



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Amar é um dever legal?

MICHELLE VARGAS FREIRE

Rio de Janeiro
2016

MICHELLE VARGAS FREIRE

Amar é um dever legal?

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

AMAR É UM DEVER LEGAL?

Michelle Vargas Freire

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada.

Resumo: O afeto como valor jurídico nas questões familiares. A importância do dever de cuidado como princípio basilar presente nas relações familiares. O amor, que é um sentimento natural e por isso não pode ser imposto, obrigatório. A possibilidade de responsabilizar os pais em decorrência do ilícito caracterizado pelo abandono afetivo capaz de gerar dano psicológico nos filhos. A ampliação do conceito de abandono afetivo para as demais relações familiares e a sua possível responsabilização. Enfrentamento do tema com base na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso. Aplicação da jurisprudência a respeito do tema.

Palavras-chave: Direito de Família. Dano Moral. Abandono Afetivo. Reparação Civil.

Sumário: Introdução. 1. O papel do afeto como valor jurídico oscilante nas questões afetivas ao direito de família. 2. Abandono afetivo nas relações entre pai e filho. 3. Da possibilidade de ampliação do critério afetivo nas hipóteses de abandono para as demais relações familiares. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico discute a importância do afeto nas relações entre pais e filhos e a sua repercussão jurídica quanto à responsabilização nos casos de abandono afetivo. Objetiva-se discutir a possibilidade de responsabilização civil em caso de abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Estendendo essa possibilidade para as demais relações familiares, se possível. Busca-se analisar, ainda, os princípios basilares das relações familiares e a decorrente omissão capaz de gerar danos.

O direito de família tem como principal função estabelecer princípios norteadores das relações familiares e de proteção a seus membros. A Constituição Federal de 1988 trouxe para o ordenamento jurídico a ampliação do conceito de família e direitos fundamentais expressos, como, a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a solidariedade social e a afetividade.

O pai, perante a Constituição Federal, tem o dever de amparar as necessidades mental, social, psicológica, material, entre outras da criança. Certo de que esses deveres, por vezes, não são efetivados. Dessa conduta omissa pode ser constatado dano moral cabível de reparação civil. Incumbe salientar que o tema é controvertido, uma vez que há intervenção do judiciário nas relações familiares.

Quando os princípios basilares do direito de família são descumpridos há frustração dos filhos, capaz de gerar dano, pois é inquestionável que a situação de abandono gera lesão a dignidade da pessoa humana. Cabe, então, ao judiciário solucionar tais conflitos familiares, possíveis de ensejar a reparação civil.

No primeiro capítulo busca-se a averiguar no que concerne a paternidade responsável e se a afetividade é elemento basilar nas relações familiares. Atestando o fato de que a afetividade é elemento basilar na paternidade responsável.

No segundo capítulo, pesquisa a responsabilidade dos pais perante o Estado no caso de abandono afetivo. Estabelecendo critérios jurídicos a fim de averiguar a responsabilidade civil dos pais em caso de descumprimento dos princípios basilares do direito de família.

E, por fim, o terceiro capítulo busca-se discorrer sobre a possibilidade de ampliação do critério afetivo para as demais relações familiares. Defendendo que a omissão nas demais relações familiares também seria capaz de ensejar responsabilidade perante o Estado.

A pesquisa utilizará a metodologia do tipo bibliográfica, parcialmente exploratória e qualitativa, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. O PAPEL DO AFETO COMO VALOR JURÍDICO OSCILANTE NAS QUESTÕES AFETAS AO DIREITO DE FAMÍLIA

O presente capítulo abordará a importância do afeto nas relações familiares. Primeiramente, tratará da importância do afeto nas relações familiares. Em seguida, será analisado o fato de que a afetividade é elemento basilar no que concerne a paternidade responsável.

Inicialmente, o direito de família é o ramo do Direito Privado que disciplina as relações familiares de modo geral. Que tem por objeto a própria família. Sendo o ramo do direito civil que trata das relações familiares, por óbvio, pode-se imaginar que inúmeros são os conflitos que surgem. Ao passo que, ao tutelar tal direito, o legislador acabou também por estabelecer deveres que muitas das vezes não são observados. E, que por conta disso, cabe ao judiciário intervir na mais particular de todas as relações – as relações familiares.

A Constituição Federal de 1988 (“CRFB”) estabelece no artigo 226¹ que a família tem proteção especial do Estado. Outros artigos, como os 227, 228, 229 e 230 tutelam o direito de família, ao passo que, esse ramo do direito visa proteger e amparar não só os membros da família, mas também toda a coletividade, uma vez que o legislador estabelece limites em prol dos princípios da solidariedade social (artigo 3º, I, CRFB), isonomia (artigo 5º, CRFB), dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II, CRFB), afetividade (artigo 226 §4º, artigo 227, caput, § 5º e § 6º, ambos da CRFB) e o melhor interesse da criança.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

O princípio da solidariedade social do artigo 3º, inciso I da CRFB² consiste do avanço social, em que a sociedade supera o individualismo humano para viver em sociedade em prol das necessidades da coletividade.

A isonomia, também chamado de princípio da igualdade contido no artigo 5º da CRFB, constitui direito fundamental de grande relevância social, pois estabelece que os iguais devam ser tratados como iguais e os desiguais na medida de sua desigualdade. Assim, esse princípio veda qualquer forma de desigualdade arbitrária. No direito de família esse princípio pode ser exemplificado no artigo 226, §5º da CRFB, pois a Constituição Federal estabelece direitos e deveres que são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher na sociedade conjugal.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que se tornou o princípio norteador de todo ordenamento jurídico, estabelecido no artigo 1º, II da CRFB que também está ligado ao direito de família e as relações familiares, preconiza a igualdade para todas as entidades familiares. O direito de família hoje busca proteger o instituto da família, mas também que a família tenha a sua dignidade efetivada no dia a dia, buscando assim uma igualdade real para uma sociedade solidária e justa.

A afetividade é um dos princípios norteadores do direito de família, assim como se depreende dos ensinamentos de Maria Berenice Dias³:

Mesmo que a palavra afeto não esteja no texto constitucional, a Constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção. Calha um exemplo. Reconhecida a união estável como entidade familiar, merecedora da tutela jurídica, como ela se constitui sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

Quanto à proteção integral a criança, princípio consagrado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 227 e também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visa garantir ao menor proteção integral e absoluta de seus direitos, em consonância com o melhor interesse do menor.

O afeto nas relações familiares ganhou repercussão com a pós-modernidade, conforme o esclarecimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E nesse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem.

Com o avanço do conceito de família, que antes era patrimonialista, conservador do Código Civil de 1916, passou a adotar conceitos mais modernos, que se deu em função da transformação da sociedade, ao passo que hoje, por exemplo, os filhos havidos fora do casamento possuem os mesmos direitos que os havidos no casamento, ou por adoção. O papel da família hoje, com o conceito pós modernistas, firma-se no sentido de que a família proporciona aos seus membros suporte emocional. São valores básicos dessa relação o afeto e a ética. A família passou a ser vista como uma unidade socioafetiva.

Pode-se dizer que o afeto é gênero, no qual são espécies o amor, a felicidade, a cumplicidade. O amor nasce nas relações sociais, que inclui também às relações de parentesco. Trata-se de sentimento que cresce e desenvolve-se naturalmente nas relações afetivas.

Presume-se que o ambiente familiar seja rico de afeto, no qual os pais exerçam seu poder familiar, de modo que os filhos além de receber aparatos que supram suas necessidades mental, social, psicológica, material, também sejam cuidados, educados e

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: famílias*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014, p. 62.

amados. Para que cheguem à vida adulta com capacidade de conviver com as diferenças e com os diferentes.

Luciane Dias de Oliveira⁵ traz em seu artigo nota de que:

Considerando que a personalidade de uma criança está em formação, a falta desta solidariedade pode gerar consequências severas em sua vida, tornando-a um adulto aquém de suas potencialidades, uma vez que não encontrou ambiente propício para o amadurecimento de sua segurança e de suas qualidades.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, no seu artigo 4º⁶ também privilegia a convivência familiar, ao passo que é dever de todos, assegurar com prioridade absoluta, os direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, o esporte, o lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, o respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Junto, está o artigo 22 do ECA que estipula que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Vale lembrar que, aos pais não incumbe somente o dever material perante o filho, mas também os recursos morais.

Pois bem, enxergar o afeto como base para as relações familiares caracteriza-se, portanto, o reconhecimento de diversas formas de se relacionar, de expressar o amor.

2. ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

O presente capítulo abordará o abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Nesse sentido, serão analisados o direito à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, o poder familiar e a sua consequente perda em decorrência de descumprimentos de deveres inerentes ao poder familiar.

⁵ DIAS DE OLIVEIRA, Luciane. “ Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em 05 out. 2015.

⁶ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 05 out. 2015.

A princípio, além dos direitos já elencados das crianças e dos adolescentes, há o direito à convivência familiar e comunitária. A família é a base de toda a sociedade (artigo 226, CRFB⁷). Tanto a criança quanto o adolescente têm direito de ser criado por uma família, ter convívio familiar e comunitário, pois na família o cidadão nasce, cresce e se desenvolve.

A Constituição da República no artigo 227⁸ se preocupou com a convivência familiar e comunitária, além de expressar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar de forma absoluta tais direitos. A responsabilidade é primária da família, depois da sociedade e só após do Estado. Logo, incumbe primariamente à família zelar pela vida, saúde, alimentação, educação, lazer, dignidade e todos os demais direitos das crianças e dos adolescentes.

O afeto como já dito, possui grande importância no desenvolvimento de crianças e adolescentes, além dos amparos materiais, morais e psicológicos. Uma criança que cresce em lar responsável, com pais responsáveis se torna um adulto responsável e capaz de lidar com a vida adulta.

Ressalta-se que o dever de cuidado dos pais perante seus filhos não inclui o amor, pois, o amor, ele cresce e se desenvolve das relações naturais, e ninguém é obrigado a amar, mesmo que seja seu filho. Não há obrigatoriedade no amor, o amor é um sentimento natural, não pode ser imposto, comprado ou alugado. Trata-se de verdadeira utopia afirmar que em todas as relações familiares há amor, pois o que se vê, muitas das vezes é um ambiente emocionalmente desequilibrado.

Mas, e o dever de cuidado?

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

⁸ BRASIL. Ibid., Acesso em: 12 fev. 2016.

O artigo 1634, do CC/02⁹, depreende que o dever é de ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, isso é, compete aos pais em conjunto de esforços o pleno exercício do poder familiar. Da mesma forma, preconiza o artigo 21 do ECA, que o poder familiar será exercido por ambos os pais em igualdade de condições. É exercido por ambos os pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores (Artigo 22 do ECA¹⁰).

Nas palavras do Ministro do STJ Marco Buzzi¹¹: “Não se trata de uma impossível obrigação de amar, mas de um dever impostergável de cuidar”. Não é a falta de amor que gera o dano, mas a negativa do amparo, é desfazer os vínculos afetivos já constituídos, é desatender as necessidades da criança em formação e com isso trazer prejuízos que dificilmente poderão ser recuperados.

O dever de cuidado dos filhos não se limita à pensão alimentícia. Visto que, uma criança que cresce em lar responsável se torna um adulto responsável. E, cercear o direito da criança de conviver e ser cuidado por seu genitor é infringir o direito inerente ao seu desenvolvimento. Pode-se dizer que fere sua dignidade humana.

Nesse sentido, também, cita-se a Ministra Nancy Andrighi¹²:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

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 tísado 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

⁹ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁰ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 06 fev. 2016.

¹¹ OLIVEIRA, Mariana. *Pai terá de pagar R\$ 200 mil a filha por abandono afetivo, decide STJ*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html>> Acesso em: 06 fev. 2016.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF >. Acesso em: 06 fev. 2016.

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. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

Esse dever de cuidado precisa necessariamente ser exercido com absoluta prioridade para o melhor desenvolvimento do filho.

Ressalta-se que a falta de recursos materiais ou a carência de afetos, por si só, não pode constituir motivo necessário para que o pai ou a mãe perca o poder familiar de seus filhos (Artigo 23 do ECA¹³). A responsabilidade primária é dos pais, logo, se demonstrado insuficientes recursos, a família será incluída em programas oficiais de auxílio (§1º do artigo 23 do ECA¹⁴).

A perda ou a suspensão do poder familiar são decretadas judicialmente pela autoridade, que no caso é o juiz da Vara da Infância e Juventude (artigo 24, ECA¹⁵). Que deverá necessariamente atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório, artigos 5º LIV e LV, CRFB/88¹⁶.

Constitui infração administrativa o descumprimento doloso ou culposo dos deveres inerentes ao poder familiar, com pena de multa de 03 a 20 salários-mínimos que serão arbitrados pelo juiz. Artigo 249 do ECA¹⁷.

O dever de cuidado, então, deve ser exercido como forma de exercer o poder familiar em conjunto por ambos os pais, entretanto, esse dever por muitas das vezes fica limitado por motivos que vão além da própria escolha dos genitores. Como, por exemplo, no caso de alienação parental em que um dos pais foi “forçado” a ficar longe de seu filho, também no caso de limitações financeiras, distâncias geográficas. O poder judiciário terá

¹³ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁴ BRASIL. Ibid., Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁵ BRASIL. Ibid., Acesso em: 06 fev. 2016.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹⁷ BRASIL. Ibid., Acesso em: 12 fev. 2016.

que levar em consideração as teses apresentadas e analisar eventual justificativa para esse afastamento, que deverá ser devidamente comprovada. Sendo assim, cabe ao julgador ponderar as situações fáticas.

Vê-se hoje que a Jurisprudência tem se posicionado sobre o dano moral em decorrência do abandono afetivo nas relações entre pais e filhos. Caracterizado o dano e demonstrado que houve o abandono do genitor, o filho será devidamente compensado.

A responsabilidade civil tem como objetivo compensar àquele que por uma ação ou omissão tenha sido lesado. Assim como preconiza os artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. O dano caracteriza a responsabilização, isto é, só há a compensação do dano se houver efetivamente a ocorrência do dano.

Precisa-se verificar se há nexos de causalidade entre o dano causado e o abandono afetivo. Trata-se de causa excludente de responsabilidade, pois se não demonstrado o nexo de causalidade, não há falar em atribuição de responsabilidade a alguém.

Diante disso, demonstrado o nexo de causalidade, o dano causado e o efetivo abandono afetivo o juiz irá mensurar o *quantum* da compensação que entender ser devido.

3. DA POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO CRITÉRIO AFETIVO NAS HIPÓTESES DE ABANDONO PARA AS DEMAIS RELAÇÕES FAMILIARES.

O terceiro capítulo abordará a possibilidade de ampliação do critério afetivo nas hipóteses de abandono para as demais relações familiares. A proteção ao idoso no ordenamento jurídico e a responsabilidade civil decorrente de ilícito praticado pelo abandono.

Sabe-se que a Constituição da República tem como pressuposto a proteção dos direitos sociais, a condução ao bem-estar social e individual, a igualdade, à justiça, a segurança, o princípio jurídico da solidariedade, a harmonia, a dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos fundamentais. Assim, não há negar que, o afeto é não

só direito da criança e do adolescente, mas sim de todo indivíduo, pois, o dever de cuidado é intrínseco a todo ser humano.

Entende-se por princípio jurídico da solidariedade aquele afirmado por Fernanda Vasconcelos Fernandes¹⁸:

O princípio da solidariedade não é tratado somente pelo art. 3º da Constituição. Ao longo dela, vislumbra-se um texto que, sem suprimir os direitos individuais, envolve aquele vínculo jurídico em diversos dispositivos, estabelecendo-o a partir do preâmbulo além de estabelecê-lo como diretriz de diversos institutos constitucionalmente respaldados, tais como os Direitos Sociais, a Seguridade Social, a Ordem Econômica e Financeira, a saúde, entre outros.

O abandono afetivo na maioria das vezes ocorre com idosos, por já serem vulneráveis quanto às suas condições biológicas, condições econômicas que são marcadas em grande parte pela aposentadoria, que não cobre seus próprios custos e as condições funcionais, ou seja, quando o idoso é totalmente dependente, não há mais autonomia para as atividades corriqueiras do dia-a-dia.

Adverte o Desembargador Jones Figueirêdo Alves¹⁹que:

O idoso brasileiro é, em regra, indigente em sua dignidade de ser idoso. Faltam-lhe a força de trabalho e melhores condições de qualidade de vida. Ele é tratado como problema e não como um segmento social valorizado em suas características próprias. A cidadania do idoso deve ser por isso, tema recorrente, iniciada no próprio cenário familiar.

Envelhecer não é estigmatizante. Ser idoso também não. Saber envelhecer é saber ser idoso, e não envelhecido pela idade adiantada. Mudam as cores do tempo, chega a estação outonal e, com o avanço da idade, revela-se a vida, com novos matizes, ajustando o homem, com dignidade, a sua experiência a um novo tempo que o acrescenta.

O abandono afetivo nas relações entre filhos e pais é conceituado como abandono afetivo “inverso”, em que os filhos na condição de zeladores dos pais, deixam de prestar o devido auxílio e os abandonam.

¹⁸ FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. *Princípio da solidariedade: um passo além da fraternidade em prol das ações afirmativas*. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-solidariedade-um-passo-alem-da-fraternidade-em-prol-das-acoes-afirmativas,42035.html>> Acesso em: 12 mar. 2016.

¹⁹ ALVES, Jones Figueirêdo. *Dignidade do idoso é pauta de urgência*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia>> Acesso em: 12 mar. 2016.

O uso do vocabulário “inverso” traz consigo a expressão de abandono que corresponde ao filho que abandona seu pai, ou seja, aquele filho que não executa o dever de cuidado que a lei impõe como atributo dos deveres filiais.

O artigo 229, da CRFB²⁰ estipula que é dever dos pais educar, assistir, criar seus filhos menores; e também, menciona que cabe aos filhos maiores o dever de amparar e ajudar os seus pais na velhice, carência ou enfermidade. Ao passo disso, verifica-se que não há somente dever dos pais perante seus filhos, mas também dos filhos maiores com seus pais.

Na atualidade, o que se vê são idosos abandonados e rejeitados por seus familiares, muita das vezes esquecidos em asilos e sem qualquer assistência. O artigo 230 da CRFB²¹ garante ao idoso direito à vida, dignidade, participação na comunidade e bem-estar. O Estatuto do Idoso garante com absoluta prioridade os seus direitos, a efetivação do direito à saúde, à vida, à educação, à alimentação, à liberdade, o trabalho, à cidadania, o respeito, o lazer, a cultura, o esporte e a convivência familiar e comunitária com absoluta prioridade.

Além de garantir os direitos dos idosos, o Estatuto do Idoso também visa punir aquele que de certa forma pratique crimes em que o sujeito passivo seja um idoso. Estão elencados nos artigos 95 ao 108 do Estatuto. O artigo 98²² do Estatuto abarca modalidade de crime na qual a falta do dever de cuidado será tida como fato punível para aquele que por lei ou mandato descumpriu e se omitiu do dever de prestar assistência. O que se vê neste crime é o desrespeito e o abandono afetivo presente entre os laços familiares.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²¹ BRASIL. Ibid., Acesso em: 06 fev. 2016.

²² BRASIL. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

Cabe destacar que os idosos sofrem os mais variados tipos de abandono, do material ao sentimental. O ordenamento jurídico, sob a ótica de resguardar o vulnerável e aquele que se encontra em situação de hipossuficiência inovou para tutelar os direitos dos idosos, com o advento do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03²³.

O que se pune é a falta de cuidado e não a falta de amor. O amor é um sentimento natural que nasce das relações naturais. O Professor Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald²⁴ asseveram que: “Não se imagina, porém, que o afeto seja exigível juridicamente, uma vez que o seu caráter espontâneo impedirá qualquer provocação judicial para impor a alguém dedicar afeto (amor) a outra pessoa”.

A insuficiência desse dever de cuidado pode caracterizar o abandono afetivo nas relações entre filhos e pais. Incumbe salientar que a responsabilização por abandono afetivo entre pais e filhos já é admitida nos Tribunais Superiores. A tendência é que haja a extensão desse conceito para as demais relações de parentesco.

Acresce Cristina Aparecida da Silva²⁵, que:

O Poder Judiciário já revela ações que tem como ensejo de pedir o dano moral dos idosos, condenando os familiares que faltaram com o dever de assisti-los moralmente, como os casos de ações de alimentos, abandono em hospitais, falta de cuidado com a higiene e saúde, apropriação indébita de seus proventos. Todavia não houve nenhuma previsão legal no Estatuto do Idoso quanto à possibilidade de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo por seus familiares, desta forma procura-se acatar ao clamor na forma de um Direito que acompanha a evolução dos tempos, partindo da dignidade da pessoa humana como fundamento da República.

Através da indenização pelo abandono afetivo dos familiares será uma forma de coibi-los de tal atitude, servindo como punição, já para o idoso trará, de certa forma um acalanto para a alma ou quem sabe o alcance para o próprio alimento.

²³ BRASIL. Estatuto do Idoso. Disponível em: <[http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm)>, Acesso em: 12 mar. 2016

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014, p. 148.

²⁵ SILVA, Cristina Aparecida da. *O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

Evidenciado o dano e o nexo de causalidade, o ilícito será apurado e assim cabe ao juiz mensurar o *quantum* devido de acordo com a gravidade do dano. Ressalta-se que o dano moral se pauta em algo imaterial, no dano íntimo que a vítima tenha sofrido. Não quer dizer que não precise provar, o dano independe de prova, o que se exige é a prova do fato. Precisa a ver nexo de causalidade entre o dano e o ilícito praticado, para que a humilhação, angústia, medo e o desamparo sejam devidamente compensados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que a afetividade é elemento basilar das relações familiares, mesmo não previsto expressamente no ordenamento jurídico. Já os deveres de cuidado inerentes a paternidade responsável estão expressos na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não se discute a possibilidade de amar, visto que o amor é sentimento que nasce das relações naturais, e ninguém é obrigado a amar. Logo, o que se discute é a falta do dever de cuidado e a possível responsabilização dos pais em decorrência do abandono afetivo.

É possível os pais serem responsabilizados civilmente por dano moral em decorrência do ilícito praticado. Uma vez demonstrado o nexo de causalidade, o dano causado ao filho e o abandono do genitor, este será devidamente compensado.

Vê-se que há possibilidade de ampliação do critério afetivo para as demais relações familiares, como no caso dos filhos que abandonam seus pais. A falta do dever de cuidado e de prestar auxílio caracteriza o chamado abandono afetivo inverso. A tendência da jurisprudência é reconhecer que a falta desse dever de cuidado também caracteriza a responsabilidade civil por abandono afetivo dos filhos perante seus pais.

Assim sendo, cabe aos operadores do direito a interpretação de cada caso e a possibilidade de punição, a fim de que a vítima do abandono seja devidamente compensada, de maneira justa e em conformidade com os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Dignidade do idoso é pauta de urgência*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia>> Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9). Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 06 fev. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Fernanda Vasconcelos. *Princípio da solidariedade: um passo além da fraternidade em prol das ações afirmativas*. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principio-da-solidariedade-um-passo-alem-da-fraternidade-em-prol-das-acoes-afirmativas,42035.html>> Acesso em: 12 mar. 2016.

OLIVEIRA, Luciane Dias de. “Indenização civil por abandono afetivo de menor perante a lei brasileira”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9057>. Acesso em 05 out. 2015.

OLIVEIRA, Mariana. *Pai terá de pagar R\$ 200 mil a filha por abandono afetivo, decide STJ*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba->

jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html> Acesso em: 06 fev. 2016.

SILVA, Cristina Aparecida da. *O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 jan. 2015. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1>>. Acesso em: 12 mar. 2016.