08/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2017).

⁷⁹BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 de agosto de 2019. Art. 1º, III.

que reconheceu as uniões homoafetivas enquanto famílias, conferindo interpretação extensiva ao art. 226, da Constituição - o Ministro Celso de Mello, do STF, proferiu belíssimo voto⁸⁰, que, embora merecesse integral transcrição, destacam-se os seguintes trechos:

Com efeito, torna-se indiscutível reconhecer que o novo paradigma, no plano das relações familiares, após o advento da Constituição Federal de 1988, para fins de estabelecimento de direitos/deveres decorrentes do vínculo familiar, consolidou-se na existência e no reconhecimento do afeto. [...]. Cabe referir, por necessário, que esse entendimento - no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional - tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família”, p. 179/191, item n. 7, 2005, Del Rey – GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, “Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei no 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso”, p. 126/130, item n. 3.2.1, 2008, Atlas – MOACIR CÉSAR PENA JUNIOR, “Direito das Pessoas e das Famílias: doutrina e jurisprudência”, p. 10/12, item n. 1.5.2, 2008, Saraiva, v.g.), valendo destacar, em razão de sua extrema pertinência, a ênfase que PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI (“Manual da Homoafetividade”, p. 220/221, item n. 2.5.3, 2008, Editora Método) atribui ao afeto, nele divisando verdadeiro “princípio jurídico-constitucional”: [...]

"(...) Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal reconheceu o amor como o principal elemento formador da entidade familiar não-matrimonializada, alçou a afetividade amorosa à condição de princípio constitucional implícito, que pode ser extraído em função do art. 5.o, § 2.o, da CF/1988, que permite o reconhecimento de princípios implícitos por decorrentes dos demais princípios e do sistema constitucional (além dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte).

Essa evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, ‘o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável’, que tem, nele, o principal elemento para reconhecimento do ‘status’ jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.”.

Neste sentido, o afeto é elemento próprio e intrínseco às relações familiares, decorrendo, inclusive, do próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vetor de todo o ordenamento jurídico pátrio, de modo que os Tribunais já o reconhecem enquanto objeto da proteção jurídica do Estado.

4.3 DA OBRIGAÇÃO DE AMPARO DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS

⁸⁰(STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). Inteiro Teor disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 06/09/2019.

Conforme abordado nos capítulos anteriores, o ordenamento jurídico brasileiro confere especial proteção à família e à pessoa idosa, de maneira que Constituição Federal, nos arts. 229 e 230, representa a base do arcabouço protetivo, impondo aos filhos o dever de amparo aos pais na velhice, carência ou enfermidade, garantido-lhes o direito à vida e defendendo-os em sua dignidade e bem-estar.

Ainda, considerando que a proteção constitucional do idoso, bem como a ordem jurídica em sua totalidade, é norteadas - sem prejuízo dos demais - pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e, visando a tutela integral das pessoas idosas, adveio o Estatuto do Idoso, já abordado anteriormente⁸¹.

Apesar de a pessoa idosa ser detentora dos mesmos direitos que qualquer outro ser humano, independente de idade, o Estatuto reconheceu a hipervulnerabilidade desse grupo, pormenorizando uma série de direitos e garantias, dentre os quais destaca-se a proteção contra qualquer tipo de negligência, violência, discriminação ou crueldade.

Assim, a Lei nº 10.741/03, em seu art. 3º, atribuiu ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar ao idoso a efetivação de seus direitos, de maneira que não podem os filhos tentar se eximir da obrigação imposta tanto pelo constituinte originário quanto pelo legislador ordinário.

Quando na velhice, pois, os pais não só podem como devem recorrer aos seus filhos, seja para obter ajuda de ordem material ou imaterial, na tutela de seus direitos, de maneira a ajudá-los a viver os seus últimos anos de forma condizente com a dignidade da pessoa humana.

4.4 ABANDONO AFETIVO E DANO MORAL

Consoante anteriormente tratado, o dano causado pela conduta ilícita do agente agressor pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que quando este último se caracteriza, denomina-se de dano moral.

Quanto ao dano moral, o Superior Tribunal de Justiça entende que os bens jurídicos tutelados e cuja afronta enseja reparação por danos morais são os denominados de direitos da

⁸¹Vide item 2.2.2. A Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso.

personalidade, que reconhecem "a pessoa humana tomada em si mesma e as suas projeções na sociedade" e, ainda, que a dignidade humana é a essência de todos os direitos personalíssimos, sendo que a sua afronta é o que se denomina de dano moral⁸².

Acerca dos direitos da personalidade, Flávio Tartuce⁸³ observa que "têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa", e, dessa maneira, compreendem "os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual".

Assim, ensina o referido doutrinador que, "constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar em parte as consequências do prejuízo imaterial"⁸⁴.

Conforme se depreende de julgado do Supremo Tribunal Federal⁸⁵, o dano moral capaz de gerar a reparação civil é aquele que agride os valores da vítima, que humilha e lhe causa dor. Neste sentido, merece ressalva a distinção entre dano moral e mero aborrecimento, sendo que os pequenos transtornos do cotidiano não podem ser confundidos com a ofensa a um

⁸²DIREITO CIVIL. POSSIBILIDADE DE ABSOLUTAMENTE INCAPAZ SOFRER DANO MORAL. O absolutamente incapaz, ainda quando impassível de detrimento anímico, pode sofrer dano moral. O dano moral caracteriza-se por uma ofensa, e não por uma dor ou um padecimento. Eventuais mudanças no estado de alma do lesado decorrentes do dano moral, portanto, não constituem o próprio dano, mas eventuais efeitos ou resultados do dano. Já os bens jurídicos cuja afronta caracteriza o dano moral são os denominados pela doutrina como direitos da personalidade, que são aqueles reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade. A CF deu ao homem lugar de destaque, realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. A dignidade humana pode ser considerada, assim, um direito constitucional subjetivo - essência de todos os direitos personalíssimos -, e é o ataque a esse direito o que se convencionou chamar dano moral. (REsp 1.245.550-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/3/2015, DJe 16/4/2015). Ementa publicada no Informativo n.º 559 do STJ. Acesso em: 06/09/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270559%27>>. Acesso em: 08/09/2019.

⁸³TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral - v. 1 / Flávio Tartuce. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 229.

⁸⁴TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 592.

⁸⁵CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: CABIMENTO. INDENIZAÇÃO: DANO MORAL. I. - O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor. A perda de uma frásqueira contendo objetos pessoais, geralmente objetos de maquiagem da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável. II. - Agravo não provido. (STF - RE: 387014 SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 08/06/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 25-06-2004 PP-00057 EMENT VOL-02157-05 PP-00968).

direito da personalidade⁸⁶, tanto que o primeiro enseja a reparação à título de danos extrapatrimoniais e o segundo não, conforme vem entendendo a jurisprudência⁸⁷.

Feitas tais considerações acerca do dano moral, passa-se a análise do abandono afetivo e como ele enseja a obrigação de reparação civil.

Pois bem, conforme os ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, o abandono afetivo versa sobre os efeitos advindos com a negativa de afeto⁸⁸. A partir desta compreensão, lecionam os autores que aqueles que defendem a negativa de afeto enquanto elemento apto a gerar inúmeras sequelas psicológicas na vítima - a pessoa afetivamente abandonada - assim o fazem por entender que “caracterizaria um ato contrário ao ordenamento jurídico e, por isso, sancionável no campo da responsabilidade civil”⁸⁹. Já os que se opõem a este entendimento, defendem que a dedicação de uma pessoa a outra deve ser espontânea e a sua imposição desvirtuaria a essência do afeto, gerando a sua monetarização.

Não há dúvida quanto à relevância do afeto para o vínculo familiar, de maneira que o reconhecimento das relações afetivas como essenciais ao instituto da família e o seu decorrente dever de cuidado é de extrema importância para a caracterização do abandono afetivo e a conseqüente reparação.

Entretanto, mister recordar que dizer que as relações familiares estão sedimentadas por laços afetivos não significa que os envolvidos têm a obrigação de amar uns aos outros, mas

⁸⁶Neste sentido dispõe o Enunciado n.º 159 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, cujo teor se transcreve: "O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material".

⁸⁷APELAÇÃO CÍVEL - **RESPONSABILIDADE CIVIL** - BLOQUEIO DE CARTÃO BANCÁRIO - **MEROS ABORRECIMENTOS - DANO MORAL INEXISTENTE**. - Meros aborrecimentos não podem ser alçados ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias. (TJ-MG - AC: 10000190481101001 MG, Relator: Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento: 25/06/2019, Data de Publicação: 28/06/2019). (*Destaque nosso*).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA. **MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA**. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. 1. O Tribunal de origem, com base nos fatos e provas dos autos, concluiu pela ocorrência de mero dissabor, afastando o dano moral. A revisão do entendimento adotado encontra óbice no verbete 7 da Súmula desta Corte. 2. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 432443 SP 2013/0378503-1, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2014). (*Grifamos*).

⁸⁸GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 6 :direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 9. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 779.

⁸⁹GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 6 : direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 9. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub. p. 780.

apenas que, enquanto membros de uma mesma família, estão unidos por um vínculo especial de afetividade e, em virtude disto, devem ter respeito mútuo e serem solidários entre si.

Repise-se que afeto não é sinônimo de amor⁹⁰, sendo que o primeiro diz respeito a responsabilidade entre os membros de uma família, traduzindo-se em verdadeira comunhão de vida, enquanto o segundo é o sentimento que, via de regra, une os familiares.

No que diz respeito a possibilidade de compensação por dano moral em razão do abandono afetivo, em emblemático julgamento do Recurso Especial de n.º 1.159.242-SP⁹¹, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não existe qualquer óbice legal à aplicação das regras de Responsabilidade Civil no Direito de Família. Ademais, reconheceu expressamente o cuidado como "valor jurídico objetivo incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro", e que o descumprimento do dever jurídico de cuidado implica o reconhecimento da ocorrência de ilicitude civil,

isto porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico⁹².

No mencionado Recurso Especial, restou reconhecida a obrigação de reparação dos pais por abandonar afetivamente os seus filhos, por ofensa ao dever jurídico de cuidado,

⁹⁰Vide item 2.1.4 O Princípio da Afetividade.

⁹¹CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. **O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro** não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. **Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, **existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.** 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp. 1.159.242-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 24/04/2012, Data de Publicação: DJe 10/05/2012). (*Grifamos*).

⁹²Vide nota de rodapé n.º 91.

decorrente do texto constitucional⁹³. Quanto a este dever, a Ministra Nancy Andrighi - relatora do acórdão no julgamento do Recurso de n.º 1.159.242-SP - proferiu, em seu voto, que

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente; ganha o debate contornos mais técnicos, pois **não se discute mais a mensuração dointangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar**⁹⁴. (*Grifamos*).

Ainda, reconhecendo o cuidado como uma obrigação legal, precisamente destaca a Ministra⁹⁵ que “supera-se o grande empeco sempre declinado quando se discute o abandono afetivo - a impossibilidade de amar”, esclarecendo que

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Não obstante a clareza de suas palavras, a Eminente Ministra Nancy Andrighi coroou o seu voto com a reconhecida frase - que já máxima para os defensores da responsabilização civil por abandono afetivo - “amar é faculdade, mas cuidar é dever”, deixando claro que o descumprimento da obrigação legal de cuidado constitui ato ilícito, importando na responsabilidade civil em razão da omissão daquele dever jurídico.

Assim, como acima mencionado, o referido julgado reconheceu a responsabilidade civil do pai por abandonar afetivamente a filha a partir da concepção do dever jurídico de cuidado, já reconhecido enquanto tal pelo Tribunal da Cidadania e aplicado pelos demais Tribunais pátrios.

⁹³Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁹⁴ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 08/09/2019.

⁹⁵ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 08/09/2019.

Ora, se os pais podem ser obrigados à reparação civil pelos abandono afetivo de seus filhos, por que não poderiam os filhos serem responsabilizados civilmente por abandonarem afetivamente os seus pais idosos? É neste sentido que os tribunais já vêm sendo chamados a decidir, surgindo a possibilidade da reparação civil por abandono afetivo do idoso, que também é denominado de abandono afetivo inverso, em razão da inversão dos pólos da demanda, ou seja, os filhos passam a figurar no pólo passivo e os pais idosos no ativo.

O tema ainda é bastante recente, sendo que os primeiros casos estão conclamando análise dos Tribunais ao seu respeito. Acerca da temática, o abandono afetivo de pessoa idosa já foi reconhecido em recentíssimos julgados, à exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que na Apelação Cível n.º 0054769-65.2015.8.19.0021, que versa sobre uma reintegração de posse, reconheceu a vulnerabilidade da então recorrida, uma pessoa idosa, e a sua situação de abandono afetivo, para negar provimento ao apelo, protegendo a idosa, vejamos trecho extraído do inteiro teor do acórdão:

além de no curso processual ter ficado evidenciada a posse legítima da apelada, o comodato e o esbulho, a **recorrida, pessoa idosa e vulnerável**, vem sofrendo maus tratos, ameaças e **situação de abandono afetivo e material pelos seus parentes**, inclusive pelo primeiro apelante, seu próprio neto⁹⁶. (*Destacamos*).

Em relação a condição de hipossuficiência do idoso, a Ministra Maria Isabel Gallotti, no julgamento do REsp n.º 1.579.021 - RS, apesar de entender que na demanda em questão não estava caracterizado o abandono afetivo, foi enfática ao esclarecer que a pessoa idosa encontra-se na mesma situação de hipossuficiência que uma criança ou um adolescente ao explicar que

⁹⁶ APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO. POSSE E ESBULHO COMPROVADOS. ART. 561, DO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DE 2015. Em conformidade com o conjunto probatório carreado aos autos, verifica-se ter restado comprovado o efetivo exercício da posse da autora sobre o imóvel, por mais de 30 anos, assim como o esbulho, vez que a comodante comprovou a denúncia do comodato, da qual os ora apelantes tiveram ciência, por ocasião do recebimento, aos 04/01/2008, da notificação extrajudicial. A partir de então ocorreu a transmutação da qualidade da posse, tendo passado a ser precária e injusta (art. 1.200, do Código Civil), caracterizando-se o esbulho. Os recorrentes fundamentam o pedido de reforma da sentença no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, vez que não possuem residência própria. Todavia, além de no curso processual ter ficado evidenciada a posse legítima da apelada, o comodato e o esbulho, a recorrida, pessoa idosa e vulnerável, vem sofrendo maus tratos, ameaças e situação de abandono afetivo e material pelos seus parentes, inclusive pelo primeiro apelante, seu próprio neto. Não há como prosperar o presente recurso de apelação, vez que comprovada a posse da autora, assim como a denúncia do comodato e o esbulho. Fixação dos honorários recursais. Inteligência do § 11, do art. 85, do CPC. Recurso a que se nega provimento. (TJ-RJ - APL: 00547696520158190021, Relator: Des(a). DENISE LEVY TREDLER, Data de Julgamento: 11/06/2019, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL). Ementa e Inteiro Teor disponíveis em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729602015/apelacao-apl-547696520158190021/inteiro-teor-729602025?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/09/2019.

nas relações familiares, se se considerar que o afeto é um elemento jurídico, ele vai ser um elemento jurídico não só na menoridade. Na menoridade pode ser mais grave, mas um idoso desamparado também está na mesma situação de hipossuficiência de um menor e **o dever de cuidar de pais idosos penso que é equivalente**⁹⁷. (*Grifamos*).

Ainda, o termo ‘abandono afetivo inverso’ já vem sendo utilizado pela jurisprudência, senão vejamos trecho do acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 4025584-31.2018.8.24.0000:

Assim, à medida que **é reconhecido o desapareço dos familiares**, seja por indiferença filial, carência de dileção, ou mesmo falta de condições de prestar desvelo e **assistência material ou imaterial necessário à idosa, resta caracterizado o abandono afetivo inverso, visto que o acolhimento, ajuda mútua e o respeito deveriam nortear as relações no âmbito familiar**⁹⁸. (*Grifo nosso*).

Pois bem, a teor do que já fora demonstrado⁹⁹, a Constituição Federal, em seus artigos 229 e 230, estabelece o arcabouço para a proteção do idoso, atribuindo aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar seus pais na velhice, carência ou enfermidade, buscando assegurar-lhes a sua participação na comunidade, o direito à vida, defendendo-os em sua dignidade e bem-estar.

Portanto, não há como negar que a Constituição Federal impôs o dever jurídico de cuidado dos filhos com os seus pais idosos, e, enquanto dever jurídico, caso não seja atendido restará caracterizado um ato ilícito, passível de reparação, que neste caso, será a responsabilização civil pelos danos morais sofridos.

É certo que quando em idade avançada, a pessoa idosa inspira uma série de cuidados, que vão muito além do aspecto material, à exemplo da prestação de alimentos. O idoso carece de atenção e de cuidados especiais. Oferecê-los o amparo necessário, seja ele material ou imaterial, trata-se, no mínimo, de reciprocidade, gratidão e reconhecimento com quem não mediu esforços para oferecer amparo integral - físico e psíquico - aos seus filhos quando estes eram frágeis e vulneráveis.

⁹⁷Trecho do voto da Ministra Maria Izabel Gallotti proferido no julgamento do Recurso Especial nº 1579021 RS (STJ - REsp: 1579021 RS 2016/0011196-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017). Inteiro Teor disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384?ref=serp>>. Acesso em: 08/09/2019.

⁹⁸(TJ-SC - AI: 40255843120188240000 Timbó 4025584-31.2018.8.24.0000, Relator: Denise de Souza Luiz Francoski, Data de Julgamento: 13/11/2018, Quinta Câmara de Direito Público). Inteiro Teor disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648249949/agravo-de-instrumento-ai-40255843120188240000-timbo-4025584-3120188240000/inteiro-teor-648250012?ref=serp>>. Acesso em: 08/09/2019.

⁹⁹Vide item 2.2 A proteção à pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa maneira, deixar à margem os seus pais no momento da vida em que mais inspiram cuidados, além de ser moralmente inconcebível, constitui ato ilícito em razão do descumprimento do dever jurídico de cuidado, sendo plenamente viável que os idosos que se sentirem abandonados afetivamente por seus filhos possam pleitear a reparação civil por danos morais.

4.5 QUESTOES CONTROVERTIDAS DO ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

Por tratar-se de temática em ascensão, em que ainda começam a chegar os primeiros casos para apreciação dos Tribunais brasileiros, ainda há de ser revelado uma série de desdobramentos em função do reconhecimento do abandono afetivo do idoso, à exemplo do reflexo deste nos negócios jurídicos celebrados e a configuração de eventuais vícios do consentimento.

4.5.1 Ameaça de abandono afetivo e vícios do negócio jurídico

Antes de tratar sobre os vícios do negócio jurídico, convém lembrar sobre o seu conceito, que, de acordo com o Civilista Flávio Tartuce¹⁰⁰, vem a ser “toda a ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito”, de maneira que os efeitos jurídicos a serem produzidos em decorrência do ato de vontade são desejados pelas partes e tutelados pelo Direito.

Outrossim, em relação aos elementos indispensáveis aos negócios jurídicos, cujo maior expoente é o contrato, é de suma importância o estudo da Escala Ponteano, teoria criada pelo Jurista Pontes de Miranda, que estruturou de maneira brilhante e didática o estudo daqueles elementos.

Neste sentido, o negócio jurídico possui três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia. No primeiro, tem-se os elementos mínimos, quais sejam, as partes, a vontade, o objeto e a forma, e, caso um deles esteja ausente, o negócio sequer existe. No segundo, estão os elementos que conferem validade ao negócio existente, sendo eles a capacidade dos agentes,

¹⁰⁰TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral - v. 1 / Flávio Tartuce. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 546.

a vontade livre e sem vícios, o objeto lícito, possível e determinado ou determinável, e que a forma seja prescrita ou não defesa na lei, conforme dispõe o art. 104 do Código Civil¹⁰¹. Caso não estejam presentes todos os pressupostos de validade, o negócio é, via de regra, nulo de pleno direito. Já no plano da eficácia “estão os elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres”, como a condição, o termo e o encargo, assim versa sobre “os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas”¹⁰².

Questão interessante se depreende a partir de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível n.º 70081003741, que em sua origem se tratava de uma Ação Anulatória de Contrato de Compra e Venda de Imóveis ajuizada por uma senhora idosa em face de uma de suas filhas sob a alegação de que a idosa teria efetuado a venda de alguns imóveis à sua filha sob coação moral, mediante ameaça de abandono afetivo no caso de não realização dos negócios jurídicos¹⁰³.

¹⁰¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁰² TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral - v. 1 / Flávio Tartuce. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 554.

¹⁰³ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. ALEGAÇÃO DE COAÇÃO MORAL A IDOSA (VENDEDORA), MEDIANTE AMEAÇA DE ABANDONO AFETIVO NO CASO DE NÃO FIRMATURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. NÃO VERIFICAÇÃO DA ALEGADA COAÇÃO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDO. I. A coação tem previsão no art. 151 do Código Civil e caracteriza-se pela violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar negócio jurídico que a sua vontade interna não deseja celebrar, gerando a anulação do negócio jurídico. A coação moral incute na vítima um temor constante e capaz de perturbar seu espírito, fazendo com que ela manifeste seu consentimento de maneira viciada. I. No caso, do conjunto fático-probatório não se extrai tenha a falecida Ruth vendido os imóveis por temor de ser abandonada por uma das filhas ou por temor de não mais ver dois de seus netos. A prova oral atestou que Ruth era cuidada, além daquela filha, por cuidadoras profissionais, além de que outro neto morava no mesmo apartamento, a quem testou bens, do que extrai que relação de afeto e cuidado existia. Além disso, Ruth tinha outra filha. Não há verossimilhança, pois, quanto à alegação de temor de ser abandonada. Os negócios jurídicos em debate foram todos revestidos de legalidade, mediante firmaturas dos instrumentos... particulares em cartório, havendo plena capacidade da vendedora, Ruth, para a realização. Quanto aos preços praticados, não há como avaliar eventual valor a menor do que a média de mercado com meros recortes de jornais de imóveis que, em tese, seriam semelhantes. Era necessária a juntada de avaliações imobiliárias específicas dos terrenos negociados. Já quanto à alegação autoral de que não teriam sido entregues os valores decorrentes das vendas, não condiz com o contexto provado. E isso porque há cheques relacionados aos negócios, ao passo que outros foram pagos em moeda, tanto é que duas testemunhas, as cuidadoras, afirmaram que havia cofre no apartamento da falecida Ruth, tendo uma delas já visualizado muitas notas em pacotes. O destino posterior do numerário, pela idosa já falecida ou por outras pessoas que tivessem acesso aos valores, e mesmo a incorrência do pagamento de impostos ou da realização da declaração de imposto de renda não altera a validade dos recibos nem seria fundamento para a anulação do negócio jurídico. Por fim, a ausência de coação pela ré é reforçada pelo desfecho do processo na seara penal, na medida em que foi denunciada pela prática de apropriação de valores e absolvida por ausência de prova da materialidade. III. Por esse contexto, mantém-se... o julgamento de improcedência. RECURSO DESPROVIDO À UNANIMIDADE. (Apelação Cível N° 70081003741, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 13/06/2019).(TJ-RS - AC: 70081003741 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 13/06/2019, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do

Da análise do Inteiro Teor da referida decisão, se extrai que na inicial da ação anulatória, a autora, com mais de 95 anos de idade, relatou que, em razão de sua idade avançada, uma de suas filhas, a ré, passou a administrar os seus bens e colher suas assinaturas em diversos documentos. Ainda, que foi ameaçada pela filha de não poder mais ver ou ter contato com os seus netos e também de ser abandonada pela mesma, sem qualquer cuidado médico ou pessoal, e que, em decorrência das ameaças, foi obrigada a vender frações de alguns de seus imóveis. Não obstante, relatou que a filha lhe obrigou a outorgar escritura pública de procuração, e que ela teria se beneficiado dos negócios realizados enquanto procuradora da mãe. Ademais, relatou que quando revogou a procuração, a filha a abandonou. Assim, pleiteou a anulação dos negócios jurídicos que aduziu na inicial alegando que foram efetivados sob coação.

Ao final, a apelação em análise foi julgada improcedente, sendo o recurso desprovido por unanimidade, entendendo o Tribunal que não houve coação, tendo a idosa celebrado os negócios jurídicos sem quaisquer vícios, não merecendo, pois, serem declarados nulos.

Acerca dos vícios do negócio jurídico, ensina Flávio Tartuce que “maculam o ato jurídico celebrado, atingindo a sua vontade ou gerando uma repercussão social, tornando o negócio passível de ação anulatória ou declaratória de nulidade pelo prejudicado ou interessado”¹⁰⁴ o que ocorreu no caso analisado, em que a idosa ajuizou ação para ver declarada a nulidade dos negócios celebrados.

Os vícios do consentimento que podem levar a declaração de nulidade de um negócio jurídico são o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão. Interessa-nos no presente trabalho o vício da coação, pois, como bem ressaltou a Relatora do processo, “caracteriza-se pela violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar negócio jurídico que a sua vontade interna não deseja celebrar, gerando a anulação do negócio jurídico”¹⁰⁵.

Preceitua o Código Civil que, para viciar a declaração de vontade, a coação deve ser capaz de incutir no paciente "fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa,

dia 21/06/2019). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723783142/apelacao-civel-ac-70081003741-rs/inteiro-teor-723783161?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/09/2019.

¹⁰⁴TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral - v. 1 / Flávio Tartuce. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 607.

¹⁰⁵Trecho do voto da Relatora na Apelação Cível 70081003741 RS (TJ-RS - AC: 70081003741 RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 13/06/2019, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2019). Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723783142/apelacao-civel-ac-70081003741-rs/inteiro-teor-723783161?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/09/2019.

à sua família, ou aos seus bens”¹⁰⁶, determinando que, ao apreciar a coação, o magistrado deve levar em consideração elementos como o sexo, a idade, a condição, além de outras circunstâncias capazes de influenciar na sua caracterização¹⁰⁷.

A coação pode ser física ou moral, sendo que nesta “a vontade do coagido não está completamente neutralizada, mas, sim, embaraçada, turbada, viciada pela ameaça que lhe é dirigida pelo coator”¹⁰⁸.

Assim, na Apelação acima tratada, a idosa alegou que os negócios jurídicos só foram celebrados pois estava sob coação moral haja vista a filha ter ameaçado de privá-la do convívio com os seus netos e, ainda, de lhe abandonar afetivamente. Embora a coação não tenha sido reconhecida no processo e os negócios jurídicos terem sido mantidos, ponto relevante é analisar caso o oposto tivesse acontecido e a coação tivesse sido reconhecida.

Caso o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tivesse reconhecido o vício no consentimento da idosa, tendo em vista que ela propôs ação anulatória, as vendas seriam anuladas, retornando os imóveis ao *status quo ante*.

Voltando ao cerne deste trabalho monográfico, caso a apelação tivesse sido provida, estar-se-ia diante de um quadro que se mostra plenamente possível - e atual - de anulação de um negócio jurídico em função de ter sido celebrado sob ameaça de abandono afetivo, mais especificamente dos filhos que ameaçam abandonar afetivamente os seus pais idosos. Mais uma vez, pois, tem-se o afeto enquanto valor jurídico, objeto da tutela estatal, e, portanto, protegido pelo ordenamento jurídico pátrio.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08/09/2019. Art. 151.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei 10.406/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14/08/2019. Art. 152.

¹⁰⁸GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 21. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 501.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, tem-se que, a partir de um arcabouço jurídico cuja a origem é a Constituição Federal, que perpassa pelo Código Civil e pelo Estatuto do Idoso, sem prejuízo dos demais diplomas legais, a pessoa idosa goza de ampla proteção do Estado, sendo-lhes assegurado uma série de direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana, princípio vetor do ordenamento jurídico.

Assim, não restam dúvidas de que o dever de amparo e proteção que têm os filhos em relação aos seus pais idosos advém diretamente do texto constitucional. Ademais, o legislador ordinário, buscando assegurar e garantir os direitos das pessoas idosas, conferiu proteção ainda mais específica ao editar o Estatuto do Idoso - Lei n.º 10.741/03 -, colocando a salvo, além da integridade física, a integridade psíquica e moral das pessoas em idade avançada.

Pois bem, é cediço que o que se espera das relações familiares são bases sólidas de amor, respeito e afeto entre os envolvidos. Ocorre que nem sempre elas são norteadas por estes elementos centrais. Dessa maneira, muitas vezes o que se percebe é o crescimento dos conflitos entre os familiares, sendo que grande parte deles decorre da ausência de afetividade, elo fundamental para uma boa convivência em família.

A afetividade, conforme já abordado neste trabalho monográfico, não se confunde com o amor - haja vista este ser um sentimento e aquele um reflexo ou tradução da responsabilidade familiar - e aqui reside a chave para a compreender que, quando se defende que o abandono afetivo constitui ato ilícito passível de ser reparado civilmente por danos morais, quer se dizer que houve afronta ao dever jurídico de cuidado. Reconhece-se, pois, o afeto enquanto objeto juridicamente tutelado, e, assim, protegido pelo Estado.

Isto posto, ao abandonar seus pais afetivamente, há o descumprimento do dever de cuidado dos filhos, violando uma obrigação imposta tanto pela Constituição Federal como pela legislação ordinária, cometendo, portanto, um ato ilícito. Surge, então o dever de reparação civil nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Dessa forma, o idoso tem o direito de exigir a reparação pelos danos sofridos em virtude do desamparo afetivo de seus filhos. É certo, entretanto, que a indenização pelos danos morais não é capaz de suprir o abalo psicológico causado pelo abandono, tampouco substituir o dever de cuidado que fora quebrado. Neste contexto, a indenização pelo dano moral sofrido

mostra-se tanto como meio que mais se aproxima da reparação pela quebra do dever de cuidado, legalmente imposto, quanto como uma forma preventiva, a fim de coibir o abandono dos pais quando em idade avançada.

Assim é que, desde que presentes os pressupostos da Responsabilidade Civil, é plenamente possível a condenação dos filhos por abandonar afetivamente os seus pais idosos, revelando-se, para além do Direito, medida de reconhecimento e de Justiça.

No entanto, importante destacar que a temática está em plena ascensão, de modo que as demandas ainda são bastante recentes e os primeiros casos começam a ser decididos pelos Tribunais, sendo certo que inúmeros desdobramentos vão se surgir a partir do reconhecimento do abandono afetivo da pessoa idosa, à exemplo da possibilidade de anulação dos negócios jurídicos em virtude de vício no consentimento por ameaça de abandono afetivo.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. **Lei n.º 8.842** de 04 de janeiro de 1994. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm>. Acesso em: 12/08/19.
- _____. Lei n.º 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14/08/2019.
- _____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 19 de julho de 2019.
- _____. Lei n.º 10.741/03, de 01 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 12/08/2019.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>>. Acesso em: 19 de agosto de 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b. v.7.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil : Famílias** / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 9. ed. rev. e atual. - Salvador : Ed. JusPodivm, 2016.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral**/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 21. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- _____. **Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub.
- _____. **Novo curso de direito civil, v. 6 : direito de família** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 9. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. E-pub.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.
- GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil**. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 12. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2017. - (Série IDP). - E-pub.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: **AgRg no AREsp. 432443 SP 2013/0378503-1**, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 18/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24976548/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-432443-sp-2013-0378503-1-stj>>. Acesso em: 08/09/2019.

_____. STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp. 1535888 MG 2015/0130964-4**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 16/05/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464676956/recurso-especial-resp-1535888-mg-2015-0130964-4?ref=serp>>. Acesso em: 18/08/2019.

_____. STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp. 1.159.242-SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 24/04/2012, Data de Publicação: DJe 10/05/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012>. Acesso em: 08/09/2019.

_____. STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp. 1663137 MG 2017/0068293-7**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/08/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/491774985/recurso-especial-resp-1663137-mg-2017-0068293-7>>. Acesso em: 08/09/2019.

_____. STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp. 1.245.550-MG**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/3/2015, DJe 16/4/2015. Ementa publicada no Informativo n.º 559 do STJ. Acesso em: 06/09/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270559%27>>. Acesso em: 08/09/2019.

_____. STJ. RECURSO ESPECIAL: **REsp. 1579021 RS 2016/0011196-8**, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/11/2017). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526809377/recurso-especial-resp-1579021-rs-2016-0011196-8/inteiro-teor-526809384?ref=serp>>. Acesso em: 08/09/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF. AGRAVO DE INSTRUMENTO: **AI 455.846**, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo n.º 364. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>>. Acesso em: 08/09/2019.

_____. STF. AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: **ARE. 1130542 DF** - DISTRITO FEDERAL 0004246-45.2015.8.07.0001, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/05/2018, Data de Publicação: DJe-097 18/05/2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583000709/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1130542-df-distrito-federal-0004246-4520158070001?ref=serp>>. Acesso em: 18/08/19.

_____. STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: **ADPF. 132 RJ**, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 06/09/2019.

_____. STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: **RE. 387014 SP**, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 08/06/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 25-06-2004 PP-00057 EMENT VOL-02157-05 PP-00968. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768209/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-387014-sp>>. Acesso em: 08/09/2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral** - v. 1 / Flávio Tartuce. - 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil** - v. 2 / Flávio Tartuce. -14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Direito Civil, v. 5** : Direito de Família. 12. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-book.

_____. **Direito civil: direito de família** - v.5 / Flávio Tartuce. - 14. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **O princípio da afetividade no Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+d e+Fam%C3%ADlia+>>>. Acesso em: 09/08/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. TJ-MG. APELAÇÃO CIVIL: **AC. 10000190481101001 MG**, Relator: Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento: 25/06/2019, Data de Publicação: 28/06/2019. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729355815/apelacao-civel-ac-10000190481101001-mg/inteiro-teor-729355929?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/09/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TJ-RJ. APELAÇÃO: **APL. 00547696520158190021**, Relator: Des(a). DENISE LEVY TREDLER, Data de Julgamento: 11/06/2019, VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL). Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729602015/apelacao-apl-547696520158190021/inteiro-teor-729602025?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/09/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TJ-RS. APELAÇÃO CIVIL: **AC. 70081003741 RS**, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 13/06/2019, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2019.

Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/723783142/apelacao-civel-ac-70081003741-rs/inteiro-teor-723783161?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08/09/2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TJ-SC. AGRAVO DE INSTRUMENTO: **AI. 40255843120188240000 Timbó 4025584-31.2018.8.24.0000**, Relator: Denise de Souza Luiz Francoski, Data de Julgamento: 13/11/2018, Quinta Câmara de Direito Público). Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648249949/agravo-de-instrumento-ai-40255843120188240000-timbo-4025584-3120188240000/inteiro-teor-648250012?ref=serp>>. Acesso em: 08/09/2019.