



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CLEANE MARIA CAROLINA DE SANTANA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS
PELO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS IDOSOS**

RECIFE

2019

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CLEANE MARIA CAROLINA DE SANTANA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS
PELO ABANDONO AFETIVO DOS PAIS IDOSOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: **Historicidade dos Direitos Fundamentais**

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. **Ingrid Zanella Andrade Campos**

RECIFE

2019

RESUMO

A presente pesquisa trata da temática a respeito da responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo dos pais idosos e a reparação por indenização civil. Inicialmente, destacamos uma breve análise acerca da dignidade humana, que desde séculos atrás, foi objeto de estudo pelos filósofos. A corrente filosófica dos humanistas, no período do Renascimento, deu relevância à pessoa humana. Os filósofos se preocupavam com a dignidade humana, contudo, a desigualdade entre os indivíduos era aceita. Acreditava-se, que ao nascer, o homem já trazia traçado em seu destino se havia nascido para servir ou ser servido, era uma condição considerada imutável. Com a Revolução Francesa e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, os clamores pela liberdade e igualdade foram concretizados com o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na qual consagrava em seu artigo 1º que “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”. Ressaltaremos também, a influência da Constituição Alemã sobre a Constituição Federal de 1988, trazendo em seu texto, que a dignidade, a igualdade e a liberdade se consagravam como direito fundamental para todos os seres humanos. O objetivo deste trabalho é demonstrar que os direitos fundamentais da pessoa idosa devem ser respeitados e protegidos. Ao se deparar com o abandono afetivo, a pessoa idosa tem seu direito fundamental que é a sua dignidade humana violada. Em relação aos métodos utilizados para realização deste trabalho, recorreremos às pesquisas bibliográficas das obras de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luiz Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Daniel Sarmento, Flávia Piovesan, Fábio Konder Comparato, Norberto Bobbio, consultas à Constituição Federal de 1988, tese de doutorado, dissertação, monografia e artigos através da internet.

Palavras-chaves: Abandono afetivo inverso; Dignidade humana; Direito do idoso.

ABSTRACT

This research deals with the issue of the civil responsibility of children for the affective abandonment of the elderly parents and the compensation for civil indemnity. Initially, we highlight a brief analysis of human dignity, which for centuries has been the object of study by philosophers. The philosophical current of the humanists, in the Renaissance period, gave relevance to the human person. Philosophers were concerned with human dignity, yet inequality between individuals was accepted. It was believed that, at birth, man had already traced his destiny if he had been born to serve or be served, it was a condition considered immutable. With the French Revolution and the Declaration of Independence of the United States of America, the calls for freedom and equality were fulfilled with the text of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, in which Article 1 states that "All men are born free and equal in law." We will also emphasize the influence of the German Constitution on the Federal Constitution of 1988, bringing in its text that dignity, equality and freedom were enshrined as a fundamental right for all human beings. The aim of this paper is to demonstrate that the fundamental rights of the elderly should be respected and protected. When faced with affective abandonment, the elderly person has his fundamental right, which is his human dignity violated. In relation to the methods used to carry out this work, we have used the bibliographical research of works by Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luiz Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Daniel Sarmiento, Flávia Piovesan, Fábio Konder Comparato, Norberto Bobbio, consultations with the Federal Constitution of 1988, doctoral thesis, dissertation, monograph and articles through the internet.

Keywords: *Reverse affective abandonment. Human dignity. Right of the elderly*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O neoconstitucionalismo e à proteção da pessoa idosa.....	10
1 O PROGRESSIVO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DO IDOSO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	25
1.1 A trajetória histórica e a tentativa de conceituar os “direitos do idoso”	25
1.2 Conceitos de direito à proteção sob a ótica do filósofo Robert Alexy.....	30
1.3 Os princípios como fontes do Direito. Os princípios familiares, da igualdade e sua relação com a pessoa idosa.....	34
1.4 O Estatuto do Idoso: a proteção e a defesa de seus direitos.....	68
1.5 O Direito Internacional e a proteção dos direitos humanos das pessoas idosas.....	73
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E O ABANDONO AFETIVO.....	86
2.1 Responsabilidade Civil e suas acepções.....	86
2.2 Pressupostos da responsabilidade civil: a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.....	88
2.3 O dano moral, o nexo de causalidade e sua relação com o abandono afetivo.....	90
3 NÃO HÁ DEVER DE INDENIZAR POR ABANDONO AFETIVO.....	94
3.1 Entendimentos contrário à responsabilidade civil por dano moral em face do abandono afetivo.....	94
4 HÁ DEVER DE INDENIZAR POR ABANDONO AFETIVO.....	99
4.1 O dano moral e o amparo legal à violação da dignidade humana da pessoa idosa.....	99
4.2 O neoconstitucionalismo brasileiro e a pessoa idosa: A jurisprudência favorável ao abandono afetivo.....	105
5 CONCLUSÃO: Dos mecanismos da proteção jurídica aos direitos da pessoa idosa	112
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO E À PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA

Este trabalho, tem como objetivo tratarmos da problemática em relação ao abandono do idoso pela família, e a responsabilidade civil pela ausência do dever jurídico de cuidados e da violabilidade da dignidade humana da pessoa idosa.

Nossa justificativa se concentra no interesse que o tema revela para a sociedade, que por sinal, está envelhecendo e que por isso merece toda a nossa atenção e respeito, em relação aos direitos fundamentais e na proteção jurídica da pessoa idosa. Ela é detentora de dignidade humana, sendo a essência do ser humano e como tal não pode ser violada. Assim, abordaremos a situação do abandono do idoso sob os diversos aspectos, seja familiar, social e jurídico.

Inicialmente, teceremos considerações em relação às fontes dos direitos fundamentais, seu surgimento se deu a partir da fusão de várias fontes, tais como as tradições oriundas das diversas civilizações, com a junção das várias correntes do pensamento filosófico-jurídicos, como também das ideias do Cristianismo com o direito natural.

O conceito de dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à universalização dos direitos humanos, surgiu na Renascença, na Itália no período de transição dos séculos XV para o XVI. A corrente filosófica humanista define a dignidade humana como a capacidade de autodeterminação, tanto do indivíduo como da sociedade, isto é, a liberdade de escolher seu conteúdo. (ADEODATO, 2014, p. 38).

Quanto aos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e igualdade dos homens nasceram na filosofia clássica, no pensamento greco-romano

e na tradição judaico-cristã. Da democracia grega, o modelo político era a figura do homem livre e dotado de individualidade. Enquanto que, segundo o Antigo Testamento, o ser humano representa o trunfo da criação divina, feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, herdaram-se as ideias da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade perante Deus. (SARLET, 2017, p. 310-311).

Norberto Bobbio (2004, p. 30), nos traz a ideia de que os direitos do homem, nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, e encontram sua realização como direitos positivos universais.

A convicção de que todos os seres têm direitos a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, se vincula a uma instituição social de muita importância: a lei escrita, tida como regra geral e uniforme, aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. (COMPARATO, 2017, p. 24).

Assim, especificamente ao nos referirmos à pessoa idosa, dizemos ser àquela que possua idade igual ou superior a 60 anos. O termo 'idoso' é definido pelo próprio Estatuto do Idoso, instituído pela Lei n. 10.741/2003, de 01 de outubro de 2003.

Paulo Lôbo (2015, p. 136) nos ensina que a dignidade humana é constituída pelos direitos da personalidade, tais como o direito à vida, direito à liberdade, direito à integridade física-psíquica, direito à privacidade, etc.

Também abordaremos o reconhecimento e a proteção instituídos na Constituição Federal, da dignidade humana com a concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e ao sistema constitucional. [...] a dignidade é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, ou seja, de todos e de cada um. De fato, a dignidade constitui o fundamento e conteúdo

dos direitos fundamentais contra atos que a violem ou a exponham às ameaças e riscos. (SARLET. 2017, p. 270).

Neste sentido, ao se pensar em dignidade humana, faz-se referência a um mínimo de recursos financeiros relacionado à manutenção das necessidades básicas, como alimentação, fornecimento de medicamentos, moradia e vestuário, acesso à justiça. A forma de se garantir esse mínimo fica em aberto, não se tratando de adesão às propostas de concessão de prestações pecuniárias incondicionais a todos os cidadãos ou mesmo àqueles que se encontrem abaixo de determinado patamar social. (BARROSO. 2010, p. 454).

Versaremos também acerca da proteção do idoso pelo princípio da Igualdade disposto na Constituição Federal, na parte “Dos direitos e garantias fundamentais”, no *caput* do artigo 5º, ao determinar que “Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL. 1988, p. 08).

Assim, feitas estas breves considerações acerca do nosso tema, iremos nos adentrar no primeiro capítulo, no qual abordaremos a trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade, na visão de Sarlet, em especial no que diz respeito ao aspecto histórico constitucional herdado da Constituição Alemã de 1919, com sua valiosa contribuição na evolução do Constitucionalismo Ocidental.

Inicialmente, neste capítulo, apresentaremos uma breve trajetória história da Constituição de Weimar, cuja cidade de mesmo nome, se tornou conhecida como a primeira república alemã. A Constituição de Weimar foi promulgada, no pós-guerra de 1914-1918, contribuiu para evolução constitucional dos ordenamentos jurídicos

internacionais, organizou os textos oriundos da Constituição Mexicana de 1917, cujos direitos trabalhistas foram equiparados à qualidade de direitos fundamentais, seus artigos 5º e 123 dizem respeito às liberdades individuais e aos direitos políticos. Contudo, em 1933, após um período politicamente conturbado, se extinguiu a República de Weimar, que apesar de sua curta vigência, influenciou fortemente no tocante à orientação da organização dos ordenamentos jurídicos de diversos Estados. (COMPARATO. 2017, p. 190).

Assim, a Constituição Alemã de 1919, trazia em seu texto no artigo 113, de modo inovador, atribuiu direitos aos grupos sociais de expressão não alemã de conservarem seu idioma, mesmo em processos judiciais e nas relações com a Administração Pública. Estabeleceu também a necessária distinção entre diferenças e desigualdades. (COMPARATO. 2018, p. 206).

O filósofo alemão Koselleck (2000, p. 213), na obra “Estratos do tempo – estudo sobre a História”, comenta que desde as revoluções Americana e Francesa, todas as unidades políticas de ação se veem forçadas a se democratizar, independentemente do grau em que isso foi e está sendo realizado: o postulado da liberdade e da igualdade de todos os seres humanos, que, antes do século XVIII, era algo inaudito, submete toda organização política a uma pressão de legitimação. É uma característica do nosso mundo, que é o mundo de todas as pessoas. Evidentemente, isso também contém o postulado da emancipação, que, desde mais ou menos 1770, se estende a cada vez mais áreas da vida: estamentos, classes, povos, Estados, também costumes e religiões, etnias e gêneros, naturalmente também a juventude e, em breve, talvez aos idosos como uma corte da senectude que precisa ser emancipada. O postulado da emancipação, a libertação de qualquer

heteronomia, intensifica a pluralização e a regionalização deste nosso único mundo. (KOSELLECK, 2000, p. 213).

Bobbio na obra “A Era dos Direitos” (1992, p. 17), nos ensina que os direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado. Ele acrescenta ainda, que são direitos da pessoa aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc.

O Iluminismo, representado pelos filósofos Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, foi o marco para a consagração da dignidade humana, notadamente com as revoluções francesa e norte-americana. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dispõe em seu artigo 1º que “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”. Portanto, para os franceses, a igualdade se consagrava como valor fundamental.

Com efeito, para Bobbio (1992, p. 26), não se pode deixar de mencionar a importância histórica da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Declaração Universal representou o marco inicial na conquista destes direitos, tendo a comunidade internacional se inspirado em seus artigos e seguido sua orientação.

No ano de 2018, comemoram-se os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, com diversos eventos e manifestações no mundo inteiro.

Assim, feitas devidas as observações necessárias quanto à importância da Declaração Universal para o reconhecimento dos direitos humanos, iremos explanar também neste primeiro capítulo, breves considerações do direito à proteção sob o

olhar do filósofo alemão Robert Alexy, que na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, nos traz à luz seus conhecimentos acerca do direito à proteção do titular de direitos fundamentais em face do Estado. Alexy, nos demonstra que esta proteção não se restringe apenas à vida e a saúde, mas ao que for digno de proteção sob o ponto de vista dos direitos fundamentais, ou seja, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.

Ao mencionarmos a Constituição Federal brasileira, lembramos que no ano de 2018, ela completou 30 anos de sua promulgação, convém ressaltar que é a Constituição mais democrática que o país já teve.

Ao comentarmos acerca da nossa Constituição Federal, observemos o modo como se posicionou Luiz Roberto Barroso (2010, p. 110), ao aduzir que a Constituição é o alicerce do Estado democrático de direito, pois desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 16, estava disposto que “Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Ela é um instrumento do processo civilizatório, sua finalidade é conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados.

Em relação ao constitucionalismo moderno, Sarlet (2018, p. 45), afirma que sua história ainda está sendo escrita, e, portanto, está por ser escrita.

Também será objeto de nossa abordagem os princípios constitucionais, com valioso entendimento de Flávia Piovesan (2018, p. 617), acerca da relevância dos princípios na obra “Temas de Direitos Humanos”, na qual destaca que o princípio é a fonte primária do Direito, e é o primeiro elemento a ser observado tanto pelo

legislador, quanto pelo aplicador da lei. Contaremos também com os ensinamentos dos filósofos Robert Alexy e Ronald Dworkin e suas teorias acerca dos princípios.

Vislumbraremos em nosso trabalho, em relação aos princípios constitucionais, o posicionamento de Daniel Sarmento na obra “Dignidade da Pessoa Humana - Conteúdo, trajetórias e metodologia” (2016, p. 25), trata das modificações sofridas pelos princípios ao longo do tempo, suas influências de ordens sociais, econômicas, culturais e políticas, e suas adaptações às circunstâncias acompanhando as mudanças surgidas na sociedade.

Trataremos também, da proteção jurídica do idoso que sofre abandono, através do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado um mega princípio de onde se partem os outros, quais sejam: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, solidariedade, acesso à justiça, etc.

Ao observarmos o artigo de abertura da Constituição Federal de 1988, perceberemos que nela está inserido, que a dignidade humana é o princípio superior, incondicional da ordem constitucional, ou seja, a inviolabilidade da dignidade humana é obrigação do poder estatal de respeitá-la e protege-la. Neste sentido, o princípio da dignidade humana é parte integrante nos documentos constitucionais democráticos, ele unifica e centraliza todo o sistema e representa a força normativa dos princípios constitucionais fundamentais. (SARLET, 2018).

Neste sentido, quando se fala em direito a dignidade, se está a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se posa

atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade humana. (SARLET, 2018, p. 269).

Vislumbraremos também, o direito ao amparo às pessoas idosas previstos na Constituição Federal no artigo 226, referente à família como base da sociedade que tem proteção do Estado e sobre os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família e sua relação intrínseca com a pessoa idosa, tais como os princípios da Afetividade, Solidariedade e o princípio da Igualdade.

Versaremos também, acerca do direito constitucional, com sua natureza dinâmica, sendo submetido ao constante processo evolutivo, submetendo-se as outras funções lhes foram acrescentadas além das que lhe são atribuídas, e o conteúdo dos direitos ampliou-se para além da mera proteção contra o abuso das funções estatais.

Barroso ressalta, que o direito constitucional está deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se transformar num meio de atuação da sociedade e de transformação do poder político aos seus desígnios, transformando em mecanismo de transformação social. O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos, A judicialização do direito constitucional e a atuação dos tribunais constitucionais deram destaque à jurisprudência constitucional, sendo esta a característica marcante do novo direito constitucional. (BARROSO. 2014, p. 454). Deste modo, estamos tratando de um novo direito constitucional, ou seja, o Neoconstitucionalismo.

Sobre o Neoconstitucionalismo, acentuamos que se trata de um movimento teórico de revalorização do direito constitucional, de uma nova abordagem do

papel da Constituição no sistema jurídico, surgiu a partir da segunda metade do século XX, dá um novo sentido ao direito constitucional com base em novas premissas como a difusão e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição, objetivando a transformação de um estado legal em estado constitucional. (BRABILLA, 2009).

Assim, Canotilho (2004, p. 34), aduz que através das decisões dos tribunais constitucionais, surgiu um novo modo de praticar o direito constitucional, daí o nome de moderno direito constitucional.

No Brasil, Barroso, ressalta que a ampliação da jurisdição constitucional, a importância das decisões judiciais e uma crescente produção doutrinária de qualidade proporcionam ao direito constitucional, um momento de ascensão científica e política. (BARROSO, 2010, p. 454).

Faremos também, uma breve análise do Estatuto do Idoso, como proteção especial de direitos da pessoa idosa, como também da prestação jurisdicional do Juizado Especial do idoso.

Findo o primeiro capítulo, nele versaremos também acerca dos direitos humanos no âmbito do direito internacional. O direito à igualdade e a proibição da discriminação foram consagrados pela Declaração Universal de 1948, posteriormente pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sob a supervisão Organização das Nações Unidas. (PIOVESAN, 2018, p.381).

Assim, em relação ao seu artigo 2º., o Pacto consagra que os Estados-partes no Pacto se comprometem a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em

seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, etnia, cor, sexo, deficiência, língua, religião, opinião política, condição socioeconômica ou de saúde, nacionalidade, etc. (PIOVESAN, 2018, p.382).

Foi somente a partir da década de 1990, que o tema 'envelhecimento' ganha destaque nas discussões internacionais no âmbito das Nações Unidas, em 1991 a Assembleia Geral adota os 'Princípios da ONU para as Pessoas Idosas', através da Resolução n. 46, em 1992, estabelece o ano de 1999 como o Ano Internacional dos Idosos, os países foram incentivados a aplicar os cinco princípios básicos consagrados em 1991: independência, participação, cuidados, autorrealização e dignidade das pessoas idosas. (PIOVESAN, 2018, p. 571).

Já em relação ao âmbito da Organização dos Estados Americanos-OEA, em 15 de setembro de 2015, adotou-se o primeiro tratado internacional de proteção aos direitos das pessoas idosas, com adoção de medidas que visem ao envelhecimento sob a proteção dos direitos humanos, a questão da discriminação múltipla. A Convenção determina deveres aos Estados e um amplo sistemas de direitos às pessoas idosas. (PIOVEZAN, 2018, p. 586).

A comunidade internacional está atenta e deve levar em conta o envelhecimento da população no século XXI. Com efeito, o Direito continuou marcado por injustiças, desigualdades e exclusões, nas quais eram vítimas os negros, índios, povos coloniais, mulheres e pobres. (PIOVEZAN, 2018, p. 586)

Em relação ao capítulo segundo, traremos à luz os conceitos de responsabilidade civil, especificamente em relação ao dano moral, que é uma das

garantias do direito civil brasileiro e sua relação com o abandono afetivo. Faremos uma breve análise no tocante aos pressupostos da responsabilidade civil, como a conduta humana, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade, previstos no Código Civil.

Devido à ausência de lei específica que trate da matéria referente ao abandono efetivo, e especificamente nas ocasiões em que se configurar a violação da dignidade humana da pessoa idosa, por omissão do dever de cuidado filial-paterno e do dano moral causado, aplica-se o princípio geral da responsabilidade civil vigente, a pessoa idosa tem o direito de exigir a compensação pecuniária.

Contudo, o que se considera mais grave em relação ao abandono afetivo da pessoa idosa, é a violação da dignidade humana do idoso. O princípio da dignidade humana é instrumento de proteção de direito fundamental da ordem jurídica, possuidor de uma força deontológica, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e está instituído na Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, é considerado o mais importante princípio, tendo em vista que ele serve de fundamento ao Estado Democrático de Direito. (SARLET, 2018, p. 265).

De modo que, o filho ou até mesmo qualquer membro da família ou da sociedade na qual o idoso faça parte, cometerão dano moral com ações, omissões, agressões verbais, situações que violem os direitos e a dignidade da pessoa idosa.

Na atual trajetória do Estado Constitucional, percebe-se o reconhecimento da íntima e indissolúvel vinculação entre a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e fundamentais e a própria Democracia, pois são eixos estruturantes deste mesmo Estado Constitucional, assim como no âmbito internacional, esta é a base

fincada valendo tanto para o direito constitucional quanto para o direito internacional dos direitos humanos. (SARLET, 2018, p. 266).

Neste contexto, o entendimento de Flávia Piovesan na obra “Tema de Direitos Humanos” (2018, p. 639), é que o princípio da dignidade humana é considerado como um super princípio constitucional, é a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, com racionalidade, unidade e sentido.

Assim, muito bem aduziu Daniel Sarmiento (p. 264), ao comentar que o princípio da dignidade humana demanda que as instituições e práticas sociais tratem com igual respeito a identidade de todas as pessoas. Exige a inclusão dos que são diferentes, dos que pertencem a grupos estigmatizados, que não podem ser humilhados pela sua identidade, invisibilizados por conta dela, nem assimilados à sociedade, mas devem ser respeitados e valorizados em sua diferença.

Além do mais, o princípio da dignidade não se compatibiliza com políticas que tratem as pessoas como simples membros de grupos culturais, e não como agentes, não se harmoniza com práticas indiferentes diante das desigualdades econômicas e das carências materiais que vitimizam as classes subalternas (SARMENTO, p. 298).

Contudo, Daniel Sarmiento nos alerta no sentido de que existe a questão da trivialização com o princípio da dignidade humana, caso ele seja invocado em qualquer situação, o princípio se desvaloriza. De fato, apela-se tanto para o princípio que ele perde a sua força. Sabemos que é argumento poderoso jurídico. Logo, a dignidade é trunfo poderoso na argumentação jurídica, política e moral. Na medida em que há casos de lesão real e grave à dignidade humana, o recurso ao princípio pode não impressionar ninguém. (SARMENTO, p. 302).

Neste contexto, o princípio da dignidade pode ser usado para encobrir propostas menos nobre do que a emancipação e o empoderamento das pessoas.

Assim, Daniel Sarmiento também comenta que o princípio da dignidade pode ser utilizado para defender privilégios não universais das elites ou de corporações poderosas, conferindo-lhe maior respeitabilidade. A dignidade humana, que deveria servir à inclusão dos excluídos, pode se converter em mais um instrumento de defesa. (SARMENTO, p. 303).

Enfim, concluídas as considerações supracitadas acerca da dignidade da pessoa humana, adentraremos no terceiro capítulo, no qual faremos breves considerações sobre o posicionamento doutrinário contrário à previsibilidade do direito à indenização pela responsabilidade civil por dano moral. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 110), mencionam os argumentos da civilista portuguesa Zulmira Pires de Lima. Convém salientar, que os desdobramentos destes argumentos estão dispostos no referido capítulo terceiro deste trabalho.

Deste modo, neste terceiro capítulo, a civilista portuguesa Zulmira Pires de Lima, versará sobre a negação do direito à reparabilidade dos danos morais, ou dano extrapatrimonial. Deste modo, expondo detalhadamente seu entendimento, o primeiro argumento diz respeito à 'falta de um efeito penoso durável'; o segundo diz respeito à 'Incerteza de um verdadeiro direito violado'; enquanto que o terceiro estaria baseado na 'dificuldade de se descobrir a existência do dano'; já o quarto argumento corresponde à 'indeterminação do número de pessoas lesadas'; em referência ao quinto argumento estaria baseado na 'impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro; o sexto argumento estaria fundamentado na 'imoralidade de compensar uma dor com dinheiro'; em relação ao sétimo, este seria calcado no 'ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz'; e por fim, o oitavo argumento, diz

respeito à 'impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação', todos esses argumentos seriam usados para justificarem a não concordância do direito à reparabilidade aos danos morais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 110).

Com efeito, após o término da breve abordagem deste entendimento doutrinário contrário à existência do dano moral, adentraremos na possibilidade da aceitação do dano moral como direito à indenização.

No tocante ao quarto capítulo, analisaremos a hipótese de aceitação do direito à indenização por responsabilidade civil por dano moral em face do abandono. Assim, neste capítulo, tratamos de desenvolver os pressupostos da responsabilidade civil, analisando o dano moral, que resulta no direito de indenização, assim, para o caso de ilicitude civil de conduta, reporta-se à regra geral do artigo 186 do Código Civil, fundamentado no princípio latino "*neminem laedere*" (não causar dano a ninguém), e neste "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito" que fundamentam a doutrina da responsabilidade civil.

A metodologia aplicada nesta tese foi realizada com as pesquisas bibliográficas com o fim de obter as informações necessárias para o desenvolvimento deste trabalho consultas à Constituição Federal de 1988, nas obras de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luiz Roberto Barroso, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Daniel Sarmiento, Flávia Piovesan, Maria Berenice Dias, Fábio Konder Comparato, Norberto Bobbio, Cláudio Brandão, João Maurício Adeodato, Margarida Cantarelli, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Lôbo, R. Kosellek, como também consultas à Constituição Federal de 1988, tese de doutorado, dissertação, monografia e artigos dispostos na internet.

5. CONCLUSÃO: O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DAS PESSOAS IDOSAS

Foi notória a contribuição da Constituição de Alemã de 1919, para o constitucionalismo ocidental, na organização jurídica dos diversos ordenamentos jurídicos de outros Estados. Ela inovou, trazendo em seu texto, a conquista de direitos e garantias individuais, sociais e a igualdade, estabelecendo o limite dos poderes estatais, apesar de sua curta vigência.

No que se refere ao constitucionalismo e suas origens, é de suma importância também enfatizar a experiência inglesa pois o constitucionalismo historicamente falando, no seu desenvolvimento traz a noção de limitação jurídica do poder político, que teve como percussor a tradição inglesa, com seus elementos teóricos importantes que serviram de base para o constitucionalismo moderno, apesar de não possuir a constituição escrita, como ocorreu com os Estados Unidos da América e da França. Durante a ditadura de Oliver Cromwell, foi imposto o Instrumento de Governo (*Instrumento of Government*), considerado como o documento mais próximo das funções de uma constituição escrita que a Inglaterra teve, diante deste fato, pode-se imaginar a importância do documento inglês no contexto da evolução do constitucionalismo moderno.

Percebemos que conquista pelos direitos humanos concretizaram-se a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas-ONU, em 1948, cumpriu o de serviu de inspiração e orientação para organização da comunidade internacional, trazendo expectativa, na conquista de novos direitos que por ventura estarão por vir.

Assim, a Constituição Federal de 1988, recebeu também a influência da Constituição de Alemanha de 1919, com seus ordenamentos jurídicos calcados nos direitos fundamentais. A nossa Constituição Federal, em seu texto inicial contém indicativos constitucionais concentrados no ser humano, visando o desenvolvimento de sua personalidade, tanto é que a dignidade da pessoa humana está instituída pela primeira vez em uma constituição, disposto no artigo 1º. III, a dignidade é o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, criado e consagrado no texto constitucional. O constituinte os inseriu na abertura do corpo da constituição, o conjunto de princípios denominados como fundamentais definindo a forma e o sistema de governo, a separação dos poderes. A doutrina aduz que o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito, é um direito de princípios

Pois bem, neste trabalho, versamos sobre a importância dos princípios fundamentais, ressaltamos que são espécie de normas constitucionais, têm eficácia e aplicabilidade, são normas jurídicas vinculativas, embora sua força jurídica não seja igual à das regras e das normas de direitos fundamentais, são considerados direitos subjetivos. Historicamente comentando, o princípio teve seu marco inicial na chamada “era das codificações” na Alemanha. O princípio tem muito valor, o da proteção da vida pode ser atribuído ao art. 2º, §2º, 1, da Constituição Alemã.

Os princípios constitucionais, também têm como função preencher as lacunas na esfera infraconstitucional, aplicam-se notadamente os princípios fundamentais que exercem importantes efeitos jurídicos.

Em relação ao âmbito internacional, no que diz respeito ao direito internacional constitucional vigente, na identificação dos princípios fundamentais, o que vigora para um Estado constitucional, não obrigatoriamente é aplicado a outro,

muito embora, alguns têm o caráter universal, como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana, relativos aos direitos humanos e fundamentais, tais como a liberdade, a igualdade, etc.

Após as breves abordagens acerca dos princípios de um modo geral, vale salientar que fizemos considerações neste trabalho a respeito dos princípios do Direito de Família, tais como o princípio da solidariedade, da afetividade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, por estarem correlacionados com a pessoa idosa, objeto deste trabalho. Daremos um destaque na análise do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão dele está intrinsecamente atrelado ao tema deste trabalho, qual seja, o abandono afetivo dos pais idosos pela sua prole.

Nos reportaremos ao período da Renascença, com o pensamento filosófico humanista, que aduziu a respeito da dignidade da pessoa humana, afirmando que ela está intrinsecamente relacionada à universalização dos direitos humanos. Para os humanistas, dignidade humana é a capacidade de autodeterminação, do indivíduo, da sociedade, a liberdade de escolher seu conteúdo. Partindo desta premissa, de acordo com o entendimento da doutrina filosófica, em referência à dignidade humana, é certo que todo homem tem dignidade. Neste sentido, deve-se ter respeito à individualidade de cada um.

Sendo assim, a dignidade humana é algo intrínseco da pessoa, é essência do ser humano. Portanto, cada ser humano com seu valor insubstituível. Devido a seu caráter intrínseco, a dignidade é irrenunciável e inalienável.

Ressaltamos o pensamento moderno acerca da dignidade humana, acena afirmando que essa essência humana está em constante estado de evolução e sua personalidade individual está investida de uma realidade contínua sujeita à

transformação nos planos biológico e cultural. Atualmente, a doutrina aduz que no seu conceito se inclui a proteção do mínimo existencial, com atendimento das necessidades básicas e subsistência física indispensável ao desfrute dos direitos em geral, quando não atinge esse patamar ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. Neste mínimo existencial, há variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas há consenso do fator necessidade de se ter renda mínima, saúde básica e educação fundamental, inclusive, é de vital importância o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos. A doutrina civilista, extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, é direito fundamental, instituído na Constituição Federal de 1988. A dignidade se relaciona com a liberdade e valores do espírito, deste modo, Luís Roberto Barroso nos ensina que, “dela se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça, no seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial”.

A dignidade humana é associada à superação da intolerância, discriminação, exclusão social, violência, da incapacidade de aceitar o outro ou o diferente, na sua liberdade e seu jeito de ser, pensar e criar.

Foi objeto também de nossa abordagem, os tratados internacionais sobre os Direitos Humanos. A participação do Brasil ocorreu a partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe inovações, com a consolidação destes tratados internacionais de direitos humanos, após décadas de assinaturas; os tratados têm a força de proteger os direitos humanos considerados básicos, que surgiram a partir do pós-

guerra em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas/ONU. Nos Pactos celebrados, consagram-se que os Estados-partes se comprometem a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra situação.

Neste sentido, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas-ONU, preocupada com a proteção do idoso, adotou em 16 de dezembro de 1991, os “Princípios da ONU para Pessoas Idosas”, através da Resolução n. 46, na qual reconhece a diversidade na situação dos idosos, não só entre países mas também dentro dos países e entre os indivíduos, exigindo assim, o planejamento de diversas políticas públicas.

Consta ainda nestes princípios, que “convencida em que em um mundo caracterizado por um crescente número e proporção de pessoas mais velhas, as oportunidades devem ser fornecidas para idosos dispostos e capazes de participar e contribuir para as atividades em curso da sociedade”, a Assembleia Geral sugestionou à incorporarem em seus programas nacionais os princípios de: independência, participação, cuidados, autorrealização e dignidade das pessoas idosas.

Como foi mencionado anteriormente, este trabalho, tem como objetivo tratarmos da problemática em relação ao abandono do idoso pela família, e a responsabilidade civil pela ausência do dever jurídico de cuidados em face de sua prole, e da violabilidade da dignidade humana da pessoa idosa.

À luz do entendimento da dignidade humana, ressaltamos que o idoso é sujeito de direito e detentor da dignidade da pessoa humana, e assim, tem seus direitos preservados, notadamente quanto ao dever jurídico de cuidados por parte de seus descendentes, essa obrigação também se estende ao Estado, pois cabe-lhe assegurar a garantia e proteção destes direitos.

Quanto aos direitos da pessoa idosa, num sentido específicos, estão instituídos no Estatuto do Idoso, é considerado regime jurídico integral da pessoa idosa, e têm como destinatários além da família, o Estado, a sociedade, as comunidades, etc. De modo que, o Estatuto define seus direitos à saúde, à vida, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, como também às políticas públicas de proteção e atendimento. Porém, não faz menção ao abandono afetivo do idoso.

Considerando o tema deste trabalho, em referência ao abandono afetivo dos pais idosos e a responsabilidade civil dos filhos, ressaltamos que a responsabilidade civil, em nosso ordenamento jurídico, admite uma indenização quando ocorre o dano moral, que dentre os seus pressupostos, quanto à omissão de conduta, o deixar de fazer, que nos interessa de fato. Mencionamos também neste trabalho, dois posicionamentos referentes ao direito de indenização pela responsabilidade civil, causado pelo dano moral. Nesta próxima abordagem, teremos um posicionamento contrário a existência do dano moral, logo, não há direito à indenização pela responsabilidade civil.

Com referência ao entendimento contrário a existência do dano moral, como pressuposto para responsabilidade civil, temos o posicionamento da jurista portuguesa, Zulmira Pires de Lima, que defende argumentos contrários à existência

do dano moral. Em seu argumento inicial, ao referir-se à “incerteza de um verdadeiro direito violado” ela argumenta que em relação aos danos morais, a doutrina descreve em suas linhas gerais, revela em muitas partes há exageros e incertezas. Exagera, ao não observar os termos e o motivo da lesão, sem o que não se fez ilícito, e, portanto, a responsabilidade, ensina que o único afeto, se ofendido, é válido de dano compensável, deve ser preocupante, de pesquisa antes do dano, se existir, e no que consta, a lei violada.

Outro argumento sustentado por Zulmira Lima, consiste no sentido da “dificuldade de descobrir a existência do dano”, e ainda complementa ao dizer que é impossível na maioria dos casos, talvez em todos, descobrir se o ofendido sofreu de fato uma dor, com a prática do facto ilícito e o juiz pode a cada passo ver um verdadeiro sofrimento onde não há mais do que uma hipocrisia dissimulada que ele não consegue desmascarar. Há circunstâncias que sabemos ser de natureza complexa no que diz respeito ao reconhecimento do dano moral.

Zulmira Lima continua, com o argumento, que se resume na “impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro”, agora, estamos diante de uma discussão polêmica entre os que aceitam e os que se opõem a reparação dos danos morais, assim, quanto aos que se opõem, ressaltam que todos os danos devem ser fixados pecuniariamente, porém, nunca se poderia indenizar o dano extrapatrimonial. Zulmira Lima realmente ressalta, que há uma grande dificuldade em se avaliar monetariamente em termos qualitativo e quantitativo uma dor sofrida, a angústia, a mágoa, os desgostos da pessoa inserida numa situação de ser injustamente caluniada. E assim sendo, não é possível a existência do dano moral.

No entendimento de Zulmira Lima, há “imoralidade de compensar uma dor com dinheiro”, ou seja, diz respeito aos sentimentos, moralidades envolvidas, tais como ‘a dor não tem preço’, como também, ‘a dor não pode ser avaliada em dinheiro, no equivalente’. Neste argumento, percebe-se também como foi colocado no anterior, a dificuldade de se avaliar este aspecto subjetivo do dano extrapatrimonial.

Em seu último argumento, suscitado contra a reparabilidade dos danos morais, Zulmira Lima refere-se ao “amplo poder dado ao Juiz”, que por sua vez, se traduz no receio que o Judiciário possa representar como uma espécie de “ditadura do judiciário”, se baseando nas premissas anteriores, de que é muito difícil determinar a existência dos danos extrapatrimoniais e da impossibilidade da sua quantificação.

Portanto, segundo entendimento da civilista portuguesa Zulmira Pires Lima, diante de tais argumentos contrários a existência do dano moral, ele não é admissível. Consequentemente, não há o direito à indenização por responsabilidade civil por danos morais, aplicáveis neste caso, ao abandono afetivo inverso.

Outrossim, constatou-se uma corrente de autores, e a legislação a favor do acolhimento do pedido de indenização, por conta da responsabilidade civil constatada, com o intuito de concretizar direitos fundamentais pleiteados em face da família, ou ao Estado, que por sua omissão, não os atende de modo satisfatório.

Faz-se salutar, esclarecer que quando o idoso sofre o abandono, tem sua dignidade humana violada, e também sofre dano moral, assim sendo, este fato se configura um ato ilícito que merece reparação. Percebe-se uma certa polêmica na

utilização do instituto do abandono afetivo, como também nas ações de dano moral, pois há sentimentos envolvidos profundamente no abandono; a dificuldade de valoração aumenta, quando o uso do amor é a principal. Há também, outra questão importante acerca do tema, é a afirmação de que não se pode obrigar alguém a amar outra pessoa.

Desde quando o afeto juridicamente passou a ter a sua valoração, no efeito de ser reconhecido como vínculo familiar, em significado amplo de proteção e cuidado, no melhor interesse da família, a sua falta constitui, em contraponto, gravame odioso e determinante de responsabilidade por omissão ou negligência. A autonomia da pessoa idosa exige a assistência filial, moral e afetiva, como imprescindível instrumento de respeito aos seus direitos existenciais de consolidação de vida. (VILELA. 1980).

Assim, uma questão preocupante em relação ao abandono afetivo é a situação socioeconômica e psicológica na qual o idoso vive, e seu sofrimento causado com a separação de seus descendentes ou familiares. Neste contexto, a ausência de legislação específica quanto ao abandono afetivo inverso expõe sua vulnerabilidade, como também revela seu desconhecimento acerca de seus direitos, desconhece também que é sujeito detentor de direitos, assegurados pela legislação. Ao se configurar o abandono, é de suma importância que lhe seja assegurado no mínimo, o dever de cuidado.

Percebe-se a preocupação dos Tribunais em relação ao instituto do abandono afetivo, prevendo a suposta hipótese da comercialização do afeto.

Porém, não há que se cogitar de que o idoso tenha interesse financeiro, ou da possibilidade de enriquecimento repentino; esta hipótese deve ser afastada de

imediatamente, pois nesta fase da vida, o mais relevante para a pessoa idosa é a busca de um envelhecimento saudável, com a assistência familiar necessária ao seu bem-estar.

Logo, não só haverá o abandono afetivo inverso quando o idoso for abandonado pelo filho ou família em asilo, mas também pela falta de dever de cuidado, e de negligência de proteção para com ele.

Assim, em se tratando do abandono afetivo, o próprio Estado também tem sua parcela de responsabilidade, pois lhe cabe o planejamento de políticas públicas que auxiliem e facilitem o bem-estar dos idosos, que protejam e garantam seus direitos como cidadão, proporcionando-lhe sobrevivência digna, disponibilizando-se um mínimo de recursos financeiros relacionado à manutenção das necessidades básicas, como alimentação, medicamentos, assistência médica quando necessário, moradia digna com saneamento básico, acesso à justiça, etc.

Quanto à responsabilidade civil, por abandono afetivo e seu direito à indenização por dano moral em face da prole, a matéria está condicionada no ordenamento jurídico à aplicação do princípio "*neminem laedere*" (não causar dano a ninguém), que fundamenta a doutrina da responsabilidade civil.

Versaremos, assim, no caso de ilicitude civil de conduta, aplica-se a regra geral do artigo 186 do Código Civil, segundo a qual "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direitos e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito". Como também a aplicação do artigo 927 do Código Civil, indicando que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo"; ocorrendo à "reparação pela indenização, se medirá pela extensão do dano", na forma do artigo 944 do Código Civil.

Nossa sociedade ainda não se conscientizou de que o abandono é considerado um crime, com violação da norma penal, prevista no Código Penal Brasileiro, disposto no artigo 244 e seu Parágrafo Único, pois deixar de prover a subsistência de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta anos), não lhes proporcionando os recursos necessários, neste caso, a penalidade prevista é detenção de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa de um a dez vezes o maior salário-mínimo vigente o país.

Neste contexto, configura-se como “abandono de incapaz” (aquele que não tem capacidade de exercer a vida social de maneira autônoma; não só o idoso como as crianças e deficientes mentais), a pena é de 06 (seis) meses a 03 (três) anos de prisão. Caso o abandono resulte em lesão corporal grave, a pena pode ser aumentada para até 05 (cinco) anos. Nos casos de falecimento da vítima diante dessas causas, a pena pode chegar a 12 (doze) anos de prisão. A pena aplicada pelo juiz é aumentada em um 1/3 caso a vítima seja idosa, alcançando até 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Em seu artigo 98, o Estatuto do Idoso no artigo 98, também trata da questão do abandono do idoso em hospitais, entidades de longa permanência, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigadas por lei, há previsão de detenção de seis meses a três anos e multa.

No entendimento do desembargador Jones Figueiredo, membro do Tribunal de Justiça deste Estado, Membro do Instituto Brasileiro do Direito de Família – IBDFAM, o abandono afetivo inverso consiste na “inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar dos filhos para com os genitores, de

regra idosos”. Assim, essa falta do cuidar serve de precedente para embasar a indenização. (IBDFAM. 2013).

Diante dos argumentos que foram tratados neste trabalho, no que diz respeito ao abandono da pessoa idosa pelos filhos, pela família, pelo Estado, acentuamos que à pessoa idosa é garantido o direito de indenização pela violação de sua dignidade, e ausência do dever de cuidado, causando-lhe dano moral, de conformidade com as regras instituídas no artigo 5º da Constituição Federal, no texto correspondente aos ‘Dos direitos e garantias fundamentais’, instituídos nos incisos V e X, onde no inciso V está disposto que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; do mesmo modo que, no inciso X, dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, cumulado com a violação da dignidade da pessoa idosa.

Corroborando o direito à indenização por danos morais, há decisão judicial relativa ao direito à indenização por dano moral, referente ao abandono afetivo, com o julgado favorável pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ, referente ao Acórdão do Recurso Especial nº 1.159.242-SP, cuja Relatora foi a Ministra da 3ª Câmara, Nancy Andrighi, no qual cita a condenação de R\$ 200 mil reais, imposta ao pai por abandonar a filha material e afetivamente durante a sua infância e adolescência.

Em seu voto, a Ministra Nancy Andrighi alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. “[...] O cuidado dentro do contexto da convivência

familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar”.

Com efeito, a Ministra Nancy Andrighi em seu voto, acentua que a comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o non facere que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Considere-se, portanto, que esta decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ favorável à responsabilidade civil com indenização por dano moral, correspondente ao abandono afetivo, que por analogia, se estende ao abandono afetivo inverso, ou seja, a responsabilidade imputada ao filho pelo descumprimento do dever jurídico de cuidar dos pais idosos, pela omissão de conduta, reflete a garantia e proteção dos direitos fundamentais pleiteados junto ao Estado. Considera-se também, à violação da dignidade humana da pessoa idosa, e o dano moral causado. Neste sentido, o filho tem o dever jurídico de repará-los pela via da indenização, embasada na responsabilidade civil prevista na nossa legislação.

Contudo, as interpretações jurídicas não podem mais ater-se às clássicas tendências juspositivistas ou jusnaturalista. Assim, não existe interpretação de lei, isoladamente em sistemas jurídicos atuais, o que há é a hierarquia constitucional no ordenamento, ocorrido com a mudança do Direito Constitucional ocidental após 1945. Na atualidade, a interpretação constitucional objetiva no final, ter como base, as razões da defesa intransigente da força normativa dos princípios fundamentais integrantes na Constituição brasileira, notadamente para a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, o direito constitucional foi se afastando da antiga função de protetor da sociedade em face do Estado, hoje, é o meio de atuação da sociedade, como mecanismo de transformação social. Deste modo, o direito constitucional moderno, é investido de força normativa, impondo deveres e assegurando direitos, atuando na realidade social e política.

No dizer de SCHIER, a Constituição interpreta os ramos do Direito, despontando fenômeno identificado como “filtragem constitucional”, o sistema jurídico deve ser lido e compreendido sob a ótica do texto constitucional, cujos valores devem ser sempre perseguidos. Assenta-se esse fenômeno na defesa da força normativa da Constituição, na necessidade de uma dogmática constitucional principialista, na retomada da legitimidade e da vinculatividade dos princípios, no desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, no compromisso ético dos operadores do direito com a Lei Fundamental e com sua dimensão ética e antropológica, na constitucionalização do direito infraconstitucional e no caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo. (SCHIER, 2007, p. 251).

Assim, feitas as considerações a respeito do neoconstitucionalismo brasileiro vigente, diante de seu entendimento, surgiu a juridicização do direito constitucional, com destaque da jurisprudência constitucional, proferida pelos tribunais constitucionais, sendo esta considerada a característica do novo direito constitucional. Com efeito, atualmente no Brasil, devido a importância das decisões judiciais e a boa qualidade da literatura doutrinária, tornaram o direito constitucional num patamar superior de ordem científica e política. Assim, através das decisões

dos tribunais constitucionais, surgiu um novo modo de praticar o direito constitucional, por isso é conhecido com o nome de moderno direito constitucional

Considere-se, portanto, ao concluir-se, que neste caso do abandono afetivo dos pais idosos em face de sua prole, que o direito à indenização pleiteado pelos pais idosos, deve ser fundamentado na violabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, com fundamento também, da dogmática constitucional principialista, na retomada da legitimidade e da vinculatividade dos princípios, no desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional vigentes no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.

_____, Robert. Artigo. **Constitutional Rights and Proportionality**. Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. Disponível em: <<http://journal.openedition.org/revus/2783:DOI:10.400/revus2783>>. 22/2014. Acesso em: 18/01/2019.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: O Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALVES, Jones Figueirêdo. Artigo. IBDFAM. (Instituto Brasileiro de Direito de Família). **Abandono afetivo inverso**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.gov.br/o-abandono-afetivo-inverso>>. Julho. 2013>. Acesso em: 15/08/2017.

BARROS, Erika Emanuelle de. **Abandono afetivo inverso: A responsabilidade civil dos filhos para com os pais idosos**. 2016. 55 f. (Monografia). Acessível em: Repositorio.asc.es.br/Deposito20-final-%20monografia%ERIKA-abandono-afetivo-inverso-a-responsabilidade-civil-dos-filhos-para-com-os-pais-idosos. Acesso: 30/09/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BLESSMANN, Eliane, Jost. **Corporeidade e envelhecimento: o significado do corpo na velhice**. 2011. 110f. Dissertação. (Mestrado). Porto Alegre. Disponível em <[http://www.ibamendes.com/2011/02.os-velhos-ao-longo-dos-tempos](http://www.ibamendes.com/2011/02/os-velhos-ao-longo-dos-tempos)>. Acesso: em 10/08/2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRABILLA, Leandro Vilela. Artigo. **O que se entende por neoconstitucionalismo?**. 2009. Disponível em: <http://ifg.jusbrasil.com.br/noticias/1764534/o-que-se-entende-por-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 28/01/2018.

BRANDÃO, Cláudio (Coord.); ADEODATO, João Maurício; CANTARELLI, Margarida; SALDANHA, Nelson et al. **Direitos Humanos e Fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa 1988**. 2ª edição. São Paulo: Foco, 2017.

_____. **Lei n. 9095/1995. Dos Juizados Especiais**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03. L 9095.htm>. Acesso: 30/09/2017.

_____. **Lei 10.741/2003. Estatuto do Idoso.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L_10.741.htm>. Acesso em: 10/08/2017.

_____. **Lei 13.466/2017.** Alterações no Estatuto do Idoso. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/>. Lei/il_13466.htm. Acesso em: 07/11/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242-SP.** 3ª Turma. Tribunal de Justiça de São Paulo. Julgado em 24/04/2012. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF. 2012. Disponível em: <<http://conjur.com.br/acordao-abandono-afetivo>>. Pdf. >acesso em: 17/06/2018.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** V.1. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

COLNAGO, Rodrigo Henrique. **O princípio da dignidade da pessoa humana como pressuposto da privatização do sistema prisional no Estado democrático de Direito.** 2013. 165 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

DWORKING, Ronald. **Is Democracy here?.** 2006. Disponível em: <http://www.press.princeton.edu/titles/8232.htm>?2019. Acesso em: 22/01/2019.

FALCONI, Francisco. Artigo. **O que é o neoconstitucionalismo?.** 2003. Disponível em: <http://franciscofalconi.wordpress.com/2010/10/03/o-que-e-eoconstitucionalismo?>. Acesso em: 28/12/2018.

FERNANDES, Flávio da Silva. **As pessoas idosas na legislação brasileira.** São Paulo: LTr, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil.** Vol. III. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIRUNDI, Leonardo. Artigo. Abandono de idoso pode de idoso pode dar 16 anos de prisão. 2017. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/opiniaio/leonardo-girundi/abandono-de-idoso-pode-dar-16-anos-de-prisao%C3%A30%_1.1465061>. Acesso em: 20/01/2019.]

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** V. IV. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KOSELLECK, Reinhart. **Extratos do Tempo – Estudos sobre a História**. Tradução: Markus Hediger. Contraponto-Puc: Rio de Janeiro, 2000.

KUMAGAI, Cibele; MARTA, Taís Nader. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. Artigo. 2015. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 01/08/2018.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Paulo. **Direito Civil – Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1v.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais - Teoria Geral**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, Vanderley. Artigo. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigo/exibir8754/ResponsabilidadeCivil>>. Acesso em: 14/01/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Porto Alegre: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.).

SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do Direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

SILVA, José Afonso. **Cidadania e dignidade da pessoa humana**. Revista da PGR, n. 09, 1996.

VENOSA, Sílvio Sálvio. **Direito Civil-Direito de Família**. v.5, São Paulo: Atlas, 2005.

VILELA, JOÃO BATISTA. **Desbiologização da paternidade**. Revista Forense. Rio de Janeiro n. 271 p. 45-51. Julho/set. 1980.