

Os abandonos familiares

O Direito de Família e as ações por danos morais

I - A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana

Eduardo Murilo Amaro ANGELO

Advogado, discente do curso de pós graduação em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades

Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP.

Resumo: O presente artigo é o estudo da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos. Para isso, passaremos por um breve estudo da responsabilidade civil e posteriormente faremos uma análise da decisão supra mencionada. Também não poderíamos deixar de examinar a ideologia do afeto, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua fundamental influência no Direito de Família.

Palavras-chaves: Condenação. Dano mora. Abandono afetivo.

1. Introdução

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou um pai a pagar ao filho uma indenização por danos morais, decorrentes de abandono afetivo, no valor correspondente a 200 salários. Tal decisão, relativamente inovadora, tem provocado diferentes opiniões entre os estudiosos do Direito de Família.

A finalidade do presente artigo é o estudo da responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos. Para isso, passaremos por um breve estudo da responsabilidade civil e posteriormente faremos uma análise da decisão supra mencionada. Também não poderíamos deixar de examinar a ideologia do afeto, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e sua fundamental influência no Direito de Família.

2. A Evolução da Responsabilidade Civil

Nas primeiras civilizações humanas ainda não havia a ideia de reparação dos danos causados, mas sim uma ideia de retribuição do mal pelo mal. Não existiam regras ou limitações regulando a reparação desses danos. Neste período predominava a vingança, ou seja, a retribuição do mal pelo mal, de forma violenta e imediata, onde sequer era questionada a culpa do ofensor. Estas vinganças eram praticadas de forma desmesuradas e quase sempre em proporções muito superiores à ofensa.

Em princípio, tais vinganças caracterizavam-se por uma reação conjunta do grupo que teve um dos seus integrantes ofendido contra o agente ofensor ou contra o grupo na qual o ofensor pertencia, podendo gerar verdadeiras guerras. Com o passar do tempo estas

vinganças começaram a ser realizadas individualmente pelas vítimas, fazendo justiça com as próprias mãos.

Posteriormente surgiu a Lei de Talião. Este regramento passou a regulamentar a vingança privada, pregando que a reparação deveria ser “olho por olho, dente por dente”. Esta lei teve como objetivo coibir abusos, assim, o Ente maior intervinha apenas para declarar como e quando o lesado teria direito à retaliação, estabelecendo certos limites. Com isso, o ofendido só poderia causar ao agressor um dano igual ao sofrido, sem quaisquer abusos.

No período seguinte, surge a composição econômica pelo dano causado à vítima. Ocorria uma tentativa de acordo entre a vítima e o ofensor para que este reparasse de forma pecuniária o dano que causou.

Esta composição constituiu uma forma verdadeira de reparação, pois seu objetivo era o suprimento ou atenuação dos prejuízos através da prestação pecuniária, diferentemente da retaliação que não reparava dano algum, mas sim provocava um outro dano que deveria ser suportado pelo ofensor. Nessa época, ainda não se cogitava analisar a culpa do agente ofensor, tratando-se, assim, de forma rudimentar de responsabilidade objetiva.

Em um momento posterior, o Estado, já soberano, proíbe os ofendidos de fazerem justiça com as próprias mãos. Dessa forma, torna-se obrigatória a reparação econômica. O Estado fixava o valor da reparação para cada tipo de dano e obrigava a vítima a aceitar essa composição. Neste período surgiu o Código de Manu.

Sobre tal regramento, ensina a professora Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

Esta foi a primeira codificação das leis e costumes hindus cronologicamente posterior ao Código de Hammurabi. Embora este último diga respeito menos indiretamente ao mundo ocidental - porque o mundo mesopotâmico teve, enfim, repercussões tanto no mundo grego quanto, de certa maneira, no mundo judaico -, o Código de Manu, codificação de diversos princípios brâmanes, representa a fundação de uma noção não violenta de compensação dos danos, porque substitui a prática da vingança pessoal ou do talião (que, evidentemente, também esteve presente nas origens tribais das sociedades hindus) pelo pagamento de uma soma em dinheiro.¹

No Direito Romano surgiu a “Lex Aquilia de Damno”, que sucedeu a retribuição do mal pelo mal, estabelecido na Lei das XII Tábuas. A partir da Lei Aquília, a culpa do agente ofensor começou a ser cogitada como pressuposto da responsabilidade. Segundo os ensinamentos de Maria Helena DINIZ:

A Lex Aquilia de damno veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse o ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 47/48.

*o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente.*²

Desse modo, somente aquele que for considerado culpado de causar o dano a terceiros, ficará obrigado a repará-lo. Destarte, a “Lex Aquilia” formou as bases da responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana. No entanto, a culpa do direito contemporâneo não pode ser considerada a mesma culpa da lex Aquilia, pois, como lembra Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka “o direito romano é mais “positivista” e o direito contemporâneo é mais “moralista” no ato de se conceber a culpa”.³

Na França, o direito à reparação foi aperfeiçoado pelo Código de Napoleão que estabeleceu uma distinção entre culpa contratual e culpa delitual. Assim, a responsabilidade civil baseada na culpa foi plantada nas legislações de todo mundo, sendo aprimorada e adaptada às diversas sociedades contemporâneas.

A partir da Revolução Industrial, iniciou-se, através de máquinas, a produção em larga escala e a passagem do mundo rural para o mundo urbano, ocorrendo um imenso crescimento populacional. Com isso, aumentaram-se os riscos de danos à vida e à saúde da população, surgindo novas situações, nas quais a idéia de responsabilidade civil baseada na culpa passou a ser insuficiente para garantir a proteção das vítimas.

Por isso, buscou-se a objetivação da responsabilidade, ou seja, uma responsabilidade independente da comprovação de culpa, baseada na teoria do risco.

Vale salientar que a responsabilização objetiva não surgiu para ocupar o lugar da responsabilidade civil clássica, baseada na idéia de culpa, mas apenas para ser aplicada àqueles casos em que esta for insuficiente.

3. Breve Estudo da Responsabilidade Civil e seus Elementos

Para que possamos adentrar com maior facilidade e profundidade no tema principal do presente artigo, primeiramente, procuraremos realizar um breve e singelo estudo da responsabilidade civil e seus elementos.

3.1. Conceito

Responsabilidade civil consiste na obrigação imposta por lei ao ofensor, de reparar os danos causados por sua conduta ou atividade. Com isso, surge para o agente ofensor a obrigação de reparar o dano causado, e para a vítima, o direito à reparação.

Haverá para o ofendido uma garantia de ter seu dano reparado ou, ao menos, compensado.

De acordo com Sergio CAVALIERI FILHO:

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V.7. Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.10.

³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 31.

Em sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁴

Este dever de reparar o dano causado poderá decorrer do não cumprimento de uma obrigação oriunda de um contrato ou poderá também decorrer de uma ação ou omissão da qual tenha decorrido o evento danoso. Além disso, responsabilização civil ainda poderá decorrer de um fato praticado por terceiro, animal ou coisa, nos casos previstos em lei.

A responsabilidade civil *contratual*, prevista nos artigos 389 e seguintes do Código Civil, é aquela decorrente do descumprimento de uma obrigação descrita em uma cláusula contratual. Em geral, o inadimplemento involuntário de uma obrigação, ou seja, aquele em que não houve culpa do devedor, não ensejará a responsabilidade civil, como por exemplo, o descumprimento decorrente de caso fortuito ou força maior.

Já a responsabilidade *extracontratual*, também chamada de *aquiliana*, trata-se daquela que decorre de uma ação ou omissão do ofensor, que deu origem ao dano sofrido pela vítima. Está prevista nos artigos 186, 927 e seguintes do Código Civil. Esta modalidade de responsabilidade civil é a que será analisada no decorrer deste trabalho.

3.2. Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade civil poderá ser classificada em subjetiva ou objetiva. A responsabilidade subjetiva, também chamada de responsabilidade civil clássica, é aquela que se fundamenta na culpa do agente ofensor.

Para que haja o dever de reparar, será necessária a comprovação de culpa.

Desse modo, para que haja a responsabilidade civil clássica é preciso que haja uma conduta, um dano, um nexo de causalidade entre essa conduta e esse dano e, além disso, que haja também a culpa comprovada. Com isso, caso o autor da conduta não tenha agido com culpa, não haverá para ele o dever de indenizar.

A responsabilidade civil subjetiva consiste na regra geral de responsabilização trazida no Código Civil Brasileiro, como pode observar-se através do artigo 186 deste ordenamento. Diz: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O artigo 927 do mesmo código, completando tal ideia dispõe que: “aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Por sua vez, a responsabilidade civil objetiva, nada mais é do que a responsabilidade independente de culpa. Tem como fundamento a idéia de que quem cria um risco deve suportar os prejuízos causados por sua conduta. Tal espécie de responsabilidade é uma exceção em nosso ordenamento jurídico, devendo ser aplicada àqueles casos em que o

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.20.

legislador considera a responsabilidade subjetiva insuficiente para garantir a proteção das vítimas.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dispõe sobre a aplicação da responsabilidade civil objetiva. Diz que:

Art. 927. (...)

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, riscos para os direitos de outrem.

A primeira parte deste dispositivo refere-se aos casos previstos em lei. No ordenamento jurídico pátrio há diversos casos em que é prevista a utilização da responsabilidade civil independente de culpa, como, por exemplo, nos casos de danos praticados por agentes públicos (artigo 37, § 6º da Constituição Federal); danos ambientais (artigo 225, § 3º da Constituição Federal e artigo 14, § 1º da Lei 6.938/81); danos causados por atividades nucleares (artigo 21, XXIII, “c”, da Constituição Federal e Lei 6.453/77) e danos causados na relação de consumo (Lei 8.078/90).

A responsabilidade civil objetiva também pode ser encontrada em diversos dispositivos do Código Civil, como, por exemplo, o risco da atividade (927, § único); fato de terceiros (artigos 932 e 933); fato de animal (artigo 936); produtos postos em circulação por empresa (artigo 931); ruína de edifícios (artigo 937); objetos ou caídos de edifício (artigo 938); transporte de pessoas (artigos 734 e 735) e abuso de direito (artigo 187, segundo o entendimento do Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal).

A segunda parte do parágrafo único do artigo 927, diz respeito aos casos em que a atividade, por sua natureza, implicar riscos aos direitos de terceiros. Sobre tal responsabilidade, o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal propõe que:

Enunciado 38 - Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Com isso, podemos observar que a responsabilidade independente de culpa é restrita aos casos especificados em lei ou àqueles casos em que atividade, por sua própria natureza, importar risco a terceiros. Não havendo especificação legal ou atividade de risco, deverá ser aplicada as regras da responsabilidade civil subjetiva, fundada na ideia de culpa.

3.3. Pressupostos da Responsabilidade Civil

São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: conduta do agente, dano, nexos causal e culpa. São elementos indispensáveis para que nasça o dever de reparação.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, necessita apenas dos três primeiros, pois nela não se cogita a culpa do agente ofensor.

3.3.1. Conduta do Agente

A conduta consiste no ato humano da qual decorreu o dano. Trata-se de um comportamento do agente, ou seja, uma forma de proceder que acabou gerando consequências jurídicas. À luz da responsabilidade civil clássica ou subjetiva, para que dessa conduta nasça o dever de reparação, será necessário que ela seja uma conduta culposa (culpa ou dolo). Porém, nos casos de responsabilidade civil objetiva basta uma a simples conduta, pois, esta modalidade é independente de culpa.

O dano causado tanto poderá decorrer de uma conduta positiva (Ação), quanto de uma conduta negativa (omissão). A ação nada mais do que um fazer, enquanto que, a omissão trata-se de um não fazer que ganhou relevância no mundo do direito.

No âmbito da responsabilidade civil, a ação é mais ampla que a omissão, pois qualquer ação poderá originar o dever de reparação, no entanto, não é toda omissão ensejará a responsabilização. Desse modo, como exemplo, se uma pessoa não fizer uma doação para a “campanha do agasalho”, não poderá ser responsabilizado se uma pessoa carente morrer de frio.

A omissão originará a responsabilização quando houver o dever jurídico de praticar determinado ato e, em decorrência do descumprimento desse dever, ocorra um dano. Esse dever jurídico poderá surgir de lei, de convenção ou também poderá surgir da criação de uma situação de perigo.

Como regra geral, responderá pelo dano aquele que lhe der causa, ou seja, responderá por seus próprios atos, no entanto, excepcionalmente é possível a responsabilização indireta, ou seja, uma pessoa não é a causadora do dano, mas é a responsável por ele. Trata-se da responsabilidade por fato de terceiros.

De acordo com Silvío RODRIGUES:

A responsabilidade por ato de terceiro ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outrem não por ato próprio, mas por ato de alguém que está, de um modo ou de outro, sob a sujeição daquele. Assim, o pai responde pelos atos dos filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia; o patrão responde por atos de seus empregados, e assim por diante.⁵

Com o intuito de evitar que a vítima fique desprotegida e sem o ressarcimento dos danos sofridos, além da responsabilidade por fato de terceiro, também é possível que haja a responsabilidade por danos causados por animais ou coisas que estejam sob a guarda do responsabilizado, caso contrário, não seriam raras as situações em que o ofendido suportaria todo o prejuízo sem o devido ressarcimento.

⁵ RODRIGUES, Silvío. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. 4.v, p.17.

3.3.2. Dano

O Dano consiste em toda e qualquer lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se do prejuízo causado pela conduta do agente ofensor, atingindo a esfera de interesses das vítimas. A ocorrência de tal evento danoso é pressuposto essencial para a caracterização da responsabilidade civil.

Para que haja o dever de reparação é necessário que tenha ocorrido um dano. Com isso, não é possível reparar aquilo que não foi destruído e nem obter a compensação dos prejuízos que nunca vieram a ocorrer.

Segundo Maria Helena DINIZ:

O dano pode ser atual ou futuro, isto é, potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação, como, p.ex., quando uma pessoa é vítima de lesões corporais num acidente de trânsito e perde um braço, o que diminuirá sua capacidade de trabalho. A certeza do dano, portanto, constitui sempre uma constatação de fato atual que poderá projetar, no futuro, uma consequência necessária, pois, se esta for contingente, o dano será incerto.⁶

Os danos sofridos pelas vítimas poderão ter caráter patrimonial, moral ou estético.

Os *danos patrimoniais*, também chamados de materiais, são aqueles prejuízos de natureza econômica, ou seja, são aqueles suscetíveis de avaliação pecuniária que atingem o patrimônio do ofendido. Essa espécie de dano engloba os danos emergentes e os lucros cessantes.

Dano emergente trata-se de tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu em decorrência da conduta ofensora. Importa na diminuição patrimonial sofrida pela vítima de forma imediata e efetiva. Já, o lucro cessante é tudo aquilo que a vítima, de forma provável e razoável, teria ganhado se não tivesse a ocorrência do dano. Devemos considerar tudo que a vítima *provavelmente* ganharia e não tudo aquilo que a vítima *possivelmente* ganharia. Não podemos considerar o possível, mas sim o provável, observando, assim, os mais diversos elementos subjetivos.

Os *danos morais*, por sua vez, são aquelas lesões de natureza extra patrimonial, ou seja, não atingem o patrimônio da vítima, mas sim seus sentimentos, sua moral, ou seu psicológico. Implica em dor subjetiva e emocional, despertando na vítima sentimentos de vergonha, revolta, constrangimento entre outros.

Ensina Sílvio de Salvo VENOSA (2002, p.31):

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o bonus parter família: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre as rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V.7. Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 62/63.

*sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante de comportamento humano universal.*⁷

Por fim, os *danos estéticos* são aqueles que atingem o aspecto morfológico de uma pessoa, decorrendo a ela deformidade, aleijões ou afeições, como por exemplo, cicatrizes no rosto da vítima.

Os danos morais, de acordo com a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, são perfeitamente cumuláveis com os danos de natureza patrimonial. Porém, como lembra Flávio TARTUCE, “Essa súmula, na verdade merece uma nova leitura, pois o STJ tem entendido, há um certo tempo, que são cumuláveis danos materiais, morais e estéticos, constituindo os últimos uma terceira modalidade de dano”⁸. Desse modo, caso decorra de uma conduta mais de uma modalidade de dano, a vítima terá direito a reparação de todos eles.

3.3.3. Nexo Causal

Nexo causal é a ligação entre a conduta do ofensor e os prejuízos sofridos pela vítima. É uma relação de causalidade entre a ação ou omissão e o efetivo dano. Desse modo, mesmo que uma pessoa esteja agindo da maneira mais ilícita possível e ocorra um dano, se não estiver comprovado o nexo de causalidade entre essa conduta e esse dano, não haverá o dever de reparar.

Diferentemente do que ocorre no Direito Penal, no Direito Civil Brasileiro busca-se a causa efetiva do dano provocado, adotando-se a *teoria da causalidade direta e adequada*, segundo a qual, a lesão sofrida pela vítima deverá ser consequência direta e imediata da conduta do ofensor e, além disso, essa causa deve ser adequada ao resultado danoso.

Podemos encontrar causas de excludente do nexo de causalidade, são elas: a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e a cláusula de indenizar na responsabilidade contratual. Tais causas impedem a relação de causalidade entre a conduta e o dano, portanto, excluem o dever de responsabilização.

3.3.4. Culpa

Para que haja a caracterização da responsabilidade civil objetiva basta a ocorrência dos três pressupostos acima, ou seja, conduta do agente, dano e nexo de causalidade. Porém, como já vimos anteriormente, a responsabilidade objetiva é uma exceção em nosso direito, sendo que a responsabilidade civil subjetiva, baseada na idéia de culpa, ainda é a regra geral em nosso ordenamento.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.4. p.31.

⁸ TARTUCE, Flávio. *Questões Controvertidas Quanto à Reparação por Danos Morais. Aspectos Doutrinários e Visão Jurisprudencial* - artigo jurídico, disponível no site <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigo/Tartucedanomoraldoc>. Acesso em 02 de abril de 2006.

Destarte, para que se configure a responsabilidade subjetiva ou clássica é indispensável a comprovação de culpa do agente.

Em sentido estrito, a culpa é uma conduta involuntária do agente que acabou provocando um dano sem a intenção de praticá-lo. Está ligada a idéia de imperícia, negligência e imprudência, como mostra o artigo 186 do Código Civil.

Entretanto, no campo da responsabilidade civil, deveremos considerar a culpa não em seu sentido estrito, mas sim em seu sentido amplo. A culpa em sentido amplo, além da culpa estrita, abrange também o dolo. Dá-se o dolo quando o agente procurou intencionalmente provocar o dano.

Nas palavras de Maria Helena DINIZ:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, pela imprudência e pela negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.⁹

Para constatarmos a culpa do ofensor, devemos analisar a *previsibilidade* do resultado danoso. Assim, devemos analisar a possibilidade de um homem médio prever tal dano. Como leciona Sergio CAVALIERI FILHO: “Não havendo previsibilidade, estaremos fora dos limites da culpa, já no terreno do *caso fortuito* ou da *força maior*”.¹⁰

Além da previsibilidade, também precisamos analisar a *evitabilidade*, ou seja, será que mesmo sendo previsto, o dano era inevitável? Por isso, precisamos verificar que o resultado era previsível e mesmo assim, por alguma falta de cautela, o agente não o evitou.

A culpa *strictu sensu* pode ser dividida em três graus: levíssima, leve e grave.

Culpa levíssima consiste naquela em que somente uma pessoa com habilidades acima dos padrões normais poderia ter evitado. Somente uma pessoa extremamente cautelosa e perita teria evitado a ocorrência do dano.

Considera-se *culpa leve* aquela a que todas as pessoas normais estão sujeitas, ou seja, mesmo que uma pessoa esteja agindo dentro dos padrões normais do *homem médio* ela estará sujeita a essa culpa.

Já a *culpa grave* é aquela em há um comportamento do ofensor completamente contrário aos padrões normais, ou seja, é aquela conduta grosseira, cuja qual uma pessoa comum jamais teria praticado.

Silvio RODRIGUES ensina que:

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V.7. Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 42.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.40.

*A culpa grave é a decorrente da imprudência ou negligência grosseira, como a do motorista que dirige sem estar habilitado, ou daquele que, em excesso de velocidade, atravessa um sinal de trânsito fechado. Costuma-se dizer que a culpa grave ao dolo se equipara.*¹¹

O Código Civil dispõem em seu artigo 944, parágrafo único, que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente a indenização”.

Dessa forma, o magistrado, analisando cada caso concreto, poderá reduzir o valor da indenização com base no grau de culpa do agente. Entretanto, parte da doutrina tece inúmeras críticas a este dispositivo, pois se trata de norma contrária ao *princípio da reparação integral*. Assim, entendemos que cabe ao magistrado, com vistas ao caso concreto, optar pela aplicação ao não de tal dispositivo.

Como este dispositivo necessita da apuração do grau de culpa, não poderá ser aplicado nos casos cobertos pela responsabilidade civil objetiva, embora, há quem entenda de forma diversa.

Na doutrina anterior ao Código Civil de 2002, quando estudávamos a responsabilidade civil por fato de outrem, era comum encontrarmos como modalidade de culpa a *culpa in eligendo* (na escolha) e a *culpa in vigilando* (na guarda ou vigilância). No entanto, em decorrência da objetivação da responsabilidade civil por fato de terceiro, tais conceitos tornaram-se obsoletos, pois não há mais que se discutir tal culpa.

Há casos em que o ofensor, apesar de ter agido com culpa, não é o único responsável pela ocorrência do dano, pois a vítima também concorreu de maneira culposa para que o evento danoso ocorresse. A estes casos chamamos de *culpa concorrente*. Com isso, deverá haver uma compensação baseada nos graus de culpa. Por exemplo: se o ofensor agiu com culpa grave e a vítima com culpa leve, poderá ser dividida a responsabilização em 80% para aquele e 20% para esta. Da mesma maneira, se o ofensor e ofendido agiram com culpa leve poderá aquele ficar responsável por 50% dos prejuízos, enquanto este fique com os outros 50%.

Poderá, ainda, haver casos em haja mais de um agente ofensor, ou seja, mais de uma pessoa agiu com culpa ocasionando dano a vítima. São os casos de *culpa conjunta*.

Os ofensores respondem de forma solidária, podendo a vítima acionar apenas um deles buscando a total reparação. É claro que, posteriormente, o ofensor que pagou por todo o prejuízo poderá mover ação de regresso contra os demais causadores do dano.

4. A Ideologia do Afeto

A afetividade tem causado profundas modificações nas arcaicas concepções e estruturas do direito de família. Em decorrência disso, já não podemos mais pensar em entidades familiares sem atentarmos para os laços afetivos.

O próprio conceito de família sofreu intensas modificações em decorrência do afeto. A família atual deve ser identificada como um grupo social fundado necessariamente na afetividade, ou seja, no vínculo afetivo que une as pessoas com propósito de vida

¹¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. 4.v. p.148.

comum. Com isso, não podemos mais identificar a família apenas pelos aspectos biológicos e patrimoniais, mas sim sob a ótica afetiva, que enaltece a pessoa humana como sujeito de direitos.

Acerca do tema, brilhante é o ensinamento da professora Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

No momento em que o direito de família conseguir dizer o afeto dentro de sua própria doutrina, aí, sim, estará efetivamente contemplando a pessoa humana no lugar do sujeito de direito. E será esta transformação que permitirá aflorar, no direito de família, uma concepção ética do ser humano. Ao contrário, enquanto o direito de família prosseguir ignorando a urgência da transformação, enquanto escolher continuar silenciando acerca do afeto, tudo o que conseguiremos será o continuísmo de um tempo já descabido, tempo este que operou uma idéia inadequada acerca da humanidade, o que, na prática jurídica, foi apenas mais uma maneira de tratar a pessoa humana como se ela fosse uma singela coisa.¹²

Desse modo, não há mais espaço no âmbito familiar para um demasiado apego econômico ou sanguíneo, vez que, diante da atual realidade social, o princípio da afetividade nas relações familiares jamais poderá ser ignorado, caso contrário, estaríamos ferindo a própria dignidade da pessoa humana. Como afirma Luiz Edson FACHIN: “Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma “comunidade de sangue” e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma “comunidade de afeto””.¹³

O princípio da afetividade, por toda sua importância, encontra-se fundamentado na Constituição Federal de 1988. De acordo com Paulo Luiz Netto LÔBO:

Encontram-se na Constituição Federal brasileira quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XX:

- a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º);*
- b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º);*
- c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º);*
- d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, caput).¹⁴*

Como pode ser observado, a Constituição Federal procurou afastar do âmbito familiar os interesses patrimoniais e os sanguíneos, exaltando, assim, o interesse maior da pessoa humana, ou seja, aquele decorrente da comunhão de afeto. Tudo isso, demonstra uma nítida evolução social e, desse modo, o direito não pode fechar os olhos para essa realidade.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre Peixes e Afetos*. Disponível no site http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_peixes.doc. Acesso em 01 de maio 2006.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro* - 2.ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 317.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts 1591 a 1693*, volume XVI. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo - São Paulo: Atlas, 2003. p. 43.

4.1. O Afeto nas Relações entre Pais e Filhos.

As relações entre pais e filhos, assim como outras relações no âmbito familiar, deverão ser cobertas pelo manto da afetividade. A filiação não deverá decorrer de um determinismo biológico ou econômico, mas sim do afeto emanado da convivência.

Como ensina Luiz Roberto de ASSUMPCÃO:

(...) o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno filial (plano vertical, como, por exemplo, a existente entre o padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos.¹⁵

Como sabemos, é imprescindível para criação e formação dos filhos a figura dos pais. Trata-se de finalidade da família, através do pai e da mãe, garantir a realização, apoio e sustentação dos filhos. Tudo isso, não seria possível sem as bases afetivas que edificam a família e a converte em um espaço de ampla realização para seus componentes como sujeitos de direitos.

Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.¹⁶

Portanto, ocorreram mudanças significativas nas bases ideológicas da filiação, ruindo-se toda a concepção sanguíneo-biológica, enquanto que, foram elevados os valores decorrentes da afetividade. De tal modo, o afeto como base familiar, deverá atingir as relações entre pais e filhos, rebaixando os interesses patrimoniais diante da igualdade, solidariedade e respeito familiar.

5. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi escolhido pelo legislador como fundamento maior de todo nosso sistema jurídico. Consiste no princípio constitucional de maior valor axiológico. Está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nas palavras de José Afonso da SILVA, “Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”¹⁷. Trata-se da base de nosso ordenamento jurídico, pois, nele estão alicerçados os demais princípios constitucionais.

Como leciona Luiz Roberto de ASSUMPCÃO:

¹⁵ ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil* - São Paulo: Saraiva, 2004, p.53.

¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos - Além da Obrigação Legal de Caráter Material. Artigo Jurídico disponível no site http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_resp2.doc. Acesso em 01 de maio de 2006.*

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.109.

Uma vez eleita a dignidade como princípio norteador do sistema, coloca-se a pessoa como principal fim de proteção e o desenvolvimento de sua personalidade como objetivo primordial, que se espraia pelo sistema jurídico, vinculando o ordenamento jurídico como um todo.

A tutela da dignidade espalha-se pelo texto constitucional e por todo ordenamento jurídico, de modo que, a partir desse princípio fundante, outros, mais específicos, irão orientar a interpretação e a aplicação da norma ou do direito às situações concretas.

Dignidade é um conceito que foi, paulatinamente, sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do terceiro milênio repleto de si mesmo como um valor supremo, construído pela razão jurídica.¹⁸

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento primordial de nosso regramento, deverá servir de *guia* para todos os demais princípios e normas. Tal fato, não carece de muita explicação, basta uma análise superficial nos demais princípios constitucionais, para notarmos que todos eles têm como finalidade a realização da dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana, como expõe Paulo Luiz Netto LÔBO, “é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público”¹⁹. Portanto, a dignidade é inerente a todo ser humano, trata-se de princípio primordial, inseparável e irrenunciável.

Por tudo isso, observamos que a constitucionalização do direito de família, capitaneada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, objetiva uma família mais humanitária, capaz de cumprir sua finalidade de apoio, sustento e realização de seus membros.

Aqui, mais uma vez nos recordamos dos ensinamentos de Luiz Roberto de ASSUMPCÃO:

Assim, a nova família, não patrimonializada, nuclear e vinculada pelo afeto, somente pode ser construída caso haja possibilidade de considerar um novo paradigma nas relações familiares, tendo como norte, sempre, perspectiva da tutela prioritária da dignidade da pessoa humana.²⁰

Estamos, assim, diante da repersonalização e da despatrimonialização do direito civil, onde a pessoa humana ocupa seu verdadeiro lugar, nos braços dos princípios constitucionais, sendo mais valorizada em detrimento do patrimônio.

6. Os Deveres dos Pais

Os deveres dos pais em relação aos filhos podem ser encontrados em diversos dispositivos de nosso ordenamento jurídico, entre eles, destacamos os seguintes: artigos 227 e 229 da Constituição Federal; artigos 3º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente; e artigos 1566, IV e 1634 do Código Civil. Além de tais dispositivos, também achamos

¹⁸ ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil* - São Paulo: Saraiva, 2004, p.54/55.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio* - Belo Horizonte: IBDFAM: OAB - MG: Del Rey, 2000. p.251.

²⁰ ASSUMPCÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil* - São Paulo: Saraiva, 2004, p.50.

sempre oportuno recordar que os pais têm o dever de garantir aos filhos a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior.

O artigo 227 da Constituição Federal dispõe que:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

Em seu artigo 229, a Constituição atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e, reciprocamente, confere aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por sua vez, prevê que:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Este estatuto, em seu artigo 22, também imputa aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

O artigo 1566, inciso IV, do Código Civil, na mesma direção, atribui aos cônjuges os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos.

Segundo os ensinamentos do professor Christiano CASSETTARI: Poderíamos dizer que o dever dos pais para com os filhos deriva do dever conjugal de guarda, sustento e educação dos filhos. A inobservância deste dever pode configurar, também, segundo o Código Penal, crime de abandono material ou abandono intelectual, além de dar causa à suspensão ou destituição do poder familiar, ou a separação litigiosa culposa, conforme estabelece o Código Civil vigente.²¹

Frequentemente, estes deveres dos pais com relação aos filhos são observados apenas sob a ótica material. No entanto, trata-se de um grande erro. Tais deveres, além dos valores patrimoniais, também são revestidos de valores psíquicos e afetivos.

Nesse sentido, a lição de Christiano CASSETTARI: A Constituição Federal estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação e educação. Estes deveres não apresentam somente critérios materiais, mas também afetivos, já que não basta prover o sustento, mas se faz indispensável dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que servem para dar proteção e segurança.²²

Portanto, os deveres dos pais, vão muito além do mero auxílio material. O abandono material pode ser facilmente reparado, no entanto, o abandono afetivo pode levar aos filhos conseqüências traumáticas e irreversíveis. Nas palavras de Rodrigo da Cunha PEREIRA, “o mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não presença

²¹ CASSETTARI, Christiano. *Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de seus Filhos - Dos Deveres Constitucionais*. Artigo Jurídico. Material fornecido pelo professor Christiano aos alunos do curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. <http://www.unitoledo.br>. Site do professor:

<http://www.professorchristiano.com.br>.

²² CASSETTARI, Christiano. Idem 21.

do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção”.²³

7. As Decisões Judiciais Inovadoras.

A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos chegou aos tribunais, causando uma diversidade de opiniões no meio jurídico.

A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 1/4/2004), condenou o pai a pagar ao filho uma indenização por danos morais, decorrentes de abandono afetivo, no valor correspondente a 200 salários mínimos.

Consta que, após a separação judicial do casal, embora pagasse regularmente a pensão alimentícia, o pai deixou de prestar auxílio afetivo ao filho.

Até os seis anos de idade, a criança manteve contato com o pai, no entanto, posteriormente o pai afastou-se do filho. Por várias vezes a criança tentou a aproximação, porém, todas foram infrutíferas. Tudo que o filho queria era o amor e o reconhecimento, porém recebeu somente abandono, rejeição e frieza.

Segue a ementa da referida decisão:

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

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

No entanto, insatisfeito, o pai recorreu da mencionada decisão e, infelizmente, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por quatro votos a um, deu provimento ao recurso especial, modificando a decisão do tribunal mineiro. Foi entendido que não cabe indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. Os Ministros também decidiram que a perda do poder familiar já se encarrega da função punitiva e dissuasória.

Ora, será que um pai que abandona afetivamente seu filho sofrerá com a perda do poder familiar? Será que interessa a esse pai ter o poder familiar sob este filho?

Entendemos que a perda deste poder/dever não se encarrega de punir a negligência deste pai.

O único a votar pelo não conhecimento do recurso foi o Ministro Barros Monteiro, considerando que a destituição do poder familiar não compromete a indenização. Segundo o Ministro, "ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho".

Diante disso, compartilhamos com o entendimento do Ministro Barros Monteiro.

²³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Pai, por que me abandonaste?* Artigo jurídico disponível no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família. <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=31>. Acesso em 23 de abril de 2006.

Apesar daquela decisão, provinda de Minas Gerais, ser a mais conhecida, não foi a primeira. Há uma decisão anterior, semelhante a esta, vinda da justiça gaúcha. O juiz de direito Mario Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa, condenou um pai a pagar igualmente 200 salários mínimos à filha, que sofreu danos decorrentes do abandono material e afetivo.

Posteriormente, surgiu uma outra decisão semelhante, mas agora na capital paulista. O juiz de direito da 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, doutor Luís Fernando Cirillo, nos autos do processo nº. 01.36747-0, condenou um pai a pagar a filha o valor de R\$50.000,00 como indenização decorrente dos danos morais sofridos e do custeio do tratamento psicológico.

Em um majestoso trecho da r. sentença, o nobre Magistrado diz:

A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.

Destarte, percebemos que a responsabilidade decorrente do abandono afetivo, ainda, encontra alguma resistência em nossos tribunais, todavia, muitos outros casos surgiram e muitas outras vezes nossos Egrégios Tribunais serão chamados para resolver tais conflitos.

8. Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo dos Filhos

A responsabilidade civil no direito de família sempre foi vista de maneira muito cautelosa. A aplicação dos princípios da reparação civil, no âmbito familiar, já foi, e ainda é, bastante questionada.

No entanto, não há motivos que impeçam a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares. Seria um erro se pensássemos que a família está em um plano imune aos princípios da reparação civil. Não há razões que impeçam possíveis indenizações por danos materiais ou morais dentro do direito de família.

Como sabemos, a família adquiriu uma enorme importância como *meio* de realização e apoio de seus membros, assim, de forma efetiva, necessita de uma proteção social e jurídica. Para isso, não há dúvidas que a aplicação da responsabilidade civil consista em uma dessas eficazes formas de proteção familiar. Proteger a família consiste em defender a própria dignidade da pessoa humana.

Feito estas observações, poderemos prosseguir em nossa análise.

Um dos pressupostos essenciais da responsabilidade civil é a ocorrência do dano, ou seja, uma lesão a um bem jurídico tutelado, causado pela conduta do agente.

Se levarmos este entendimento à responsabilidade decorrente da falta de afetividade dos pais, podemos concluir que o mero abandono afetivo, sem a ocorrência de dano ao filho, não constitui causa suficiente para ensejar o dever de reparar.

Nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

O que produzirá o liame necessário - nexó de causalidade essencial - para a ocorrência da responsabilidade civil por abandono afetivo deverá ser a consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho, pelo fato desse abandono perpetrado culposamente por seu pai, o que resultou em dano para a ordem psíquica daquele.²⁴

Por isso, há a necessidade da verificação do evento danoso decorrente da falta de afeto. Há muitos casos em que os pais, por algum motivo, deixam de prestar afeto aos filhos, porém estes não se importam com esta falta de afeto, não sofrendo nenhum tipo de dano.

Também não é raro, em famílias mais antigas, os pais tratarem os filhos de forma bastante fria. Em algumas dessas famílias, os filhos menores eram até mesmo impedidos de se sentarem à mesa para fazerem as refeições na presença do *poderoso* pai. Todavia, isso decorre da cultura dessas pessoas. Esses filhos não sofreram dano por esse tipo de criação, todos eles amam seus pais. Nestes casos, como não há a ocorrência de dano é óbvio que não nasce para esses pais o dever de indenizar.

Porém, em muitos casos o abandono afetivo causa danos morais. Estes casos, sem nenhum equívoco, deverão ser amparados pela responsabilidade civil.

A falta de afeto pode causar imensos prejuízos emocionais aos filhos. Pode comprometer até mesmo a formação intelectual e a personalidade da criança. Muitas vezes, o filho *negligenciado* precisa de passar por constantes tratamentos psicológicos para poder suportar tal esquecimento paterno.

Segundo os ensinamentos da professora Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA:

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por incutir na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.²⁵

Além disso, a ilustre professora ainda lembrar que:

O pressuposto desse dever de indenizar - além da presença insofismável do dano - é a existência efetiva de uma relação paterno-filial em que ocorreu, culposamente, o abandono afetivo, pouco importando as circunstâncias múltiplas que possam ter originado a relação paterno-filial ou materno-filial.²⁶

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos - Além da Obrigação Legal de Caráter Material*. Artigo Jurídico disponível no site http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_resp2.doc. Acesso em 01 de maio de 2006.

²⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos - Além da Obrigação Legal de Caráter Material*. Artigo Jurídico disponível no site http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_resp2.doc. Acesso em 01 de maio de 2006.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Idem* 25.

Portanto, para que se caracterize o dever de indenizar, é preciso que haja conduta culposa do pai, ou seja, o abandono afetivo praticado pelo genitor deverá ser revestido de culpa. Contudo, respeitamos a opinião daqueles que ensinam que a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo é fundamentada no abuso de direito (artigo 187, do Código Civil).

9. Conclusão

Em virtude dos motivos apresentados, podemos constatar que é possível a responsabilização civil dos pais por abandono afetivo de seus filhos. Trata-se de uma forma legítima e eficaz de proteção, fundamentado no princípio constitucional da dignidade humana.

Os deveres dos pais não se limitam apenas à prestação de auxílio material ao filho. Tais deveres vão muito além do mero apoio financeiro, devendo abranger, também, o auxílio emocional e afetivo. O abandono imaterial de uma criança poderá ocasionar a ela imensuráveis danos morais, atingindo de forma brutal o seu psicológico e prejudicando de maneira severa sua própria formação.

Deste modo, concordamos com a decisão proferida pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais.

Certamente, nosso ordenamento jurídico não possui meios para obrigar um pai a amar seu filho, entretanto, se desta falta de amor resultar danos morais à criança, com certeza surgirá a responsabilidade civil para cuidar destas consequências nefastas.

10. Referências Bibliográficas:

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSETTARI, Christiano. *Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de seus Filhos - Dos Deveres Constitucionais*. Artigo Jurídico. Material fornecido pelo professor Christiano aos alunos do curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. <http://www.unitoledo.br>. Site do professor: <http://www.professorchristiano.com.br>.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. V.7. Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família: Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. 2.ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Sobre Peixes e Afetos*. Disponível no site

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_peixes.doc. Acesso em 01 de maio 2006.

_____. *Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos - Além da Obrigação Legal de Caráter Material*. Artigo Jurídico disponível no site

http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Giselda_resp2.doc. Acesso em 01 de maio de 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts 1591 a 1693*, volume XVI. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo - São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB - MG: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** Artigo jurídico disponível no site jurídico do Instituto Brasileiro de Direito de Família. <http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=31>. Acesso em 23 de abril de 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. 4.v.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Questões Controvertidas Quanto à Reparação por Danos Morais. Aspectos Doutrinários e Visão Jurisprudencial**. Artigo jurídico, disponível no site

<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigo/Tartucedanomoral.doc>. Acesso em 02 de abril de 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.4.

(Fonte: <http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/31.pdf>, <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/328/321>, data de acesso 12/06/2014)

II - Abandono afetivo do idoso pelos familiares: indenização por danos morais

Adriane Medianeira Toaldo, Hilza Reis Machado

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo o estudo sobre o abandono afetivo dos idosos pelos seus familiares, na busca da indenização por dano moral em virtude de tal desamparo. O Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 1º de outubro 2003, tem o objetivo de tutelar como mandamento, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um norte da Constituição Brasileira. A responsabilização civil não está expressamente prevista no Estatuto do Idoso, razão do seu estudo, com enfoque no Código Civil e na Constituição Federal. Conclui-se, com suporte na Constituição Federal e no Código Civil, que a dor e a humilhação pelas causas de abandono ao idoso, como a negação do afeto, do convívio e do próprio alimento, não comprometem só materialmente, pois a dor reflete-se psicologicamente, agravando suas limitações, não podendo mais estas serem desconsideradas em face de ausência de previsão legal no Estatuto do Idoso.

Palavras-chave: Abandono Afetivo - Idoso - Indenização - Dano Moral.

Abstract: The present work aims to study the affective abandonment of the elderly by their relatives in the search for moral damages because of such abandonment. The Statute of the Elderly, Law 10741 of 1 October 2003, aims to protect as a commandment, the principle of human dignity, which is a northern Brazilian Constitution. The civil liability is not expressly provided for in the Elderly, because of their study, focusing on the Civil Code and the Constitution. We conclude, supported by the Federal Constitution and the Civil Code, that causes the pain and humiliation of abandoning the elderly, such as denial of affection, and interaction of the food itself, not only materially compromise, because the pain is reflected psychologically, compounding their limitations, they can no longer be disregarded in the face of lack of legal provision in the Elderly.

Keywords: Affective Abandonment - Elderly - Compensation - Moral damage.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dano Moral no Contexto da Responsabilidade Civil 3. A Prova do Dano Moral 4. O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo Praticado pelos Familiares do Idoso 5. Os Limites para a Indenização do Dano Moral e a Posição da Jurisprudência 6. Conclusão. 7. Notas. 8. Referências Bibliográficas.

1 Introdução

O idoso, assim como a criança e o adolescente, necessita de maior amparo legal, buscando, desta forma, maior defesa de seus direitos, assegurados de forma efetiva pela Constituição Brasileira e Estatuto do Idoso, através da Lei 10.741, de 1º de outubro de

2003, visando maior dignidade e qualidade de vida, sendo um dos fundamentos da Constituição da República a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III.

Fez-se necessário o Estatuto do idoso como garantidor de respeito para com o idoso, mudando a realidade passada e sanando as falhas a fim de acabar, efetivamente com o desrespeito contra os idosos.

Existe hoje um grande contingente de idosos, dentre os quais alguns possuem uma boa renda, proporcionando um bom nível social a seus descendentes, fazendo com isso uma aproximação mais intensa; divergindo totalmente daqueles, estes que possuem um nível econômico mais baixo, são geralmente abandonados pela família e muitas vezes pelos próprios asilos que os discriminam e maltratam, esquecendo o dever solidário para com os mesmos.

Em consequência da supervalorização da dignidade, o poder Judiciário vem se manifestando sobre as ações que tem como causa de pedir o abandono moral dos idosos que condenam os parentes por faltarem com assistência moral e afetiva.

Os atos praticados pelo homem não podem resultar em lesão a alguém, desta forma o Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003 em seu artigo 3º acentua a obrigação da família, da sociedade e do poder público, assegurando ao idoso a efetivação do direito ao bem maior, assim como a saúde, educação, ao esporte, ao lazer, a cultura, ao trabalho, a cidadania, a liberdade, a dignidade, ao respeito e a convivência familiar e comunitária, enfim, o dever de cuidado, o qual se inobservado, gera uma conduta lesiva ao idoso.

Embora o dever de cuidado das famílias para com os idosos seja regulamentado juridicamente em seu artigo 98 da Lei 10.741, Estatuto do Idoso, há um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de jurisdição, que não necessitam de regulamentação, embora muitos sofrem por abandono material e afetivo sem a mínima satisfação de suas necessidades básicas e afetivas, deixando de cumprir com seu dever de zelo e proteção ao idoso.

O idoso ao sofrer de desafeto pela família, também perde seus objetivos, envelhecendo e adoecendo mais rapidamente, pois segundo a nossa Constituição Federal em seu artigo 229 salienta que os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade; assim como o artigo 230, também da Carta Magna, disciplina o amparo ao idoso, defendendo sua dignidade e bem estar, garantindo-lhe o direito à vida, reconhecendo ser “dever da família, da sociedade e do Estado, amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida”.

Nessa perspectiva, o presente ensaio tem por objetivo analisar a possibilidade do idoso obter indenização por danos morais em caso de abandono afetivo pelos familiares, em virtude da ausência de previsão legal no Estatuto do Idoso, visto que a responsabilidade civil corresponde ao descumprimento de um dever de cuidado.

2 Dano Moral no Contexto da Responsabilidade Civil

Não se pode deixar de frisar, que mesmo após a Constituição de 1988, novos diplomas legais surgiram fazendo obedecer as matérias relativas à responsabilização civil pelo dano moral, demonstrando que a cada dia haverá uma atualização interpretativa dos textos legislativos, adequando-se as necessidades criadas pelo progresso da sociedade.

Desta forma o artigo 5º da Constituição Federal, em seus incisos V e X, trás a previsão de indenização por dano moral ou material; assim como os artigos 186, 187, que rezam sobre a violação do direito e o dano causado por ato ilícito, e por consequência desse ato ficará obrigado a repará-lo, segundo o artigo 927 deste mesmo Código Brasileiro.

O dano moral incide contra a pessoa, atingindo o que ela é em sua profundidade, pois é um dano pessoal, insuscetível de reposição por ser financeiramente imensurável, pois a pecúnia não retira a dor, podendo tão somente amenizá-la.

José de Aguiar Dias^[1] destaca que o dano moral “não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado.”

No dano moral são atingidos os sentimentos da vítima, a sua vida, sua honra, sua imagem e seu reconhecimento social, assim como sua integridade física e psíquica.

O ordenamento jurídico voltando-se para a ótica de proteção fundamentada na vulnerabilidade e principalmente em quem se encontra em situação de hipossuficiência, dispensou especial atenção ao idoso através da Lei 10.741/03, Estatuto do Idoso.

O idoso hoje é tema de muitas discussões, principalmente acerca de seus direitos já institucionalizados pela Lei 10.741/03, denominado Estatuto do Idoso, chamando a atenção para a dimensão do envelhecimento e também para as políticas públicas, com o fim de suprir suas necessidades.

Em consequência do envelhecimento é que os papéis sociais se perdem, pois geralmente os recursos econômicos não satisfazem mais suas necessidades, diminuem as relações interpessoais e o idoso passa a viver isolado.

No Brasil grande parte dos idosos sofre os mais variados tipos de abandono e maus tratos, muitos cometidos pelos próprios familiares. O caso mais comum é de abandono de idoso em cada de saúde ou em asilos. Os parentes simplesmente esquecem de visitá-lo, deixando-o totalmente desamparado. Na hipótese que os parentes convivem com o idoso, muitas vezes, recebem os seus proventos e não alcançam sequer alimentos ao idoso.

Como resultado do aumento da expectativa do tempo de vida do ser humano, ou seja, dos idosos, a sociedade não preparada para acolhê-los, fez destes um problema, em alguns casos um problema para as famílias, com seus elementos voltados ao mercado de trabalho e, portanto para sua sobrevivência, não possuindo muitas vezes nem tempo e nem recursos para ampará-los.

Embora a reparação civil não esteja prevista no Estatuto do Idoso, entende-se que a garantia de uma compensação de um desgosto, pelo sofrimento ou vexame deste, representa uma sanção ao culpado.

3 A Prova do Dano Moral

A prova do dano moral é uma questão bastante polêmica, pois se trata de algo imaterial e, portanto, não pode ser feita nos mesmos moldes empregados para a comprovação do dano material.

É uma situação um tanto delicada exigir da vítima a comprovação de sua dor, tristeza ou humilhação, através de documentos periciais, e é neste momento que a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, derivando da gravidade do ato ilícito.

Para Rui Stoco^[2] “a causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido”.

Como o dano moral não tem fórmula de cálculo e nem se torna material no espaço físico, não se indeniza, somente se compensa, porque a rigor, ele não existe, não bastando só a afirmação da vítima pelo dano sofrido, sendo necessário, pois que se extraia do episódio sucedido um resultado danoso, ou seja, humilhação, dor, pânico, angústia, medo e outros.

Segundo os artigos 186 e 927 do Código Civil, estende a sua tutela aos bens personalíssimos, tornando-se mais uma satisfação do que indenização compensatória.

O reparo ao dano moral torna-se um esteio de conforto ao ofendido, principalmente se a ofensa é de grave repercussão, justificando, desta forma uma satisfação pecuniária para o lesado.

O ressarcimento do dano moral, além da função protetiva e punitiva tem também uma função inibitória, a qual se pode chamar de preventiva, que consiste na própria natureza da pena tanto na área cível quanto na penal.

O dano moral deriva, portanto, do próprio fato ofensivo, de modo que se a ofensa for provada, está comprovado o dano moral, ou seja, não se prova o dano, prova-se sim o fato.

Prevalece o entendimento de duplo caráter na reparação econômica do dano moral, ou seja, tem caráter compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, de forma a atenuar o sofrimento ocorrido e reprimir o lesador, desestimulando seus atos.

Não existe ainda na legislação brasileira um critério de tarifação para o quantum nas indenizações, somente o artigo 944 do Código Civil menciona que a indenização mede-se pela extensão do dano, ou seja, esta medida é julgada pela ótica do juiz, atendendo em cada caso, às suas peculiaridades e sua repercussão econômica, a qual não deve ser tão grande a ponto de se transformar em enriquecimento e nem tão ínfimo que se torne inexpressivo.

4 O Dano Moral Decorrente do Abandono Afetivo Praticado pelos Familiares do Idoso

As estatísticas demonstram que a vida ganhou mais anos, admitindo que a questão da velhice têm seus propósitos confirmados pela luta de uma melhor qualidade de vida para

os idosos, se tornando um grande desafio para a sociedade brasileira, a qual não estava preparada para enfrentá-los.

Faz-se necessário que a sociedade se empenhe em detrimento da população idosa, chamando a atenção para a dimensão social do envelhecimento e também para as políticas públicas e seu seguimento, dando prioridade absoluta no trato com o idoso, protegendo-o da violência doméstica e familiar, garantindo desta forma sua dignidade.

Assim como em outros países, a Alemanha foi pioneira em iniciar um estudo especializado sobre a velhice, mais precisamente em 1939, e em 1945 nos Estados Unidos foi criada uma sociedade de Gerontologia com o objetivo de estudar os processos de envelhecimento, a partir daí seguiram publicações em todos os países, tornando-se o envelhecimento uma das mais importantes fontes de interesse dos pesquisadores[3].

A indenização por danos morais passou a ser acolhida a partir da Constituição Brasileira de 1988, e hoje, com o Código Civil de 2002, é proclamada nos artigos 186 e 927, caput.

José de Aguiar Dias[4] foi mais rápido que a lei, pois, em 1954, em conferência pronunciada em Santos, declarou que sua pregação era uma batalha, e o mérito de sua doutrina reside no esclarecimento de que “o dano moral suscetível de ressarcimento não decorre da natureza da lesão, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado.”

Para tratar do assunto, apresenta-se abaixo uma antiga história popular japonesa que serve de reflexão sobre a desvalorização do idoso.

“Um homem tinha sua mãe, muito velha, doente e enfraquecida. Então, certo dia, colocou-a em uma espécie de cesto e com seu jovem filho carregou-a para dentro de uma montanha. O homem já estava pronto para abandonar a velha senhora e voltar para casa, quando seu jovem filho correu e pegou o cesto vazio. O homem perguntou-lhe por que, e o filho replicou que poderia precisar quando chegasse o tempo de trazê-lo para a montanha. Ouvindo aquelas palavras, o homem percebeu que acabara de cometer um erro; voltou à montanha, pegou sua mãe e retornaram os três para casa.”[5]

O idoso é muitas vezes marginalizado e oprimido, pois, por força da idade troca a sua independência pela debilidade física, gerando sentimentos de frustração e insegurança e desvalia, pois seus atrativos físicos fazem parte do passado.

Desta forma, o artigo 230 da Constituição Federal, prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e garantindo-lhe o direito à vida.

Independentemente do amparo ao idoso pelo Estado, sociedade e família, ser constitucionalizado pelo artigo 98 do Estatuto do Idoso, existe uma obrigação apontada pelo respeito e por laços afetivos que não necessitam de regulamentação, muito embora existam idosos que vivam a mercê da caridade alheia, abandonados por seus familiares que há muito deixaram de cumprir com o seu dever de solidariedade e proteção.

Conforme reza o artigo 3º do referido Estatuto é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar ao idoso com absoluta prioridade,

seus direitos de cuidado, respeito, saúde, alimentação e convivência familiar, fazendo necessário o convívio deste com diferentes gerações, a fim de preservar os laços afetivos.

O medo de passar por dificuldades econômicas é a grande preocupação dos idosos, visto que, numa cultura consumerista como a atual, não ter dinheiro não é apenas um sinal de prestígio social, mas sim um requisito para viver com dignidade.

Significa o temor de passar pelo frio, pela fome, enfim, medos que acompanham a miséria, como sentir-se diminuído por vestir roupas velhas e principalmente depender dos filhos para sobreviver, e acabar vagando, por não possuir um teto para abrigar-se, resultando em exclusão e abandono.

Desta forma, o abandono material traz como conseqüência também o abandono moral e afetivo, pois, aquele que se encontra em situação de miserabilidade, também está afetivamente esquecido e abandonado pelos familiares.

Pois, o filho que não supre a necessidade alimentar de um pai, mesmo sendo um direito juridicamente tutelado, não suprirá tão pouco, sua necessidade afetiva, por que sentimentos não são impostos, são sentidos e demonstrados, pressupondo reconhecimento a dignidade da pessoa humana.

Mesmo sem extinguir a dor e a humilhação, o dinheiro tem o poder de compensar o sofrimento pelas vantagens que proporciona, como acentua José Rafael Santini:

“A soma em dinheiro paga pelo agente é para que ele sinta de alguma maneira o mal que praticou, a dor, a alegria, a vida, a liberdade, a honra ou a beleza, são de valor inestimáveis. Isso não impede, porém, que seja aquilutado um valor compensatório que amenize aquele dano moral a que São João apóstolo chamava de danos da alma”.^[6]

Verifica-se na presente decisão, que embora o Código Civil sustente que o dever de alimentar é responsabilidade subsidiária dos familiares, o Estatuto do Idoso em seu artigo 12, sustenta que esta é solidária, com o objetivo da celeridade da lide, assim como efetua-se a prestação jurisdicional evitando demora por ocasião da intervenção de terceiros.

Relativamente a essa matéria, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 775.565/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, da seguinte forma:

“Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso.

- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta.

- A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil.

- O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos.

- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12).

Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 775.565/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13.06.2006, DJU 26.06.2006)[7]

Cabe destacar o esclarecedor entendimento esposado no referido julgamento de Agravo de Instrumento acima citado, cujos termos transcreve-se:

“... Assim, por força da lei especial, é incontestável que o Estatuto do Idoso disciplinou de forma contrária à Lei Civil de 1916 e 2002, adotando como política pública (art. 3º), a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade a efetivação do direito à alimentação.

Para tanto, mudou a natureza da obrigação alimentícia de conjunta para solidária, com o objetivo de beneficiar sobremaneira a celeridade do processo, evitando discussões acerca do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso para figurarem no pólo passivo.”

Dessa forma, o Estatuto do Idoso oportuniza prestação jurisdicional mais rápida na medida em que evita delonga que pode ser ocasionada pela intervenção de outros devedores.

À exemplo desse idoso acima, que necessitou apelar para obter seu sustento junto aos familiares que muitas vezes encontram-se com problemas financeiros, aquele acaba se tornando para os familiares, um grande obstáculo.

No caso em pauta a decorrência da própria necessidade alimentar, por si só já caracteriza abandono afetivo, pois, se os familiares não visualizam as necessidades mínimas de sobrevivência, certamente este idoso encontra-se em total abandono.

Compreende-se que aquele que respeita o idoso, não necessita de uma lide para cumprir com sua obrigação alimentar, portanto o abandono afetivo é consequência do abandono material, pois este se encontra ferido em seus direitos mais profundos, como em sua dignidade humana.

Um número expressivo de pessoas idosas é vítima de abandono e menosprezo, falta de alimentos e condições de higiene adequadas, ou seja, a velhice carrega consigo um acúmulo de desigualdades.

O abandono pode ser físico, psicológico, financeiro, por ação, omissão, ou por absoluta impossibilidade das pessoas que tem o dever de cuidado com o idoso.

O envelhecimento deveria ser visto como uma etapa natural da vida, mas não é o que acontece, visto ser o idoso rejeitado pela própria família, por tornar-se dependente e menos saudável, representando um peso para a família e o Estado.

Clayton Reis, analisando a função da reparação dos danos, faz perfeita distinção entre:

“O sentido da palavra reparação, “impregnada de materialidade, para uma indenização dos bens do espírito”, o que considera uma abstração do direito moderno que,

que tanto na doutrina como na jurisprudência, adquiriu o sentido de compensação ou satisfação da vítima.... assegurando um apaziguamento do espírito do lesionado”.[\[8\]](#)

Desta forma o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul mantém sua posição sobre o artigo 3º do Estatuto do Idoso:

“Agravado de Instrumento n. 70025084419 - 8ª Câmara Cível - Santa Cruz do Sul

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. MÃE QUE DEMANDA CONTRA FILHO. ESTATUTO DO, idoso ART. 12. CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS DEMAIS FILHOS. DESCABIMENTO. Da redação do art. 12 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), denota-se a intenção do legislador tanto de fortalecer a obrigação alimentar devida pelos familiares ao parente idoso quanto a liberdade deste para demandar contra quem bem entender. Assim, não se afigura razoável obrigá-lo a litigar contra todos os filhos, pois fica a seu critério decidir de quem exigirá a pensão. Negado seguimento ao recurso.[\[9\]](#)

Por trás de uma ação de execução de alimentos, em que uma mãe, por não encontrar mais opção, sujeita-se a implorar ao filho, passando pelo desprezo e humilhação por tal ato, necessitando interpor uma lide contra quem mais amou e zelou, visto que este filho sequer respeitou um direito acolhido pelo Estatuto do Idoso, o qual reza ser obrigação solidária, entendendo-se também como abandono afetivo, pois aquele que nega o alimento não pode ter mais nada a compartilhar.

Vale lembrar que o artigo 14 do Estatuto do Idoso, reza sobre a falta de condições econômicas do idoso ou de seus familiares proverem seu sustento, este ficará a cargo do Poder Público, através da Lei Orgânica de Assistência Social, LOAS, Lei 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social em seu art. 20, 3º, e Constituição Federal em seu artigo 203, V, e Estatuto do Idoso em seu artigo 34, também em referência a LOAS, garante um salário mínimo de benefício mensal ao idoso que não possa prover sua manutenção, visando ao enfrentamento da pobreza.

Para os idosos o trabalho tem um significado muito marcante, pois este é o centro de suas vidas, e enquanto trabalhador está inserido na sociedade, sendo que, após cumprida sua jornada laboral, a aposentadoria tenderá a significar o fim.

Para muitos idosos a aposentadoria poderá se tornar uma situação traumática, se não houver um planejamento para continuar a ser útil e manter a auto-estima elevada, estes se ocuparão com televisão, revistas, até o ponto de saturação, ou até que a vida perca seu significado.

Portanto, o ato de envelhecer tem implicações muito profundas na estrutura da família, nas políticas econômicas e sociais, como também na eficácia do trabalho, lembrando o número de idosos longevos e a necessidade do aumento na qualidade de vida.

Constata-se que os idosos aposentados e recebendo renda vitalícia retornam muitas vezes ao mercado de trabalho, por ter sob sua responsabilidade uma família, e com o propósito de complementar a renda familiar.

As famílias brasileiras nas quais existem idosos vivem em melhores condições econômicas do que as famílias que não tem idoso recebendo aposentadoria e/ou pensão:

Se estabelecem diferentes relações de dependência econômica e afetiva entre os membros das famílias, bem como há universalização dos benefícios da Seguridade social.[\[10\]](#)

Por hipossuficiência econômica, ou pela própria velhice já avançada, o idoso passa e depender da família, dos filhos, os quais em alguns casos também enfrentam dificuldades financeiras, e em virtude destes problemas, os quais refletem no relacionamento afetivo, acabam por ignorarem o idoso, considerando-o um grande empecilho para suas vidas.

No Estatuto do Idoso, em seus artigos 4º ao 7º, os quais expõem sobre o amparo físico e moral, onde nenhum idoso será objeto de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão e atentado a seus direitos, podendo ocorrer estes comportamentos dentro dos lares, seja por agressão física ou moral, por intolerância, abandono afetivo, cerceando seus direitos naquilo que já lhe pertence.

O mundo evoluído obriga-nos a desenvolver um tipo de couraça que nos imuniza contra os inconvenientes do dia -a- dia, como se fosse uma grossa armadura repelente da má educação que ocorre no trânsito, nas filas dos bancos, nas platéias dos cinemas, nos caixas de supermercado, etc. Ficar indiferente a esses incômodos é o preço que se paga para conviver socialmente, embora não se pretenda, com essa regra, obrigar ninguém a se acovardar ou suportar passivamente determinados desaforos insólitos, por que a ordem jurídica não tolera o menoscabo, a vergonha e a humilhação. Daí a necessidade de se encontrar o equilíbrio para a correta e jurídica qualificação da lesão que sacrifica bens da vida considerados constitucionais, para que o dano moral resgate a honra maculada, cicatrize a ferida e recupere a auto-estima[\[11\]](#).

A organização familiar nos dias atuais sofre mudanças drásticas, existindo outras composições familiares que induzem a mudanças nos hábitos e nos comportamentos, modificando as relações familiares, como o caso de idosos que dividem o espaço físico com parentes mais distantes ou mesmo com pessoas as quais não possui laços parentais, tão somente pela necessidade de sobrevivência.

Quando o idoso reside com a família e esta devido aos seus compromissos e de seus membros, passa a ausentar-se por longos períodos, este sente-se só e angustiado e em alguns casos completamente abandonado, necessitando de afeto e atenção, torna-se difícil um momento para o idoso.

O idoso é visto pelos filhos e noras ou até pelos próprios netos, pois estes copiaram modelo de comportamento de seus pais, como um invasor de lares, pois ele está usando o espaço físico que era da família, e caba sendo descartado, discriminado, não conseguindo mais manter seu espaço, passando a ser considerado um peso para os familiares, muitas vezes se tornando vítima de maus tratos e do descaso.

Necessitando, muitas vezes, usar o Poder Judiciário, como meio de ser ouvido e assistido, pois o fator econômico é precário, a saúde debilitada, necessitando de cuidados e atenção especiais, sem ter condições econômicas pra um tratamento, para medicamentos ou de alguém para cuidá-lo, repercutindo o abandono material também em abandono afetivo.

Mas o que realmente o idoso procura é o reconhecimento e o respeito pela sociedade, pelos mais jovens e acima de tudo pelos familiares, pelo quanto ele colaborou

para o país através de seu trabalho, e o quanto ele se doou para a família a fim de proporcionar dignidade e sustento, salientando acima de tudo os sentimentos nutridos por esta, que hoje o descarta, esquecendo tudo que lhe foi ensinado.

Muitos destes idosos encontram-se hoje a mercê da benemerência de estranhos, pois seus familiares lhe abandonaram, negando-lhe o que este tenha mais preservado, ou seja, o carinho o amparo, submetendo-o ao desamparo e a solidão, sendo por vezes vítimas dos próprios filhos.

Uma vez identificado o abandono, o Ministério Público e delegacias de polícia, proporcionarão o amparo devido ao idoso e acionarão o eventual responsável a responder sob as formas da lei, podendo este ser um familiar ou quem quer que seja, tendo todo cidadão o dever de denunciar qualquer forma de negligência ou desrespeito ao idoso.

Devido às mudanças jurídicas e culturais pelas quais passam as famílias, foi necessário encontrar mecanismos jurídicos diversos de proteção para seus membros, de modo a alcançar o respeito às diferenças, necessidades e possibilidades do idoso.

Um destes mecanismos, objeto do presente trabalho, é a indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo do idoso, que é fruto do descaso e da solidão, sendo vítima da própria família, a qual deverá responder judicialmente por tal desamparo.

O reconhecimento da infração aos direitos da personalidade está evidenciado no voto do ministro Waldemar Zveiter, do qual se transcreve parte:

“...1 O dano moral, como é cediço, é a lesão praticada contra os direitos da personalidade, considerados essenciais à pessoa humana (integridade física e moral, nome, fama, dignidade, honradez, imagem, liberdade, intimidade).

Tamanha é a dimensão e a relevância desses direitos que sua tutela jurídica foi elevada ao patamar constitucional. Isto porque, a par do ressarcimento de natureza material, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar que tais garantias impunemente atingidas. [\[12\]](#)

O relator destaca as seqüelas do dano moral, apontadas pela dor, pelo sofrimento, humilhação, vergonha, constrangimento e vexame de quem é molestado em sua honra ou dignidade, tudo isso agravado pela repercussão social da ofensa, é o diferencial das sanções, qual seja, o de reparar as ofensas físicas e psíquicas.

Adverte-se que pequenas ofensas, insignificantes não geram indenização por dano moral. O abandono lesa o espírito, causando ao idoso dano à sua dignidade, e assim fundamenta Sérgio Cavalieri Filho em sábias palavras:

“Temos hoje o que pode ser chamado de direito subjetivo constitucional à dignidade. [...] a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. [\[13\]](#)

O dano moral à luz da Constituição Brasileira nada mais é do que a infração ao direito à dignidade. Um texto que exprime bem essa noção de equiponderância é de autoria de Manuel Domingues de Andrade:

“O dano moral não comporta no rigor dos termos, uma expressão ou representação pecuniária. Trata-se duma reparação, ou melhor, ainda, duma compensação ao ofendido. A idéia geral em que funda esta indenização é a seguinte: os danos morais (dores, mágoas, desgostos) ocasionados pelo fato ilícito podem ser compensados, isto é, contrabalançados pelas satisfações (até da ordem finalmente espiritual, incluindo o prazer altruístico de fazer bem) que o dinheiro pode proporcionar ao danificado. É preferível isto a deixar o ofendido sem nenhuma compensação pelo mal que sofreu; e o ofensor por sua vez sem nenhuma sanção correspondente ao mal produzido.” [14]

A condenação por danos morais tem o caráter de atender aos clamores e anseios de justiça, não só do cidadão, mas também da sociedade como um todo. Segundo Nehemias Domingos de Melo, sobre o dano moral:

“Na questão de danos morais, a sentença deve atender ao binômio efetividade - segurança, de tal sorte que as decisões do judiciário possam proporcionar o maior grau possível de reparação do dano sofrido pela parte, independentemente do ramo jurídico em que se enquadre o direito postulado.” [15]

Numa realidade que revaloriza a dignidade humana mais do que seu patrimônio, e garante a pessoa toda tutela jurídica civil, é quase impossível não reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações familiares, principalmente se aludindo ao abandono afetivo do idoso, inexistindo por ora um texto legalmente expresso na jurisprudência atual.

Confirmando o que tutela o Estatuto do Idoso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim julga:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO. TRATAMENTO INDIGNO. AGRESSÕES FÍSICAS E VERBAIS. DANO MORAL OCORRENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. 1. As alegações do autor de que teria sido ofendido verbalmente por preposto da ré no interior de um ônibus e de que, posteriormente, teria sido agredido fisicamente por outros prepostos seus no interior de seu estabelecimento são plausíveis e encontram verossimilhança na prova produzida. 2. A verossimilhança decorre a ausência de unicidade das versões apresentadas pela ré. Em sua contestação sustenta que o autor teria invadido o estabelecimento comercial, aproveitando-se da entrada de um ônibus no local. No entanto, o depoimento da testemunha trazida aos autos pela ré à fl.16 refere que o autor teria ingressado livremente no local. Ainda que, de fato, não tenha o autor comprovado lesões compatíveis com a extensão dos danos que alegou ter sofrido em sua inicial, evidenciada restaram as lesões corporais leves depois dos fatos, tendo sido devidamente registrados na Delegacia de Polícia (fls.39/40). 5. Além disso, não há como deixar de realçar o fato de ser o autor pessoa idosa, a qual merecia receber tratamento respeitoso da ré, o que não ocorreu. 6. Assim, tem-se por caracterizado o dano moral indenizável, não merecendo reparo o valor fixado na sentença (R\$1.000,00), o qual se mostrou módico se comparado à extensão dos danos, à capacidade econômica do ofensor e, em especial, à condição peculiar de idoso da vítima. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.” [16]

Desta forma salienta-se a importância do Estatuto do Idoso com o fim jurídico de disciplinar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, voltado para os maiores de sessenta anos, os quais se encontram feridos em seu íntimo maior, salientado

que a conduta de quem os abandona é ilícita, pois fere os princípios assegurados constitucionalmente.

Sérgio Cavalieri Filho, esclarece, quanto ao dano moral, que este “é a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores do espírito.”^[17]

Portanto, busca-se a possibilidade de amenizar as dores do abandono moral sofridas pelo idoso, nas palavras de Vanderlei Arcanjo da Silva:

“A visão hoje predominante é de que, embora a dor não tenha preço e nem seja mensurável, os danos morais são plenamente reparáveis. A indenização em dinheiro não visa a restituição absoluta do status quo da vítima, anterior ao dano e nem a recomposição da dor e da angústia por eles vivenciadas. O seu escopo é o alívio, a amenização, a diminuição dos sentimentos negativos suportados pelo lesado, sob uma perspectiva de “correspondência” ou “proporcionalidade”, e não “equivalência”, buscando ainda sancionar o lesante, a fim de que ele não reitere a conduta ofensiva. Assim, em um contexto mais amplo, consiste o objetivo dessa reparação pecuniária na defesa dos valores essenciais a preservação da personalidade humana e do convívio social, atribuindo à vítima algum tipo de compensação, bem como lhe desenvolvendo na medida do possível, sua integralidade física, psicológica e emocional.”^[18]

Na velhice existe uma necessidade de uma investigação mais aprofundada, por profissional capacitado, para determinar o dano causado em virtude do abandono afetivo, pois outros, que não os filhos biológicos podem suprir esta necessidade que os filhos não o fizeram.

A sociedade também é responsável pela eficácia da Política Nacional do Idoso, havendo uma necessidade que esta não se acomode, pois a qualquer evidência de abuso contra idosos, cada um deverá cobrar dos responsáveis, imediatas providências para evitá-los ou frear sua ocorrência.

Posiciona-se desta forma o professor Álvaro Vilhaça de Azevedo, referido por Nehemias Domingos de Melo:

“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 reserve o 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.”^[19]

Compreende-se que o direito a indenização nasce do dano causado pelo comportamento culposos de alguém sobre outro, necessitando, pois, de um convívio mais equilibrado sustentado pela importância da responsabilidade civil. Clayton Reis complementa incisivamente:

“Essa função valorativa, presente no julgamento das questões alusivas aos danos morais, encontra-se indissolúvelmente identificada a um processo de captação das “dores vivenciadas pelas vítimas dos danos d’alma e, ainda, relacionada à certeza de que a indenização dos danos extrapatrimoniais possibilitará ao lesionado uma satisfação

integral, de forma que se possa lhe assegurar o pleno restabelecimento de sua paz violada.^[20]

O Estatuto do Idoso por si só não fará milagres, não bastam, portanto que os direitos dos idosos estejam reconhecidamente tutelados por seu Estatuto, se faz necessário uma política educativa de respeito, onde as conquistas alcançadas sejam realmente praticadas, propiciando ao idoso melhores condições de vida e reconhecimento pela sua colaboração social, amando-o e respeitando-o em razão não só de sua idade, mas de sua sabedoria.

É necessário que se reconsidere o espaço do idoso, assim como o seu valor, dentro da sociedade, pois o país está cada dia mais idoso e os valores se modificando, necessitando resgatar a figura deste, tanto na família como na sociedade, pois se acredita que a terceira idade tem muito a acrescentar para todos.

5 Os Limites para a Indenização do Dano Moral e a Posição da Jurisprudência

Sendo o direito um interminável companheiro do homem e com a finalidade de ordenar a convivência social, na medida em que as pessoas vão se tornando mais frágeis, como é o caso do idoso, e para que estes possam desfrutar dos prazeres da cidadania, transformando e reorganizando o Direito para alcançar metas de paz e harmonia social, no instituto da Responsabilidade Civil, o qual é exemplo marcante dessa mutação.

Os princípios não lesar ninguém ou não lesar outrem não são observados como regra de conduta, o que tem contribuído para aumentar as hipóteses de prejuízo, portanto o direito sempre resguardou o direito à reparação de danos, observados nos artigos 185 e 927 do Código Civil.

A quantificação do dano moral é fonte inesgotável de discussões, e se revela tema polêmico, visto os comentários sobre a indústria do dano moral, ou das loterias indenizatórias, assim como os inconformismos atinentes à sua fixação.

A fixação de seu quantum exige uma análise apurada e cautelosa de vários fatores objetivos e subjetivos, com diferentes elementos e circunstâncias o que nos impede de alcançar precisão em qualquer procedimento.

O próprio Superior Tribunal de Justiça entende que:

“O valor por dano moral sujeita-se ao controle por via de recurso especial e deve ser reduzido quando for arbitrado fora dos parâmetros fixados por esta corte em casos semelhantes. Além disso, esse mesmo Tribunal sustenta que pode elevar ou reduzir o valor fixado a título de dano moral, quando ele se mostrar exagerado ou irrisório.”^[21]

Portanto, são usados parâmetros para aclarar quantias, assim como nos casos considerados irrisórios ou exagerados, com a finalidade de ilustrar de forma genérica os padrões de razoabilidade e comedimento empregados por tal corte.

A verba indenizatória a título de danos morais, poderia ser baseada em três parâmetros, ou seja, o caráter compensatório para a vítima, em quantia tal que pudesse

amenizar a dor sofrida, e para o causador, como forma de punição teria um desestímulo, demonstrando, desta maneira, que esta conduta é reprovada pelo ordenamento jurídico e que este não deverá reincidir.

Quanto ao terceiro parâmetro, qual seja o exemplar, a condenação poderia ter, na fixação do quantum, um plus acrescido, para servir de advertência mostrando que a sociedade não aceita o comportamento danoso, mensurando os valores impostos aos infratores por danos morais, com o intuito de reprimi-los.^[22]

Ao ser fixado o quantum indenizatório são considerados os aspectos relativos a angústia e o sofrimento da vítima de maneira a lhe consolar os sofrimentos ocorridos da injusta agressão como também mostrar a sociedade que aquele comportamento nocivo é condenável e que o Estado - juiz não o admite.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim posiciona-se:

“APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. I. AGRAVO RETIDO. MÉRITO. 3. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. O quantum indenizatório deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Ponderação que recomenda a majoração da verba indenizatória. 4. DANOS MATERIAIS. Em não sendo possível estabelecer nexo de causalidade entre as acusações lançadas pelo réu e a derrota do autor nas eleições de 2004, deve ser desacolhido o pedido de indenização por danos materiais formulado. NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E DO PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA FORMULADO EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. Direito Privado. Indenização. Dano moral. Quantum. Majoração. Fatores que influenciam. Dano material. Descabimento. Nexo causal. Ausência. Campanha eleitoral. Ofensa à honra e imagem. ^[23]

Subsiste até os dias atuais, dificuldade para a quantificação da indenização por danos morais de forma satisfatória. Para fixar o quantum indenizatório são estabelecidos critérios de modo aproximado, o que consiste em avaliar de forma isenta e criteriosa, as situações do evento, o grau da culpa, a constância do sofrimento, as partes afetadas psicologicamente, as condições do ofensor e do ofendido, além da dimensão da ofensa.

Nota-se uma tendência jurisprudencial de acatamento doutrinário quanto a fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais, na reparação civil, não como ressarcimento ou compensação pelo dano, mas como uma punição, dispensando o magistrado de estabelecer os critérios, como o ressarcimento ou a compensação.

Diante do caso concreto, o julgador, utilizando-se dos princípios da equidade e de justiça e também levando em consideração as condições do autor e do réu, assim como a potencialidade da ofensa, sua constância e seus reflexos, tendo o devido cuidado de não fixar valores insignificantes que não sirvam para desestimular os métodos ofensivos, perdendo o quantum sua função educativa.

Previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, V e X, o instituto do dano moral, é visto como instrumento eficaz no sentido de assegurar o direito à dignidade da pessoa humana, sendo necessário seu aprimoramento de tal modo que a sua efetividade sucederá de maneira ampla quando o magistrado puder dotar de liberdade total na aplicação da teoria da exemplaridade.

6 Conclusão

Existe hoje um acréscimo significativo da população idosa, como resultado do aumento da expectativa do tempo de vida do ser humano. A sociedade não se preparou para acolher as pessoas idosas, tornando-se, em alguns casos, um problema tanto para as políticas governamentais (saúde pública e previdenciária) colocando em discussão a estrutura assistencial do Estado, quanto para as próprias famílias. Estas com seus elementos voltados ao mercado de trabalho e, portanto, para a sobrevivência, não possuindo muitas vezes nem tempo e nem recursos financeiros para assisti-los.

Ressalta a Constituição Federal em seu artigo 229, que os filhos maiores tem o dever de assistir os pais na velhice, carência ou enfermidade, proporcionando um convívio familiar baseado no afeto e reconhecimento ao princípio da solidariedade. Surge então, como revés emergencial, o asilo, o qual nem é a melhor opção, tornando-se uma das grandes barreiras encontradas pela família, caracterizando muitas vezes como abandono pelas mesmas.

O artigo 5º da Constituição Federal assegura em seu artigo 1º, inciso terceiro, o direito à dignidade humana, caracterizando com a sua violação que, aquele que abandona, fere fortemente este princípio em virtude da ilicitude do ato. 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, porém muitos doutrinadores entendem que a dor, o vexame, o sofrimento ou humilhação, quando interferem de maneira intensa no comportamento psicológico do indivíduo, são reputados como dano moral.

Na verdade, busca-se um benefício que repare, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. A composição do dano moral realiza-se através da compensação.

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, dedicou a dignidade humana como uma base dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, ou seja, o direito constitucional à dignidade humana, Por ser ela a base de todos os valores morais e direitos personalíssimos. Os bens que agregam a personalidade, atributos mais preciosos do ser humano, valores estes distintos dos valores materiais, cujo abuso implica no que se acordou em chamar de dano moral, atingindo diretamente a pessoa.

Entende-se, portanto, que enquanto não houver ofensa ao ordenamento jurídico, e em consequência prejuízo, não haverá responsabilidade.

O descaso entre pais e filhos é considerado grave abandono moral, necessitando de severa punição do Poder Judiciário, para que se conserve não a obrigação de amar, esta não se impõe, mas a responsabilidade pelo descumprimento do dever de cuidar.

O fato gerador da responsabilidade civil é o ato ilícito, ou seja, a violação de um dever jurídico, acarretando dano para alguém, gerando, pois um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. O ato ilícito é formado por um conjunto de pressupostos da responsabilidade de deveres jurídicos mediante conduta voluntária, que pode ser o dolo ou a culpa, ou o dano e a relação de causalidade, expressamente identificados no art. 186 do Código Civil Brasileiro.

Segundo o artigo 944 do Código Civil ordena “que a indenização mede-se pela extensão do dano”, portanto, havendo a transgressão da norma e decorrendo desta conduta um dano, nascerá então à obrigação de repará-lo, portanto transbordados os limites de um direito, ocasionará o prejuízo e o dever de indenizar.

Entendendo que no abuso de direito a culpa deva ser afastada, de modo que os pressupostos deste são por demais assemelhados aos da responsabilidade civil, ou seja, estão intimamente ligados.

O Poder Judiciário já revela ações que tem como ensejo de pedir o abandono 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.

Desta forma que o dano moral decorre da gravidade do ilícito, ou seja, de grande repercussão, por si só já justificará o consentimento de uma satisfação pecuniária ao lesado.

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.

A dor e a humilhação pelas causas de abandono ao idoso, como a negação do afeto, de convívio, e do próprio alimento, não afetam só materialmente, pois a dor reflete-se psicologicamente, não podendo mais estes serem desconsiderados em face de ausência de previsão legal no Estatuto do Idoso.

A 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.

Desta forma entende-se que embora a reparação civil não esteja presente no Estatuto do Idoso, mas que seus pressupostos estejam, já haverá formas para tal intento.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Manuel Domingues de. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, a. VII, n. 40, mar./abr. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. n. 3.051**, São Paulo (1993/002039-6), 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves. Julgado em 17.04.2001. Revista Jurídica 285/96 e Rep. IOB Jurisp. 3-18211, p. 3. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 20 maio 2009.

- _____. **Recurso Especial. n. 775.565/SP.** Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 13.06.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 20 maio 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 5. ed. rev. ampl. e aument. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COSTA, Ruth Corrêa da. **A Terceira Idade Hoje:** sob a Ótica do Serviço Social. Canoas: ULBRA, 2007.
- DANO Moral: Quantificação pelo STJ. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.** Porto Alegre, a. 7, n. 37, p. 148, set./out. 2005.
- DIAS, José de Aguiar. O Dano Moral e sua Reparação. **Revista Forense**, v. 49, n. 144, p. 41-5. nov./dez. 1952.
- _____. **Da Responsabilidade Civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995.
- MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral: fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto alegre, v. 6, n. 34, p. 31-7, mar./abr. 2005b.
- _____. Por uma nova teoria por danos morais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 66-9, jan./fev. 2005a.
- NERI, Liberalesso Anita. **Qualidade de Vida e Idade Madura.** Campinas: Papyrus, 2000.
- REIS, Clayton. **Os novos Rumos da Indenização do Dano Moral.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70025084419.** Ação de Alimentos. Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 01.07.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 jun. 2009.
- _____._____. **Apelação Cível n. 70029144516.** Nona Câmara Cível. Relator Odone Sanguiné. Julgado em 13.05.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 jun. 2009.
- _____._____. **Recurso Cível n. 71001594241.** Primeira Turma recursal. Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgado em: 15.05.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 jun. 2009.
- SANTINI, José Rafael. **Dano Moral:** doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: E. Direito, 1997.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação criminal.** Abandono Material. Morais. 2ª Câmara de Direito criminal. Relator Ivan marques. Julgado em 16.06.08 Disponível em: <http://www.tjsp.gov.br> Acesso em: 03 jun. 2009.
- SILVA, Vanderlei Arcanjo da. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.** Porto Alegre, v. I, 1999.
- STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZULIANI, Ênio Santarelli. Aguiar Dias e a Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 39-63, jan./fev. 2008.

Notas:

[1] DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1995. p. 730.

[2] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 1691.

- [3] COSTA, Ruth Corrêa da. **A Terceira Idade Hoje**: sob a Ótica do Serviço Social. Canoas: ULBRA, 2007. p. 31.
- [4] DIAS, José de Aguiar. O Dano Moral e sua Reparação. **Revista Forense**, v. 49, n. 144, p. 42. nov./dez. 1952.
- [5] NERI, Liberalesso Anita. **Qualidade de Vida e Idade Madura**. Campinas: Papyrus, 2000. p. 101.
- [6] SANTINI, José Rafael. **Dano Moral**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: E. Direito, 1997. p. 347.
- [7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 775.565/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 13.06.2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 20 maio 2009.
- [8] REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 125-6.
- [9] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 70025084419**. Ação de Alimentos. Oitava Câmara Cível. Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 01.07.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 jun. 2009.
- [10] COSTA, R. 2007, p.107.
- [11] ZULIANI, Ênio Santarelli. Aguiar Dias e a Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 44, jan./fev. 2008.
- [12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 3.051**, São Paulo (1993/002039-6), 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves. Julgado em 17.04.2001. Revista Jurídica 285/96 e Rep. IOB Jurisp. 3-18211, p. 3. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 20 maio 2009.
- [13] CAVALIERI Filho, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. rev. ampl. e aument. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.
- [14] ANDRADE, Manuel Domingues de. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. a. VII, n. 40, mar./abr. 2006. p. 59.
- [15] MELO, Nehemias Domingos de. Por uma nova teoria por danos morais. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 68, jan./fev. 2005a.
- [16] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível n. 71001594241**. Primeira Turma recursal. Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgado em: 15.05.2008. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 jun. 2009.
- [17] CAVALIERI FILHO, 2004, p. 93.
- [18] SILVA, Vanderlei Arcanjo da. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. I, 1999. p. 149.
- [19] MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral: fundamentos da responsabilidade civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 6, n. 34, p. 32, mar./abr. 2005b.
- [20] REIS, 2002, p. 155.
- [21] DANO Moral: Quantificação pelo STJ. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, a. 7, n. 37, set./out. 2005. p. 148.

[22] MELO, 2005a, p. 66.

[23] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 70029144516**. Nona Câmara Cível. Relator Odone Sanguiné. Julgado em 13.05.2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em: 03 jun. 2009.

Informações Sobre os Autores:

Adriane Medianeira Toaldo: Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, UNISC. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Ritter dos Reis, Canoas, RS. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito Processual Civil na Universidade Luterana do Brasil, ULBRA - Campus Santa Maria. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Ulbra - Santa Maria/RS. Advogada.

Hilza Reis Machado: Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, Ulbra - Campus Santa Maria, RS

Informações Bibliográficas

TOALDO, Adriane Medianeira; MACHADO, Hilza Reis. Abandono afetivo do idoso pelos familiares: indenização por danos morais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11310. Acesso em jun 2014.

(Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11310, data de acesso 12/06/2014)

III - Legislação - deficientes mentais (proteção) - Lei nº 10.216, de 06/04/2001

01/03/2010 - Aldo Corrêa de Lima

Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

Art. 3º É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

§ 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais,

incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.

§ 3º É vedada a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, ou seja, aquelas desprovidas dos recursos mencionados no § 2º e que não assegurem aos pacientes os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º.

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Art. 7º A pessoa que solicita voluntariamente sua internação, ou que a consente, deve assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento.

Parágrafo único. O término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente.

Art. 8º A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.

§ 1º A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta.

§ 2º O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento.

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Art. 10. Evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência.

Art. 11. Pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde.

Art. 12. O Conselho Nacional de Saúde, no âmbito de sua atuação, criará comissão nacional para acompanhar a implementação desta Lei.

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 6 de abril de 2001; 180ª da Independência e 113ª da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Jose Gregori

José Serra

Roberto Brant

(Fonte: <http://aldoadv.wordpress.com/2010/03/01/deficientes-mentais-protacao-lei-n%C2%BA-10-216-de-06-04-2001/>, data de acesso 12/06/2014)

IV - DA IMPUTABILIDADE PENAL

13/12/2009 - Aldo Corrêa de Lima

Imputabilidade penal é a condição ou qualidade que possui o agente de sofrer a aplicação de pena. E, por sua vez, só sofrerá pena aquele que tinha ao tempo da ação ou da omissão capacidade de compreensão e de autodeterminação frente o fato.

Assim, imputabilidade é a capacidade de o agente, no momento da ação ou da omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se frente tal fato.

Somente o imputável sofrerá pena.

Para ser imputável o agente deve ter capacidade de: 1- entender o caráter ilícito do fato (compreensão das coisas) e 2 - determinar-se de acordo com esse entendimento (capacidade de dirigir sua conduta considerando a compreensão que anteriormente teve).

A lei pressupõe a imputabilidade. Extraordinariamente, o legislador arrola as hipóteses de exclusão da imputabilidade. Assim, em princípio todos são imputáveis.

De acordo com Fernando Capez, a imputabilidade apresenta um aspecto intelectual, consistente na capacidade de entendimento, e outro volitivo, que a faculdade de controlar e comandar a própria vontade.

Hipóteses de exclusão da imputabilidade.

Partindo do pressuposto de que todos, maiores de 18 anos de idade, são imputáveis, o legislador, no artigo 26 e seguintes do CP arrola as hipóteses em que a presunção é arredada, ou seja, as hipóteses em que há a inimputabilidade.

Observe, primeiramente, a redação do disposto no artigo 26 do CP, cuja literalidade segue.

Inimputáveis:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Notamos, então, que, de acordo com tal dispositivo, serão considerados inimputáveis:

- 1- O doente mental.
- 2- Aquele que tem desenvolvimento mental incompleto.
- 3- Aquele que tem desenvolvimento mental retardado.

Observe, entretanto, o que dispõe o artigo 27 do CP sobre os menores. A letra da lei segue abaixo.

Menores de dezoito anos:

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Notamos, agora, que além daqueles casos mencionados no artigo 26, o legislador considera também inimputável o menor de 18 anos de idade. Para o legislador, aquele que não completou 18 anos de idade tem desenvolvimento mental

incompleto. Trata-se de uma presunção absoluta. Assim, basta ser menor para ser considerado inimputável.

No entanto, mais adiante, no artigo 28, inciso II, parágrafo 1º, do CP, o legislador prevê outra hipótese de inimputabilidade. Trata da embriaguez completa que decorre de força maior ou caso fortuito. Observe a letra da lei.

Artigo 28, II, § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Diante de tais dispositivos, podemos arrolar as seguintes hipóteses de inimputabilidade:

- 1- Doença mental.
- 2- Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.
- 3- A menoridade.
- 4- A embriaguez completa que decorre do fortuito ou de força maior.

Trataremos de cada uma das hipóteses de exclusão da imputabilidade.

Primeiramente, vamos tratar da menoridade, onde, diferentemente das demais, impera presunção absoluta.

Da menoridade

Aquele que, ao tempo da ação ou da omissão (atividade), era menor de 18 anos de idade, é considerado inimputável, pois o legislador presume, de forma absoluta, que o menor tem desenvolvimento mental incompleto.

A presunção é absoluta. Assim, não admite prova em sentido contrário. Basta demonstrar-se a menoridade que o sujeito não sofrerá aflição penal, pois inimputável.

Questão interessante é saber quando o agente adquire a maioridade penal. O sujeito passa a ser considerado maior para efeito penal quando adquire 18 anos completos.

Considera-se completados 18 anos de idade no dia do 18º aniversário do sujeito, independente da hora em que tenha nascido. Assim, já na primeira hora de seu 18º aniversário o sujeito passa de inimputável para imputável.

O disposto no artigo 27 do CP é retratado na Constituição Federal. Assim, maioridade penal é matéria constitucional. Não pode o legislador ordinário tratar, como o fez recentemente com maioridade civil, de maioridade penal.

Da doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Aqui, sob a mesma rubrica, vamos tratar daquele que é doente mental e daquele que tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Não é nosso objetivo discutir os motivos que levam à patologia ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Mais nos interessa as conseqüências.

Doente mental é aquele que acometido de alguma patologia não possui condição de discernimento das coisas.

Tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado aquele que não possui ainda condição de compreensão das coisas. Tem desenvolvimento mental incompleto aquele que, não completou seu desenvolvimento mental, mas com o tempo o completará. Já o retardado é aquele que não tem o desenvolvimento mental completo e jamais o terá, pois não possui condição pessoal para progredir.

Tanto o doente mental, como aquele que tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado, será considerado inimputável, desde que seu aspecto biológico (o desenvolvimento mental incompleto ou retardado e a doença mental) lhes retire a capacidade plena de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se diante de tal situação.

Assim, preste atenção, não é a condição biológica que gera a inimputabilidade.

Para que ocorra a inimputabilidade, necessário que a condição biológica leve à retirada da capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Pelo legislador foi adotado o sistema biopsíquico. Há, então, necessidade da condição biológica agregada com a condição ou deficiência psíquica.

Assim, por exemplo, aquele que é doente mental, por si só, não é considerado inimputável. Será inimputável quando a sua condição biológica peculiar lhe retirar a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Observe, com muita atenção, a redação do artigo 26 do CP, cuja literalidade segue.

Inimputáveis:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De acordo com o dispositivo, fica fora de dúvida que pelo legislador o aspecto biológico não basta. Necessário que a condição biológica dê causa à retirada completa da capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Inimputável = aspecto biológico + aspecto psíquico.

Inteira incapacidade de entender e de determinar-se.

Doença mental ou desenvolvimento mental retardado ou incompleto.

Da embriaguez completa

O nosso legislador, no artigo 28 do CP11, cuja letra segue abaixo, com o objetivo de espancar qualquer dúvida, afirma de forma peremptória que a emoção e a paixão, bem como a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos, não excluem a imputabilidade penal.

Não excluem a imputabilidade:

- 1- a emoção e a paixão.
- 2- A embriaguez, voluntária ou culposa.

Embriaguez: Estado de intoxicação aguda decorrente do álcool ou substância análoga.

Voluntária: Aquela em que o agente embriaga-se voluntária e livremente.

Culposa: Aquela em que por descuido o agente se embriaga. (ex: aquele estando sob efeito de medicamento para emagrecer ingere, por falta de cautela, álcool).

No entanto, o que nos interessa é o disposto no artigo 28, II, parágrafo 1º do CP, onde o legislador arrola mais uma hipótese de exclusão a imputabilidade. Em tal dispositivo que segue exposto, o legislador afirma que a embriaguez completa que decorra do caso fortuito ou de força maior, exclui a imputabilidade, pois o agente é isento de pena.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Emoção e paixão:

Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

Embriaguez

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Precisamos, antes de tudo, conceituar embriaguez completa. Ao depois, falaremos dela decorrente de fortuito ou força maior.

Embriaguez completa: é a intoxicação aguda. Diz-se completa, uma vez que leva à falta de coordenação motora e confusão mental, não tendo o agente mais consciência e vontade livres.

Força maior: Ocorre quando o agente não sabe que está ingerindo substância que causa a embriaguez. Observe a hipótese daquele que está hospitalizado e recebe dose de morfina. Tal substância causa embriaguez.

Caso Fortuito: Ocorre, por sua vez, quando o agente é embriagado sem que externe para tanto sua vontade. Tal embriaguez decorre normalmente de coação física ou moral irresistível.

Aqui, como causa excludente da imputabilidade, necessário que a embriaguez seja completa e decorra do fortuito ou de força maior.

No entanto, não basta que ocorra a embriaguez (aspecto biológico). Necessário, ainda, que do estado de embriaguez o agente seja inteiramente privado da capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Portanto, mais uma vez, há a conjugação de fator biológico com fato psíquico.

Assim, relevante, para a inimputabilidade, o aspecto biopsicológico ou biopsíquico.

Inimputável = aspecto biológico + aspecto psíquico.

Inteira incapacidade de entender e de determinar-se.

Embriaguez completa que decorra do fortuito ou da força maior.

Atenção: Se a embriaguez é completa, mas não decorre do fortuito ou da força maior, sendo, portanto, voluntária ou culposa, não há a retirada da imputabilidade. Caso completa e decorra de força maior ou caso fortuito, necessário que ocorra o aspecto psíquico, ou seja, privação da capacidade de discernimento.

Por enquanto, nos interessa somente fixar as hipóteses de exclusão da imputabilidade. No próximo tópico vamos continuar nossa exposição tratando da semi-imputabilidade e das conseqüências que advêm da inimputabilidade.

Necessário que tenhamos, por ora, a certeza absoluta de que ao inimputável não haverá a aplicação de pena.

(Fonte: <http://aldoadv.wordpress.com/2009/12/13/da-imputabilidade-penal/>, data de acesso 12/06/2014)

V - Pesquisa de decisões processuais com danos morais para deficientes mentais e físicos

DOC. LEGJUR 103.1674.7550.2400

1 - TJRJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Menor que foi desalijada, Juntamente com sua genitora, do imóvel em que era domiciliada passando a residir na rua por onze dias consecutivos. Sequelas de ordem psicológica e desenvolvimento de sérios problemas mentais. Petição inicial que narra, detalhadamente, os fatos e as conseqüências que ensejaram o pedido de reparação por danos morais. Instrução probatória que conduz a firme conclusão da ocorrência dos danos morais. Verba fixada em R\$ 8.000,00. CCB/2002, art. 186. CF/88, art. 5º, V e X. CDC, art. 18.

«.. Aliás, o próprio apelado afirma nas contrarrazões apresentadas que locava o imóvel para que ambas nele residissem, por liberalidade, fato corroborado pela prova oral colhida que, de forma contundente, revela que mãe e filha foram parar na rua, onde passaram tempo considerável, em razão de troca das fechaduras (fls. 258/260). (...) Não há dúvida, portanto, de que a autora, neta da falecida mulher do apelado, se viu desalojada de forma arbitrária e despropositada, caracterizan... (Continua)

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Menor](#) (Jurisprudência)

[CCB/2002, art. 186](#)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

[CDC, art. 18](#)

(Fonte: <http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=dano-moral-para-deficientes-mentais&op=alt&e=1>, data de acesso 12/06/2014)

DOC. LEGJUR 111.0904.5000.0200)

4 - TJRJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Consumidor. Escola. Deficiente físico. Ação indenizatória. Instituição de ensino. Discriminação perpetrada contra aluno deficiente auditivo. Relação de consumo. Falha na prestação dos serviços. Indenização fixada em R\$ 20.000,00. Lei 7.853/89, art. 2º, parágrafo único, I, «b». CF/88, arts. 5º, V e X e 227. CCB/2002, arts. 186 e 927. ECA, arts. 15 e 33. CDC, arts. 2º, 3º, 12 e 14.

«1. Inicialmente, cumpre esclarecer que o requerimento de anulação da sentença, formulado pelo apelante, não merece ser acolhido. Isso porque, pelo sistema das nulidades, a invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual com a existência de prejuízo, o que não se verifica no presente caso. 2. Trata-se de relação de consumo onde a responsabilidade é de natureza objetiva pelo fato do serviço, respondendo... (Continua)

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Consumidor](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Escola](#) (v. [Ensino](#)) (Jurisprudência)

[Deficiente físico](#) (Jurisprudência)

[Instituição de ensino](#) (v. [Ensino](#)) (Jurisprudência)

[Ensino](#) (Jurisprudência)

[Discriminação](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Deficiente auditivo](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Relação de consumo](#) (v. [Consumidor](#)) (Jurisprudência)

[Prestação dos serviços](#) (v. [Consumidor](#)) (Jurisprudência)

[Indenização](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Lei 7.853/89, art. 2º, parágrafo único, I, «b»](#) (Legislação)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

[CF/88, art. 227](#)

[CCB/2002, art. 186](#)

[CCB/2002, art. 927](#)

[ECA, art. 15](#)

[ECA, art. 33](#)

[CDC, art. 2º](#)

[CDC, art. 3º](#)

[CDC, art. 12](#)

[CDC, art. 14](#)

(Fonte: <http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=dano-moral-para-deficientes-mentais&op=alt&e=1>, data de acesso 12/06/2014)

(DOC. LEGJUR 103.1674.7550.2400)

1 - TJRJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Menor que foi desaliçada, Juntamente com sua genitora, do imóvel em que era domiciliada passando a residir na rua por onze dias consecutivos. Sequelas de ordem psicológica e desenvolvimento de sérios problemas mentais. Petição inicial que narra, detalhadamente, os fatos e as consequências que ensejaram o pedido de reparação por danos morais. Instrução probatória que conduz a firme conclusão da ocorrência dos danos morais. Verba fixada em R\$ 8.000,00. CCB/2002, art. 186. CF/88, art. 5º, V e X. CDC, art. 18.

«.. Aliás, o próprio apelado afirma nas contrarrazões apresentadas que locava o imóvel para que ambas nele residissem, por liberalidade, fato corroborado pela prova oral colhida que, de forma contundente, revela que mãe e filha foram parar na rua, onde passaram tempo considerável, em razão de troca das fechaduras (fls. 258/260). (...) Não há dúvida, portanto, de que a autora, neta da falecida mulher do apelado, se viu desalojada de forma arbitrária e despropositada, caracterizan... (Continua)

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Menor](#) (Jurisprudência)

[CCB/2002, art. 186](#)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

[CDC, art. 18](#)

(DOC. LEGJUR 103.1674.7549.6900)

2 - TRT 3 Região. Responsabilidade civil. Dano moral. Empregado. Férias. Abono pecuniário (1/3). Não concessão. Existência de sanção prevista em lei. Dano moral indevido. CLT, art. 143. CCB/2002, art. 186. CF/88, art. 5º, V e X.

«A conversão de 1/3 das férias em abono pecuniário é uma faculdade concedida ao empregado. Se imposta pelo empregador, traduz infração à norma legal e desprezo ao instituto, que contempla o descanso anual, destinado à recuperação das energias físicas e mentais do trabalhador, além de possibilitar maior convívio com a família, amigos e sua participação nos demais campos da existência humana. Trata-se de norma de ordem pública e, portanto, intangível. Sua inobservância im... (Continua)

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Empregado](#) (Jurisprudência)

[Férias](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Abono pecuniário](#) (v. [Férias](#)) (Jurisprudência)

[CLT, art. 143](#)

[CCB/2002, art. 186](#)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

(DOC. LEGJUR 106.3015.2000.1100)

3 - TJRJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Consumidor. Plano de saúde. Internação de urgência. Negativa da prestação do serviço. Criança. Menor de tenra idade. Irrelevância. Direito a personalidade. Verba fixada em R\$ 3.000,00. Considerações do Des. Milton Fernandes de Souza sobre o tema. Precedente do STJ. CF/88, art. 5º, V e X. CCB/2002, art. 186. Lei 9.656/98, art. 12, II, «b». CDC, art. 6º, VI. CCB/2002, art. 12, «caput».

«... A honra tem dois aspectos: um subjetivo, caracterizado pela dignidade da pessoa, e outro objetivo, caracterizado pela sua imagem perante a sociedade. É inegável que a recusa da apelada provocou sofrimento e angústia à apelante. Apesar de criança com apenas três meses de vida à época, a permanência da moléstia no tempo, em virtude da demora no atendimento, atingiu frontalmente o seu direito à dignidade, sendo irrelevante, in casu, a capacidade de discernimento. Nesse... (Continua)

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Consumidor](#) (Jurisprudência)

[Plano de saúde](#) (Jurisprudência)

[Direito a personalidade](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Internação de urgência](#) (v. [Plano de saúde](#)) (Jurisprudência)

[Menor](#) (v. [Plano de saúde](#)) (Jurisprudência)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

[CCB/2002, art. 186](#)

[Lei 9.656/98, art. 12, II, «b»](#) (Legislação)

[CDC, art. 6º, VI](#)

[CCB/2002, art. 12, «caput»](#)

(DOC. LEGJUR 111.0904.5000.0200)

4 - TJRJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Consumidor. Escola. Deficiente físico. Ação indenizatória. Instituição de ensino. Discriminação perpetrada contra aluno deficiente auditivo. Relação de consumo. Falha na prestação dos serviços. Indenização fixada em R\$ 20.000,00. Lei 7.853/89, art. 2º, parágrafo único, I, «b». CF/88, arts. 5º, V e X e 227. CCB/2002, arts. 186 e 927. ECA, arts. 15 e 33. CDC, arts. 2º, 3º, 12 e 14.

«1. Inicialmente, cumpre esclarecer que o requerimento de anulação da sentença, formulado pelo apelante, não merece ser acolhido. Isso porque, pelo sistema das nulidades, a invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver a conjugação do defeito do ato processual com a existência de prejuízo, o que não se verifica no presente caso. 2. Trata-se de relação de consumo onde a responsabilidade é de natureza objetiva pelo fato do serviço, respondendo... (Continua)

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Consumidor](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Escola](#) (v. [Ensino](#)) (Jurisprudência)

[Deficiente físico](#) (Jurisprudência)

[Instituição de ensino](#) (v. [Ensino](#)) (Jurisprudência)

[Ensino](#) (Jurisprudência)

[Discriminação](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Deficiente auditivo](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Relação de consumo](#) (v. [Consumidor](#)) (Jurisprudência)

[Prestação dos serviços](#) (v. [Consumidor](#)) (Jurisprudência)

[Indenização](#) (v. [Dano moral](#)) (Jurisprudência)

[Lei 7.853/89, art. 2º, parágrafo único, I, «b»](#) (Legislação)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

[CF/88, art. 227](#)

[CCB/2002, art. 186](#)

[CCB/2002, art. 927](#)

[ECA, art. 15](#)

[ECA, art. 33](#)

[CDC, art. 2º](#)

[CDC, art. 3º](#)

[CDC, art. 12](#)

[CDC, art. 14](#)

(DOC. LEGJUR 111.0935.0000.2200)

[5](#) - STJ. Responsabilidade civil. Dano moral. Acidente de trânsito. Atropelamento. Vítima fatal menor de idade. Família de baixa renda. Presunção de auxílio financeiro. Deficiente físico. Deficiência mental do falecido. Indiferença. Incapacidade laborativa futura. Ônus da prova do causador do ilícito. Aplicação do direito à espécie pelo STJ. Possibilidade. Pensão devida aos genitores do acidentado. Reparação dos gastos com despesas médicas e funeral. Ausência de interesse recursal. Dano moral. Majoração do quantum. Necessidade, na espécie. Recurso parcialmente provido. Súmula 456/STF. Indenização fixada em R\$ 35.000,00. Juros de mora ou moratórios. Considerações do Min. Massami Uyeda sobre o tema. Súmula 54/STJ. CF/88, arts. 1º e 5º, V e X. CCB/2002, arts. 186 e 927. Lei 7.853/89. Dec. 3.298/99.

«.. A Constituição Federal impõe como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além de garantir igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Para tanto, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; determina que a lei reservará percentual dos cargos e empre... ([Continua](#))

Referência(s):

[Responsabilidade civil](#) (Jurisprudência)

[Dano moral](#) (Jurisprudência)

[Acidente de trânsito](#) (Jurisprudência)

[Atropelamento](#) (v. [Acidente de trânsito](#)) (Jurisprudência)

[Menor](#) (v. [Acidente de trânsito](#)) (Jurisprudência)

[Deficiente físico](#) (v. [Acidente de trânsito](#)) (Jurisprudência)

[Família de baixa renda](#) (v. [Responsabilidade civil](#)) (Jurisprudência)

[Incapacidade laborativa futura](#) (v. [Acidente de trânsito](#)) (Jurisprudência)

[Ônus da prova](#) (v. [Prova](#)) (Jurisprudência)

[Prova](#) (Jurisprudência)

[Pensão](#) (v. [Responsabilidade civil](#)) (Jurisprudência)

[Despesas médicas](#) (v. [Responsabilidade civil](#)) (Jurisprudência)

[Funeral](#) (v. [Responsabilidade civil](#)) (Jurisprudência)

[Juros de mora](#) (Jurisprudência)

[Juros moratórios](#) (Jurisprudência)

[Súmula 54/STJ](#) (Juros moratórios. Fluência. Responsabilidade civil. CCB, art. 962).

[Súmula 456/STF](#) (Recurso extraordinário conhecido. STF. Julgamento da causa. CPC, art. 541. Lei 8.038/90, art. 26).

[CF/88, art. 1º](#)

[CF/88, art. 5º, V e X](#)

[CCB/2002, art. 186](#)

[CCB/2002, art. 927](#)

[Lei 7.853/89](#) (Legislação)

[Dec. 3.298/99](#) (Legislação)

(Fonte: <http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?q=dano-moral-para-deficientes-mentais&op=alt&c=1>, data de acesso 12/06/2014)