

INVERSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: O ABANDONO AFETIVO E A PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA DA PROLE FACE AOS/ÀS GENITORES/AS

Tainara Ferneda Ventorim¹

Máisa Nodari²

INTRODUÇÃO

O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, em seu artigo 3º dispõe que a família é a primeira responsável pela manutenção do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade do idoso. Em contrapartida, é cada vez mais frequente nos depararmos com idosos abandonados por suas próprias famílias, abarcados pela precariedade no acesso à saúde, pelo despreparo educacional face às respectivas necessidades e pela inacessibilidade no mercado de trabalho em função da idade.

Em virtude disso, é nesse contexto que surge um instituto chamado abandono afetivo, tema que vem sendo discutido pela doutrina e pelo Judiciário, vez que dispõe de direito fundamental do indivíduo. Isto posto, o presente trabalho busca explorar as garantias constitucionais específicas no campo das políticas destinadas ao público idoso.

METODOLOGIA

Utilizada técnica dedutiva baseada em consulta doutrinária jurídica, bem como legislação do Código Civil, Constituição Federal, Estatuto do Idoso, análise jurisprudencial e princípios basilares do Direito.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

ABANDONO AFETIVO E CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS

Usualmente, figuram no polo passivo em demandas de abandono afetivo os próprios pais e mães, permitindo, assim, em muitos casos, a responsabilização civil. Isto posto, assim como as crianças, as pessoas idosas também necessitam desse auxílio imaterial, abrangendo afeto, companhia e principalmente cuidado. Neste liame, o art. 4º do Estatuto do Idoso leciona

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – tainara_ferneda@hotmail.com /

² Mestra em Ciências Sociais pela UNIOESTE, Especialista em direito lato sensu pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Advogada. Docente da graduação e pós graduação em Direito da PUCPR. Professora do curso preparatório para o exame da OAB do Deltajus – maisa.nodari@pucpr.br.

que: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. (BRASIL, 2003)

Assim, ainda que este diploma traga garantias, direitos e proteção às pessoas idosas, consistentes na assistência material e econômica, é possível que essas pessoas sejam vítimas de abandono afetivo praticado por seus descendentes, possibilitando a compensação pecuniária pelo dano cometido.

Este instituto, portanto, traduz-se no apoio, na participação na vida do idoso e no respeito por seus direitos da personalidade como o direito de conviver no âmbito da família. É cediça a impossibilidade de pleitear por afeto e sequer precificá-lo, haja vista não existir obrigação legal de amar. Destarte, posiciona-se Álvaro Villaça Azevedo:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença (AZEVEDO; 2004, p. 14).

Há, entretanto, divergências quanto a essa perspectiva de reparação, de forma que a doutrina favorável (Dimas Messias de Carvalho; Flávio Tartuce; Maria Berenice Dias; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho) fundamenta-se em princípios garantistas, pautados na dignidade da pessoa humana, alegando que a falta de afeto e cuidado pode desencadear diversas consequências psíquicas aos indivíduos. Dessa forma, a prestação pecuniária atua como sanção, desempenhando papel pedagógico e punitivo ao responsável pela conduta determinante.

Contraposto ao entendimento supra, o posicionamento contrário baseia-se no argumento de que o reconhecimento de tal possibilidade causaria a monetarização do afeto, bem como ao fato de que o amor e o afeto são facultativos, isto é, não se pode obrigar um filho a amar seus genitores.

Com relação ao termo empregado para denominar este tipo de abandono, Nelson Rosenvald (2015) aduz que a expressão abandono afetivo não está em sua correta aplicação, dado ao fato de que leva a discussão para o âmbito da subjetividade, argumentando sobre a eventual imposição de amar outrem. O autor pressupõe ser necessária a substituição da expressão ora empregada, pelo termo omissão de cuidado, trazendo de volta ao âmbito jurídico. Portanto, depreende-se que o abandono afetivo inverso configura a omissão por parte dos filhos em relação aos seus pais idosos. Omissão esta relativa ao cuidado, amparo e assistência,

decorrentes do princípio da solidariedade familiar. O termo inverso se relaciona com a equação às avessas do binômio da relação paterno-filial, havendo a reciprocidade de que os filhos devem cuidar dos pais idosos, assim como, os pais devem cuidar dos filhos na infância.

E este entendimento é o mesmo abordado no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242-SP do Superior Tribunal de Justiça, que inclusive se tornou um precedente acerca do tema.

Veja-se o voto da Ministra Nancy Andrighi.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese 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.

Não obstante seja inexistente legislação específica no tocante dos filhos perante aos seus pais idosos, não significa que aqueles estão eximidos da incumbência de cuidar, cuja imposição provém da paternidade responsável, extraída do preceito constitucional do artigo 229 da Constituição Federal, segundo o qual “[...] *os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade*”.

Tal obrigação existe dos pais para os filhos e dos filhos para os pais, demonstrando, com isso, que o dever de cuidado não é facultativo aos filhos perante os pais idosos. Podendo ser responsabilizada a família, a sociedade e o Estado, pelo seu descumprimento.

O dano moral, portanto, funciona como forma compensatória ao dever de cuidado previamente violado, a fim de neutralizar o sofrimento. Concomitantemente, atua como prevenção da prática do descuido, cada vez mais frequente por parte dos filhos. Cláudia Maria da Silva justifica:

A prestação pecuniária, não há como negar, é de extrema importância. Todavia, ela não é suficiente para garantir a vida, a saúde e a dignidade dos pais. [...] O conviver é basicamente afetivo e, enriquecido com uma convivência mútua, alimenta o corpo, cuida da alma, da moral, do psíquico (SILVA, 2004, p. 123).

Dessa forma, juntamente com a admissão do dano moral no direito, passou-se a discutir a possibilidade de caracterizá-lo, igualmente, no direito de família. Acerca disso, Valéria Silva Galdino Cardin alega que:

Evidencia-se que a família não pode ser vista como um instituto alheio ao Estado de Direito, onde se suspendem as garantias individuais, daí porque se deve reconhecer a aplicação das normas gerais da responsabilidade civil quando um membro da família,

através de ato ilícito, atinge um legítimo interesse extrapatrimonial do outro familiar [...] (CARDIN, 2012, p. 70).

O entendimento da autora é de que a reparação civil no âmbito familiar não constitui óbice à convivência de seus membros, visto que o dano causado por estes é que constitui o causídico à destruição da mesma. Para ela, a “reparabilidade do dano moral funciona como uma forma de fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano para aquele que jamais recebeu afeto”, sendo a denegação da reparação por danos morais um incentivo a sua repetição (CARDIN, 2012, p. 71).

É de extrema importância, porém, referir que a configuração dos danos morais no meio familiar necessita ser analisada de forma minuciosa, simultaneamente à apreciação de provas concretas, com o intuito de evitar a banalização dessa prerrogativa. Pode-se dizer, portanto, que o Direito de Família, embora dotado de particularidades e subjetividades, não há de ser privado da indenização por danos morais, eis que causas ensejadoras de reparação civil também ocorrem nas relações paterno-filiais.

- Prestação alimentícia

A definição de alimentos tem conotação de sobrevivência, podendo ser equiparado como o primeiro direito fundamental do ser humano, cujo fundamento é constitucional, mais precisamente calcado nos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, CF/88) e o da Solidariedade Social e Familiar (art. 3, CF/88). Configura dever personalíssimo, devido pelo alimentante em função do vínculo existente, seja de parentesco, convencional ou conjugal, que o liga ao alimentando.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra Direito Civil brasileiro - Direito de Família, expressa que, inicialmente o dever de prestar alimentos era de cunho moral, ou seja, concernente a uma obrigação ética, sendo posteriormente regulado pelo direito natural, transformando-se em norma jurídica. No conceito de alimentos deve ser incluído o sustento da pessoa humana de forma completa, não devendo se resumir a valores pecuniários, mas sim estar atrelado ao afeto do(a) alimentante para com o(a) alimentando(a) e as necessidades primordiais, como moradia, o vestuário, assistência médica e educação. Logo, o autor preleciona que trata de “dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico”. (GONÇALVES, 2014).

Seguindo o preceito de que o dever de prestar alimentos está fundado na solidariedade humana e econômica existente entre os membros da família, nota-se a jurisprudência do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir transcrita, cuja sentença condenou os filhos maiores à prestação de alimentos aos pais idosos, já que estes não tinham condições dignas de prover o próprio sustento:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. VÍNCULO PARENTAL. NECESSIDADES DOS GENITORES. POSSIBILIDADE. 1. Em razão do compromisso de solidariedade familiar, é recíproca a obrigação entre pais e filhos de prestarem alimentos, uns para os outros, em caso de necessidade, para que possam viver de modo compatível com sua própria condição social, consoante dispõem os art. 1.694 e 1.696 do CCB. 2. Embora exista o dever de solidariedade dos filhos maiores em relação aos pais idosos, os filhos não podem sofrer desfalque que os impeçam de manter o próprio sustento e viverem com dignidade, motivo pelo qual a fixação dos alimentos foi corretamente estabelecida em patamar suficiente para que eles cumpram o seu dever de solidariedade familiar. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70053390365, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/03/2013). Publicada no Diário da Justiça do dia 01/04/2013.

Nessa esteira, preceitua o artigo 1.696, do Código Civil: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. (BRASIL, 2002).

Segundo a autora Pérola Melissa Vianna Braga, o único requisito para a obrigação de prestar alimentos é a comprovação de parentesco e o binômio necessidade-possibilidade, sendo indiferente para o direito se o pai/mãe idoso(a) que pede alimentos atuou de forma condizente com seu papel ante aos filhos(as) menores, conforme se vislumbra:

Pouco importa se quem pede alimentos não tem uma boa relação com os filhos ou mesmo se ficou sem contato com os filhos por vários anos. Parece injusto, mas não é! Nenhum pai pode se escusar de pagar alimentos a um filho rebelde ou grosseiro. Nenhum pai pode deixar de pagar alimentos ao filho que recusa visitá-lo, assim, da mesma forma, nenhum filho ou descendente pode deixar de alimentar um ascendente alegando que não tiveram um bom relacionamento ao longo da vida. Neste caso, salvo raras exceções e exclusão de poder familiar, cada parte considera sua própria verdade como absoluta (BRAGA, 2011, p. 18).

Nesta ocasião, o Estatuto do Idoso prevê em seu artigo 12, que “a obrigação alimentar é solidária, podendo idoso optar entre os prestadores” (BRASIL, 2003), isto é, em caso de necessidade, o idoso pode requerer a prestação de alimentos para qualquer um dos coobrigados, podendo optar por aquele que julgar mais adequado. Desta feita, é exceção à regra de que interposta ação contra um deles, poderão os demais serem chamados a integrar a lide. Assim, o(a) alimentando(a) poderá optar entre qualquer responsável alimentar, devendo este arcar com a totalidade da obrigação, reservada a incidência de ação regressiva.

Vale constar que é possível, inclusive, incorrer em crime contra a assistência familiar, previsto no artigo 244 do Código Penal Brasileiro, qual dispõe:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País (BRASIL, 1941).

CONCLUSÃO

Ainda que o amor não possa ser precificado, sabe-se que a compensação por danos morais, indubitavelmente, emerge como forma de tutelar o dever de cuidado violado pelos filhos/as, e, ao mesmo tempo, uma ação preventiva para obstar essa prática cada vez mais frequente de descuido.

Compreende-se, ainda, que a prestação alimentícia decorre dos princípios básicos do Direito de Família, quais sejam, a solidariedade e dignidade da pessoa humana, caracterizando uma forma de auxílio para o(a) alimentando(a), quando este(a) já não possui mais condições de arcar com a sua subsistência. Ademais, depreende-se que o dever de prestar alimentos, além de derivar de imposição legal, decorre, sobretudo, do dever de cuidado existente nas relações paterno-filiais, sendo assim, inclusive, resultante de um dever moral.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Alvaro Villaça. **Código civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de Direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de julho de 2019.

_____. Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Estatuto do idoso**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 10 de julho de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242/SP (2009/0193701-9)**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane de Oliveira Souza. Ministra Relatora: Nancy Andrichi, 24 abr. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901937019&dt_publica. Acesso em: 12 de julho de 2019.

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

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

_____. **Novo curso de Direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KÄFER, Giovana. "**Abandono afetivo de pais idosos: a responsabilidade civil dos filhos**". 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, 26 jun. 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10737/2071>. Acesso em 18 de julho de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70053390365. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, Porto Alegre, 27 mar. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **A responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015.