

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luciane Lovato Faraco

A HIPÓTESE DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO QUE
DECORRE DA INFRAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO

Porto Alegre
2018

LUCIANE LOVATO FARACO

**A HIPÓTESE DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO
QUE DECORRE DA INFRAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha

Porto Alegre
2018

CIP - Catalogação na Publicação

Faraco, Luciane Lovato

A hipótese da reparação civil por abandono afetivo do idoso que decorre da infração ao dever de cuidado / Luciane Lovato Faraco. -- 2018.

105 f.

Orientador: Carlos Silveira Noronha.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. Idoso. 2. Dever de cuidado. 3. Abandono afetivo. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Dever de reparação. I. Noronha, Carlos Silveira, orient. II. Título.

LUCIANE LOVATO FARACO

**A HIPÓTESE DA REPARAÇÃO CIVIL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO
QUE DECORRE DA INFRAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ 2018.

Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Pelo valor ao estudo, ao conhecimento e ao crescimento, agradeço ao meu pai Setembrino, (*in memoriam*), que, infelizmente acompanhou esta minha jornada apenas no pensamento e lembrança, como um grande exemplo, e no meu coração, pelo imenso amor que sinto por ele.

Junto com ele agradeço à minha mãe Carmen, por me ensinar a conduzir meus objetivos e a trilhar meu caminho, por estar sempre ao meu lado em uma sintonia que responde pela certeza que tenho hoje de ter recebido deles o que melhor poderia ter: amor e educação.

Ao meu filho Arthur, por sempre me inspirar a crescer e a servir de exemplo, por me dar amor e por compreender que todos os momentos em que fui privada de estar com ele neste caminho valeram a pena.

À minha irmã Márcia, por compartilhar tudo comigo, sempre, com amizade e amor.

Ao Guilherme, meu namorado, por acreditar e torcer por mim desde o início deste mestrado, por dividir comigo todas as dúvidas, apreensões, alegrias e satisfações, por me ouvir falar do Direito e deste trabalho com incansável paciência. E principalmente por entender e admirar a importância desta etapa para minha realização pessoal, pelo meu amor à academia.

Ao meu estimado Professor e Orientador, Carlos Silveira Noronha, pela oportunidade de estar aqui, pelos ensinamentos científicos e por contribuir sempre para o crescimento do meu apreço ao Direito, em especial, ao Direito de Família.

Ao meu sócio Ricardo, pelo apoio, pelo suporte profissional, pela segurança e pela confiança que sempre depositou em mim.

Aos meus colegas da “Família UFRGS”, especialmente àqueles que se tornaram indispensáveis a esta conquista: Valéria, Ádamo e Sandro. À Anelize e à Daniela, que foram parceiras nesta jornada, fundamentais e presentes em todos os momentos.

Por fim, agradeço (*in memoriam*) às minhas curateladas e aos meus curatelados, por despertarem em mim a inspiração para esta dissertação.

A todos, meu carinhoso muito obrigada!

Em algum momento eu ouvi que o cuidado e a paciência que os pais idosos precisam de seus filhos é o mesmo que dispensaram a eles ao ensiná-los a comer, a andar e a falar. Eu já ouvi relato de pais que fizeram tudo isso pelos filhos sem amor – sim, há pai e mãe que não amam. Todos temos uma história, todos temos motivos, mas escolhemos viver em sociedade, precisamos viver em sociedade, temos direito à dignidade, temos direito e dever à solidariedade, independente do amor.

“Sou a gota d’água
Sou o grão de areia
Você me diz que seus pais não entendem
Mas você não entende seus pais
Você culpa seus pais por tudo
Isso é absurdo
São crianças como você
O que você vai ser
Quando você crescer”

Pais e filhos
Renato Russo

RESUMO

Este trabalho versa sobre a hipótese de reparação civil por abandono afetivo que decorre da infração ao dever de cuidado do idoso. Analisa-se a tutela dos direitos dos idosos no ordenamento jurídico brasileiro através de um retrospecto legal com sutil referência ao contexto histórico mundial e ao Direito Comparado. Contextualiza-se a interpretação dos direitos dos idosos em face do fundamento do Direito pátrio na dignidade da pessoa humana a partir da Constituição Federal de 1988 e a transposição desta no Direito Civil e no Direito de Família. Adiante é apreciado o abandono afetivo, seu conceito e expansão pela adoção do modelo atual eudemonista da família que importou na inclusão do dever de cuidado como elemento do afeto. A seguir o cuidado é abordado enquanto infração ao dever que dele decorre para identificação da conduta omissiva. Por fim, é explorado o instituto da responsabilidade civil, através do estudo de cada um dos seus requisitos, para conclusão quanto ao cabimento do dever de reparação pela constatação da ocorrência do ato ilícito de infração ao dever de cuidado que implica abandono afetivo em razão do dano que dele resulta e da extensão deste, isto valorado no caso concreto.

Palavras chave: Idoso. Dever de cuidado. Abandono afetivo. Dignidade da pessoa humana. Dever de reparação.

ABSTRACT

This paper deals with the hypothesis of civil reparation for affective abandonment of the elderly that results from the violation of the duty of care of the elderly. It analyzes the protection of the rights of the elderly in the Brazilian legal system through a legal retrospect with subtle reference to the world historical context and Comparative Law. The interpretation of the rights of the elderly in the face of the foundation of the patrimony right in the dignity of the human being is contextualized from the Federal Constitution of 1988 and the transposition of this one in the Civil Law and in the Right of Family. Above, affection abandonment, its concept and its expansion are appreciated by the adoption of the current eudemonist model of the family that has imported the inclusion of the duty of care as an element of affection. Care is then approached as an infraction of the duty derived from it to identify the omissive conduct. Finally, the institute of civil responsibility is explored, through the study of each one of its requirements, to conclude on the compliance of the duty to make reparation for the finding of the occurrence of the illicit act of infraction to the duty of care that implies affective abandonment due to the damage that results from it and the extent of it, that is valued in the concrete case.

Keywords: Elderly people. Duty of care. Emotional abandonment. Dignity of human person. Duto to repair.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A TUTELA AOS DIREITOS DO IDOSO	14
2.1 RETROSPECTO NORMATIVO	14
2.2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DOS IDOSOS A PARTIR DESTE CONTEXTO NORMATIVO.....	28
3 ABANDONO AFETIVO.....	47
3.1 O AFETO COMO FATOR DE SENTIMENTO E COMO DEVER DE CUIDADO.	47
3.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA EMANADO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE	55
3.3 O ABANDONO AFETIVO ENQUANTO INFRAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO	61
4 O DEVER DE REPARAÇÃO	70
4.1 O ATO ILÍCITO, O NEXO DE CAUSALIDADE E A CULPA.....	70
4.2 O DANO	77
4.3 O AGENTE OFENSOR E O NEXO DE IMPUTAÇÃO.....	86
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	90
REFERÊNCIAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Direito Brasileiro entrou em um processo de necessária adequação, pois a “Constituição Cidadã¹” trouxe expresso em texto a adoção da dignidade da pessoa humana² como princípio maior, condição de fundamento da República Federativa do Brasil. A este e em decorrência deste, seguiram os artigos que consagram como princípios justiça, a liberdade, solidariedade³ e igualdade.

Sob o amparo de tais fundamentos constitucionais, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, com especial atenção à proteção jurídica e social dos vulneráveis⁴ e à solidariedade imposta entre os familiares, o presente estudo tem o escopo de refletir sobre o abandono afetivo dos idosos pelos seus filhos, como infração ao dever de cuidado.

Para tanto, inicialmente situar-se-á o idoso no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um retrospecto normativo a partir da Constituição Federal, com referência mínima às Constituições anteriores e com alusão aos reflexos sociais e jurídicos

¹ Assim batizada pelo então Senador Ulysses Guimarães, por “ter sido concebida no processo de redemocratização, iniciado com o encerramento da ditadura militar no Brasil (1964–1985)”. Disponível em: <<https://goo.gl/az1R5J>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

² Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

⁴ O conceito de vulnerabilidade aqui considerado é no dizer de: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 120: “Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco, ou um sinal de confrontação excessiva de interesses no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras ou da atuação do legislador, é a técnica para aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.”

absorvidos de outras partes⁵ do mundo, especialmente a partir da Segunda Grande Guerra, que despertou a efetiva necessidade de haver uma reação às atrocidades que ela desencadeou, como o nazismo e o fascismo, para citar duas.

A incursão retrospectiva adentrará de forma minuciosa nas leis publicadas ou alteradas a partir de 1988 que dispensam tratamento direto ou indireto à questão do idoso, bem como das modificações havidas na legislação codificada até o momento atual, especialmente no que diz respeito à condição de vulnerabilidade do ancião⁶, seja a que decorre naturalmente da idade, seja a que é potencializada por alguma enfermidade que se apresenta ou agrava em razão do avanço etário. E assim far-se-á um apontamento criterioso de relevantes disposições normativas que se prestam à proteção do idoso.

Ainda, dentro do título primeiro, mas em seu segundo item, passar-se-á à interpretação dos elencados direitos dos idosos nas leis e códigos de acordo com o contexto normativo brasileiro estabelecido com o movimento de descodificação⁷ havido a partir da Constituição Federal. A necessidade de deslocamento que os princípios constitucionais impuseram a partir da mudança da tutela dispensada ao indivíduo agora, ao manto da dignidade da pessoa humana elevada a fundamento da Constituição Federal. Nesse sentido, fundamentar-se-á o reconhecimento da solidariedade como novo paradigma do Direito Civil e seu reflexo no Direito de Família.

O capítulo seguinte, intitulado “O abandono afetivo”, analisará o modelo eudemonista atual da família, abordando resumidamente a sua história e as

⁵ Como será adiante citado no Título 2, 2.1, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, na Constituição da Itália, na Lei Fundamental de Bonn, na Constituição Portuguesa, afora, claro, a Declaração dos Direitos do Homem e o Plano de Ação de Viena.

⁶ Especificamente com relação ao idoso dizem os doutrinadores citados na nota anterior: “Outra espécie de vulnerabilidade é a que se deve reconhecer ao idoso. Por idosos a lei considera as pessoas com idade igual ou maior de 60 (sessenta) anos (art. 1º do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003). Assim, como ocorre em relação a criança e ao adolescente, sua proteção tem assento constitucional, inspirado em princípios da solidariedade e da proteção. Estabelece o caput do art. 230 da CF: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.” (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 146-147.)

⁷ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII. p. XVII: “Este processo, amplamente registrado na doutrina, conhecido como movimento de descodificação, na experiência brasileira reservou à Constituição de 1988 o papel reunificador do sistema”.

mudanças sociais e jurídicas a que esteve sujeita ao longo do tempo para a compreensão do papel de seus membros enquanto sujeitos de direitos e deveres. Especificamente, no estudo histórico da família será feito uso de referência teórica multidisciplinar, mais especificamente sociológica e filosófica.

Nesse contexto demonstrar-se-á a ascensão do afeto para a relação familiar, que passa de mero fator para elemento essencial e reconhecido até como formador de vínculo de filiação. É essa transposição, aliás, que se mostra responsável pelo alargamento do conceito de afeto e pela sua inserção no cuidado, contextualizado como expressão do comportamento solidário que se impõe entre os membros de uma família.

É nesse diapasão que se discorrerá, a seguir, sobre a identificação, por alguns doutrinadores, da afetividade enquanto princípio do Direito de Família, apontando-o como derivado do princípio da solidariedade. A pertinência deste item está também no aprofundar-se timidamente acerca dos conceitos de valor e de princípio, para se dar suporte à ideia coercitiva do dever de cuidado, pois a dignidade é fundamento constitucional.

Encerrar-se-á o capítulo a partir da premissa anterior de que o cuidado é um dever abrangido pelo afeto, como elemento de expressão em atenção ao princípio da solidariedade. Disso concluir-se-á se o dever de cuidado é um bem juridicamente tutelado e se a sua infração implica abandono afetivo, pois dotado de capacidade coercitiva.

Como o escopo do estudo é perquirir acerca da hipótese de reparação civil por abandono afetivo que decorre da infração ao dever de cuidado, o capítulo seguinte versará sobre o dever indenizatório. Assim, o item primeiro adentrará no apontamento dos requisitos do instituto da responsabilidade civil que, aliados ao dano, são necessários ao reconhecimento do dever de indenizar: o ato ilícito, o nexo de causalidade e a culpa.

A lógica imposta é de que este reconhecimento dos requisitos se opere especificamente de acordo com os direitos que tutelam ao idoso no ordenamento jurídico brasileiro, mas com destaque no Direito de Família, ante o apontamento da família através de seus membros como responsáveis primeiros em cuidar do idoso,

conforme anteriormente explanado. Por tal razão, o ato ilícito será discernido como conduta omissiva, o não atender ao dever de cuidado, o não agir por um filho com relação ao pai ou à mãe, mas sua identificação será adiante melhor investigada. O nexo de causalidade é, por sua vez, o liame entre esta conduta omissiva e o dano, entre a causa e o efeito.

Quanto à culpa, como último requisito de análise neste item, ressalva-se o entendimento doutrinário que dispensa a sua presença através da interpretação literal do art. que conceitua o ilícito moral⁸. No entanto, considerada a crítica a este pensamento, admite-se a presença do requisito ressalvada a natureza moral do dano que reporta a análise da culpa (responsabilidade subjetiva), efetivamente para avaliar a conduta omissiva do agente ofensor e ponderá-la no nexo de causalidade e, posteriormente, se for o caso, na mensuração dos efeitos do dano.

O dano será então objeto de item próprio. Recebe especial atenção ante à resistência da doutrina de concebê-lo na sua natureza subjetiva, moral, por infração ao dever de cuidado e assim, infringir o direito de personalidade. O que se pretende é afastar a ideia de que o dano existe apenas se dele decorrer uma consequência externa, pois nessa hipótese o deslocamento do dano para seara material é argumento usado para rechaçar a indenização de natureza moral. E, ainda, a avaliação da extensão do dano, dos seus efeitos morais, reflete inclusive para o reconhecimento do dever indenizatório que não se justifica necessariamente tão somente pela constatação do dano.

Os últimos requisitos enfrentados serão a identificação do agente ofensor e o nexo de imputação, um seguido do outro, por razão lógica. A vítima pode ter dentre seus filhos apenas um identificado como ofensor, no entanto, será ele passível de imputação à reparação civil caso a sua conduta seja responsável direta e exclusiva pela colocação dos pais idosos em situação de abandono afetivo.

O propósito do estudo é discorrer por meio da análise jurídica do tema sobre a possibilidade da reparação civil por abandono afetivo, uma vez que o dever de cuidado ao idoso imposto aos seus familiares está na lei, desde a maior, ou seja, a Constituição

⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

Federal até a específica: o Estatuto do Idoso. O que, embora seja objetivo e incontestável, não encontra aceitação expressiva para além de alguns doutrinários e de uma ou outra decisão judicial dos Tribunais Regionais e uma da Corte Superior.

Adotar-se-á para tanto a metodologia de pesquisa com respaldo doutrinário específico da ciência jurídica que aborda diretamente a respeito dos temas e conceitos postos. Contar-se-á, também, como referido, com auxílio de doutrina afeta à área sociológica e filosófica, através de livros, artigos extraídos de compêndios doutrinários, periódicos ou disponibilizados na *internet*. O material usado identificado servirá não apenas de aprofundamento da ideia e referência conceitual, mas também para construção da conclusão a ser buscada.

É aplicado o método hipotético-indutivo que faz uso das referências bibliográficas para enfrentar o problema identificado a partir de uma realidade social objetiva, para contemporizar a aplicação pretendida do direito às hipóteses fáticas, isto é, faz-se uso do método hipotético-indutivo para contribuir ao abrandamento através do suporte jurídico ao fenômeno social do abandono afetivo do idoso.

Não será feito uso farto, expressivo, de pesquisa jurisprudencial e análise de caso, seja em razão da dificuldade ao acesso às decisões públicas, pois os processos não raro, tramitam em segredo de justiça e, além disso, o trânsito em julgado ocorre ou no primeiro grau ou no segundo, ou seja, dificilmente, justamente pelo cunho fático, são enfrentados pelos Tribunais Superiores. De qualquer forma, a própria resistência jurisprudencial justifica o pouco uso desse instrumento de pesquisa.

Esta dissertação pretende, com extrema modéstia, contribuir para que a viabilidade da pretensão indenizatória seja ponderada a partir de situações fáticas, eis que o aumento da população idosa e seus efeitos enquanto fenômeno social deve receber atenção especial, do contrário a condição de vulnerável do idoso e toda tutela legal a ele destinada não se fará instrumento efetivo para que receba tratamento digno, para que seja o ancião livre e igual, mesmo com suas especiais necessidades, a partir de sua família.

É sabido que o reconhecimento da reparação civil por abandono afetivo decorrente da infração ao dever de cuidado esbarra em fundada resistência doutrinária e jurisprudencial e, para tanto, há argumentos legítimos que transitam em

todos no Direito que serão explorados ao longo do trabalho e que se prestam à demonstração de seu cabimento e de sua possibilidade fática e jurídica. Reside aí a fertilidade do tema e o limite, sem pretensão de esgotar o tema dentro da limitação posta, razão pela qual não haverá abordagem sobre o *quantum* indenizatório.

2 A TUTELA AOS DIREITOS DO IDOSO

2.1 RETROSPECTO NORMATIVO

O idoso, até a Constituição Federal de 1988, tinha direitos dispostos em legislações esparsas nas quais era coadjuvante e ali estava apenas por também ser abarcado pela questão específica regulamentada pela lei⁹. Não era o ator principal, o titular daqueles ou desses direitos que, inclusive, eram poucos. Essa realidade era o reflexo de sua invisibilidade na sociedade e da desconsideração quanto à extensão dos problemas advindos do aumento da população idosa.

As Constituições de 1824 e de 1891 ignoravam por completo a necessidade de regulamentar os direitos do idoso. Inclusive, nesse interregno sobreveio o Código Civil de 1916 que, da mesma forma, referência alguma fez ao idoso.

Na Constituição de 1934, pela primeira vez aparece a palavra velhice, por meio da disposição previdenciária do art. 121, §1º, alínea h¹⁰, ao conferir assistência média e sanitária ao trabalhador, sem prejuízo do salário e do emprego em circunstâncias especiais nas quais estava incluída a velhice.

⁹ Exemplos destas leis extraídos da obra: VIEIRA, Jair Lot (ed.). *Estatuto do Idoso*: Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 e legislação complementar. 4. ed. São Paulo: EDIPRO, 2013; Lei nº 1.60, de 5 de fevereiro de 1950, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965; Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973; Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974; Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984; e Decreto-Lei nº 2.236, de 23 de janeiro de 1985.

¹⁰ Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

(...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <<https://goo.gl/ydme5d>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

As Constituições de 1937¹¹, 1946¹² e 1967¹³ mantiveram, com uma ou outra ténue alteração, referência ao idoso ao conferir a este direito previdenciário na velhice.

Da legislação codificada neste período destaca-se que o Código Civil vigente (de 1916) nada dispunha em tutela ao idoso. Na Direito Penal, o Código, que data de 1940, no seu art. 115¹⁴, alterado pela Lei 7.209 de 1984, prevê a redução da prescrição da pretensão punitiva para o idoso que, na época da condenação, contar com mais de setenta anos. Em fase de execução de pena, art. 32, § 2^o¹⁵ da Lei de Execução Penal determina que os condenados que tenham mais de 60 anos estão obrigados ao trabalho interno na medida de suas aptidões e capacidade. Ainda, o condenado maior de 70 (setenta) anos pode receber o benefício da prisão domiciliar, nos termos do art. 117¹⁶ da mesma lei. E, por fim o art. 318, inc. I¹⁷ do Código de Processo Penal que, alterado pela Lei 12.403 de 2011, passou a prever a

¹¹ Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho; (BRASIL. *Constituição (1937)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <<https://goo.gl/jrs3To>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

¹² Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:
(...)

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; (BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <<https://goo.gl/QRc5Az>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

¹³ Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:
(...)

XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; (BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967). Disponível em: <<https://goo.gl/qzpbyp>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

¹⁴ Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/wvqZcg>>. Acesso em: 04 dez. 2017.)

¹⁵ Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

§ 2º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade. (BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/jNAz6>>. Acesso em: 08 nov. 2017.)

¹⁶ Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos; (BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/jNAz6>>. Acesso em: 08 nov. 2017.)

¹⁷ Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos; (BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/wvqZcg>>. Acesso em: 04 dez. 2017.)

possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar ao maior de 80 (oitenta) anos.

Mister atentar que no cenário internacional a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, sabidamente inspirada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa em 1789, embora sem força legal, adentra no mundo jurídico e político como diretriz basilar da Organização das Nações Unidas para o Tratado Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Tratado Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁸.

A Declaração vem a dispor que todos têm direito à vida, à liberdade, à educação, à saúde, à habitação, à propriedade, à participação política, ao lazer, e expressamente enuncia no seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Quanto ao idoso, por solicitação da Argentina, o documento destacou a questão da velhice como fato de responsabilidade de todos os Estados¹⁹.

Ainda na Europa, onde a repercussão dos efeitos devassos da Segunda Guerra Mundial por certo foi maior que em qualquer outro lugar, destaca-se primeiro a Constituição Italiana, de 1947, que dentre seus princípios fundamentais prevê: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Dois anos depois, a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, sempre apontada como a primeira lei que consagra a dignidade humana através do seu art. 1º, previu: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais”.

¹⁸ Sobre a importância na Declaração para nova universalidade dos direitos fundamentais, v. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 587-588: “Os direitos da primeira, segunda e da terceira gerações abririam caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que em, por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com um amplitude formal de posituação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais.”

¹⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. XXV

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://goo.gl/DGe8gc>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

A Constituição de Portugal, promulgada em 1976, já em seu primeiro art. aborda o tema: “Portugal é uma República soberana, baseada entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Da Constituição Portuguesa, destaca-se para além da dignidade da pessoa humana, mas diretamente na tutela do idoso, o art. 72^o, 1 e 2^o, pois no seu texto expressamente garante aos idosos direitos fundados na dignidade.

Em 1982, em Viena, realizou-se a Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento²¹, organizada pela ONU²² com o objetivo de dar início a um programa internacional de ação para garantir a seguridade econômica e social das pessoas idosas. Na ocasião conheceu-se a realidade de muitos países “onde muitas das atenções que cabiam tradicionalmente à família, diante da evolução social (trabalho da mulher fora do lar, p. ex.), hoje exigem a colaboração de serviços comunitários (públicos e privados)”²³.

E assim, o Plano de Ação de Viena²⁴, através de suas 62 recomendações, destacou a necessidade mundial de elaborar e aplicar políticas públicas específicas aos idosos, revelando diversos e específicos direitos que eram totalmente ignorados.

²⁰ Constituição da República Portuguesa:
Art. 72^o

1. As pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação e convívio familiar e comunitário que respeitem a sua autonomia pessoal e evitem e superem o isolamento ou a marginalização social.

2. A política de terceira idade engloba medidas de carácter económico, social e cultural tendentes a proporcionar às pessoas idosas oportunidades da realização pessoal, através de uma participação activa na vida da comunidade. (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/Rnv5Zw>>. Acesso em: 04 dez. 2017.)

²¹ World Assembly on Ageing
Vienna, 26 July-6 August 1982

The Vienna International Plan of Action on Ageing is the first international instrument on ageing, and provides a basis for the formulation of policies and programmes on ageing. It was endorsed by the United Nations General Assembly in 1982 (resolution 37/51), having been adopted earlier that same year at the World Assembly on Ageing in Vienna, Austria. It includes 62 recommendations for action addressing research, data collection and analysis, training and education, as well as the following sectoral areas: health and nutrition, protection of elderly consumers, housing and environment, family, social welfare, income security and employment, and education. (UNITED NATIONS. *Second World Assembly on Ageing*. Disponível em: <<https://goo.gl/Mct6ij>>. Acesso em: 08 maio 2017.)

²² Oportuna lembrança de que o Brasil é membro fundador da ONU desde 1945;

²³ FERNANDES, Flávio da Silva. *As pessoas idosas na legislação brasileira*. São Paulo: LTr, 1997. p. 18.

²⁴ O Plano de Ação Internacional sobre os idosos foi endossado pelo Assembleia Geral pela sua resolução 37/51 de 3 de dezembro de 1982. (UNITED NATIONS. *Resolution 37/51, from 3 dec. 1982 on the Question of Aging*. Disponível em: <<https://goo.gl/nctXcy>>. Acesso em: 11 maio 2017.)

No Brasil, esse Plano, naquele momento, não causou impacto, tanto que, mesmo seis anos depois, é promulgada a nova Constituição Federal que, no dizer crítico de Fernandes²⁵, “só de passagem reconheceu o novo problema, daí a Lei n. 8.842, de 4 janeiro de 1994, que implanta a Política Nacional do Idoso e estabelece pontos que a sociedade reivindica do governo desde meados dos anos 70.”

A cidadania, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça, a solidariedade e a igualdade, abrem o texto constitucional²⁶ como fundamentos da nova ordem social e legal a partir de 1988. O idoso, por sua vez, é referido de forma expressa ao dispor sobre direitos pertinentes à cidadania ou à família.

Além dos dispositivos inaugurais acima identificados, as disposições contidas nos artigos 203, 229 e 230²⁷ reportam-se ao idoso como sujeito de direitos. Dentre esses artigos, merece destaque o 230, que coloca o idoso como ente vulnerável que requer especial atenção e amparo da família e do Estado.

²⁵ FERNANDES, Flávio da Silva. *As pessoas idosas na legislação brasileira*. São Paulo: LTr, 1997. p. 18.

²⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

²⁷ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

Considerado o lapidar dizer de Bobbio²⁸, “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer”. Para o idoso, no Brasil, os direitos nasceram com a Constituição Federal de 1988. E não poderia ser diferente, afinal o idoso já era, há muito, no cenário internacional, tema de preocupação, debate e adoção de medidas de proteção.

A visão crítica à Constituição Cidadã argumenta que não há uma dedicação pontual ao idoso, pois, afora os artigos antes citados²⁹, outros dois fizeram referências tímidas: o art. 14, §1º, II, b³⁰ e o art. 40, §1º, II³¹.

Freitas Junior³², no entanto, ao traçar o perfil constitucional dos direitos do idoso, opõe-se a este entendimento e diz:

Poder-se-ia sustentar, assim, que a Constituição Federal continuou omissa com relação à pessoa idosa. Trata-se, todavia, de mera aparência de omissão, conforme já salientado.

Diz-se que a omissão é apenas aparente, porque a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, deixou expresso que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 26

²⁹ Art. 1º, inc. II e III; 3º, inc. I e IV; e 5º, *caput* e inc. I; 203, 229 e 230; BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.

³⁰ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

(...)

II - facultativo para:

(...)

b) os maiores de setenta anos; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

³¹ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste art..

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este art. serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

³² FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso*: doutrina, jurisprudência e legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3-4.

Cronologicamente, cabe referir que em 1991, no âmbito internacional, sobreveio a edição da resolução 46/91 da Assembleia Geral das Nações Unidas onde foram elencados 18 (dezoito) princípios recomendados de serem incorporados aos programas nacionais sempre que possível³³.

Retornando à esfera nacional, a Lei n. 8.842/94, embora promulgada após 1988, resultou de uma pressão da sociedade que ocorria desde 1976, quando realizado em Brasília o Seminário Nacional de Estratégias de Políticas para o Idoso, promovido pelo Ministério da Previdência e Assistência Social e, como dito por Fernandes³⁴, “demorou dezoito anos para que surgisse um diploma legal caracterizando a importância da atenção à velhice, entre nós.”

Referida lei dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, que tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso e para seus efeitos, considera idoso a pessoa acima de sessenta anos de idade³⁵. Nos seus vinte e dois artigos, especialmente no 10º, encontram-se arroladas as ações que são imputadas aos órgãos governamentais e entidades públicas para que atendam ao idoso.

No capítulo II da Lei n. 8.842/94, artigos 2º e 3º, estão dispostos os princípios e diretrizes que a regem. Neles pode-se constatar que o tratamento digno que se impõe ao idoso é sempre atribuído à família e à sociedade, de forma conjunta e contributiva. Diz a lei que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos de cidadania (art. 3º, I), que o processo de envelhecimento

³³ A ONU assim ponderou: “Consciente de que, em todos os países, as pessoas estão a atingir uma idade avançada em maior número e em melhor estado de saúde do que alguma vez sucedeu, (...) Consciente dos estudos científicos que contrariam muitos estereótipos sobre declínios inevitáveis e irreversíveis com a idade, (...) Convencida de que, num mundo caracterizado por um número e uma percentagem crescentes de pessoas idosas, deverão ser dadas oportunidades para que as pessoas idosas capazes, e que o desejem fazer, participem nas actividades em curso da sociedade e contribuam para as mesmas, (...)Tendo presente que as dificuldades da vida familiar nos países desenvolvidos e em desenvolvimento exigem que os que prestam assistência às pessoas idosas frágeis recebam apoio, (...)” (UNITED NATIONS. *Resolution 37/51, from 3 dec. 1982 on the Question of Aging*. Disponível em: <<https://goo.gl/nctXcy>>. Acesso em: 11 maio 2017.)

³⁴ FERNANDES, Flávio da Silva. *As pessoas idosas na legislação brasileira*. São Paulo: LTr, 1997. p. 18.

³⁵ Art. 1º. A política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Art. 2º. Considera-se idoso, para os efeitos desta Lei, a pessoa **maior de sessenta anos** de idade. (BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/H5ffUi>>. Acesso em: 04 dez. 2017.)

diz respeito à sociedade em geral (art. 3º, II), e que a priorização do atendimento ao idoso é através de suas próprias famílias (art. 4º, III).

O processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral³⁶, diz o texto da lei, e isso faz com que exija especial tratamento do Estado. O aumento da população idosa³⁷ impõe o olhar à velhice e à constatação das restrições e das necessidades especiais que o avanço da idade traz ao cidadão, pois é isso que o coloca na condição de vulnerável. É por isso que a questão do idoso transita na esfera do Direito Privado e do Direito Público, como será abordado adiante, e impõe obrigações à família e ao Estado.

O destaque que essa lei merece advém justamente dessa imposição mais efetiva para que o idoso seja visto como de fato é, com suas limitações e carências especiais, e que assim tenha seus direitos específicos assegurados na ordem legal nacional e que esta imponha o cumprimento desses direitos à família do idoso, à sociedade e ao Estado.

A Lei n. 8.842/94 disciplina a política nacional do idoso de acordo com a Ordem Constitucional e, assim, trata a questão de forma muito mais lúdica e ampla. Reconhece ao idoso, pela primeira vez, direitos até então ignorados, e alerta, de forma impositiva, para que estes sejam observados e garantidos pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Em 1996, a Lei n. 8.842/94 é regulamentada através do Decreto n. 1.948, dispondo, no seu art. 1º³⁸, as competências dos órgãos e demais entidades públicas. Em termos de política pública o Decreto é, com certeza, extremamente completo, moderno e eficaz. O rol de competências atribuído à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República³⁹, é apenas a introdução às demais inúmeras

³⁶ Art. 3º, inc. II: O processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos. (BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/H5ffUi>>. Acesso em: 04 dez. 2017.)

³⁷ “Pesquisa do IBGE aponta que presença de idosos a partir de 60 anos no total da população foi de 9,8%, em 2005, para 14,3%, em 2015”. GOVERNO DO BRASIL. *Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil*. 02 dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/49acif>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

³⁸ Art. 1º Na implementação da Política Nacional do Idoso, as competências dos órgãos e entidades públicas são estabelecidas neste Decreto. (BRASIL. Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/rTufp2>>. Acesso em: 07 dez. 2017.)

³⁹ Art. 2º À Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República compete: (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)

atribuições que o Decreto, ao longo de seus vinte artigos, segue distribuindo aos demais órgãos governamentais, desde o INSS⁴⁰ até o Ministério da Cultura⁴¹.

Fernandes⁴², em 1997, há vinte anos, ao dizer sobre a Lei n. 8.842/94, já destacava a importância e a necessidade de divulgação:

Trata-se de uma lei em pleno vigor, a primeira no gênero que se edita no País com sensível esforço das entidades gerontológicas, associações que mobilizam os grupos mais velhos e as Universidades da Terceira Idade, para divulgá-la, esclarecê-la e fazê-la ser mais conhecida.

-
- I - coordenar a Política Nacional do Idoso; (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - II - articular e apoiar a estruturação de rede nacional de proteção e defesa dos direitos da pessoa idosa; (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - III - apoiar a capacitação de recursos humanos para atendimento ao idoso, junto aos demais órgãos governamentais; (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - IV - participar, em conjunto com os demais entes e órgãos referidos neste Decreto, da formulação, acompanhamento e avaliação da Política Nacional do Idoso; (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - V - promover eventos específicos para discussão de questões relativas ao envelhecimento e à velhice; (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - VI - coordenar, financiar e apoiar estudos, levantamentos, pesquisas e publicações sobre a situação do idoso, diretamente ou em parceria com outros órgãos; (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - VII - encaminhar as denúncias relacionadas à violação dos direitos da pessoa idosa aos órgãos públicos competentes; e (Redação dada pelo Decreto n. 6.800, de 2009)
 - VIII - zelar em conjunto com o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso pela aplicação das normas de proteção da pessoa idosa. (BRASIL. Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/rTufp2>>. Acesso em: 07 dez. 2017.)

⁴⁰ Art. 5º. Ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS compete:

- I – dar atendimento preferencial ao idoso, especificamente nas áreas do Seguro Social, visando à habilitação e à manutenção dos benefícios, exame médico pericial, inscrição de beneficiários, serviços social e setores de informações;
- II – prestar atendimento, preferencialmente, nas áreas da arrecadação e fiscalização, visando à prestação de informações e ao cálculo de contribuições individuais;
- III – estabelecer critérios para viabilizar o atendimento preferencial ao idoso; (BRASIL. Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/rTufp2>>. Acesso em: 07 dez. 2017.)

⁴¹ Art. 12. Ao Ministério da Cultura compete, em conjunto com seus órgãos e entidades vinculadas, criar programa de âmbito nacional, visando a:

- I – garantir ao idoso a participação no processo de produção, reelaboração e fruição, dos bens culturais;
- II – propiciar ao idoso o acesso aos locais e eventos culturais, mediante preços reduzidos;
- III – valorizar o registro da memória e a transmissão de informações e habilidades do idoso aos mais jovens, como meio de garantir a continuidade e a identidade cultural;
- IV – incentivar os movimentos de idosos a desenvolver atividades culturais.

Parágrafo único. Às entidades vinculadas ao Ministério da Cultura, no âmbito de suas respectivas áreas afins, compete a implementação de atividades específicas, conjugadas à Política Nacional do Idoso. (BRASIL. Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/rTufp2>>. Acesso em: 07 dez. 2017.)

⁴² FERNANDES, Flávio da Silva. *As pessoas idosas na legislação brasileira direito e gerontologia*. São Paulo: LTr, 1997. p. 20.

Infelizmente, apesar do brilhantismo desta lei, a questão do idoso, então reconhecida constitucionalmente e com uma lei específica, ainda não estava assimilada, nem mesmo pelo próprio idoso, quiçá pela sociedade brasileira. A falta de divulgação talvez fosse uma das razões disso, mas ao certo, o motivo deste descaso à questão do idoso, que até hoje se faz presente, é reflexo de uma resistência social, cultural, econômica, política e jurídica.

Legislações esparsas que tratam de questões específicas diversas atentam à condição especial do idoso e à necessidade de um tratamento diferenciado. O Código Nacional de Trânsito, de 1997, é um exemplo. Nele o idoso recebe tratamento específico não de forma protetiva, mas restritiva, pois o art. 147, § 2º⁴³, impõe a renovação ao exame de aptidão física e mental a cada três anos para pessoas acima de sessenta e cinco anos de idade, e não a cada cinco, como é para os demais.

Além disso, a fim de facilitar o acesso dos idosos aos direitos previstos em diversas legislações, o Decreto Federal n. 2.170, de 1997, que alterou o Decreto Federal n. 89.250, de 1983, estabeleceu campo próprio no formulário da carteira de identidade para a expressão "idoso ou maior de sessenta e cinco anos".

Em 1997, também, a Lei n. 9.455, de 7 de abril, ao tipificar o crime de tortura, no art. 1º, §4º, II⁴⁴, dispõe que se o crime é cometido contra maior de 60 (sessenta)

⁴³ Art. 147. O candidato à habilitação deverá submeter-se a exames realizados pelo órgão executivo de trânsito:

(...)

§2. O exame de aptidão física e mental será preliminar e renovável a cada cinco anos, ou a cada três anos para os condutores com mais de sessenta e cinco anos de idade, no local de residência ou domicílio do examinado. (BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/1usVp8>>. Acesso em: 12 nov. 2017.)

⁴⁴ Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

anos, a pena é agravada de um sexto até um terço, ou seja, se cometido contra idoso incide a agravante.

Ainda como suporte à Lei n. 8.842/94, em 1999, a Portaria Interministerial MS/MPAS n. 5.153, de 7 de abril, institui o Programa Nacional de Cuidadores de Idosos, a ser coordenado por uma Comissão Interministerial, e dela destaca-se o art. 3º⁴⁵ que diz sobre a criação de protocolos específicos com universidades e entidades não-governamentais para capacitação de cuidadores domiciliares (familiares ou não-familiares) e institucionais.

Os destaques feitos dentre as leis até aqui citadas são, efetivamente, à que instituiu a política nacional do idoso e criou o Conselho Nacional do Idoso⁴⁶, ao Decreto⁴⁷ que a regulamentou e à Portaria Interministerial⁴⁸ referida acima. Isso porque o que identifica essas três legislações é o tratamento direto e específico à questão do idoso. E pode-se verificar que a família é sempre referendada como agente de obrigações ao idoso e como um núcleo social no qual o idoso tem direito ao convívio.

Nessa cronologia legal, cumpre referir que em 2002 foi instituído o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, através do Decreto 4.227⁴⁹, de 13 de maio. O órgão,

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, deficiente e adolescente;

III - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei n. 10.741, de 2003)

III - se o crime é cometido mediante sequestro. (BRASIL. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1907. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/iosCuZ>>. Acesso em: 12 nov. 2017.)

⁴⁵ Portaria Interministerial MS/MPAS N° 5.153/99

Art. 3º Serão estabelecidos protocolos específicos com as universidades e entidades não governamentais; de notória competência, visando a capacitação de recursos humanos nas diferentes modalidades de cuidadores: domiciliar (familiar e não-familiar) e institucional. (BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social e da Saúde. *Portaria Interministerial MS/MPAS N. 5.153/99*. Disponível em: <<https://goo.gl/dv3yLq>>. Acesso em: 12 nov. 2017.)

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/H5ffUi>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

⁴⁷ BRASIL. Decreto n. 1.948, de 3 de julho de 1996. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/rTufp2>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social e da Saúde. *Portaria Interministerial MS/MPAS N. 5.153/99*. Disponível em: <<https://goo.gl/dv3yLq>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁴⁹ BRASIL. Decreto n. 4.227, de 13 de maio de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/YGYjeQ>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

cuja competência, dentre outras, é supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso, está vinculado ao Ministério da Justiça.

O Código Civil atual entra em vigor em janeiro de 2003 e, o registro que se impõe, este compêndio legal não conferiu ao idoso tratamento específico algum. Ao longo do seu texto o que se encontra pertinente ao idoso são apenas disposições restritivas de direitos, tais como a que consta do art. 1.641, II⁵⁰, que obriga o regime da separação de bens ao nubente maior de setenta anos de idade. É sabido, inclusive, que há um robusto debate doutrinário e jurisprudencial⁵¹ quanto à constitucionalidade do referido art., justamente, por dispensar tratamento desigual e limitador de direito.

Finalmente, em janeiro de 2004 entra em vigor a Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003: o Estatuto do Idoso adentra na legislação brasileira como um microsistema jurídico que trata integralmente a questão do idoso, não apenas no âmbito do direito material, mas também do processual. É nessa lei que o idoso tem consolidado no ordenamento jurídico nacional regras de direito público, privado, previdenciário, penal, enfim, tudo que diz respeito juridicamente a seus direitos e garantias de cidadania.

Outras leis esparsas, e até específicas ao idoso, seguiram sendo editadas a partir de então, tais como o Decreto 5.109⁵², de 2004, que dispõe sobre a organização, competência e funcionamento do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI, e

⁵⁰ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
(...)

II - da pessoa maior de sessenta anos;

A Lei n. 12.344, de 2010, alterou a idade de sessenta para setenta anos, ou seja, de 2003 até 2010 vigor a restrição de acordo com a redação original do código. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

⁵¹ CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das Famílias. 3. ed. rev. atual. e ampl. Lavras: UNILAVRAS, 2014. p. 232 e 233, a respeito do debate sobre a imposição do regime de separação obrigatória: “A obrigatoriedade do regime de separação de bens é muito criticada na doutrina sob o argumento de que viola os princípios constitucionais da autonomia da vontade da igualdade jurídica e do Estatuto do Idoso, pois as pessoas acima de sessenta anos de idade na redação original, atualmente setenta anos são plenamente capazes de exercer os atos da vida civil possuindo maturidade suficiente para escolher o regime e evitar que o casamento se dê por interesse econômico, como pretende a lei proteger, não existindo razão científica para imposição da restrição. (...) O mestre Rodrigo da Cunha Pereira ressalva que, além de atentar contra a liberdade individual e ferir a autonomia e dignidade dos sujeitos, o limite da idade para escolha do regime de bens importa em preconceito com as pessoas com mais de sessenta e agora setenta anos, ao considera-los incapazes de despertar o amor e o desejo em alguém mais jovem, o que leva a construir histórias de exclusão e de expropriação de cidadania. (...) A jurisprudência em decisões isoladas, reconhecem a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, quando impunha o regime de separação de bens aos maiores de sessenta anos. A posição predominante, todavia, reconhece válida a obrigatoriedade do regime e a constitucionalidade da imposição de idade limite para livre escolha do regime de bens no casamento”.

⁵² BRASIL. Decreto n. 5.109, de 17 de junho de 2004. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/kdQwhB>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

o Decreto 6.800⁵³, de 2009, que também confere nova redação ao art. 2º do Decreto 1.948, ou seja, trata de regulamentar a Política Nacional do Idoso.

Afora outras leis específicas que dispuseram sobre alterações no Estatuto⁵⁴, merece especial registro a Lei n. 12.008⁵⁵, de 2009, que alterou os artigos 211-A, 1.211-B e 1.211-C do então vigente Código de Processo Civil e dispôs sobre a tramitação preferencial nos procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Por certo que a identificação da velhice como um fenômeno social que merece especial atenção, no âmbito nacional, é recente, e aí está a razão da omissão legislativa havida até 1988. O olhar jurídico à urgência da questão do idoso e dos direitos dos cidadãos quando envelhecem, como destaca Fernandes ⁵⁶, “é consequência de três fatores primordiais: as transformações sociais, a expansão demográfica e a consideração de que a saúde dos indivíduos é afetada no curso dos anos”.

As perdas e limitações físicas, mentais e psicológicas trazidas pela velhice colocam o idoso na condição de vulnerável. Daí decorre a necessidade de uma proteção especial pelo decurso da idade. Porém, essa vulnerabilidade pode ser ainda restritiva quando ao avanço etário é acrescida, em razão deste ou não, uma ou mais patologias que agravam todas as já existentes limitações da pessoa, ou ainda o próprio avanço da idade potencializa as já referidas limitações da idade. É essa equação que coloca o idoso como hipervulnerável⁵⁷.

⁵³ BRASIL. Decreto n. 6.800, de 18 de março de 2009. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/w4vsRM>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁵⁴ Dentre as leis que alteraram o Estatuto do Idoso, destacam-se: Lei N.º. 11.765/08, que acrescenta o parágrafo único ao art. 3º e dá prioridade ao idoso no recebimento da restituição do Imposto de Renda; Lei N.º. 11.737/08, que altera do art. 13 e dispõe sobre transações relativas a alimentos; Lei N.º. 12.418/11, que o inciso I do *caput* do art. 38 para reservar ao idoso pelo menos 3% das unidades residenciais em programas habitacionais públicos subsidiados com recursos públicos; Lei N.º. 12.419/11, que altera o art. 38, para garantir ao idoso prioridade na aquisição de unidades residenciais térreas, nos programas nele mencionados; e a Lei N.º 12.461, que altera o art. 19 para estabelecer notificação compulsória dos atos de violência doméstica praticados contra o idoso atendido em serviço de saúde.

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 12.008, de 29 de julho de 2009. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/pA2hoy>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁵⁶ FERNANDES, Flávio da Silva. *As pessoas idosas na legislação brasileira direito e gerontologia*. São Paulo: LTr, 1997. p. 17.

⁵⁷ A hipervulnerabilidade segundo MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 201: “A

Sensível a isso, destaca-se a inserção mais recente no ordenamento legal brasileiro da Lei 13.466, de 2017⁵⁸, que trouxe prioridades especiais aos idosos com mais de 80 anos de idade no geral e especialmente para atendimento de saúde e tramitação de processos⁵⁹. Vê-se, assim, que há um continuado tratamento a questão do idoso na esfera legislativa. Até porque a condição de hipervulnerável do idoso já fora reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em inúmeros julgados pertinentes à relação de consumo por considerar cumulação de “fraquezas”⁶⁰.

Não se pode ignorar, também, que a realidade pátria soma aos fatores que implicam reconhecimento a condição de vulnerável ao idoso, antes elencados, a escassez de recursos financeiros. No Brasil, em estudo realizado pela Secretaria de

hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim, o caso da comida para bebês ou a publicidade para crianças) ou idade alentada (assim, os cuidados especiais com os idosos, tanto no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso e a publicidade de crédito para idosos) ou a sua situação de doente (assim o caso do Glúten e sobre informações na bula de remédio).”

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 13.466, de 12 de julho de 2017. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/uk1jcR>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁵⁹ Art. 2º O art. 3º da Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 1º:

“Art. 3º

§ 2º Dentre os idosos, é assegurada prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos.” (NR)

Art. 3º O art. 15 da Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

“Art. 15.

§ 7º Em todo atendimento de saúde, os maiores de oitenta anos terão preferência especial sobre os demais idosos, exceto em caso de emergência.” (NR)

Art. 4º O art. 71 da Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte § 5º:

“Art. 7

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos.” (NR) (BRASIL. Lei n. 13.466, de 12 de julho de 2017. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/uk1jcR>>. Acesso em: 19 jul. 2017.)

⁶⁰ Para citar trecho de um julgado, REsp. 586.316/MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin: “O Código de Defesa do Consumidor, é desnecessário explicar, protege todos os consumidores, mas não é insensível à realidade da vida e do mercado, vale dizer, não desconhece que há consumidores e consumidores, que existem aqueles que, no vocabulário da disciplina, são denominados hipervulneráveis, como as crianças, os idosos, os portadores de deficiência, os analfabetos e, como não poderia deixar de ser, aqueles que, por razão genética ou não, apresentam enfermidades que possam ser manifestadas ou agravadas pelo consumo de produtos ou serviços livremente comercializados e inofensivos à maioria das pessoas.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 17 abr. 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/xAjuUc>>. Acesso em: 17 dez. 2017.)

Direitos Humanos no ano de 2012, foi divulgado que a renda média dos idosos responsáveis por domicílios era um pouco acima do salário mínimo então vigente⁶¹.

No entanto, analisado o contexto normativo que hoje trata a questão do idoso, pode-se concluir que houve uma resposta legislativa a partir de 1988. Pode-se até considerar isso um positivo avanço, se ponderado todo cenário de contraste social e econômico do país e a ínfima participação do Estado em alcançar aos seus cidadãos a assistência social que lhe compete.

Certo é que a inspiração das muitas leis protetivas que surgiram desde então para idoso, e mesmo para os demais vulneráveis, está na Constituição Federal. Ao adotar a dignidade da pessoa humana como princípio condutor, inclusive dos demais, como da solidariedade, da liberdade e da igualdade sem deixar de lado qualquer outro, impôs a todo ordenamento pátrio uma nova sistemática jurídica.

2.2 A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DOS IDOSOS A PARTIR DESTE CONTEXTO NORMATIVO

Há uma infeliz tradição humana de marginalizar aquele que, por alguma condição particular, nata ou não, tem sua capacidade física, mental ou emocional comprometida, seja de forma integral ou parcial. Daí porque o deficiente físico ou mental, o menor, o adolescente, o idoso, ou todo aquele que apresente, mesmo que de forma transitória, alguma especial necessidade no exercício de suas habilidades, precisa de especial proteção.

Os direitos dos idosos, como dos demais vulneráveis, devem servir como uma compensação às suas limitações e necessidades especiais para no mínimo abrandar a condição de desigualdade. Dar desigual tratamento ao desigual: é esse o significado

⁶¹ Em dados sobre o envelhecimento no Brasil divulgado pela Secretaria de Direitos Humanos vinculada ao Ministério de Direitos humanos: “A renda média dos idosos responsáveis pelos domicílios subiu de R\$403,00 para R\$ 657,00, entre os Censos de 1991 e 2000, o que representa um aumento de 63%. A principal fonte de renda é a aposentadoria, em ambos os sexos.” (BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Pessoa Idosa: dados estatísticos*. Disponível em: <<https://goo.gl/weFB4s>>. Acesso em: 18 dez. 2017.)

de isonomia que hoje o direito reconhece. A diferença é assim abrandada, a diversidade é assim respeitada e a discriminação é assim rechaçada.

A igualdade está revista e ao certo a valorização do homem, da sua dignidade e dos seus direitos responde por esta nova perspectiva. No entanto, a efetivação do direito privado, agora afeta a essa realidade social, necessita mais do que nunca do suporte impositivo do direito público. O Estado somente fará realizar a ordem Constitucional de acordo com seus princípios vetores com o abrandamento da ideia de mínima intervenção nas relações do direito privado⁶².

Ousa-se dizer que é em face dos desiguais que esse cinturão principiológico da dignidade, da solidariedade, da igualdade e da liberdade passam a ditar o ordenamento jurídico⁶³ brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

A incursão, portanto, aos princípios constitucionais como condutores dos direitos do idoso é o primeiro passo para interpretar todo o regramento jurídico que atende ao ancião e para contribuir com a efetivação de suas disposições⁶⁴. Isso porque é ao intérprete que caberá a aplicação dos textos legais e não apenas os

⁶² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191: “Combinando esta visão do presente, do estado atual da sociedade brasileira no início do século XXI, com a reconstrução que parece estar acontecendo neste aqui denominado “novo” direito privado brasileiro pela atuação dos direitos humanos (o *Leitmotiv* destacado por Jayme em 1995), chegamos à conclusão de que o direito privado atual, pós-moderno ou contemporâneo, somente pode ser o que é por atuação do direito público no assegurar um Estado de Direito e pela iluminadora “Força” da Constituição Federal de 1988, e assim, revisita os ideais do direito moderno público e privado: de uma *nova igualdade*, de uma *nova liberdade* e de uma *nova fraternidade*.”

⁶³ Ordenamento Jurídico como o conjunto de normas jurídicas e compreendendo o direito como uma característica deste, segundo: BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro. 2016. p. 34: “No primeiro curso, estudamos a *norma jurídica*, isoladamente considerada; neste novo curso, estudaremos aquele conjunto, ou complexo, ou sistema de normas que constituem o *ordenamento jurídico*.

A exigência de uma nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um contexto, de normas que guardam relações particulares entre si (essas relações serão, em grande parte, objeto desta abordagem).”

Adiante, p. 44, Bobbio encerra: “Concluindo, essa posição predominante que se dá ao ordenamento jurídico conduz a uma inversão da perspectiva no tratamento de alguns problemas da teoria geral do direito. Essa inversão pode ser sinteticamente assim expressa: enquanto pela teoria tradicional, um ordenamento se compõe de normas jurídicas, na nova perspectiva as normas jurídicas são aquelas que venham a fazer parte de um ordenamento jurídico. Em outros termos, não existem normas jurídicas porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não jurídicos. O termo “direito”, na mais comum acepção de direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma”.

⁶⁴ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6: “Princípios são normas de amplo alcance, que podem ou não estar inseridas expressamente em textos legais, e pela relevância da matéria a que se referem vinculam o intérprete do direito impondo estrita obediência aos seus preceitos. O princípio traz consigo regras fundamentais que servem de embasamento a todo o ordenamento jurídico.”

expostos na Constituição Federal, mas se considerado que é nesta onde estão os valores e fins vetores da sociedade, a realização do direito se dá a partir da interpretação⁶⁵.

A Constituição Federal tem o Título II que divide os direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Os direitos dos idosos fazem parte dos chamados “direitos fundamentais de terceira dimensão⁶⁶ ou geração⁶⁷”,

⁶⁵ Nesse sentido, importante a compreensão prévia de que “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”, conforme: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 50. E, ainda segundo Ávila, p. 51-52: “Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui “o” significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado – sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso.

Essas considerações levam ao entendimento de que a atividade do intérprete – quer julgador, quer cientista – não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos. Sua atividade consiste em constituir esses significados. Em razão disso, também não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”.

⁶⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. P. 958: À doutrina, dentre vários critérios, costuma classificar os direitos fundamentais em gerações de direitos, lembrando a preferência da doutrina mais atual sobre a expressão “dimensões” dos direitos fundamentais no sentido de que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, a expressão se mostraria a mais adequada nesse sentido de proibição de evolução reacionária”.

⁶⁷ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha. *Sociologia do Direito: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 78: “Para melhor compreender as transformações sociais, a condição de sujeito de direito e cidadão, é preciso considerar o que Bobbio denomina de uma evolução histórica e sucessiva dos direitos e que teria passado pelas seguintes fases:

1ª. Geração: os direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses direitos possuem um significado filosófico-histórico de inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação Estado e cidadãos: passou-se da prioridade de dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

2ª. Geração: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os direitos políticos sociais que requerem uma intervenção direta do Estado.

3ª. Geração: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos, que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica.

4ª. Geração: os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia.

5ª. Geração: os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet.

possuindo como sujeitos ativos uma titularidade difusa ou coletiva, uma vez que não visualizam o homem como um ser singular, mas toda a coletividade ou o grupo.

Bonavides⁶⁸ se manifesta a respeito dos direitos de terceira geração:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

A constatação da necessidade da concretude dos direitos do homem e de sua universalização é um fenômeno social, político e jurídico que respondeu pela nova concepção dos direitos de liberdade, de igualdade e fraternidade, especialmente a partir da Declaração de 1948. Ela atuou como o fechamento, como o ápice do crescente escalonamento dos direitos de primeira e segunda gerações⁶⁹.

As contínuas alterações sociais exigem uma resposta do Direito, eis que é uma ciência jurídica e social, e por isso que a sociologia do direito exerce um papel de reconhecimento de um fenômeno social e da necessidade e intensidade de aplicação das normas jurídicas a ele⁷⁰.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 583.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 587: “Os direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações abriram caminho ao advento da nova concepção de universalidade dos direitos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos de liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais”.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 87: “Parto da distinção, introduzida por Renato Treves, entre as duas tarefas essenciais da sociologia do direito: a de investigar qual a função do direito (e, portanto, também dos direitos do homem em toda a gama de suas especificações) na mudança social, tarefa que pode ser sintetizada na fórmula “o direito da sociedade”; e na de analisar a maior ou menor aplicação das normas jurídicas numa determinada sociedade, incluindo a maior ou menor aplicação das normas dos Estados particulares, ou do sistema internacional em seu conjunto, relativas aos direitos do homem, tarefa que se resume a fórmula “a sociedade dos direitos”. Ambas as tarefas têm uma particular e altíssima aplicação precisamente naquela esfera de todo ordenamento jurídico que compreende o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem”.

É, assim, através do processo legislativo, não apenas no momento da concepção do texto constitucional, mas também no que ele dispõe acerca de sua rigidez, de sua imutabilidade, de sua inafastabilidade, que a proteção aos direitos sociais, aos direitos do homem, é firmada⁷¹.

A Carta Magna de 1988, nesse sentido, é irretocável e de fato trouxe ao Direito Constitucional brasileiro a transformação que o Direito Constitucional ocidental sofreu a partir da Segunda Guerra Mundial. Foi esse lamentável evento histórico que alertou para necessidade de maior proteção à pessoa humana, de limitações ao poder do Estado e de imposição a todos do dever de preservação dos direitos humanos e a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, ou seja, pós-segunda guerra mundial, é fruto desta percepção mundial⁷². Mas como adverte Bobbio⁷³,

a Declaração Universal contém em germe a síntese de um novo dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Em sintonia com a nova Constituição, todo ordenamento jurídico brasileiro precisava dar ampla proteção aos vulneráveis. Assim, a partir de 1988, a nossa legislação produziu alguns microssistemas jurídicos que, dialogando⁷⁴ entre si e sob

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 592: “O Coração das Constituições estáveis se localiza como órgão de continuidade nas disposições do processo legislativo de reforma constitucional. A parte intangível do ordenamento que se furta à intervenção reformista é também de capital importância. Guardamos a esse respeito uma tradição de rigidez presente a cada texto constitucional do período republicano.

Mas uma novidade da maior importância trouxe, de último, a nova Constituição: os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los”.

⁷² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 592-593: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.”

⁷³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 50.

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66. p. 27: “Em outras palavras, diálogo das fontes é uma expressão simbólica, simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-descodificação, uma grande complexidade no antes simples fato – ou ato – de o aplicador da lei “escolher” entre as fontes (em aparente conflito) a lei ou

a condução da nova ordem constitucional, disciplinam (em necessária ficção jurídica – art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷⁵ e o art. 8º do Código de Processo Civil⁷⁶) todas as situações sociais e amparam essa gama da sociedade.

Foi de acordo com essa lógica social e nova ordem constitucional que o Brasil produziu o Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁷, o Código de Defesa e Proteção do Consumidor⁷⁸ e o Estatuto do Idoso⁷⁹. A entrada em vigor do Código Civil⁸⁰ há também de ser destacada, bem como a proteção especial de mulheres e crianças e adolescentes que veio com a Lei Maria da Penha⁸¹ e a Lei da Alienação Parental⁸².

Essas leis reforçaram a proteção constitucional a esses grupos de vulneráveis (criança, adolescente, idoso e mulher) para além de um diálogo de fontes legislativas, mas no sentido efetivo da construção de um “novo direito privado” ou um “direito privado solidário”, como bem destacam Marques e Miragem:

Esta bela expressão da nova doutrina alemã procura simbolizar o processo contemporâneo de mudança e de surpreendente ressystematização (ou reconstrução) do direito privado pelo conjunto de valores e ideias da Modernidade (liberdade, igualdade e fraternidade), agora sob uma nova roupagem. No meio do caminho entre o interesse centrado em si (*egoismus*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*). Seria um novo direito privado com função social, um direito privado solidário.

leis a serem aplicadas no caso concreto. No direito internacional, onde foi criada, simboliza a passagem do conflito de leis à coordenação de leis ou de ordens jurídicas”.

⁷⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/XtVcXP>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

⁷⁶ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Planalto*. Disponível em: <<https://bit.ly/1Vojl3i>>. Acesso em: 02.dez.2017.)

⁷⁷ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/tyraXv>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁷⁸ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/Lytkbc>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁸⁰ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁸¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 7 de agosto de 2006. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/AAzDF3>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

⁸² BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/fhQ3zw>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

Tudo isso, além de demais leis pertinentes à questão do idoso já indicadas, veio atender a um contexto axiológico e social que se impõe seja relevado pelo intérprete do texto legal no momento de sua aplicação⁸³. A razão fática e social da norma há de ser identificada e considerada pelo aplicador, já que ela é aberta e por isso permite que sua interpretação, no caso concreto, seja feita pelo julgador para atender à sua finalidade social e ao bem comum da época⁸⁴.

Em suma, a norma tem que absorver o momento e o contexto social no qual está sendo invocada, porque somente assim vai estar apta a atender às necessidades sociais havidas no momento de sua aplicação⁸⁵ na solução dos conflitos no caso concreto.

Pode-se extrair do voto do Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, proferido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 54⁸⁶, que garantiu a interrupção terapêutica da gestação de feto anencéfalo, o trecho onde houve por exemplo a ponderação dos princípios constitucionais da dignidade da

⁸³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 54-55: “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.

⁸⁴ ARAÚJO, Alyne Menezes Brindeiro de. Dignidade da Pessoa Humana e Proteção Efetiva dos Direitos na Constituição Federal. In: OLIVEIRA, José Carlos de (org.). *Estudos de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010. p. 158: “O moderno Direito Constitucional foi construído para abarcar diversas hipóteses concretas, em razão das mudanças sociais e políticas em cada sociedade, sendo composto de diversos princípios genéricos. Nesse sentido, Flávia Piovesan e Renato Stanzola, na mencionada obra, buscam os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy para demonstrar como deve ser feita a interpretação do direito. Aquele, ensinando que as normas compreendem tanto as regras que se auto excluem diante a aplicação no caso concreto, como os princípios, que coexistem. Este, enfatizando que um conflito de regras deve ser resolvido pela “regra de exclusão”, enquanto um conflito de princípios é facilmente resolvido pelo critério da ponderação ao caso concreto”.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171: “pode se dizer que não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, um propósito ou um motivo prático, que consistem em produzir, na realidade social, determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos, etc.”.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Voto. Disponível em: <<https://goo.gl/ygogCn>>. Acesso em: 23 out. 2017.

pessoa humana e da proteção da criança e do adolescente, na análise do fato, da causa de pedir, nos seguintes termos:

Do mesmo modo, revela-se inaplicável a Constituição Federal no que determina a proteção à criança e ao adolescente, devendo a eles ser viabilizado 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, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ora, é inimaginável falar-se desses objetivos no caso de feto anencéfalo, presente a impossibilidade de, ocorrendo o parto, vir-se a cogitar de criança e, posteriormente, de adolescente.

E ainda, adiante, a ponderação é feita entre o princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

A solidariedade não pode, assim, ser utilizada para fundamentar a manutenção compulsória da gravidez de feto anencéfalo, seja porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, seja porque os órgãos dos anencéfalos não são passíveis de doação.

A Constituição Federal de 1988 ditou a nova ordem jurídica brasileira. A partir daí, passou-se a viver em um Estado cujos fundamentos são a dignidade, a liberdade, a igualdade e solidariedade. Para a efetivação desse Estado imperiosa foi a reformulação de toda concepção que até então se tinha de direitos, em especial dos vulneráveis, e particularmente dos idosos.

A dignidade da pessoa humana, como já referido, é o princípio maior, o condutor, a veia aorta do sistema. É dela que partem todos os demais princípios. A compreensão exata de dignidade para fins de conceituação é tarefa que desafia a doutrina, pois a palavra parece conter em si a noção de algo tão intrínseco, tão inerente ao ser humano que não cabe dentro de um só dizer.

Sarlet⁸⁷, com notória mestria, sob uma perspectiva ontológica e instrumental, aporta o seguinte conceito jurídico de dignidade da pessoa humana:

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com demais elementos humanos.

A dignidade da pessoa humana é, como diz Piovesan⁸⁸, o “superprincípio constitucional”, justamente por carregar um valor do direito, não de forma estanque e nem retida em um único conceito, mas sim formado por outros tantos valores e conceitos que são sensíveis e que atendem à própria condição do homem como ser humano, de acordo com sua natureza.

É por essa razão que ao Estado cabe afirmar e efetivar todos os valores que se agregam a esse princípio, e é também por isso que ele tem que se afirmar nas relações pessoais restritas ao direito privado, uma vez que dita o sistema jurídico a que Bobbio⁸⁹ assim conceituou:

O terceiro significado de sistema jurídico é, sem dúvida, o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. “Sistema” aqui equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 355-398. p. 389.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 84.

Não há como ignorar a construção empregada pela filosofia e pela política para conceituar a dignidade da pessoa humana a partir do pensamento de Kant ao reassentar a moralidade através do denominado “imperativo categórico” que aponta três axiomas:

age de maneira universal para que sua conduta seja ética em todo tempo e lugar, com a vontade fundada em lei universal da natureza; age de forma com que o fim de sua conduta trate com humanidade o outro e nunca que seja um meio de tratamento; e age como se tua ação estivesse servindo a uma lei universal para todos os homens, para todos seres humanos⁹⁰.

A Liberdade, valor sensível às interferências de seu tempo, é relevante na medida em que atua como fator de compatibilização dos princípios constitucionais às normas pertinentes ao idoso. O princípio da liberdade, especialmente no âmbito privado, assume uma nova perspectiva cuja abordagem no presente estudo será feita ao tratar do abandono afetivo⁹¹.

Retomando. Essa enraizada ideia liberdade, político ideológica, assentada no “acima de tudo e de todos” como um princípio que rejeita qualquer tipo de privilégio, deve ser superada, porque ela incorre no erro de negar ao diferente uma necessária proteção especial para que efetivamente a exerça na mesma medida daquele “igual”. Quer dizer, a liberdade como ideal do justo, no sentido referido, passa a ser revista, pois, o reconhecimento de que nem todos são genuinamente e naturalmente iguais é

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-149. p. 115.

⁹¹ Honneth em sua obra intitulada *O Direito da Liberdade*, páginas 34 e 35 diz que “Entre todos os valores éticos que intentam vingar na sociedade moderna e, ao vingar, tornam-se hegemônicos, apenas um deles mostra-se apto a caracterizar o ordenamento institucional da sociedade de modo efetivamente duradouro: a liberdade no sentido da autonomia do indivíduo.(...) Enquanto todos os demais valores da modernidade relacionam-se ou ao horizonte de orientação do indivíduo, ou ao contexto normativo da sociedade como um todo, a ideia da liberdade individual suscita uma ligação entre as duas grandezas de referência: sua representação do que é bom para o indivíduo contém ao mesmo tempo indicações para a instituição de um ordenamento social legítimo. Com as ideias que apenas gradativamente se impõem, uma vez que o valor do sujeito humano reside em sua capacidade de autodeterminação individual em sua soma, ou pode adequadamente realizar essa autodeterminação em seus pressupostos.” Adiante, em sua obra, o autor ao tratar das relações pessoais (família) aprofunda acerca das obrigações normativas entre os membros da família na concepção do seu estudo sobre o direito da liberdade (p. 302/305 da obra).

necessário para que recebam todos um tratamento de acordo com suas diferenças e assim sejam livres⁹².

Nesse contexto, portanto, a igualdade deve ser compreendida a partir da identificação e aceitação da desigualdade e não mais através da premissa individualista e imaginária de que todos (indivíduos) são iguais e devem ser tratados de igual forma. Há de se reconhecer o diferente e atender às suas diferenças para então dar a todos um tratamento desigual na medida de sua desigualdade. Essa é a realização da igualdade na pós-modernidade⁹³.

Considerada essa concepção atual de igualdade, passa-se à compreensão da necessidade da releitura do direito privado, que antes trazia consigo a *liberdade* como princípio vetor, responsável, inclusive, pela própria formação da sociedade, das instituições jurídicas e do Estado. Ocorre que a afirmação do homem como um ser livre acima de tudo, até mesmo como marcha de arranque ao próprio poder Estatal, a quem caberia consagrar esta ideia através das leis, impõe, no mínimo de forma conjunta, o reconhecimento das diferenças, assim, novamente no dizer de Marques e Miragem⁹⁴: se permitirá a desigualdade formal para atingir a igualdade material.

⁹² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro, em Autonomia no Direito. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 20-21: "O paradigma individualista e voluntarista que emerge do direito privado moderno rejeitando a identificação de vulnerabilidade (vulnus, vulnerare: aquele que pode ser ferido), fraqueza de indivíduos e grupos, ainda que em muitas situações não se tenha hesitado em conferir mesma eficácia de incapacidade em razão do sexo (assim o status jurídico da mulher e depois da mulher casada submetida ao chefe de família), ou a identificação de um não sujeito nas hipóteses de escravidão de humanos, como no Brasil se estabeleceu em razão do critério de raça. Como escrevemos, o direito privado brasileiro de hoje não pode rescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, fraqueza ou vulnerabilidade que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição Federal de 1988.

⁹³ Ainda no dizer de Marques e Miragem, p. 24-25: "A novidade aqui é colocar o fator fundante igualdade como o primeiro fator, o que merece breve explicação. Mister inicialmente frisar que a era contemporânea ou pós-moderna é a era da diferença. Erik Jayme afirma que o direito pós-moderno caracteriza-se por valorar o diferente e a diferença (Unterschied), por pretender realizar o direito a ser diferente (*droit à la difference*) e manter-se diferente, igual mesmo na diferença (ser criança e incapaz e ser reconhecido como um pleno sujeito igual em direitos e qualificações, ser idoso e plenamente capaz e ser reconhecido como mais fraco a privilegiar de forma especial, ser homossexual e realizar opções sexuais diferentes e ser reconhecido como igual direitos patrimoniais de outras opções sexuais; ser companheiro não casado em união estável e ser reconhecido como protegível pelo Estado, ser consumidor e plenamente capaz e ser reconhecido como vulnerável e leigo a proteger de forma especial etc.).

⁹⁴ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Autonomia no Direito. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 24

Abandona-se, assim o modelo liberal e individualista de que todos são iguais perante a lei que regia o direito moderno, negando as diferenças, as fraquezas que ao máximo se limitam ao reconhecimento em razão do sexo (feminino e masculino), para um novo padrão onde as diferenças são identificadas e respeitadas e são também alcançadas por direitos específicos que proporcionam o *status* de igualdade⁹⁵.

A igualdade considera a dupla feição de identificação de uns aos outros como seres humanos com diferenças entre si reconhecidas no presente e, também, nas gerações passadas e nas futuras, pois o ser humano é plural: igual e diferente⁹⁶.

Até aqui se tratou da composição normativa a partir da dignidade da pessoa humana como princípio maior, base de todo o ordenamento, célula mãe de carga valorativa subjetiva, carregada de múltiplos conceitos e formadora de um sistema de valores que afeta e alimenta todos os demais princípios. A pessoa digna é livre e igual.

A solidariedade, contudo, enquanto objetivo fundamental constitucional da República⁹⁷, merece maiores considerações, especialmente neste tema, pois, em se tratando de idoso, não é apenas um princípio da lei maior, é também legal, porque reconhecido no art. 36 do Estatuto⁹⁸ como *solidariedade social*. O referido dispositivo de lei impõe a todo cidadão o dever de observar os direitos do ancião, inclusive de acolhê-lo quando em situação de risco social, de desamparo familiar e carente de condições mínimas de subsistência.

Considera-se aqui que princípios, assim como regras, são espécies de normas jurídicas, logo existem e servem ao gênero com o mesmo escopo, que é harmonizar

⁹⁵ Nesse sentido: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

⁹⁶ ARENT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 219-220: "A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender".

⁹⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

⁹⁸ Art. 36. O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

a vida em sociedade, razão pela qual são impostas à conduta de seus membros⁹⁹, pois ambos possuem a mesma carga coercitiva e se diferem somente quanto à forma, direita ou não, de sua prescrição¹⁰⁰.

Dessa forma, o princípio da solidariedade, na questão do idoso, é ainda mais enfatizado e impositivo, pois é posto, como referido, também na legislação especial (o Estatuto do Idoso). Como um princípio legal e social, portanto, a solidariedade firma a sua especial relevância e necessária efetividade, tanto que essa sua previsão deixa de ser exclusivamente indireta e passa a ser direta, como no art. 36 da Lei n. 10.741 de 2003¹⁰¹.

Daí decorre e se justifica, inclusive, a previsão legal da obrigação social de amparo ao idoso em situação de risco ou abandono que é imposta a todos e, para tanto, acompanhada da faculdade de uso de um benefício tributário, que é dada ao cidadão solidário de colocar o idoso acolhido como seu dependente econômico, isso é, pode-se dizer, uma construção normativa inovadora para que realmente a solidariedade seja praticada, para que o princípio seja efetivo¹⁰².

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 116, ao dizer sobre a importância da norma jurídica como impositivo para o bem viver em sociedade, reportando-se a doutrina de Ravá: “Desses argumentos, Ravá tira a conclusão de que as normas jurídicas não impõem ações boas em si mesmas e portanto categóricas, mas ações que são boas para atingir certos fins, e logo hipotéticas. Qual é o fim a que as normas jurídicas tendem? Pode-se responder, em linhas gerais, que esse fim é a conservação da sociedade, daí a seguinte definição: “O direito é um conjunto de normas que prescrevem a conduta que é necessário ser adotada pelos componentes da sociedade a fim de que a própria sociedade possa existir” (Ravá, 1950, p. 36). Posto esse fim, toda norma jurídica pode ser convertida na seguinte fórmula de imperativo hipotético: “Se você quer viver em sociedade, deve se comportar do modo que é a condição do viver social”.

¹⁰⁰ Nesse sentido e no dizer de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 86: “Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-se. A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: os princípios não determinam diretamente (por isso *prima-facie*) a conduta deve ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação que deverá encontrar o comportamento necessário à promoção do fim; as regras dependem de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação nos casos normais, pois o comportamento já está previsto frontalmente pela norma”.

¹⁰¹ Art. 36. O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁰² FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes, citando Marco Antonio Vilas Boas em Estatuto do Idoso comentado. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 80: “Se os idosos, em situação de risco social, não podem ser abrigados em instituições asilares, tampouco podem ser abandonados à sorte, sem ninguém para colhê-los. Qualquer núcleo familiar que venha a oferecer acolhida a idosos passará a tê-los sob dependência econômica. Esse amparo produzirá efeitos em órbita previdenciária e tributária.”

A solidariedade, portanto, dita a nova Doutrina Social do Direito, tanto como já referido antes, responde pelo paradigma atual do direito privado (o direito privado solidário) e, novamente no dizer de Marques¹⁰³:

Solidariedade é o vínculo recíproco em um grupo (wechselseitige bundenheit); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar a independência de cada um dos seus participantes (Zusammengehörigkeitsgefühl). Solidariedade possui um sentido moral, é a relação de responsabilidade, é a relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio do caminho entre o interesse centrado em si (egoísmo) e o interesse centrado no outro (altruísmo) está a solidariedade, com seu interesse centrado no grupo. A grande metanarrativa do Direito Civil moderno era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno Direito Privado.

A afirmação que a origem do reconhecimento do idoso como integrante da família e da sociedade e carente de especial proteção decorre da nova ordem constitucional. No entanto, antecede essa recepção normativa o fenômeno social desencadeado a partir da Segunda Guerra Mundial, como já referido, que impôs a admissão de proteção especial à pessoa humana e, em particular, àquela reconhecida como vulnerável. A Carta Magna, portanto, atendeu a um movimento ou reclame social, como sói poderia.

O novo contorno que o Direito Constitucional assumiu no Direito Comparado, em razão de necessário enfoque aos direitos fundamentais e de reconhecimento de novos sujeitos de direito, também obteve resposta no direito brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, refletindo no Direito Privado, no Direito Civil.

É o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil que, no dizer de Lorenzetti:

A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da

¹⁰³ MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 188.

comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Civil.

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.

Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma “constitucionalização do Direito Civil”.¹⁰⁴

Quer dizer, não foi a Carta Magna a única responsável por toda a alteração normativa que tratou de abrigar mais a pessoa humana e, em especial, o vulnerável, mas há de se admitir que em especial o texto de 1988 foi o marco de expressão desse processo do Direito Brasileiro. O seu conteúdo de normas de Direito Privado é muito expressivo, pois dispõe sobre os direitos da pessoa em diversos pontos, como igualdade, consumidor, trabalho, intimidade, acesso à informação, etc. Há, portanto, uma carga normativa de Direito Privado diretamente regulada pela Constituição Federal.

Todo esse processo de Constitucionalização do Direito Civil adentrou nos ramos específicos do Direito Privado e no Direito de Família, onde está assentado o presente tema, foi percebido em razão da imperiosa recepção dos princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da solidariedade. A influência da Constituição como fonte legal principal do ordenamento jurídico atua não apenas da disposição específica de normas, mas também de forma indireta, ao mudar toda a essência do Direito e, no caso, do Direito Civil, que passa necessariamente a andar junto, em consonância com o texto constitucional¹⁰⁵.

O surgimento de leis especiais que têm como sujeito de direito o vulnerável, seja este trabalhador, idoso, consumidor, criança ou adolescente, é característico do

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 252-253.

¹⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 253: “Por isso, o Direito Civil Constitucional foi definido como o ‘sistema de normas e princípios normativos institucionais integrados na Constituição, relativos à proteção da própria pessoa e nas suas dimensões fundamentais familiar e patrimonial, na ordem de suas relações jurídicas privadas gerais, e concernentes àquelas outras matérias residualmente consideradas civis, têm por finalidade fixar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, as quais podem servir de marco de referência e vigência, validade e interpretação da normativa aplicável ou de pauta para seu desenvolvimento”.

direito privado atual, justificado pela sobreposição dos princípios constitucionais aqui destacados da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade e da liberdade, e também pelo já referido deslocamento do paradigma do Direito Civil antes repousado na fraternidade¹⁰⁶.

Esse desdobramento legislativo, embora possa parecer, num olhar primeiro e raso, responsável por um enfraquecimento do direito privado, responde, ao contrário disso, por uma evolução legal que veio a fortalecê-lo. O Código Civil deixa de ser onipotente, a “única lei” que regula as relações individuais e patrimoniais, que ordena as condutas jurídico-privadas. E isso faz parte da progressiva abertura e constitucionalização do sistema jurídico do Direito Civil, que deixa de ser regrado por um único código para ser através de um sistema de normas fundamentais¹⁰⁷.

E, como bem concluem Marques e Miragem, essa pluralidade de fontes normativas fez surgir leis que superam a colocação do indivíduo em si para se preocupar a função social do próprio direito privado no “jogo das solidariedades”¹⁰⁸.

A composição atual do direito privado, dentro deste contexto, não comporta o reconhecimento do Código Civil como fonte normativa única ou mesmo suprema quando se trata especialmente de direitos que se atribuem aos vulneráveis como o idoso. Isto, justamente, em razão da introdução das tantas já referidas leis especiais que se prestaram ao abrigo de direitos e garantias aos anciões, dentre as quais

¹⁰⁶ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. Autonomia no Direito. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016. p. 25: “O pluralismo é o resultado desta visão das diferenças, uma espécie de racionalidade aberta ou transversal. Daí por que considerarmos como novo paradigma, o paradigma da diferença no direito privado.”

¹⁰⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 45: “O Código divide sua vida em outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu a centralidade, porque não se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.

A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora sem suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles”.

¹⁰⁸ Obra acima onde na p. 23 os autores se reportam a expressão de Alvíno Lima, “jogo das solidariedades sociais”, que confere direitos com o escopo supremo de primar pela ordem e utilidade social e deixa de lado a concepção individualista dos direitos, conforme nota 40 da página 24.

sempre se destacam a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso¹⁰⁹ e o Estatuto do Idoso¹¹⁰.

As especificidades para o atendimento das necessidades da pessoa idosa, sobretudo para manter ou alcançar dignidade, num olhar particular ao indivíduo, foram consideradas de forma minuciosa pelo legislador ao editar o Estatuto. O atendimento prioritário, o direito à saúde, à educação, à cultura e ao esporte, à profissionalização e ao trabalho, à habitação preferencialmente no seio familiar, às políticas de convivência familiar, à acessibilidade, tudo isso foi disposto no conjunto de normas protetivas da pessoa idosa. E, ainda, a disposição legal foi feita com elogiável respeito à preservação da capacidade e da autonomia do idoso, em ambas as leis referidas.

Ao lado destas leis, outras tantas aqui já referidas também, em esforço às vezes completo, preocuparam-se com a dignidade da pessoa humana e, por consequência, com a dignidade dos idosos. O Código Civil¹¹¹, no entanto, como criticado no capítulo anterior, não compartilhou desse esforço, eis que foi extremamente omissivo no trato específico e necessário ao idoso.

Pouco se destaca, no que tange aos direitos dos anciãos estabelecidos no Código Civil, assim, dá-se atenção aos dispositivos de natureza alimentar, do art. 1.694 ao 1.699¹¹². A leitura atenta desses artigos faz concluir que a orientação ali

¹⁰⁹ BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/H5ffUi>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

¹¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

¹¹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 7 de agosto de 2006. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/AAzDF3>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

¹¹² Art. 1694 - Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º - Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º - Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1695 - São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1696 - O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1697 - Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1698 - Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

posta mantém a mesma lógica jurídica da Lei n. 8.648, de 1993, que incluiu o parágrafo único ao art. 399¹¹³ do Código Civil de 1916. Assim, responsabilizou os filhos maiores e capazes pelo dever de prestar alimentos aos pais que, na velhice, carentes ou enfermos, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole. E, por fim, repisou a garantia de que os alimentos são irrenunciáveis e devem ser prestados até o final das vidas dos pais.

No que concerne aos alimentos, vê-se que a legislação, até a edição do Estatuto do Idoso, de forma expressa ou implícita, estabelecia uma obrigação conjunta divisível entre os filhos maiores.

De forma sensivelmente diversa, o Estatuto do Idoso, por sua vez, em seu art. 12¹¹⁴, estabelece que "a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores".

O aparente conflito de leis entre a natureza conjunta da obrigação de alimentos, deduzida das disposições do Código Civil de 2002, e a solidariedade expressa no Estatuto do Idoso foi objeto de manifestação pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 775.565/SP¹¹⁵, o qual, de forma unânime, reconheceu a

Art. 1699 - Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo." (BRASIL. Lei n. 10.406, de 7 de agosto de 2006. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/AAzDF3>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹¹³ Art. 399

Parágrafo único. No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas." (BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/FSgiWA>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹¹⁴ Art. 12 A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹¹⁵ A fundamentação da decisão nos seguintes termos: "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." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 775.565/SP. Recorrente: Roberto Wagner de Souza. Recorridos: Francisco de Souza Filho

solidariedade, estabelecida em lei especial, e afastou eventual litisconsórcio entre os filhos.

A fundamentação no emblemático julgamento é no sentido de que lei especial que é o Estatuto do Idoso efetivamente "disciplinou de forma contrária à Lei Civil de 1916 e 2002, adotando como política pública (art. 3º¹¹⁶), a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade a efetivação do direito à alimentação".

Ponderou que, para tanto, o Estatuto mudou a natureza da obrigação alimentícia de conjunta para solidária, com o intuito de proporcionar celeridade ao processo, sem que discussões a respeito do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso, acabassem por produzir resultado inverso ao pretendido: o atendimento das necessidades do idoso. A decisão acompanha a proteção principiológica e tem em seu fundamento além do argumento da especialidade da lei aplicada, o destaque de que esta, até por questão processual, é mais efetiva e benéfica ao vulnerável.

e Outro. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 jun. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/bP25Gi>>. Acesso em: 04 jun. 2017.)

¹¹⁶ Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

3 ABANDONO AFETIVO

3.1 O AFETO COMO FATOR DE SENTIMENTO E COMO DEVER DE CUIDADO

Entre as relações pessoais, a família é a que maior expressão tem, pois é a ela que se atribui a base da sociedade, embora ao lado das relações de amizade e das íntimas¹¹⁷, o que não se altera com o passar o tempo, mesmo frente aos movimentos sociais que respondem por suas transformações, que se limitam à forma de constituição e ao padrão, mas nunca à alteração de sua natureza.

Independentemente do seu formato, a família contemporânea é eudemonista, isto é, fundada no afeto e, por isso, confere maior relevância ao bem-estar de seus membros do que o núcleo que contempla. E essa classificação é que responde pelo reconhecimento do princípio da afetividade hoje identificado no Direito de Família, mesmo que não reconhecido ou aceito por muitos estudiosos do ramo.

O afeto que une e forma a unidade familiar ou vínculo de parentesco¹¹⁸ não é o mesmo que responde pela obrigação de assistência imaterial (moral) imposta entre os familiares. Essa distinção é de absoluta importância para que seja afastada a ideia de que o afeto aqui tratado é aquele despertado no indivíduo através de um sentimento (por vezes através de uma atração sexual ou não). Este afeto nasce e forma uma família, enquanto que o afeto objeto de abandono é aquele que decorre da relação já existente de parentesco.

Mesmo considerada tal diferença, é sabido que há a hipótese de o afeto responder pela origem de uma relação familiar e também decorrência desta, como é o caso da filiação socioafetiva ou mesmo de modelos e conceitos de família que hoje são reconhecidos juridicamente, formadas sem nenhum vínculo de parentesco, sanguíneo ou legal.

Nem sempre foi assim, pois o afeto sempre foi, sem dúvida ou controvérsia entre os juristas, um fator, um elemento da família, mas sem relevância sobre outros

¹¹⁷ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

¹¹⁸ Como a filiação sócio afetiva.

fatores. A concepção maior do afeto, para além de mero fator, no entanto, é produto de construção doutrinária recente do Direito de Família, e quem com muita maestria diz a respeito é Hironaka¹¹⁹:

O afeto, reafirme-se, está na base de constituição da relação familiar, seja ela uma relação de conjugalidade, seja de parentalidade. O afeto está também, certamente, na origem e na causa dos descaminhos desses relacionamentos. Bem por isso, o afeto de permanecer presente, no trato dos conflitos, dos desenlaces, dos desamores, justamente porque ele perpassa e transpassa a serenidade e o conflito, os laços e desenlaces; perpassa e transpassa, também o amor e os desamores. Porque o afeto tem um quê de respeito ancestral, tem um quê de pacificador temporal, tem um quê de dignidade essencial. Este é o afeto que se fala. O afeto-ternura; o afeto-dignidade. Positivo ou negativo. O imorredouro do afeto.

Vale dizer que esse avanço dos doutrinadores atendeu à necessidade de revisão do modelo de família, imposta, inclusive, pela Constituição Federal, a partir do momento em que esta projetou, sem dúvidas, uma reformulação do ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, o modelo de família foi revisto a ponto de se passar a distinguir entre os modelos anteriores e o modelo agora por muitos identificado como família constitucional¹²⁰.

Uma incursão breve na origem da família, o que se mostra aqui oportuno, impõe reconhecer que a sua célula social está no patriarcado, quer dizer, sujeita ao pai, num primeiro momento atendendo à forma poligâmica e, posteriormente, à monogâmica (teoria patriarcal da sociedade). De toda forma, a família reunia-se sob o comando da figura masculina, do pai, que era, por sua vez, o ascendente mais velho¹²¹.

¹¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 436.

¹²⁰ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 52-53: “Os princípios constitucionais da solidariedade, igualdade, liberdade e dignidade influenciaram profundamente o Direito de Família, contribuindo para construção de outro modelo de família, por muitos chamado de família constitucional. Em face da clivagem entre a sociedade brasileira e as disposições sobre Direito de Família da legislação civil, foram de grande relevância as inovações constitucionais.”

¹²¹ NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 21–31, abr./jun. 1994. p. 22: “Insiste, pois, COGLIOLO, que a teoria patriarcal da sociedade, ou seja, a reunião da família sob o poder do mais velho ascendente masculino, guarda uma tradição extraordinariamente recuada nos tempos e sedimentada na história

Esse modelo foi seguido por Roma onde o pai, o avô era independente e chefiava seus descendentes, que ficavam, por sua vez, submetidos à sua autoridade¹²². Seguiu-se o modelo influenciado pelo cristianismo, que introduziu a consciência do amor, do respeito mútuo e da responsabilidade de uns com outros à família e seus integrantes¹²³. Logicamente que esse modelo não foi acompanhado pela evolução social dos tempos modernos e saltando historicamente, no dizer de Noronha:

Desapareceram, assim, as normas discriminatórias dos direitos do chefe da família em relação aos demais membros, dando lugar à *família igualitária-integrativa*, na qual se verifica uma crescente *personalização* de todos os seus, criando-se direitos e deveres para o ente comunitário e para cada dos seus membros em particular, bem como conferindo-se *direitos especiais* aos seus integrantes mais necessitados, tais como as *crianças* e *os idosos*.¹²⁴

Dizer que a família contemporânea é eudemonista não quer dizer que seja este o único modelo ou conceito de família atual, até porque a marca do desenho familiar atual é a pluralidade e ausência de uma configuração única. A família continua sendo definida por laços de consanguinidade e de aliança; no entanto, estes foram revistos e reconhecidos juridicamente e sociologicamente.

Hoje, a consanguinidade (leia-se filiação) importa os mesmos direitos e deveres, seja ela biológica ou legal (por adoção ou por reconhecimento do vínculo socioafetivo).

da humanidade, eis que formulada já por PLATÃO (Leis, III, 680), seguida por ARISTÓTELES (Política, I, 2) e pelos patriarcas hebreus nos relatos bíblicos (Gênesis, 2.24; Evangelho de São Mateus, 19.6).

¹²² NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 21–31, abr./jun. 1994. p. 22: “Em Roma, a família segue a linha historicamente dominante do regime patriarcal, tendo como chefe o *paterfamilias*, na pessoa do ascendente vivo mais velho: o pai ou avô paterno. Este era uma pessoa *sui iuris*, que gozava de inteira independência e chefiava seus descendentes, que eram considerados *alieni iuris* e estavam submetidos à autoridade do pater. Era o instituto peculiar do povo romano (GAIO, Institutas, 1.5)”.

¹²³ NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 21–31, abr./jun. 1994. p. 25: “Muito embora, durante a Baixa Idade Média, não se lograssem estímulos advindos da organização estatal para imprimir transformações na família, em razão das circunstâncias acima referidas, estas transformações se realizaram por força da cultura dos valores da doutrina da Igreja Católica, que, não só através dos comunicados e encíclicas papais dirigidas a toda a Cristandade, mas também através dos temas conciliares tratados em um dos seus maiores concílios - o Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563 -, conseguiu imprimir na comunidade de fiéis a consciência do amor, do respeito mútuo e da responsabilidade cada um dos componentes do módulo familiar para com o outro”.

¹²⁴ NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 21–31, abr./jun. 1994. p. 24.

E a aliança compreende o matrimônio, a união estável, inclusive de pessoas do mesmo sexo e também poliafetiva.

Fachin, a respeito da família contemporânea, resume:

Na família constitucionalizada começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se, com mais acento, a concepção eudemonista da família; não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração de felicidade.¹²⁵

Faz-se aqui a observação de que o reconhecimento desse pluralismo familiar para o Direito impunha-se até em face da própria transformação operada no Direito de Família em decorrência também do processo de Constitucionalização do Direito Civil¹²⁶, já tratado.

Dias¹²⁷, ao introduzir sua abordagem sociológica da família, reconhece, além da família existente pelos laços de consanguinidade e de aliança, o grupo doméstico formado pelo compartilhamento da residência e de um espaço de vida e a rede social primária, definida pela rede de apoio e contatos próximos.

Esse grupo identificado sociologicamente, agregado doméstico, ainda no dizer de Dias, merece destaque não apenas por sua formação atípica ao conceito clássico

¹²⁵ FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira, CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 423-443. p. 437-438.

¹²⁶ Ainda, no dizer de Fachin: “Anotem-se, à guisa de exemplo, os espaços que revelam o arco histórico que vai da família de fato à família de direito. Acrescentam-se, ainda, os aspectos relevantes e positivos do fenômeno da “constitucionalização” do Direito Família, dentro de certas possibilidades e alguns limites.

Patenteiam-se transformações que suscitaram rearticulações em diversos domínios do Direito de Família, crise e superação assinaladas e reconhecidas na jurisprudência. Apresenta-se, enfim, uma concepção sociológica plural.

Do ponto de vista das fontes formais, relevante foi a migração operada do Código Civil à Constituição. O sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que na história antecede o Direito Constitucional da Família, um campo de saber que rompe as fronteiras tradicionais do público e do privado. (FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira, CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 423-443. p. 438.)

¹²⁷ DIAS, Isabel. *Sociologia da Família e do Gênero*. 1. ed. Lisboa: PACTOR – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, 2015. p. XII.

de família, mas porque segundo a autora, designa elementar solidariedade cotidiana pelo compartilhamento do mesmo teto (critério locacional) e partilha de recursos e tarefas (critério funcional). A autora refere que esse grupo pode ou não estar estruturado em função de laços de parentesco, mas também abrange situações em que esse laço não existe¹²⁸. Note-se o elo jurídico-sociológico que se pode fazer entre esses critérios sociológicos e o critério legal que reconhece a família constitucionalizada dominada por relações de afeto, solidariedade e de cooperação.

Esse afinamento do conceito de família jurídico com a sociologia é aqui frisado para demonstrar que o afeto (amor) considerado para o reconhecimento da formação de uma família, embora distinto daquele que responde pela obrigação de assistência imaterial (cuidado), porque presente a partir da identificação da família, também pressupõe o elemento solidariedade, porque não raro é o instinto de solidariedade que aproxima e que faz despertar o afeto (amor). Há um processo sociológico que por vezes, a partir da cooperação, do suporte, da solidariedade, cria um vínculo afetivo.

De qualquer forma, a distinção do afeto que aproxima as pessoas e responde pela formação de uma família e o afeto que é inerente à condição de familiar, porque decorrente desta e do convívio que é imposto já por nascer dentro da família e, por isso, impõe dever de assistência, é importante para que se compreenda no que consiste o abandono afetivo e, por tal razão, há de se ter em conta que este é o segundo afeto objeto do tema.

A par do modelo de família, do seu significado ou arranjo social, na concepção normativa do Direito Constitucional e do Direito Civil atual, a partir do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor e da solidariedade como novo paradigma do Direito Civil, o sujeito protagonista recebe especial proteção as possíveis violações contra si.

¹²⁸ DIAS, Isabel. *Sociologia da Família e do Gênero*. 1. ed. Lisboa: PACTOR – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, 2015. p. XIII: Tal permite-nos identificar uma diversidade de agregados domésticos, pois, além dos agregados de pessoas sós, existem os de várias pessoas sem estrutura conjugal; os de famílias simples (e.g., casais com ou sem filhos; pessoas viúvas, divorciadas, separadas, solteiras, com filhos); os de famílias simples alargadas (e.g., famílias simples a viver com outros parentes); e os de famílias múltiplas (agregados compostos por duas, três ou mais famílias simples). Estes dois últimos tipos de agregados domésticos também são classificados na categoria de famílias complexas (Almeida et al., 1998:49). Assim, o agregado doméstico pode conter, por exemplo, um núcleo familiar (uma família simples), que pode ser conjugal (um casal com ou sem filho), ou monoparental (um pai ou uma mãe com filhos).

É por essa nova conjuntura que os doutrinadores do Direito de Família passaram a trabalhar em cima de uma nova concepção de família e que soma aos seus requisitos da estabilidade e da publicidade, o afeto. Estes três pressupostos passam a ser reconhecidos como os pilares da relação pessoal familiar atual. O afeto entra, portanto, intimamente vinculado à dignidade da pessoa. E assim, o seu conceito passa a ser jurídico.

No Estatuto das Famílias¹²⁹, o afeto é destacado na justificativa do Projeto, aliás considerado como um fator de constituição do núcleo familiar, nos seguintes termos: “A atual legislação está ultrapassada e defasada em relação à realidade da família que, hoje, deixou de ser essencialmente um núcleo econômico para dar lugar à livre manifestação do afeto”¹³⁰. A importância do afeto para o Direito de Família, portanto, deixou de ser como um fator ou um sentimento e passou a ser um dever de cuidado, atenção, educação, tanto que adiante, ao dispor sobre o abandono afetivo, o Projeto de Lei dispõe: “Para o Direito, o afeto não se traduz apenas como um sentimento, mas principalmente como dever de cuidado, atenção, educação, entre outros”¹³¹.

O significado semântico de afeto é de disposição por alguém ou por alguma coisa. A origem do termo está na palavra latina *affectus*, que significa disposição, estar inclinado a, e cuja raiz vem de *afficere*, que corresponde a afetar e significa fazer algo a alguém, influir sobre. Para psicologia “O afeto é um agente modificador do comportamento. Influencia diretamente na forma como pensamos sobre algo.”¹³²

¹²⁹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 470 de 2013. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://goo.gl/gTBNiD>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹³⁰ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 470 de 2013. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://goo.gl/gTBNiD>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹³¹ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 470 de 2013. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://goo.gl/gTBNiD>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹³² Disponível em: <<https://goo.gl/BX5BsE>>. Acesso em: 28 jun. 2017. E, ainda, vale destacar a concepção filosófica do conceito de afeição segundo Aristóteles: Aristóteles chamou de afetivas as qualidades sensíveis porque cada uma delas produz uma afeição dos sentidos. Ao declarar no princípio de alma o objetivo de sua investigação, mostra que visava conhecer, além da natureza e da substância da alma, tudo o que acontece à alma, tanto as afeições que lhes são próprias, quanto aquelas que tem em comum com os animais. Mas, a palavra afeição não só designa o que acontece à alma, como ainda qualquer modificação que ela sofra. Esse caráter passivo das afeições da alma parecia ameaçar a autonomia racional. Daí os estóicos marcarem uma dicotomia que chega aos nossos dias, as afeições e por extensão as emoções seriam irracionais. Com essa polarização o irracional (não humano, ou animal) toma conotação moralmente negativa. Para a afeição são criadas expressões como *perturbatio animi*, ou *concitatio nimia*, usadas por Cícero e Sêneca. Vem de muito longe a questão do menosprezo ao afeto como menor, frente ao racionalismo desejável e triunfante. A noção de que a afeição pode ser

Juridicamente, especialmente no Direito de Família, em razão dessa priorização do indivíduo, passou-se a debater acerca do conceito de afeto através da desconstrução, ou melhor, da distinção, da ideia de afeto como sentimento de amor e como dever de cuidado¹³³.

É um elemento que transita, como já referido, nestes dois significados: amor, ou sentimento de afeição, e cuidado, sendo o primeiro responsável pela formação e pela ruptura de relações e o segundo como um dever inerente ao estado da relação familiar, pois decorrente do vínculo que essa relação criou¹³⁴.

Toda a construção jurídica feita a partir do reconhecimento do afeto como elemento basilar da família ou de reconhecimento de *status* de família, especificamente de reconhecimento do estado de filho, ou seja, pela filiação socioafetiva. Seja para reconhecimento e proteção desta relação de filiação, seja ela biológica, socioafetiva ou legal, seja para o reconhecimento do dever de cuidado, então É presente em quaisquer das espécies de filiação.

Quer dizer, o direito de família aproximou os dois, afeto como sentimento de amor ou afeição do afeto como dever de cuidado. A equação é: porque ama, é filho, porque é filho, cuida. E, em se tratando do idoso, supera-se a primeira etapa, porque ama é filho (ou pai ou mãe, conforme o caso), isto é fato biológico, legal (por adoção) ou fático (reconhecido legalmente) e, em assim sendo, cuida, porque deve cuidar. E isso não decorre de imposição de sentimento, mas sim por imposição da solidariedade

boa ou má segue até Santo Agostinho e os escolásticos, que mantêm o ponto de vista aristotélico da neutralidade da afeição. Entre o bem e mal, esclarece Santo Agostinho, as afeições precisam ser moderadas pela razão, ponto de vista também defendido por Tomás de Aquino. Disponível em <<https://goo.gl/mQjRWM>>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹³³ GHILARDI, Dóris. *Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 108: “O Direito de Família na onda da repersonalização do sujeito, passou a trabalhar com essa categoria e a buscar definições, normalmente não o fazendo com muita propriedade, eis que se percebe as confusões ao tentar diferenciá-lo do amor e do cuidado. Por vezes é tratado como sinônimo de amor, já em outras, defende-se não poder confundi-los. A novidade é aproximá-lo do cuidado. Entre acertos e desacertos, a doutrina segue afirmando sua relevância”.

¹³⁴ GHILARDI, Dóris. *Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 109: “Giselda Hironaka afirma ser fundamental a presença do afeto no Direito de Família, apesar de reconhecer o seu aspecto positivo e negativo, pois estaria tanto na base da formação familiar (aspecto positivo), quanto na origem e na causa de seus desenlaces (aspecto negativo). Defende que o afeto perpassa e transpassa todas as ordens e desordens, amores e desamores, a serenidade e o conflito. O afeto de que fala é o afeto que tem embutido o respeito, a dignidade essencial, a pacificação temporal”.

familiar, como um dever jurídico e não apenas como um princípio. Este é o afeto reconhecido como dever de cuidado.

Carvalho com mestria, distingue o afeto:

A afeição, o amor, os sentimentos como estado psíquico são inapreensíveis pelo direito. O afeto é conduta de foro íntimo consiste em um elemento anímico ou psicológico, é um fator metajurídico que não pode ser regulado pelo direito, apenas pelas normas morais. O afeto, como vontade, só se torna juridicamente relevante quanto externado por condutas objetivas, por comportamentos dos membros de uma entidade familiar demonstrado pela afetividade.¹³⁵

A família é o primeiro núcleo social onde o indivíduo se situa e se reconhece, como ele ali se coloca e é colocado é como o fará perante o todo, ou seja, perante a sociedade. Logo, a solidariedade que ele ali exerce está cabalmente identificada com a que ele exercerá perante o todo. Ninguém é solidário ao próximo desconhecido, se não o é com próximo conhecido com quem, ainda, mantém vínculo de parentesco.

O afeto é conduta objetiva, é dever de cuidado¹³⁶, de atenção, de dispensar tempo de zelo (Não preciso pagar o médico para meu pai, mas devo acompanhá-lo ao médico). Essa conduta é imposta em face dos princípios constitucionais que são reconhecidos pela sociedade através de um processo legislativo e isto pelo reconhecimento de que é neste sentido e com esta intenção que pretendem conduzir o viver em sociedade.

Esse afeto, no qual se identifica o dever de cuidado, havido para além de um fator, mas como um elemento intrínseco e objetivo da família eudemonista e que é reconhecido como uma obrigação decorrente da solidariedade, pois em razão deste

¹³⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Lavras: UNILAVRAS, 2014. p. 91.

¹³⁶ Aqui considerado o dever genérico do art. 229 da Constituição Federal: Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

o ordenamento jurídico brasileiro passou a tutelar as relações familiares e seus membros com a mais ampla guarida.

3.2 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE DO DIREITO DE FAMÍLIA EMANADO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O robusto debate doutrinário que confronta o afeto como um valor ou um princípio jurídico¹³⁷, ou seja, se o afeto é apenas algo que é bom e que se espera entre os aparentados ou é uma conduta exigida pela norma, ou seja, obrigatória, é vasto e cercado de argumentos nos dois sentidos. Sem dúvida alguma, se o afeto é tão somente um sentimento positivo, ele é um valor, logo, sem qualquer carga impositiva e coercitiva. No entanto, para maioria da doutrina familista nacional, à qual se adere, é um princípio¹³⁸.

No Direito de Família contemporâneo, o afeto é considerado por muitos não apenas um fator, mas um elemento essencial na estrutura de qualquer relação pessoal entre os grupos familiares e, se num primeiro momento o afeto adentrou nesse sistema como um valor, ele desenvolveu ao longo do tempo uma carga de relevância e hierarquia tamanha que foi incorporado como um princípio.

A referida hierarquização decorreu, como posto por Macena de Lima e Freitas de Sá¹³⁹, da necessária abertura do sistema jurídico aplicado ao Direito de Família, de forma em que se pondera que o valor do afeto e do amparo, socialmente

¹³⁷ ÁVILA, Humberto A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001. p. 164-165: “Primeiro, os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que eles não determinam o que *deve ser*, mas o que *é melhor*. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é *melhor*. Em vez do caráter *deontológico* dos princípios, os valores possuem tão-só o *axiológico*”.

¹³⁸ GHILARDI, Dóris. *Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 113: “Para Rodrigo da Cunha Pereira, afeto é, além de um valor de extrema relevância para o mundo jurídico, também um princípio balizador, que permeia todo Direito. No mesmo sentido, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno entre outros. Já Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, discordam da presença de natureza normativa, como aspecto capaz de fundamentar as relações familiares. Relembrem que os princípios são normas e, portanto, de caráter cogente, diante do que afirmam não ser a afetividade passível de cobrança, haja vista a característica da espontaneidade que lhe é inerente.”

¹³⁹ MACENA DE LIMA, Taisa Maria; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Ensaio sobre a Velhice*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 26-27.

reconhecidos, esperados e impostos, é aquele que inspirou normas jurídicas especiais de proteção ao Idoso e à Criança e ao Adolescente.

O afeto carrega em si a expectativa de condutas que passam a ser exigíveis a partir do momento em que estão presentes e estão intrínsecas no princípio da solidariedade, sob pena de este, embora reconhecido como uma dos vetores pela Constituição Federal de toda ordem jurídica pátria, e pelo Direito Civil como paradigma, não se fizer efetivo na relação familiar, primeiro de identificação social do indivíduo e onde, portanto, a sua concepção de solidariedade e de dignidade é posta para além de si, conforme já dito antes.

É, portanto, no Direito de Família, mais que em qualquer outro ramo do Direito, que a proteção da pessoa humana merece maior respaldo, pois, no dizer da Constituição: “a família é a base da sociedade”. A ideia de mínima intervenção Estatal nas relações pessoais familiares, sofreu profunda reconstrução principalmente em razão da proteção da pessoa humana, da preservação e do respeito a dignidade do indivíduo.

No Direito de Família, portanto, a concepção do afeto como dever de cuidado nasce justamente da carga normativa do princípio da solidariedade, eis que é dele que decorre o dever de cuidado geral, não apenas entre familiares. Disto também, se justifica, inclusive, a inserção no Estatuto do Idoso do “princípio da solidariedade social”¹⁴⁰, não limitado a familiares, mas imposto a todos. Quer dizer, se a solidariedade é o instrumento impositivo a todos com objetivo de proteção do indivíduo, especialmente no âmbito das relações particulares (de família), ela se realiza através do reconhecimento do afeto como dever de cuidar o que, aliás, é redonda no princípio da afetividade, específico do Direito de Família, com carga normativa e coercitiva.

É esta ideia que identifica da afetividade como um subprincípio do princípio da solidariedade, aliás, já tratamos em estudo acerca do tema “Os princípios constitucionais do direito de família¹⁴¹”, onde, aliás, a afetividade foi abordada

¹⁴⁰ Art. 36. O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁴¹ FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov. 2014. p.

enquanto princípio não expresso que responde pela formação ou desconstituição de uma relação familiar, como aqui já visto, e também como elemento cuja ausência pode implicar prejuízos aos seus membros ainda mais se em condição vulnerável, como a criança, o adolescente e o idoso¹⁴².

O afeto assumiu no Direito de Família uma carga de valor jurídico tanto que, na evolução de nosso ordenamento jurídico, especificamente deste ramo do direito, a afetividade adquiriu o *status* de um princípio que tutela a família e as relações familiares. É um valor jurídico porque pauta as já referidas condutas objetivas como a de cuidado, de assistência, do dever de zelo, de criação, de atenção, que presentes no conceito de afeto aqui considerado¹⁴³.

A exigência destas condutas objetivas entre os familiares, especialmente, entre pais e filhos, parte da constatação de que o ser humano, além de atendimento a suas necessidades básicas que integram o instituto dos alimentos¹⁴⁴, precisa o mínimo da assistência imaterial prestada através destas até de forma intuitiva. O afeto como dever de cuidado¹⁴⁵ entre os aparentados é o exercício primeiro de cidadania e de

234: “O princípio da solidariedade decorre do dever natural de cuidado, de zelo e assistência ao outro, assim, é reconhecido como um dever constitucional e civil, especialmente entre familiares. É a solidariedade, enquanto princípio, que impõe à sociedade, ao Estado e à família e seus membros, através de outras normas específicas, o dever de proteção à criança, ao idoso, ao adolescente, de proteção familiar, de assistência material e imaterial dentre outros.”

¹⁴² “O afeto aproxima e justifica o nascimento de uma relação familiar, assim como a ausência dele numa relação familiar cuja origem é unicamente sanguínea, se presta não apenas a sua desconstituição como, não raro, a inviabilizar a formação, o desenvolvimento e a vivência digna de seus membros, especialmente dos que se encontram mais vulneráveis dentro do núcleo familiar.” (FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov. 2014. p. 238-239.)

¹⁴³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Lavras: UNILAVRAS, 2014. p. 91: “Da mesma forma que no Direito das Obrigações a vontade como um valor jurídico é a conscientemente externada, objetiva, no Direito de Família também não se confunde o afeto, como sentimento com a afetividade externada por comportamentos, por condutas objetivas”.

¹⁴⁴ Instituto dos alimentos compreende os alimentos, quanto a sua natureza, naturais e civis, cujo conceito é posto por CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 16: “Quanto se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para manutenção da vida de uma pessoa, compreendendo tão-somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do *necessarium vitae*, diz-se que são *alimentos naturais*; todavia, se abrangentes de outras necessidades, intelectuais e morais, inclusive recreação do beneficiário, compreendendo assim o *necessarium personae*, e fixados segundo a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada, diz-se que são *alimentos civis*.”

¹⁴⁵ Como constou do voto proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrighi ao julgar o RECURSO ESPECIAL No 1.159.242 - SP (2009/0193701-9): “Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania.”

urbanidade que, se não houver no núcleo familiar, primeiro grupo social no qual nos reconhecemos, ao certo não haverá com relação a mais ninguém, ou seja, em grupo diverso¹⁴⁶.

Assim, dentre os referidos doutrinadores que se filiam ao reconhecimento do princípio da afetividade, destaca-se o dizer de Pereira¹⁴⁷: “O princípio da afetividade é resultante das mudanças pragmáticas no ordenamento jurídico da família, revalorizando e redimensionando os princípios como uma fonte de direito realmente eficaz e de aplicação prática.”

Dentro de toda esta reestruturação do Direito Constitucional e do Direito Civil, que o Direito de Família também teve seus pilares normativos revistos para acolhimento das mudanças sociais e, foi neste *andar da carruagem*, que o afeto-cuidado teve reconhecida sua carga valorativa como um princípio, como uma norma generalíssima a orientar especialmente este ramo do direito.

Como já abordado aqui, a Constituição Federal ao alçar a dignidade da pessoa humana como o macroprincípio norteador de todo seu texto e da sociedade, sendo esta a lei maior, por consequência impôs toda reestruturação do ordenamento jurídico pátrio, eis que além da necessária adequação das demais leis, exigiu que através destas se promovessem medidas de efetivação para o alcance desta dignidade e isso, portanto, trouxe consequências ao Direito de Família.

Este ramo do Direito dispõe sobre as relações pessoais, ou seja, o centro destas é indivíduo, mas não como um ser isolado, arraigado a concepção avarenta do Estado Liberal, e sim como um ser social. Por tal esta nova ordem social ditada pela dignidade da pessoa humana reflete no necessário destaque ao princípio da solidariedade e, assim, o Direito de Família, assim como o Direito Civil, é revisto, e a pessoa não mais é vista de forma isolada e absoluta em si e sim é vista como um ser

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p4Q38G>>. Acesso em: 08 set. 2017.)

¹⁴⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-118. p. 94: “Um dos princípios mais antigos no âmbito das relações pessoais, independentemente da espécie de vínculo, é o da solidariedade entre as pessoas e é sumamente reforçado no âmbito das relações familiares.”

¹⁴⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

social que coexiste com outros da mesma espécie e cujas relações entre si devem estar pautadas na solidariedade social, pois uns dependem dos outros¹⁴⁸.

O destaque e a força coercitiva que a Constituição Federal impôs ao adotar como superprincípio a dignidade da pessoa humana, sem dúvida, encontrou na exigência de uma sociedade solidária, um dos meios, senão o principal, de efetivo acolhimento e proteção do indivíduo, de preservação de seus direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem. Há, uma submissão da solidariedade à dignidade da pessoa humana, mas também uma necessária equidade entre ambos onde alterna-se a importância da liberdade e da solidariedade, para construção desta almejada sociedade livre, justa e igualitária¹⁴⁹.

Para o Direito de Família, a Constituição Federal por seu texto, importou também a releitura dos princípios da igualdade e da liberdade, sendo o primeiro para afastar as então existentes e inaceitáveis desigualdades (como quanto a filiação) e o segundo quanto as relações pessoais e as escolhas de cada indivíduo (como no caso de uniões homoafetivas)¹⁵⁰.

Foi assim, a partir da Carta Magna de 1988 que, face ao todo novo contexto principiológico que esta agregou ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente ao Direito Civil, despontou uma nova forma de interpretação normativa interativa entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Passou-se, então, a perceber e a reconhecer

¹⁴⁸ CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade o paradigma ético do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010. p. 93: “Com efeito, a nova ordem jurídica exige do respectivo intérprete a compreensão de que o direito, antes de força, equivale a uma técnica de ordenação social, fixada a partir da noção de justo. Consequentemente, o que de mais se precisa no preparo do sistema positivo é vinculá-lo aos problemas da sociedade, compreendendo-lhe o papel de conduzir os comportamentos individuais em prol da sociedade”.

¹⁴⁹ Ainda no dizer de CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade o paradigma ético do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010. p. 94: “Não se trata a solidariedade, enfim, de uma imposição à liberdade individual, mas sim de um valor focado no também valor da dignidade humana, que somente será atingido por meio de uma medida de ponderação que oscila entre dois valores, ora propendendo para liberdade, ora para solidariedade. A resultante, como diz Maria Celina Bodin de Moraes irá depender dos interesses envolvidos, de suas consequências perante terceiros, de sua valoração em conformidade com a tábua axiológica constitucional, e determinará a disponibilidade da situação jurídica protegida”.

¹⁵⁰ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 52: “Relativamente ao Direito de Família, dois outros princípios albergados pela Constituição Federal possuem relevância ímpar: igualdade e liberdade. A igualdade ressoou por todo o Direito de Família, de modo a impedir a manutenção de distinções injustificáveis, quer entre homem e mulher, entre os integrantes da sociedade conjugal, entre filhos, que ainda entre as próprias entidades familiares. O princípio da liberdade destacou-se quando do trato de relacionamentos interpessoais, visto que a regra é o respeito pelas escolhas individuais, desde que não afrontem terceiros e não ofendam deveres de solidariedade”.

a concepção de um novo Direito de Família no qual, o afeto, o respeito, a liberdade, a igualdade, a dignidade, a solidariedade e a cooperação dão a essência e o contorno a este ramo do Direito e a todas relações por ele tuteladas¹⁵¹.

Não há como se sustentar a ideia do afeto tão apenas como um fator ou como um sentimento e ignorar que este hoje responde como base para, por exemplo, concepção fática de uma relação de filiação que, reconhecida pelo Direito gera efeitos (como obrigação de pagar alimentos e direitos sucessórios).

Fachin¹⁵² exemplifica fenômeno semelhante reportando-se ao concubinato:

No contexto da família, a concepção matrimonializada forma um espaço de “não-direito”, mas a produção de relações-sociais nesse espaço acabou gerando certa imposição, e o que estava na “dobra” do Direito passou, gradativamente, a ocupar parte do núcleo no modelo plural de família.

É evidente, portanto, que para o Direito de Família atual o afeto é mais que um fator, pois do contrário, se ignorado o status que ele passou a ter na formação de vínculos familiares, como de filiação, far-se-á a mesma negativa feita ao concubinato como acima exposto, o que implica, como dito por Fachin a criação de espaços de “não-direito”, pois: o sistema jurídico sofre abalos do dinamismo que compõem a história, pois os valores a ele incorporados estão em constante mutação¹⁵³.

O afeto, portanto, é para alguns muito além de um fator, é um princípio específico do Direito de Família, sendo que alguns o consideram, inclusive, como um

¹⁵¹ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 54: “O texto de 1988 não deixava dúvidas de que tratava de um novo modelo de família, totalmente diverso do que era tutelado pela codificação civil anterior, com preponderância do afeto, do respeito, da liberdade, da igualdade, da dignidade, da solidariedade e da cooperação. A partir de uma hermenêutica civil-constitucional, foi possível perceber um outro Direito de Família desde então”.

¹⁵² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 221-222.

¹⁵³ Ainda FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 222.

princípio constitucional intrínseco, como para Lôbo¹⁵⁴ e para Calderón¹⁵⁵, o qual conclui:

É possível sustentar, portanto, que a Constituição Federal reconhece o papel conferido à afetividade no trato das relações familiares, dando-lhe, assim, guarida constitucional. Em consequência, há acolhimento implícito da afetividade na Constituição de 1988.

A afetividade é mais que um fator, é um elemento de essência à família atual eudemonista, regula suas relações, implica reconhecimento de direitos e de obrigações, reforça e efetiva a solidariedade, impõe o dever de cuidado. Assim, independentemente de ser reconhecido o princípio da afetividade como implicitamente constitucional, dúvida não há que é um princípio do Direito de Família.

3.3 O ABANDONO AFETIVO ENQUANTO INFRAÇÃO AO DEVER DE CUIDADO

A partir da ideia até aqui desenvolvida quanto à compreensão de afeto como dever de cuidado, pode-se concluir como significado de abandono afetivo o não cuidar, não zelar, não atender, não assistir. É o rejeitar, é o ignorar.

Toda legislação do ordenamento jurídico brasileiro, muito em especial o Estatuto do Idoso, demonstra a já reconhecida condição de vulnerável do idoso, por

¹⁵⁴ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 55, ao citar LOBÔ, Paulo Luiz Netto: "O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição os fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: 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) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227)". Calderón complementa este entendimento no parágrafo seguinte, ainda, p. 55: "É singular o enfoque que a leitura da afetividade como princípio implícito a partir da Constituição Federal acarreta na análise do Direito de Família. Sua aceitação como princípio jurídico indica sua assimilação quando da análise de todo o ordenamento infraconstitucional. O conceito de família, a definição do que se entende por entidade familiar, o reconhecimento da relação paterno/materno filial, os institutos da guarda e da visitação, os critérios para estipulação de famílias substitutas, os casos de dever alimentar, enfim, todas as categorias de Direito de Família serão afetadas pelo princípio da afetividade".

¹⁵⁵ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 56.

isso, a ele são atribuídos tantos direitos de proteção. O abando afetivo implica desatendimento direto ao dever de cuidado que compete à família (não exclusivamente, pois também é atribuído à sociedade e ao Estado¹⁵⁶; no entanto, o abandono afetivo do idoso objeto do presente estudo é aquele que se imputa aos filhos, ou seja, à família).

Essa atribuição primeira à família do dever de cuidado, embora desperte singelo debate doutrinário¹⁵⁷, é justificada por ser ela o primeiro núcleo social do ser humano. A família é o lugar onde se tem a primeira noção e experiência de convívio social, é o berço onde se aprende a receber e, conseqüentemente a dar, uns aos outros, um tratamento dignamente humano, solidário e afetivo. Por isso, a obrigação de cuidado do idoso é primeiro de sua família.

É importante o registro de que posição quanto à obrigação primeira decorrer da família aqui posta justifica-se principalmente pelo fato de que a ausência do cuidado imposto pelo afeto é o que responde pelo dano moral. Isso não quer dizer que a falta de cuidado praticada pelo Poder Público não implique dano e, tampouco, que se o fizer não seja este passível de responsabilização indenizatória. Porém, essa hipótese não é compreendida por este trabalho.

Assim, as disposições dos arts. 9º e 10 do Estatuto do Idoso¹⁵⁸ não são ignoradas ou afastadas; muito pelo contrário, prestam-se a ratificar o caráter

¹⁵⁶ Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁵⁷ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. 3. ed. atual. conforme Lei 12.899/2013. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11: “Para alguns, a estrutura gramatical do referido texto legal autoriza a conclusão de que a obrigação de cuidado do idoso incumbe, primordialmente, à respectiva família; somente na ausência de familiares, ou absoluta falta de condições econômico-financeiras, a obrigação é repassada à comunidade, à sociedade e, por último ao Poder Público. Sustentam, em consequência, que a responsabilidade do poder público é subsidiária, garantindo-lhe o direito de regresso, sem prejuízo da responsabilização penal dos familiares desidiosos. Para outros, o art. 3º não estabeleceu qualquer ordem entre os responsáveis pela defesa dos direitos dos idosos, tratando-se de obrigação solidária entre todos os cidadãos e o Poder Público.”

¹⁵⁸ Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

impositivo da lei. No entanto, a distinção relevante é de que ao Poder Público compete o atendimento aos direitos fundamentais dos idosos através de políticas públicas. Para a família, a obrigação imposta é o dever de cuidado objetivo, pessoal e direto.

A distinção que se faz entre a obrigação familiar e a estatal não há de se prestar, em hipótese alguma, à desconsideração da importância e da necessidade do dever de cuidado que se atribui ao Estado. É importante que isso seja compreendido com absoluta clareza, seja porque há cuidados que precisam da política pública, seja porque o cuidado aqui considerado como dever legal e conectado à afetividade enfrenta forte resistência na doutrina e na jurisprudência, o que enfraquece seus efeitos.

Assim destacam Carvalho e Gracia:

Mas, como ressalva Nuria Beloso esta ligação entre cuidados-afetividade-solidariedade pode ser perversa no sentido de colocar a responsabilidade toda do lado das famílias. Portanto, o entendimento da solidariedade, especificamente no caso dos cuidados a idosos, deve ir mais além do que a solidariedade intergeracional no seio das famílias até atingir uma dimensão social global. Desta forma, o direito não se pode apoiar num vínculo de afetividade a que não se reconhece efeito algum, embora o paradoxo encontre neste caso no facto de o cuidado estar baseado com efeito, como já vimos, também nessa ideia de afetividade. A solidariedade intergeracional no seio das famílias que estaria a suportar uma parte importante dos cuidados nas sociedades não pode ser desculpa, a nosso ver, para os Estados não intervirem com políticas públicas adequadas numa perspectiva de direitos.¹⁵⁹

É evidente que os direitos à vida, à saúde, à educação, à segurança, às condições mínimas de higiene, moradia, alimentação, trabalho, transporte público etc. devem ser, obrigatoriamente, respaldados por via do Poder Público, aliás, não apenas ao idoso. No entanto, dizer que é o Estado responsável primeiro e direto pelo dever de cuidado do idoso no atender de suas necessidades que não extrapolam exigência

¹⁵⁹ CARVALHO, Ana Sofia; GRACIA, Jorge. Dignidade e direito ao cuidado: uma reflexão para uma futura declaração universal dos direitos humanos das pessoas idosas. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 80.

ou necessidade que a família pode alcançar, para aquele idoso que tem família, é o mesmo que desconsiderá-lo um membro da família.

Ao Estado, inclusive, compete garantir que a família possa cumprir com esse dever de cuidado do idoso, especialmente os filhos de pais idosos e que necessitam de especial cuidado. Nesse sentido, atenta-se à decisão judicial citada por Freitas Junior¹⁶⁰ proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal ao julgar e conceder pedido de redução de carga horária formulado por um filho único para poder assistir o seu pai, idoso e necessitado de especial cuidado.

Ultrapassado esse debate e confirmando a posição de ser da família a obrigação primeira de atendimento ao dever de cuidado do idoso, cabe investigar quais os direitos que lhe são garantidos, e que uma vez descumpridos implicam abandono afetivo. Logicamente que para tanto há sempre de se considerar as condições econômico-financeiras e mesmo de saúde física e psíquica dos familiares, para não impor algo que a família não tenha condição de suportar.

O abandono afetivo só pode ser exigido do agente responsável por sua aplicação (no caso, ao familiar, ao filho) que tem condições físicas e psíquicas para tanto e na medida dessas condições.

O mal do descuidado, da desatenção e do desamparo é que estes compõem a infeliz equação que resulta no conceito do abandono afetivo. Abandonar afetivamente não é deixar de dar amor ou carinho, é deixar de zelar, de atender. Por isso, dentre os inúmeros direitos dos idosos, pode-se apontar todos os que estão ao alcance de seus familiares, de acordo com suas condições (físicas e psíquicas), como passíveis e imperiosos de serem atendidos por eles.

¹⁶⁰ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso*: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. 3. ed. atual. conforme Lei 12.899/2013. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9: “MANDADO DE SEGURANÇA – PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE MÁXIMA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS – PEDIDO DE REDUÇÃO DE CARGA HORÁRIA, COM REDUÇÃO DE SALÁRIO, FORMULADO POR FILHO DE PESSOA IDOSA OBJETIVANDO ASSISTIR-LHE DIANTE DA DOENÇA E SOLIDÃO QUE O AFLIGEM – CUIDADOS ESPECIAIS EXIGEM DEDICAÇÃO DO FILHO ZELOSO, ÚNICA PESSOA RESPONSÁVEL PELO GENITOR – DEVER DE AJUDÁ E AMPARO IMPOSTOS À FAMÍLIA, À SOCIEDADE, AO ESTADO E AOS FILHOS MAIORES, ORDEM CONCEDIDA (AC. 2005.0110076865 – TJDF – 5ª Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, 26.04.2007).

Nesse rol estão, por exemplo, os direitos dispostos nos artigos 2º e 3º¹⁶¹, como a preservação da saúde física e mental, direito à vida, ao respeito, à convivência familiar, comunitária e social, bem como os direitos fundamentais dispostos no Título II – Direitos Fundamentais, do Estatuto do Idoso¹⁶². É fato que o rol é extenso porque composto de direitos particulares e pertinentes à competência das políticas públicas. Porém, o desafio, não complexo, é dentre estes atribuir aos familiares aqueles que, como dito, estão ao seu alcance e que, por vezes, podem até não ser pelo familiar atendido diretamente.

O filho, por exemplo, não precisa levar seu pai ao médico, ele pode averiguar a necessidade de consulta e designar uma pessoa para acompanhá-lo e depois inteirar-se do resultado desta. O cumprimento do ato de cuidado não precisa ser direto ou pessoal, pois evidente que depende da possibilidade e disponibilidade de cada um; porém, há de se apurar as necessidades do idoso e dispensar atendimento a elas.

Outra situação exemplificativa é a do idoso interdito, cuja pessoa do atendente pessoal¹⁶³ não é um familiar, o que é comum em situações de litígio. Em casos assim, por certo é do curador o dever de identificar e atender as necessidades do idoso, mas isso não exclui em absoluto a obrigação dos familiares, uma vez que a eles compete inclusive a fiscalização do exercício do múnus pela pessoa nomeada pelo Juízo. E mais, o familiar pode acompanhar o curador para levar o idoso ao médico, ou a um exame, ou pode até mesmo fazê-lo sem a presença, com o conhecimento e anuência deste. O fato de o idoso ter um curador, seja ele familiar ou não, não exclui, de forma

¹⁶¹ Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁶² Vide Estatuto do Idoso dos artigos 8º ao 42. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁶³ Até o advento da Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, então vigente o art. 1.780 do Código Civil, usava-se o termo “Curador”. Agora, o Estatuto da Pessoa com Deficiência conceitua o atendente pessoal, no seu art. 3º como: “pessoa, membro da família ou não, que, com ou sem remuneração, assiste ou presta cuidados básicos e essenciais à pessoa com deficiência no exercício de suas atividades diárias, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas.”

alguma, a presença e o cuidado que se atribui aos familiares, justamente porque a prática do ato de cuidado não precisa ser exclusiva ou direta.

É, portanto, primeiramente da família – se o idoso tem uma – que se espera e impõe seja ele assistido na percepção de suas necessidades diárias, identificação de doenças, de necessidades financeiras, de atendimento médico, de atendimento doméstico, são alguns exemplos. E também nos cuidados rotineiros necessários à sua sobrevivência digna, como o já referido exemplo, de acompanhamento ao médico, acompanhamento social, organização pessoal e doméstica.

Dar ao ente idoso essa espécie de cuidado e atenção nada mais é do que tratá-lo como um familiar em situação de especial necessidade ante o avanço da idade ou mesmo ante uma doença que o tenha acometido. Preocupar-se e providenciar a obtenção de um medicamento junto ao Poder Público em favor do idoso, providenciar o acolhimento do idoso em alguma instituição se necessário, fiscalizar sua manutenção nesta instituição, são condutas objetivas e pertinentes ao já conceituado afeto como dever de cuidado.

A importância de que essa dedicação ao idoso venha preferencialmente de seus familiares decorre, além da lei em termos objetivos¹⁶⁴, do princípio da manutenção dos vínculos familiares, que se reconhece estar inserto nos arts. 226 e 230 da Constituição Federal¹⁶⁵ e no art. 3º, V, do Estatuto do Idoso¹⁶⁶ que, inclusive, é o fundamento da decisão aqui referida¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Lei 10.741/2003, artigos 3º, 9º e 10; (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁶⁵ Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

¹⁶⁶ Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

(...)

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁶⁷ AC. 2005.0110076865 – TJDF – 5ª Turma Cível, Rel. Des. João Egmont, 26.04.2007;

Toda norma jurídica pertinente à proteção do idoso impõe à família a obrigação de amparo a ele, assim como carrega em si os princípios gerais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, e os princípios específicos da solidariedade social¹⁶⁸, da afetividade e da manutenção dos vínculos familiares. Nessa composição normativa com certeza se destacam os filhos como destinatários da obrigação assistencial material e moral dos pais idosos.

O abandono afetivo, portanto, é o descumprimento do dever normativo de assistência imaterial, é o desamparo, é o isolamento do idoso, a falta de olhar, da presença fiscalizadora quanto às condições a que o idoso está exposto. É conduta passível até mesmo de ser punida criminalmente, se praticada nos termos dos arts. 97 ao 99 do Estatuto do Idoso¹⁶⁹.

Com relação à criança e ao adolescente, oruído que há na doutrina e na jurisprudência não passa pela conceituação do abandono afetivo ou mesmo da eventual resistência quanto à sua ocorrência ou não. A ideia de abandono afetivo como falta do sentimento de amor ou afeição e de que não se pode obrigar a amar efetivamente é ultrapassada¹⁷⁰. Como aqui posto, o afeto imposto é o de cuidado. Pois

¹⁶⁸ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. 3. ed. atual. conforme Lei 12.899/2013. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7: “Para Marcos Ramayana, o princípio da solidariedade social é consagrado pelo art. 36 da Lei 10.741/2003: o acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza dependência econômica, para aos efeitos legais”.

¹⁶⁹ Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado.

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁷⁰ Diz-se isto, especialmente a partir da fundamentação da Ministra Nancy Andrighi em seu voto proferido no recurso especial n. 1.159.242 – SP: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos

bem, o mesmo ocorre com relação ao idoso, na hipótese denominada de abandono afetivo inverso, ou seja, dos filhos para com os pais.

As obrigações normativas entre os membros da família na sua composição e sistemática atual decorrem das mudanças sociais, principalmente com a inserção da mulher no mercado de trabalho. Hoje tais obrigações transitam em via dupla entre todos, uns com relação aos outros, e dependem do tempo em que estão consideradas. Por exemplo, o pai idoso há de ser assistido pelo filho assim como àquele coube tal obrigação na infância e adolescência deste.

A sensibilidade lúcida do dizer de Honneth, nesse sentido, merece destaque, pois ao comparar a relação familiar com a de amizade, de forma irretocável demonstra que a construção destas se distingue justamente porque na familiar o vínculo obrigacional é posto para além do afeto sentimento, enquanto que na amizade o afeto sentimento é o único elo e como há um distanciamento que não ocorre da relação familiar, até pela dependência de um membro com o outro (no início do filho pelo pai e depois do pai pelo filho), o sentimento na amizade é diverso daquela na família:

Por isso, os sentimentos positivos ou negativos que no desenrolar de minha vida vão decidir sobre o alcance de minhas obrigações para com meus pais têm toda uma história por trás, que não é a história dos sentimentos de vinculação nas amizades; além disso, eles aderem ou não à realização de funções elementares que se mantêm características para famílias, ainda que já não estejam atrelados a rígidos esquemas de papéis. Não se pode buscar artificialmente nada que esteja por trás do significado de paternidade e filialidade institucionalmente estabelecido, basicamente determinado pelo tabu do incesto, pela proximidade física ou pela não revogabilidade. Nesse sentido, as obrigações morais hoje vigentes entre as famílias fundamentam-se em atividades intersubjetivas bastante distintas das que vigoram entre amigos ou amigas.¹⁷¹

objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre tratamento dado aos demais filhos – quando existirem -, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. E, suma, amar é faculdade, cuidar é dever.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p4Q38G>>. Acesso em: 08 set. 2017.)

¹⁷¹ HONNETH, Axel. *O Direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 305-306.

Dar suporte afetivo, cuidar, é obrigação imposta aos membros da relação familiar entre si e decorre da natureza deste elo pessoal que é a família e por isso reconhecida legalmente. Deixar as obrigações familiares à mercê do sentimento afetivo é deixar o vínculo familiar exposto à fragilidade da relação de amizade que, por sua vez, é regida por normas de cunho exclusivamente moral, pois estruturada apenas no afeto sentimento.

A família é a base da sociedade justamente porque o vínculo que dela decorre obriga seus integrantes para além do elo biológico, social e sentimental. O abandono afetivo é, portanto, o descumprimento do dever de cuidado, dever este pautado em condutas objetivas, aqui já referidas, e que é imposto na relação familiar entre seus membros para consolidação desta como estrutura primeira do indivíduo e por isso, suporte da sociedade e do Estado¹⁷².

Na hipótese do abandono afetivo, o que justifica a intervenção do Estado na relação familiar é a constatação da ocorrência do dano ao idoso, pois representa a infração ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, no caso, ainda, vulnerável e por isso, com maior necessidade de proteção.

¹⁷² GHILARDI, Dóris. *Economia do Afeto: Análise Econômica no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 104, ao dizer sobre a intervenção do Estado nas questões de família, referindo posicionamento de Eduardo de Oliveira Leite a respeito no debate sobre assunto: “Por outro lado, Eduardo de Oliveira Leite lembra que o ente público tem interesse na preservação e regulamentação da família, pois disso depende a sua própria existência, porquanto o elo que une o Indivíduo à sociedade – via família – repercute na estrutura estatal”.

4 O DEVER DE REPARAÇÃO

4.1 O ATO ILÍCITO, O NEXO DE CAUSALIDADE E A CULPA

A legislação brasileira construiu os alicerces da responsabilidade civil sobre os pilares da ação ou omissão, nexo causal e dano. A ação ou omissão do agente causador do dano configuram a ilicitude da conduta, unindo a ideia da culpa visceralmente à responsabilidade do agente¹⁷³.

De acordo com a teoria clássica da responsabilidade, fundada na culpa, a ilicitude, de natureza civil ou penal, causadora de dano, impõe o dever de indenizar, no sentido amplo da palavra, desfazendo o dano ou compensando-o. Nesse sentido o art. 927¹⁷⁴, que abre o Capítulo I – Da obrigação de indenizar, inserto no Título IX – Da Responsabilidade Civil do Código, ou seja, inaugura a regulamentação específica do instituto. No Título III – Dos atos ilícitos, estão os artigos 186¹⁷⁵, que define a culpa como causa da ilicitude, e o art. 187¹⁷⁶, que se refere ao abuso de direito, também como caracterizador de ato ilícito.

A concepção clássica, também chamada teoria subjetiva da responsabilidade civil, amplamente adotada desde o início da era das codificações até os diplomas civis atuais, ressurte-se de completude, porque a reparação do dano depende da prova da culpa, deixando desassistidos aqueles que não conseguirem lograr produzir essa prova, notadamente em relações de hipossuficiência de uma das partes.

O incremento da evolução industrial e tecnológica e a alteração das matrizes relacionais sociais promoveram modificações nos contratos e ampliaram o espectro dos agentes contratantes, culminando em significativas mudanças, também, nos

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 17.

¹⁷⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁷⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁷⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

princípios reguladores do dever de indenizar. Mudanças antropológicas, culturais e estruturais dentro das famílias e das relações de trabalho e de consumo adicionaram à responsabilidade civil outras formas e fundamentos, todos decorrentes da necessidade de adequação social.

Assim, um novo olhar sobre o tema foi lançado sobre a responsabilidade civil, primeiramente na Itália, Bélgica e França¹⁷⁷, e gravou, sobre o dever de indenizar, a hipótese de responsabilidade objetiva do agente, calcada na teoria do risco, adotada pela lei brasileira em certos casos, e agora amplamente pelo Código Civil no parágrafo único do seu art. 927, no art. 931¹⁷⁸, dentre outros.

Sobre a necessidade de revisão do instituto da responsabilidade justamente para atender à sociedade contemporânea, face às suas mudanças, como necessária resposta a esta, diz Rosenvald:

Na sociedade tecnocientífica contemporânea, a responsabilidade representa o conceito base e integrador da ética e do direito. Isso porque tanto na ética como no direito é precisamente a responsabilidade que objetiva e formaliza conceitos de liberdade e regulação.¹⁷⁹

Partindo da premissa de que a responsabilidade civil pode ser subjetiva, baseada na culpa, nexos causal e dano, ou objetiva, baseada no risco, ou na atividade, a natureza de eventual responsabilidade civil pelo abandono afetivo do idoso é subjetiva.

¹⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

¹⁷⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

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

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 26.

O abandono afetivo é um comportamento omissivo, ilícito porque infringe o dever de cuidado e, se trouxer como consequência um dano extrapatrimonial ao idoso, impõe a intervenção do Estado com o reconhecimento do dever reparatório para garantia da efetivação da proteção da vítima, por imposição dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

Valia nenhuma terá o texto constitucional e mesmo a sua repercussão impositiva, como lei maior, na legislação codificada e nos microssistemas, no que diz respeito à tutela do indivíduo, se esta passa cada vez mais com as mudanças da sociedade a viver sob riscos, incertezas, perigos, medos, necessidades, enfim, fica cada vez mais exposto e vulnerável e não tenha efetivamente protegidos seus direitos enquanto pessoa, enquanto homem, ser humano.

A responsabilidade civil, qualquer que seja a sua função, punitiva, preventiva ou pedagógica, precisa ser revista para atender ao novo contexto normativo pátrio e à sociedade na sua atual forma, de acordo com suas atuais demandas sociais, econômicas e jurídicas¹⁸⁰.

Rosenvald destaca, também, ao dizer sobre a nova conceituação que se faz necessário restaurar, em detrimento da moral kantiana, o conceito jusnaturalista de imputabilidade e que, nesse sentido, empenham-se os civilistas atuais. Segundo o jurista, é imperiosa até a mitigação da culpa como fator determinante ao reconhecimento do dever de indenizar:

[...] abrir espaço para responsabilidade independente de culpa, sob pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, que tendem a ocupar o lugar da culpa, com o deslocamento da ênfase que antes recaía no autor presumido do dano, hoje recai na vítima, e vista da reparação pelo dano sofrido.¹⁸¹

¹⁸⁰ Ainda no dizer de ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 27: “Nesse período assistimos o florescer de todo um arcabouço protetivo da personalidade humana; uma revisão da teoria das incapacidades com destaque para a tutela da autonomia existencial; para a boa-fé objetiva como vetor de confiança nas relações obrigacionais; a funcionalização do contrato e da propriedade; a despatrimonialização da família e a sua conversão de instituição em instrumento de construção do afeto e da privacidade da família.

¹⁸¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

Quer dizer, Rosenvald enfrenta o tema sugerindo a reformulação do conceito, a revisão da culpa e aponta como princípios protagonistas do instituto em razão do novo sistema normativo constitucional e civil, os da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da prevenção e da reparação integral¹⁸².

A par de toda essa nova contextualização legal e doutrinária, num primeiro momento o abandono afetivo quando levado ao Judiciário não encontrava amparo na pretensão de reparação por não se reconhecer ilicitude no ato omissivo de não dar ou prestar afeto. Ao que se concluiu o afeto aqui considerado unicamente como expressão de sentimento de afeição ou de amor.

Foi então que o REsp 1159242 – SP, julgado em 24/04/2012 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do voto da Ministra Nancy Andrighi, abriu as portas ao reconhecimento do abandono afetivo como ato ilícito ao identificar o afeto como dever de cuidado, deslocá-lo do plano do sentimento e dar a este o necessário suporte técnico para adequá-lo como ato ilícito decorrente do comportamento omissivo de não cuidar.

Uma vez reconhecido o cuidado como elemento obrigacional entre os aparentados como espécie do gênero afeto, o nexo de causalidade se firma na constatação do comportamento omissivo por quem tem, enquanto familiar, a obrigação ou o dever de cuidado.

A partir do acatamento do dever de cuidado como obrigação imposta entre pais e filhos e vice e versa, em razão do vínculo familiar, não parece haver maior dificuldade na identificação da presença do nexo de causalidade. A conduta (omissiva) que deu causa ao dano foi a de não atender ao dever de cuidado imposto, no caso concreto, ao filho com relação aos pais idosos.

Em resumidas palavras, vale dizer que o nexo de causalidade consiste na verificação da relação de causa e efeito entre o evento danoso e o ato de alguém, ou ainda, o ato-fato¹⁸³, que se vincule, por igual, a alguma pessoa. Ou, ainda, como

¹⁸² ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral Tomo II*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. P. 372: “Os atos-fatos jurídicos são os que escapam à classe dos negócios jurídicos stricto sensu, dos atos ilícitos, inclusive atos de infração culposa das obrigações,

sintetiza Couto e Silva¹⁸⁴: “O nexo de causa e efeito é o aspecto lógico de verificação da causação do dano.”

Independentemente das diversas teorias existentes sobre o nexo de causalidade, duas se contemporizam: a teoria da causalidade adequada¹⁸⁵ e a teoria da condição ou equivalência. Logo, constatada a possibilidade de que o fato em geral (descumprimento de dever de cuidado) causou o dano ao idoso, o passo seguinte é a valoração do fato para com o resultado (dano) que, destaca-se, não há de ser subjetiva, mas sim objetiva, através da análise do caso concreto. Ou seja, passa-se à averiguação de primeiro, se o descumprimento do dever de cuidado implicou abandono afetivo ao idoso, e, segundo, de qual foi a intensidade ou valoração desse abandono contributiva ao dano. E isso é feito no caso concreto.

A culpa também merece ser analisada, uma vez que a previsão legal do dano moral posta no art. 186 do Código Civil, este como cláusula geral, ao contrário do texto do art. 159 do Código Civil de 1916¹⁸⁶, não faz referência a ela, o que pode dar a impressão primeira de que sua avaliação restou suprimida. Esse entendimento na verdade exigirá revisão de toda a teoria da responsabilidade civil adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é inspirada, desde o Código Civil anterior, no Código de Napoleão e, portanto, fundada no ato ilícito que tem na culpa o cerne de sua natureza.

Por certo, não se pode ignorar a evolução jurídica e social que refletiu também na teoria da culpa para o seu abrandamento, que importou, inclusive, no surgimento

da posição de réu e de exceptuado (ilicitude infringente contratual) das caducidades por culpa, e dos fatos jurídicos stricto sensu. Abrangem os chamados atos reais, a responsabilidade sem culpa, seja contratual seja extracontratual, e as caducidades sem culpa (exceto o perdão). Ainda quando, no suporte fáctico, de que emanam, haja ato humano, com vontade ou culpa, esses atos são tratados como ato-fato.”

¹⁸⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014. p. 186.

¹⁸⁵ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014. p. 186, esclarecendo sobre a causalidade adequada: “Contudo, o que se deve entender por causalidade adequada é a coisa diversa. Tem-se como tal quando o fato ainda que distante, em geral no curso normal das coisas não dever ser consideradas, tenha sido adequado o surgimento de determinado efeito (p. 148)”.

¹⁸⁶ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553. (BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/F5giWA>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

da teoria da responsabilidade objetiva. Porém, como já referido, a responsabilidade aqui abordada é subjetiva, logo, passível de avaliação da culpa que, no entanto, resta consolidada pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de imputar à vítima a necessária demonstração da conduta culposa do agente¹⁸⁷.

De qualquer forma, o grande obstáculo ainda reside na justificada resistência em acolher a afetividade ou o afeto não apenas como um fator da relação familiar havido entre seus membros, mas também como um elemento intrínseco que responde pelo princípio da afetividade e que não assume o caráter único de um sentimento de amor ou afeição, mas também de um dever de cuidado, eis que o afeto, nesse sentido, decorre da solidariedade.

A distinção do afeto sentimento de amor ou afeição e do afeto como dever de cuidado impõe-se como cerne para a admissão do abandono afetivo como infração ao dever de cuidado que é imposto de forma incontestável entre os aparentados pela lei e, por isso, se desatendido importa dever de indenizar.

O reconhecimento de que o dever de cuidado entre os familiares pode até ser ponderado em razão da presença do afeto-amor ou não, mas não pode ser com este confundido e deste dependente para a imposição da obrigação.

Reportando-se ao acervo jurídico e social esboçado anteriormente, em particular quanto à nova temática do Direito Constitucional, do Direito Civil e microsistemas, que têm na dignidade da pessoa humana o pilar estrutural, seguido da solidariedade, da igualdade e da liberdade, somado ao reconhecimento do idoso como vulnerável ou hipervulnerável¹⁸⁸, como membro da família, desta como base da sociedade e, obviamente, detentor dos direitos da personalidade como segmento da dignidade, não há como desconsiderar o desatendimento ao dever de cuidado imposto entre os familiares, como conduta ilícita e danosa.

Além da distinção quanto à natureza formal e conceitual do afeto como sentimento de amor ou como dever de cuidado, há também de se reconhecer que

¹⁸⁷ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 361-399. p. 359.

¹⁸⁸ Aqui considerado vulnerável.

para a imposição do segundo não se faz necessária a presença do primeiro. Nesse sentido, por certo o que efetivamente se impõe é a constatação do vínculo afetivo familiar, ou seja, que se reconheça a existência de identidade de um no outro como familiar, como membros integrantes do mesmo núcleo familiar.

A margem de discussão que esse requisito abre no tocante à imposição da obrigação para fins de reconhecimento de dever indenizatório por descumprimento talvez restrinja o acesso a demandas desta natureza a Corte Superior (STJ), por ser questão de fato¹⁸⁹. A questão pontual, portanto, quiçá excludente do dever de cuidado enquanto familiar, não está no fato de ter o filho recebido este mesmo cuidado devido dos pais, mas sim de ele ter crescido e ter se desenvolvido identificado no núcleo familiar de seu pai, que pretende a indenização, como membro deste.

É nesse sentido que há de se ter rigorosa cautela ao enquadrar a conduta omissiva do filho com relação ao pai como ilícita e para tanto identificar a culpa como elemento necessário ao reconhecimento do dever à reparação indenizatória. Este é o freio necessário ao controle da questão e necessário inclusive para segurança jurídica.

Um pertinente exemplo de como a avaliação da culpa cumpre a função limitadora ao reconhecimento do nexo de causalidade e conseqüentemente da responsabilização indenizatória está na hipótese fática daquele filho que deixou de cuidar do pai em razão do afastamento havido entre ambos por longa data por opção do pai e sem que fosse ao filho possível encontrar ou mesmo estar com o pai. Aqui, se houve abandono e dano, não foi por prática pelo filho de um comportamento omissivo culposo porque injustificável, inaceitável.

O posicionamento de Ghilardi é pelo não cabimento do dever de reparação por abandono afetivo. Porém, a par disso, a doutrinadora reporta-se à cautela quanto à necessidade de identificação da presença de todos os requisitos da responsabilidade civil nessa hipótese, como em qualquer outra que seja objeto de demanda indenizatória:

¹⁸⁹ Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. Disponível em: <<https://goo.gl/aPz7QA>>. Acesso em: 9 nov. 2017.)

Como qualquer outra ação indenizatória, não é possível descurar-se do dever de comprovar os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, a saber, a conduta antijurídica – seja na forma de ação ou de omissão -, a existência do dano, do nexo causal e da culpa.¹⁹⁰

A questão não é singela, muito pelo contrário. Além disso, se não tratada com extremo rigor, com análise criteriosa e profunda do caso concreto, pois pode implicar até via de fomento à exposição do idoso em situação de risco maior e mais danosa que o abandono material e imaterial, como, por exemplo, colocá-lo sob maus tratos.

4.2 O DANO

A conceituação doutrinária primeira que se faz de dano é de lesão a um bem jurídico¹⁹¹, ou seja, é o resultado ou consequência negativa da violação a um bem tutelado pela lei. O Código Civil de 1916 não fazia referência específica quanto ao dever indenizatório decorrente do dano causado unicamente na esfera moral; no entanto, mesmo quando ainda vigente, a discussão na seara doutrinária e nos tribunais estava superada, e a admissão do dano moral como lesão a um bem jurídico e passível de indenização já era uma realidade que, por fim, veio a ser expressa no Código Civil atual através do art. 186¹⁹².

O dano, compreendido pelo tema deste estudo, é o moral, embora possa se vislumbrar hipótese de o abandono afetivo vir a resultar também em dano patrimonial¹⁹³, suposição que não será aqui tratada. Assim, concentrando-se no dano moral, é preciso adentar no seu conceito próprio e reconhecimento de seus requisitos não se

¹⁹⁰ GHILARDI, Dóris. *Economia do Afeto: Análise Econômica no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 220-221.

¹⁹¹ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 361-399. p. 365: “A doutrina, sempre identificou o dano, caracterizado pela lesão a um bem jurídico, como um dos elementos inafastáveis do ato ilícito, sem o qual este não existiria”.

¹⁹² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

¹⁹³ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 285: “Os danos patrimoniais, que decorrem dessa modalidade de abandono devem ser alegados e comprovados – com o que poderão ser indenizados, inexistindo muitas dúvidas a esse respeito. Resta presente a necessidade de ser demonstrar, conforme exposto, a ligação desses danos materiais com o abandono”.

limitando à lógica da contrariedade ao conceito do dano material, isto é: da impossibilidade de apreciação econômica, ou seja, o dano que não é patrimonial é moral¹⁹⁴.

Conceituar o dano moral é tarefa de reconhecida dificuldade não apenas para doutrina brasileira, pois para tanto a premissa primeira a se considerar está na dificuldade ou mesmo impossibilidade de enumerar, de taxar campo ou hipóteses de sofrimento físico ou moral.

De Cupis resume esta afirmação no seguinte dizer:

*Cosicché, se si vuole dare dei danni non patrimoniali una nozione logica e completa, non bisogna limitarli al campo delle sofferenze fisiche o morali, ma concepirli invece in modo da comprendere tutti i danni che non rientrano nell'altro gruppo dei danni patrimoniali: vale a dire che la loro nozione non può essere che negativa.*¹⁹⁵

A doutrina brasileira divide-se quanto ao dano moral em duas basilares linhas: a que sustenta que o suporte legal do dano moral é a Constituição Federal¹⁹⁶ e que, por isso, ele decorre da ofensa aos direitos de personalidade; e a que entende ser o

¹⁹⁴ Esta divisão do dano patrimonial e do dano extrapatrimonial, considerada a primeira divisão, doutrinariamente vislumbra outros critérios, leia-se: ACCIARRI, Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 127: "Outros, em contrapartida distinguem interesses de classe diferente, ainda sobre os mesmos bens. Para primeira posição por exemplo, a honra de uma pessoa poderia se entender como um bem extrapatrimonial. A segunda, ao contrário, entende ser possível diferenciar dentro do direito à honra um interesse patrimonial, que se pode identificar com as derivações patrimoniais da reputação, e um interesse extrapatrimonial, relacionado com as possibilidades subjetivas e a estima social relativamente à vítima, mas em uma dimensão desvinculada de toda geração de mudanças patrimoniais. Para esta corrente um interesse é uma faculdade de atuação ou de desfrute, e um direito pode ter como base um ou mais interesses, ainda que seja, de natureza diversa. Uma terceira posição, de resultados práticos bastante similares à anterior, fala de consequências da afetação. Entende que o que diferencia o dano patrimonial do extrapatrimonial não é o bem sobre o qual recai a incapacidade, senão as consequências dessa afetação sobre diferentes esferas pessoais: se incidem em sua esfera patrimonial, tratar-se-á de dano patrimonial e se o fazem sobre a extrapatrimonial, de um dano dessa natureza. Isto a depender de que o bem afetado possa ser considerado patrimonial ou não.

¹⁹⁵ DE CUPIS, Adriano. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946. p. 32.

¹⁹⁶ Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.)

dano moral expressão de toda e qualquer dor, sentimento ou incômodo que atinja o indivíduo e que não decorra de perda de valor, seja em espécie ou de patrimônio¹⁹⁷.

O dano moral, portanto, é aquele que decorre do ato ilícito que viola o direito à personalidade da vítima e, em razão disso, gera um resultado negativo ao indivíduo. Nesse diapasão, diz Cavalieri Filho que “o importante, destarte, para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter. Uma mesma agressão pode acarretar lesão em bem patrimonial e personalíssimo, gerando dano material e moral.”¹⁹⁸

Justamente em razão dessa subjetividade, que é da natureza do dano moral, os efeitos desta lesão, que são de ordem intrínseca, subjetiva e interna, expressada por sentimentos de dor, tristeza, desgosto etc. (intangíveis, variáveis, incomensuráveis), não carecem de prova¹⁹⁹. Apenas no seu aspecto objetivo, que está em apurar a extensão da lesão, é que se vislumbra a necessidade de prova.

Irretocáveis são as palavras de Moraes, a quem Calderón novamente se reporta, pois exprimem bem a necessidade conceitual do dano moral em silogismo com a tão destacada necessária interpretação do Direito Civil de acordo com os ditames constitucionais e de seu novo paradigma solidário:

Dadas estas difíceis controvérsias em matéria, procurou-se elaborar um conceito de dano moral, que redimensionasse o conceito em vigor, que tomasse distância, embora não completamente, da ideia de sofrimento íntimo da pessoa humana. Assim, em uma leitura civil-constitucional da responsabilidade civil, conclui-se que o dano moral é a violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade ou à solidariedade de uma pessoa humana.²⁰⁰

¹⁹⁷ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 361-399. p. 367 citando Maria Celina Bodin de Moraes, Danos à pessoa Humana: Valoração e Reparação, Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tese de cátedra, pp. 75/80.

¹⁹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 84-85.

¹⁹⁹ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 283.

²⁰⁰ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 284.

Afora, portanto, toda essa concepção conceitual doutrinária e legal do dano moral, pertinente é adentrar na sua compreensão especificamente no Direito de Família, onde além de tudo que foi até exposto, neste ramo do Direito, por ser requisito da responsabilidade civil, justifica-se o apego, de forma mais contundente, à multidisciplinarietà. Para tanto, oportuno destacar o dizer de Aguiar Júnior, ao citar Martins-Costa:

O conceito de dano não é dado, mas construído, modificando-se no mesmo passo em que a comunidade altera sua ideia do que deva ser juridicamente protegido; lembrou a participação da psicanálise, algum tempo atrás, e da Internet, nos dias de hoje, como fatores determinantes da mudança de concepção dos interesses que podem ser violados e, por consequência, do próprio conceito de dano (“Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação”, RT, 789/21).²⁰¹

Nessa linha, Aguiar Junior²⁰² afirma ainda que no Direito de Família, para a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil, a tendência é deixar de protagonizar o elemento fato ilícito para que a preocupação se concentre na reparação do dano injusto, o que desde já sinaliza para a necessidade ainda maior de se investigar a situação fática particular da vítima e do ofensor.

É certo afirmar que este novo pensamento acerca do dano moral é fruto da noção jurídica atual de indivíduo-pessoa e da consideração deste como sujeito titular e principal destinatário do princípio constitucional da dignidade e dos direitos de personalidade tutelados²⁰³.

²⁰¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf Hanssen (coord.) In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 359-372. p. 361.

²⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf Hanssen (coord.) In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 359-372. p. 360-361.

²⁰³ Vide acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 de 29 de maio de 2008, voto do Ministro Ayres Brito, que assim defini o indivíduo-pessoa, aqui referido: “Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu nominalizado registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. Indivíduo-pessoa, conseqüentemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém criacionista ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”. E, ainda, adiante complementa: “É que a nossa

Ao apreciar o dano, para fins indenizatórios, necessariamente haverá de se perquirir minuciosamente o reflexo negativo que o dano causou na vida da vítima e tal análise, que diz respeito inclusive à valoração do dano, é feita de forma objetiva e atenta à situação fática. Quando a parte ofendida é criança ou adolescente a investigação pontual é pela constatação de uma vida malsucedida em razão do dano e, por isso, indenizável. No caso do idoso a pesquisa é quanto às suas condições de vida, isto é, se está em situação de indigência, doente, passando fome, em más condições de moradia, higiene, etc.

É evidente que identificar uma pessoa, idosa ou não, nessa situação de abandono, de descuidado, acima descrita é suficiente para dizer que há dano, físico e psicológico. O ser humano requer e tem direito uma vida digna e ninguém vive dignamente nestas condições. Ao idoso, porém, reconhecida a condição de vulnerável ou de hipervulnerável, o desatendimento a tais necessidades implica dano ainda maior ante a já previamente reconhecida especial situação de fragilidade, de desigualdade, por isso a especial tutela legal conferia aos anciãos.

A hipótese referida, de ponderação acerca do reflexo ou da extensão do dano na vida da vítima, em se tratando do idoso, tem como prisma não vida construída, ou mal construída, a partir do dano, mas sim a vida experimentada a partir deste ou quiçá abreviada. A expectativa que se tem da vida na velhice não é de um futuro próspero, mas sim de um viver tranquilo e digno nos anos finais, no dia a dia, o atendimento às suas necessidades que se inovam e aumentam continuamente.

Assim, a par de ser o dano por abandono afetivo, por descuidado, de natureza moral, porque afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e todos os direitos de personalidade a este afeto, a possibilidade de se reconhecer o dever indenizatório

Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º)". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/G7KB6W>>. Acesso em: 10 set. 2017.)

requer mais do que a sua lógica constatação. Vale aqui lembra o transcrito dizer de Couto e Silva: “o nexa de causa e efeito é o aspecto lógico de verificação da causação do dano.”²⁰⁴

A constatação do abandono, do descuido, implica reconhecimento do dano. Porém, a especulação do seu efeito e extensão é que vai conceituar o dano no caso concreto e implicar ou não o reconhecimento do dever indenizatório. Feita a prova da lesão ao bem jurídico tutelado, o dano já existe. No entanto, para que este dano seja indenizável por um familiar, especificamente um filho do idoso, reclama investigação das particulares circunstâncias que colocaram o idoso na situação de abandono ou de descuido por seus filhos e se essa situação de fato desencadeou no idoso um reflexo negativo, um efeito.

Chama atenção hoje a presença cada vez maior na sociedade de idosos que respondem por um suporte financeiro aos filhos ou netos adultos e que assim mesmo não recebem deles atenção ou cuidado, aliás, não raro são alijados propositadamente do convívio familiar. São os chamados idosos órfãos de filhos vivos²⁰⁵. Por vezes essa situação chega a implicar estado de necessidade financeira ao idoso a partir do comprometimento de seu rendimento em favor dos filhos ou netos.

E mais: essa ajuda financeira que o idoso dá aos filhos e netos, como bem exemplificado por Fraiman, através do pagamento de encargos como escola ou com disponibilização de empréstimo através de créditos consignados com desconto em folha, por vezes ocorre ao arrepio do conhecimento do idoso, que pode já estar com a administração de sua vida pessoal e financeira no controle do filho ou neto.

Esse é um exemplo do quanto a vulnerabilidade do idoso o expõe a situações de risco no próprio seio familiar, daí porque a solidariedade, o respeito e o cuidado que se exige da família estão na escala legal e doutrinária considerados em primeiro plano.

O dano de não atentar à necessidade médica de um pai, de não levar a um médico ou mesmo de providenciar que alguém o faça, de não perceber sua

²⁰⁴ Vide nota 184.

²⁰⁵ FRAIMAN, Ana. *Idosos órfãos de filhos vivos são os novos desvalidos do século XXI*. Revista Pazes, 19 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/dzKeuR>>. Acesso em: 01 out. 2017.

necessidade de ajuda no dia a dia, de não o incluir no convívio familiar, decorre do descumprimento do dever de cuidado, resulta no abandono afetivo. E, ainda, aquele que usa da fragilidade emocional e afetiva, o faz com repugnante requinte e em quaisquer dessas hipóteses não parece aceitável negar o dano, a sua extensão e o incontestável dever indenizatório a ser imposto ao agente ofensor.

Esses exemplos são trazidos como demonstração de que o conceito de dano moral deve ajustar-se não apenas às mudanças sociais, mas também às mudanças normativas e ante às constatações fáticas. O fato específico também se presta à conceituação do dano moral, sua compreensão e adequação legal. No caso do idoso há de ser em conta como premissa geral que a velhice pode ser equiparada à infância ou adolescência em certos aspectos; no entanto, guarda particulares de extrema importância a serem ponderados, como a reduzida expectativa de vida, o aumento diário das dificuldades e das necessidades, a projeção do fim da vida, o medo da morte.

O passar do tempo a partir dos sessenta anos de idade não é de construção e projeção de futuro: é de desejo de bem viver o presente, um dia após o outro. As perspectivas de exercício dos direitos de personalidade são outras. Não se quer dizer que não há futuro a ser considerado, mas sim que não há como apurar o dano e a sua extensão pela projeção de um futuro posto em longos anos, como ocorre quando constatado abandono afetivo da criança ou do adolescente.

O caminho a trilhar com o avanço da idade, inclusive considerado o expressivo aumento da expectativa de vida, é fatalmente mais suscetível a limitações de saúde, de autonomia e independência, física, emocional e psíquica, por isso, como dito por Macena de Lima e Freire de Sá²⁰⁶, “ao longo desses caminhos muitos bens jurídicos da personalidade podem ser postos em riscos ou efetivamente vulnerados”.

É o passar por anos finais de vida com as restrições físicas, psíquicas e por vezes financeiras, ainda, sem o suporte afetivo dos filhos, aos descuidados dos filhos, sem a solidariedade familiar, que identifica o dano. E pode ser ainda pior, pois essa

²⁰⁶ MACENA DE LIMA, Taisa Maria; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Ensaio sobre a Velhice*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 8.

situação, conforme o caso, pode implicar o desenvolver ou o agravamento de uma patologia no idoso.

O efeito do dano é nexos de causalidade objetivo, pois o dano moral guarda em si o nexos subjetivo que decorre do sentimento negativo experimentado, no tema deste estudo, pelo abandono afetivo. É importante essa consideração para se superar a ideia de que apenas na constatação de uma consequência objetiva e externa, como manifestação ou agravamento de uma doença, é que se reconhece o dano. Há nuances entre a constatação de um efeito tão explícito e notório, como o desenvolver de uma doença, que efetivamente somente serão reconhecidas em casos particulares se levados aos Tribunais.

A função do nexos de causalidade, especialmente quando o dano é de natureza moral, em razão da sua carga de subjetividade e da dificuldade de constatação de seu efeito negativo porque está no íntimo da vítima, é de analisar no caso concreto através das provas carreadas nos autos a repercussão do dano no ofendido²⁰⁷.

O Estatuto do Idoso dispõe no art. 10, § 2º²⁰⁸ sobre o direito de respeito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral do idoso e inclui neste a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, espaços e objetos pessoais, todos, direitos da personalidade, e alguns não constam do Código Civil. Freitas Junior²⁰⁹ aponta o direito de respeito previsto no Estatuto como responsável pelo reconhecimento de dever indenizatório por dano moral

²⁰⁷ CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexos de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33: “O nexos de causalidade resulta, portanto, do raciocínio que reduz o geral para o concreto: decorre do que as provas demonstram ter ocorrido no caso particular, considerando o que a lei de cobertura determina em abstrato”.

²⁰⁸ Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.)

²⁰⁹ FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação*. 3. ed. atual. conforme Lei 12.899/2013. São Paulo: Atlas, 2015. p. 52: “A inviolabilidade psíquica envolve qualquer conduta, omissa ou comissiva, que cause perturbação ao idoso, quer provenha de pessoa física ou jurídica, bem como de entes públicos ou privados. Já decidiu, assim ser passível de indenização por danos morais a aplicação, ao idoso, de multa de trânsito cujo respectivo auto de infração foi considerado nulo (...);”

causado ao idoso reportando-se a decisão proferida na Apelação Cível 20050111376030 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal²¹⁰.

Ao dizer, assim, que o dano decorre da violação de um direito da personalidade que é um segmento do princípio da dignidade, se faz em adesão à teoria pluralista dos direitos da personalidade²¹¹, ou seja, considera-se que estes não se esgotam naqueles expressamente referidos no Capítulo II, do Título I, do Código Civil²¹², pois a técnica legislativa brasileira permite o reconhecimento de direito da personalidade também em outras disposições normativas que decorrem de normas gerais de proteção à pessoa, sejam estas constitucionais ou infraconstitucionais²¹³.

A dignidade da pessoa humana é o valor absoluto reconhecido inclusive fora do âmbito do Direito. Neste, por sua vez, é o supra princípio e do qual decorrem todos os demais princípios e disposições legais. A função, portanto, do *status* atribuído à dignidade da pessoa humana como destacado por Pereira²¹⁴, em referência a Ingo

²¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20050111376030. Apelante: José Teófilo Maia. Apelado: Metrô Companhia do Metropolitano do Distrito Federal. Relatora: Desa. Carmelita Brasil. Brasília, 18 jul. 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/36Juuv>>. Acesso em: 30 out. 2017.

²¹¹ FIÚZA, César. Direitos da personalidade. In: Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: âmbito-juridico.com.br. Acesso em: 04 dez. 2017: “Segundo os monistas, os direitos da personalidade, assim como o direito de propriedade, é uno. Assim, não haveria direitos da personalidade, mas um direito geral de personalidade, com vários desdobramentos, estes regulados pela lei (Código Civil, Penal, Constituição etc). Quando se fala em direito à vida, à honra, à saúde, não se está referindo a vários direitos distintos da personalidade, mas a desdobramentos de um único direito geral. Isto se dá porque a pessoa humana é uma. Seus interesses acham-se todos interligados, sendo facetas de um mesmo prisma. De acordo com os pluralistas, os direitos da personalidade são vários, correspondendo cada um a uma necessidade ou exigência distinta. Assim, embora a pessoa seja una, suas necessidades são diversas. A necessidade de viver é diferente da necessidade de viver com honra; a necessidade de um nome é diferente da necessidade de viver com saúde e assim por diante. Assim, diante das diversas necessidades, temos diversos bens para satisfazê-las. Daí os diferentes direitos da personalidade, considerados bens jurídicos, de natureza incorpórea.”

²¹² Código Civil de 2002 dos artigos 11 ao 21.

²¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 119: “Isso significa Direito que se reduz à regra, obra passível de crítica porque suprime a ideia mais ampla de direito e a existência de um sujeito que não é criado e não se contém na previsão normativa. O sujeito extrapola e precede a previsão normativa. Refuta-se esta negação, quer no plano da teoria do direito, quer nos direitos contratuais; admite-se o direito subjetivo, mas este, ao ser admitido, apresenta-se numa diferenciada configuração. Uns são tidos como direitos subjetivos impróprios, também chamados de protestativos. E outros, num quadrante bem diferenciado, são os direitos personalíssimos. Ambos ligados à expressão do ser humano.”

²¹⁴ PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado e o direito de respeito. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 488: “Vale lembrar que a ‘a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhecer, já que constitui dado prévio no sentido de pré-existente e anterior a toda experiência especulativa’. Ingo Sarlet refere-se também à dupla função do princípio da dignidade humana. Em sua função defensiva, encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo

Sarlet, é dupla, isto é, impõe normas que dispõem sobre direitos subjetivos com proibições à violação da dignidade e também impõe condutas positivas cujo escopo é de proteção e promoção da dignidade.

O reconhecimento do dever de cuidado decorre do princípio da solidariedade. A Constituição Federal, no seu art. 5º, §2º, prevê expressamente que direitos e garantias expressos em seu corpo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, daí porque Roberta Tupinambá²¹⁵ sugere que o cuidado deve ser reconhecido como componente significativo das regras vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e clama por isso aos Tribunais Pátrios ao ponto de sugerir o reconhecimento do cuidado até como um subprincípio do princípio da dignidade humana.

A compreensão da dimensão do dever do cuidado e de sua primazia impositiva entre os familiares, ainda mais para aqueles que estão em condição de vulnerabilidade, como o idoso, atribuiu noção exata e justa ao quanto o descumprimento deste dever causa dano ao ofendido que, no caso é o pai ou da mãe, idoso, debilitado, doente, desprotegido, carente, isolado, mesmo tendo filhos e netos próximos.

O cuidado, no brilhante dizer de Pereira, é “parte integral da vida humana, envolvendo um processo eminentemente interativo, dinâmico e criativo reflete interesse e solidariedade. Aquele que é, será cuidado.”²¹⁶

4.3 O AGENTE OFENSOR E O NEXO DE IMPUTAÇÃO

(não violação da dignidade); em sua função prestacional, o princípio impõe condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade.

²¹⁵ Roberta Tupinambá, O cuidado como Princípio Jurídico nas relações familiares. In: O cuidado como valor jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 357/358, citada por PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado e o direito de respeito. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 489.

²¹⁶ PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado e o direito de respeito. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 489.

Demandar contra familiares é, sem dúvida, razão que aprofunda o sofrimento já desencadeado pelo abandono. Esse é um ponto de entrave para levar a questão à apreciação judicial, pois a “opção” pela demanda é também a “opção” pelo litígio, e a consequência mais drástica e lógica é o rompimento definitivo do vínculo afetivo ou quiçá o cumprimento da obrigação de forma ainda mais danosa.

A situação do idoso contrapõe-se à do menor no sentido de que este, com o passar do tempo, avança para o estado de independência, enquanto aquele evolui para o estado de dependência cada vez maior. Quer dizer, a necessidade de amparo do menor se vislumbra como passageira com o implemento da maioridade civil ou escolar, enquanto que a do idoso não.

Esses são apenas dois pontos dentre inúmeros outros que se mostram pertinentes de ponderação, pois demandar contra familiar é doloroso, bem mais que contra qualquer outra pessoa, e a judicialização do problema, havendo ou não reconhecimento de dever indenizatório, ao certo terá como consequência justamente a consolidação da situação de abandono, tanto de amor como de cuidado, embora indenizado. É, portanto, uma decisão que requer extrema reflexão por parte do idoso.

A par disso, há de se considerar, ainda, a hipótese de o idoso ter subtraída sua capacidade civil reconhecida por interdição, seja total ou parcial. Se for o caso, o pleito indenizatório depende, para fins de ajuizamento, da iniciativa do curador, que pode ou não ser um familiar.

A curatela é conferida à pessoa estranha à família apenas na hipótese de impossibilidade de todas outras indicações legais²¹⁷, que se reportam sempre àqueles com vínculo de parentesco. O exercício do múnus confere ao curador, nos termos do art. 1.778 do CC, autoridade sobre a pessoa e bens do interdito. Constatado o abandono afetivo do idoso, portanto, compete ao seu curador, no exercício do encargo, decidir pela judicialização da situação para fim indenizatório.

A delicadeza da questão a ser posta em juízo passa também pela constatação da situação do idoso e sua qualificação como de abandono afetivo ou não e ainda da identificação e apontamento do agente ofensor. Um filho, dois ou todos?

²¹⁷ Art. 1.775, §3º do Código Civil Brasileiro;

Alves, quando Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), afirmou: “Diz-se abandono afetivo inverso a “inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”. ”²¹⁸

Cuidar uns dos outros é conduta exigível para efetivação da solidariedade e da dignidade humana. Uma vez reconhecidos estes como princípios de uma sociedade, essa obrigação está acolhida e imposta aos seus membros. A família é o primeiro núcleo social do indivíduo, seu primeiro local de agrupamento, de convívio, por isso o cuidado entre seus membros lhe é inerente.

Assim, o cuidado é conduta elementar ao exercício da solidariedade e inequivocamente não apenas esperada, mas imposta a todos, especialmente entre os familiares, especialmente entre pais e filhos. O não exercício deste dever numa família por um de seus membros com relação aos demais é uma infração, quanto a isto não há dúvida. Porém, o ato infracional cometido por um membro poderá ou não implicar em dano moral indenizável, pois como aqui demonstrado, a extensão desse dano, o efeito desse dano haverá de ser a colocação do idoso em situação de abandono, de descuido, carregada assim, de todas as suas consequências negativas.

Há, no entanto, situações em que mesmo não sendo cumprido o dever de cuidado por um filho aos pais idosos este ato omissivo implica dano moral abstrato, porém, não indenizável, eis que de ténue efeito negativo ou mesmo efeito somente moralmente reprovável. E há também hipóteses em que não ocorrem tais efeitos ou consequências negativas passíveis de indenização porque a ausência de cuidado por um dos filhos é suprida por outro ou outros ou mesmo por terceiros.

Mais uma vez é a situação fática particular que terá que ser analisada para verificar se a situação posta é de abandono afetivo, é de descumprimento ao dever de cuidado e quem deveria ter atendido a esta obrigação e não o fez, pois pode-se constatar que apenas um filho praticou o ato omissivo, apenas ele é o ofensor, ou não, dependerá do caso concreto.

²¹⁸ ALVES, Jones Figueiredo. O Direito dos Idosos. *Revista do IBDFAM*, ed. 02, ago. 2013. p. 11.

A ausência do familiar na medida aceitável à sua rotina ou ainda a não presença na intensidade desejada ou esperada pelo idoso não se confundem ou implicam abandono. O descuido voluntário, negligente por semântica e natureza, é que redundaria na falta de assistência, de zelo, de cuidado e, assim, reconhece o abandono afetivo.

Por vezes o idoso pode estar abandonado por um filho, porém, recebendo do outro todo cuidado que necessita, logo ele não está em situação de abandono. O filho que deixa de assistir o pai, nessa hipótese, pode ser identificado como agente infrator; no entanto, a sua conduta não implica dano moral com efeito negativo passível de gerar dever indenizatório, por ausência de causa e feito, de nexo de causalidade.

Quanto ao nexo de imputação, por outro lado, pode-se identificar que a conduta do filho ofensor importa em abandono afetivo, expõe o pai ou a mãe a essa situação de abandono, mesmo recebendo cuidados de outro filho, pois tais cuidados são insuficientes ao cuidado integral que o idoso requer e isto por razões diversas (como falta de recursos financeiros, tempo etc.).

Os efeitos negativos da conduta danosa do filho ofensor são minimizados em face da conduta do outro filho que, mesmo de forma insuficiente, na medida de sua possibilidade, atende parcialmente ao pai ou à mãe idosa. A imputação então quanto ao dever indenizatório caberá apenas àquele que se abstrai ao cumprimento do dever de cuidado, isto se efetivamente a sua conduta omissa importar em situação de abandono afetivo com identificação de todos os demais requisitos, pois não se pode reconhecer dever indenizatório pela possibilidade de um cuidado maior ou melhor, isto seria o mesmo que reconhecer situação de abandono afetivo parcial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inobservância aos reconhecidos direitos dos idosos, a partir da Constituição Federal estendidos a todas as demais disposições legais que, direta ou indiretamente, se prestam à garantia destes, implica ilícito civil passível de ser indenizado.

O especial olhar ao indivíduo reclamado de forma contundente a partir da Segunda Guerra Mundial, com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um princípio maior, respondeu por profunda transformação do Direito Constitucional, primeiro, e especialmente na Europa, mas também no Brasil.

Considerada a realidade política nacional, após duas décadas sob a égide de uma Constituição promulgada sob um regime militar, sobreveio a Constituição Federal de 1988, uma Constituição Democrática, que trouxe consigo o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor a todo o ordenamento jurídico nacional.

A inadmissão de incompatibilidade de qualquer dispositivo legal com a Constituição Federal respondeu pelo processo de constitucionalização do Direito Privado. Encurtar a distância entre o Direito Público e o Direito Privado foi de suma importância para que esta nova concepção social e jurídica, pautada na tutela do indivíduo, de acordo com o fundamento da Constituição Federal através da dignidade da pessoa humana, adentrasse visceralmente no Direito pátrio.

O carregamento dos princípios constitucionais à legislação ordinária e codificada, dado o caráter normativo destes, especialmente dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, importou a releitura do Direito Civil, que tem agora na solidariedade o seu paradigma.

Paralelo a isso, a família, como base da sociedade e primeiro núcleo social do indivíduo, também é afetada pelas transformações sociais vindas com o passar do tempo. Viu-se a inserção da mulher no mercado de trabalho, o aumento do número de divórcios, a necessidade de redistribuição das tarefas e funções no núcleo familiar, para citar alguns fenômenos sociais que a atingiram. Arranjos familiares surgidos a partir de todo este novo ambiente levaram ao reconhecimento do modelo atual da família, que é eudemonista.

Assim, a releitura do Direito de Família foi decorrência lógica e necessária à sua adequação à realidade social e jurídica. É na família, como restou colocado, que o indivíduo tem sua primeira experiência de agrupamento e onde primeiro se reconhece como um ser social, que precisa do outro para sua sobrevivência. Sendo assim, as normas que dispõem sobre as relações familiares e seus conflitos têm que estar compatíveis com todas as mudanças sociais e jurídicas que sobre estas repercutem.

O Direito Civil foi especialmente revisto, pois a fraternidade deixou de ser o modelo a ser seguido, até em razão de sua ingerência moral e, por outro lado, a solidariedade assumiu este padrão. É a solidariedade, dentre os princípios jurídicos do sistema atual, que melhor instrumentaliza a realização da dignidade da pessoa humana, por isso seu status paradigmático.

O Direito de Família, enquanto segmento do Direito Civil, acompanhou toda essa nova concepção. E os direitos dos idosos, no que discorrem sobre direitos e obrigações afetos à família, também foram, assim, revistos ou incrementados a partir da Constituição Federal, dentro deste novo conceito sistêmico. Todo esse processo foi aqui contemporizado em face do idoso, não apenas enquanto membro da família, mas principalmente porque é a esta que incumbe, de acordo com o escalonamento legal destacado, a obrigação assistencial primeira, inclusive imaterial.

A respeito da vulnerabilidade do idoso, mostrou-se que a origem da condição está nas limitações inerentes ao avanço da idade, que agem no físico e no psíquico. O despertar a sua percepção, por sua vez, enquanto movimento social adveio do expressivo aumento da população idosa, constatado estatisticamente inclusive. Faz sentido, é relevante e necessário, portanto, a especial proteção dispensada ao indivíduo idoso, seja pelo fenômeno jurídico que a nova tutela ao indivíduo requer, seja pelo fenômeno social do aumento da população idosa e, por ambas as hipóteses, especialmente pela condição de vulnerável a estes reconhecida.

Na família eudemonista o afeto passa de apenas um fator para elemento essencial: é em razão deste, para se ter noção de sua dimensão, que famílias passaram a ser formadas de fato e a serem reconhecidas judicialmente. O afeto responde hoje, por exemplo, pelo reconhecimento de vínculos fáticos e legais de

filiação, com toda bagagem de direitos e obrigações que destes decorrem, seja para assistência material ou imaterial. Daí porque alguns juristas familistas reconhecem no afeto um princípio do Direito de Família, decorrente da solidariedade e quiçá por isso um princípio intrínseco da Constituição Federal.

Essa abordagem do afeto impôs o alargamento de seu conceito com a recepção ou inserção do cuidado como norma de conduta solidária, o que aprofunda a sua concepção de expressão ou manifestação de sentimento de amor tão somente. A percepção conceitual do afeto hoje compreendida pelo dever de cuidado é essencial para a afirmação deste último como obrigação imposta aos membros da família entre si, fruto da efetivação da solidariedade.

Dessa forma, a sintonia que se impõe do Direito com os fenômenos sociais não ocorre no mesmo tempo, de forma imediata e conjunta, porém, se o Direito não avança para se moldar e atender a essas mudanças, perde a sua mais relevante função, que é regular a vida em sociedade e seus inerentes conflitos. Nesse sentido, o multiculturalismo, como forma de convivência necessária à humanização do direito, é um instrumento social que contribui para a realização da igualdade ao longo do trabalho invocada em seu formato revisto a partir da desconstrução do sujeito como único, autossuficiente e igual, sem atenção às suas diferenças.

O descumprimento do dever de cuidado dentre essas circunstâncias sociais e jurídicas se faz reconhecer como conduta omissiva ilícita a partir do abandono afetivo. Hoje a dispensa de afeto é também a dispensa de cuidado e para isso não se exige a presença do afeto como sentimento de afeição ou amor e sim como sentimento de solidariedade. A concepção do ato ilícito assim feita – abandono afetivo por infração ao dever de cuidado – é porta de entrada para se cogitar e justificar a hipótese de reparação civil. É nisso que consiste abandonar afetivamente, é deixar de cuidar, esse é o ato ilícito.

Ser solidário, praticar a solidariedade com a carga normativa que ela adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro, é cuidar, independentemente de sentimento de amor ou afeição.

Concluiu-se que a construção do pensamento acima, pode se mostrar fundamentada axiologicamente e juridicamente para se reconhecer a infração ao

dever de cuidado como abandono afetivo e ato ilícito, com base e em razão de todo suporte que a ciência do Direito disponibiliza ao operador. No entanto, a partir do ato ilícito, a identificação da presença dos demais requisitos que integram o instituto da responsabilidade civil, revistos de acordo com a especialidade que sua aplicação impõe numa relação familiar, é tarefa relegada ao fato em concreto.

E é este o ponto de divergência, o entrave maior para aceitação do tema proposto. Talvez seja isso que responda por todo debate o doutrinário presente e pela resistência dos Tribunais pátrios em acolher pretensões indenizatórias por abandono afetivo, mesmo da criança e do adolescente, guardadas as suas diferenças com o do idoso, que hoje são os casos mais presentes no judiciário.

A judicialização de uma situação de abandono afetivo para o fim específico de reparação civil requer a cautela geral que se tem em invadir as relações familiares, mesmo reconhecido o fenômeno da transposição das normas de Direito Privado, do Direito Civil e do Direito de Família ao texto constitucional. A intervenção do Estado nas relações privadas, especialmente familiares, a par do processo de constitucionalização do Direito Civil, ainda está sujeita a fundadas limitações.

Afora que a natureza do dano aqui posto é moral, pois afeta a integridade psíquica da vítima que se assenta na esfera íntima do ser. Este é o bem jurídico tutelado, o dano não é patrimonial, não tem expressão econômica, por isso, sua presunção quanto à ocorrência tem carga objetiva ante a dificuldade de sua percepção. No entanto, a implicação, a avaliação e a mensuração do dano e de seus efeitos, para imposição do dever de reparação, é de caráter subjetivo, ou seja, passível de prova quanto à culpa.

É nesse sentido que a análise dos requisitos nexos de causalidade e culpa há de ser feita casuisticamente, a par do suporte legal e doutrinário que assistem afirmativamente para o reconhecimento do abandono afetivo por infração ao dever de cuidado e conseqüente dever de reparação. Essa constatação, no entanto, corrobora com o entendimento de que a hipótese indenizatória proposta ao tema é possível, mas requer inevitavelmente profunda e cautelosa apreciação dos fatos postos na causa.

Prescindirá também de pontual estudo da situação fática para identificação do agente ofensor, do seu comportamento e da carga de responsabilidade deste na

efetivação para dano para atender ao requisito do nexo de imputação. A singeleza desses requisitos responde ainda mais pela polêmica que envolve a questão do abandono afetivo do idoso e que o difere da hipótese de abandono da criança ou do adolescente.

Quando o confronto é de uma situação de abandono afetivo da criança ou do adolescente, quase que de forma instantânea verifica-se que o agente ofensor é o pai ou a mãe, ou ambos. Com relação ao idoso esse passo é mais complexo, pois não raro o idoso tem mais de um, ou de dois filhos, é cuidado somente por um, ou por dois, ou por nenhum, enfim, abre-se um leque de realidades diversas e identificar o agente ofensor no caso do ancião é por certo mais difícil.

Dizer que o idoso está em situação de abandono afetivo, aos descuidados, e apontar, por vezes, dentre todos os filhos apenas um como responsável ou mais de um dentre muitos, excluindo outros, é uma tarefa árdua que também invade a seara fática de forma contundente, assim como invade provavelmente a intimidade de todos os membros da família.

Reconhecer e conhecer em particular a composição familiar, a sua sistemática, a forma como esta opera na distribuição das funções entre seus membros, é um caminho a ser traçado com muita atenção. Somente assim é que se fará condecoração do agente ofensor e a sua conseqüente legitimidade passiva para responder pelo dano moral causado à vítima idosa com risco de imposição do dever indenizatório.

Além da referida diferença que se apresenta na avaliação dos efeitos do dano, no abandono afetivo da criança ou adolescente e no do idoso, pondera-se também de forma diversa o momento e vida deles, pois são absolutamente diversos e opostos. Enquanto a vida da criança e do adolescente é avaliada numa perspectiva de futuro longo, de construção, a do idoso é pautada no presente, na proximidade do fim. A implicação dessa divergência também há de ser sopesada no caso concreto, inclusive com suporte multidisciplinar, especialmente sociológicos e psicológicos, dentre outros.

O fundado receio quanto ao reconhecimento do abandono afetivo do idoso como ato ilícito passível de causar dano indenizável venha a gerar uma instabilidade jurídica às relações familiares é outra causa colaborativa à rejeição da viabilidade da

reparação civil. Quiçá, inclusive, pela possibilidade de que possa provocar crise ou enfraquecimento da família, núcleo base da sociedade, no entanto, quando há o abandono afetivo de um filho ao pai, por exemplo, a reprovação dessa conduta pelos demais que não compactuam com ela ao certo responderá pelo que virá quando o idoso morrer, principalmente se deixar herança.

Em contraponto a este argumento contrário ao dever indenizatório encontra resposta na lei, pois a rejeição do sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal é, essencialmente, a toda e qualquer conduta que afronte a dignidade da pessoa humana, que afronte a solidariedade que foi acolhida pela sociedade como princípio essencial à sua manutenção, ao convívio entre seus membros e a sua prática iniciada na família.

Assim, a imposição de comportamento solidário entre os membros de uma família uns para com os outros, os pais com relação aos filhos e vice-versa, tem previsão expressa legal com carga coercitiva efetiva, pois toda e qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana e, particularmente, ao indivíduo que, no caso, em razão da idade, é reconhecido como vulnerável importa ato ilícito e dano, tem causa e efeito, ligados entre si.

Dessa forma, o que o estudo propõe é que o abandono afetivo do idoso enquanto infração ao dever de cuidado seja reconhecido como passível de reparação de civil quando casuisticamente for possível apurar que o descuido foi praticado, que disto resultou um dano, que este somente houve em razão do ato e seus efeitos, por extensão, peso e culpa, justificam e até impõem o reconhecimento do dever indenizatório ao agente ofensor.

A delicadeza que o trato da questão desperta é incontestável, porém, não serve à rejeição sumária da possibilidade, uma vez que o sistema jurídico comporta a sua recepção, mesmo que dependendo do estudo do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ACCIARRI, Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil no direito de família. In: MADALENO, Rolf Hanssen (coord.) In: WELTER, Belmiro Pedro (coord.) *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 359-372.

ALMEIDA, Bruno Rotta; KREUZ, Débora Strieder. Comentários sobre o processo de concretização dos pilares da justiça de transição no Brasil. In: ALBERNAZ, Renata O.; GOMBAR, Jane; HENKES, Silvana L. (org.). *A efetividade do direito e a vulnerabilidade social: a situação atual da legalidade e da jurisdição na superação da desigualdade*. Pelotas: UFPel, 2014.

ALVES, Jones Figueiredo. O Direito dos Idosos. *Revista do IBDFAM*, ed. 02, ago. 2013.

ARAÚJO, Alyne Menezes Brindeiro de. Dignidade da Pessoa Humana e Proteção Efetiva dos Direitos na Constituição Federal. In: OLIVEIRA, José Carlos de (org.). *Estudos de Direitos Fundamentais*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

ARENT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ÁVILA, Humberto A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, jul. 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. *Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 6. ed. rev., ampl. e atual. com a lei da arbitragem (9.307/96). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. Ensaio sobre o cuidado e o direito de ser. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. Família: a célula mater da sociedade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *Direito social & justiça social*. São Paulo: Atlas. 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONFANTE, Pietro. *Instituzioni di diritto romano*. 4. ed. riv. e acc.. Milano: Casa Editrice, 1907.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <<https://goo.gl/ydme5d>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. *Constituição (1937)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <<https://goo.gl/jrs3To>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <<https://goo.gl/QRc5Az>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967). Disponível em: <<https://goo.gl/qzpbyp>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/4i8Xbb>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BRASIL. Decreto n. 4.227, de 13 de maio de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/YGYjeQ>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 5.109, de 17 de junho de 2004. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/kdQwhB>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 6.800, de 18 de março de 2009. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/w4vsRM>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/wvqZcg>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/XtVcXP>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/K5gnzL>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/3sU3ck>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.008, de 29 de julho de 2009. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/pA2hoy>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/fhQ3zw>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Planalto*. Disponível em: <<https://bit.ly/1Vojl3i>>. Acesso em: 02.dez.2017

BRASIL. Lei n. 13.466, de 12 de julho de 2017. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/uk1jcR>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/FSGiWA>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/jJNAz6>>. Acesso em: 08 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/tyraXv>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/Lytkbc>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/H5ffUi>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/iosCuZ>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. *Planalto*. Disponível em: <<https://goo.gl/1usVp8>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social e da Saúde. *Portaria Interministerial MS/MPAS N. 5.153/99*. Disponível em: <<https://goo.gl/dv3yLq>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Pessoa Idosa: dados estatísticos*. Disponível em: <<https://goo.gl/weFB4s>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 470 de 2013. *Senado Federal*. Disponível em: <<https://goo.gl/gTBNiD>>. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242/SP. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrida: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p4Q38G>>. Acesso em: 08 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrida: Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 17 abr. 2007. Disponível em: <<https://goo.gl/xAjuUc>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 775.565/SP. Recorrente: Roberto Wagner de Souza. Recorridos: Francisco de Souza Filho e Outro. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 13 jun. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/bP25Gi>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. Disponível em: <<https://goo.gl/aPz7QA>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/G7KB6W>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Voto. Disponível em: <<https://goo.gl/ygogCn>>. Acesso em: 23 out. 2017.

CAHALI, Francisco José. *Curso Avançado de Direito Civil*. v. 6. Direito das Sucessões. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. 2. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *“Custos dos Direitos” e reforma do estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade o paradigma ético do direito contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CARPES, Artur Thompsen. *A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CARVALHO, Ana Sofia; GRACIA, Jorge. Dignidade e direito ao cuidado: uma reflexão para uma futura declaração universal dos direitos humanos das pessoas idosas. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das Famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Lavras: UNILAVRAS, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DE CUPIS, Adiando. *Il Danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.

DIAS, Isabel. *Sociologia da Família e do Gênero*. 1. ed. Lisboa: PACTOR – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, 2015. p. XII.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20050111376030. Apelante: José Teófilo Maia. Apelado: Metrô Companhia do Metropolitano do Distrito Federal. Relatora : Desa. Carmelita Brasil. Brasília, 18 jul. 2007. Disponível em : <<https://goo.gl/36Juuv>>. Acesso em: 30 out. 2017.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria e HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 2010.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMA, Maria Victoria e HERRERA, Marisa. *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 2010.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Desafios e perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira, CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 423-443.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARACO, Luciane. Os princípios constitucionais do direito de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, p. 227-242, nov. 2014.

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

FIÚZA, César. Direitos da personalidade. In: Âmbito Jurídico.com.br. Disponível em: âmbito-juridico.com.br. Acesso em: 04 dez. 2017

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *O código civil e o novo direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FRAIMAN, Ana. *Idosos órfãos de filhos vivos são os novos desvalidos do século XXI*. Revista Pazes, 19 set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/dzKeuR>>. Acesso em: 01 out. 2017.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-118.

GHILARDI, Dóris. *Economia do afeto: análise econômica do direito no direito de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GOVERNO DO BRASIL. *Em 10 anos, cresce número de idosos no Brasil*. 02 dez. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/49acif>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Necessidades Humanas, autonomia e o direito à inclusão em uma sociedade que se realiza pela interculturalidade e no reconhecimento de uma justiça do bem estar. In: GRINOVAR, Ada Pellegrini; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo Cesar Vicente de; IENNACO, Rodrigo (org.). *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos. Além da obrigação legal de caráter material. *Revista do Tribunal Regional Federal 3. Região*, São Paulo, n. 78, p. 119-158, jul./ago. 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

HONNETH, Axel. *O Direito da liberdade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Malheiros, 1998.

MACENA DE LIMA, Taisa Maria; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Ensaio sobre a Velhice*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 101, p. 111-152, jan. 2006.

MARQUES, Claudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.

MARQUES, Claudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Autonomia dos vulneráveis no direito privado brasileiro, em Autonomia no Direito. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Hrsg.). *Autonomie im Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107-149.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<https://goo.gl/DGe8gc>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. A dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.). *Direito social & justiça social*. São Paulo: Atlas. 2013.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 90, n. 326, p. 21–31, abr./jun. 1994.

NORONHA, Carlos Silveira. Repensando a tutela dos direitos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 32, p. 76-97, nov. 2014.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha. *Sociologia do Direito: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Tania da Silva. O cuidado e o direito de respeito. In: PEREIRA, Tania da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). *Cuidado e o direito de ser: respeito e compromisso Projeto Brasil/Portugal – 2017/2018*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 355-398.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. v. I. Direito Matrimonial. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. v. III. Parentesco. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado – Parte Geral Tomo II*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. 2005. Disponível em: <<https://goo.gl/Rnv5Zw>>. Acesso em: 04 dez. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *A parte Geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1-34.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XV-XXXIII.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo José Mendes (coord.). *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 361-399.

UNITED NATIONS. *Resolution 37/51, from 3 dec. 1982 on the Question of Aging*. Disponível em: <<https://goo.gl/nctXcy>>. Acesso em: 11 maio 2017.

UNITED NATIONS. *Second World Assembly on Ageing*. Disponível em: <<https://goo.gl/Mct6ij>>. Acesso em: 08 maio 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Novo Código Civil: Texto Comparado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VIEIRA, Jair Lot (ed.). *Estatuto do Idoso: Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: EDIPRO, 2013.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VITA, Álvaro. *O Liberalismo Igualitário: Sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: O Novo Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZANNONI, Eduardo A.; BOSSERT, Gustavo A. *Manual de Derecho de familia*. 6. ed. actual. Buenos Aires. Editorial Astrea, 2004.