

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

Ana Lúcia Alves Feliciani

O DIREITO DO IDOSO À FAMÍLIA

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 obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha

Porto Alegre
2011

Dedico esse trabalho ao meu pai, Vit3rio Leomar Feliciani (*in memoriam*),
exemplo de honestidade e retid3o, e que me ensinou o caminho do bem.

AGRADECIMENTOS

Ao pensar em todas as pessoas que me auxiliaram na realização deste trabalho, cada qual ao seu modo e ao seu tempo, seria necessário listá-las, e ainda assim correria o risco de um indelicado e indesejável esquecimento.

No entanto, antes de qualquer consideração, agradeço, inicialmente, a Deus por ter me permitido concretizar esse estudo.

Meus agradecimentos ao meu orientador, Prof. Carlos Silveira Noronha, a quem admiro por sua força, disposição, lucidez e gosto pela vida acadêmica, e por ter-me oportunizado a realização dessa dissertação.

Agradeço também ao Dr. Antonio Cezar Lima da Fonseca, Procurador de Justiça a quem assessoriei por mais de oito anos, e que foi uma das pessoas que mais me incentivou a trilhar esse caminho e a sempre buscar a realização de meus objetivos.

Ao colega Marcus Vinícius Madeira sou grata também, pelo apoio, troca de idéias, indicação de bibliografia, críticas, bem como pelas tantas conversas que sempre visaram buscar e aperfeiçoar este trabalho.

Agradeço também à Rosmari e à Denise, do Programa de Pós-Graduação em Direito, pelo acolhimento e carinho com que sempre fui recebida, especialmente em momentos em que parecia impossível conseguir êxito nas mais diversas dificuldades encontradas no curso de um mestrado acadêmico.

Ao colega Silvio Batello, com quem tive tanto contato especialmente no início do mestrado, e que muito me apoiou no ingresso dessa jornada com seu incessante incentivo, meu muito obrigada.

Ao professor Ricardo Antonio Lucas Camargo, devo muito, pois com ele muito aprendi em diminuto tempo, dada à sua singular capacidade de ensinar e orientar. O professor Ricardo Antonio Lucas reúne em si o conhecimento, a sabedoria e a dedicação necessários à excelência da pesquisa científica.

À minha querida filha, Letícia, que tanto me ensina com sua juventude, meiguice e determinação; ao meu querido Gilberto, por sua paciência inesgotável e por seu amor, que me nutre e ampara nos momentos difíceis, e que me recobrou a força para continuar nas vezes em que pensei não mais poder prosseguir nessa caminhada; à minha mãe - e que o tempo me deixe ser como ela: uma fortaleza. Muito obrigada.

O velho do espelho

Por acaso, surpreendo-me no espelho: quem é esse
Que me olha e é tão mais velho do que eu?
Porém, seu rosto...é cada vez menos estranho...
Meu Deus, Meu Deus...Parece
Meu velho pai - que já morreu!
Como pude ficarmos assim?
Nosso olhar - duro - interroga:
"O que fizeste de mim?!"
Eu, Pai?! Tu é que me invadiste,
Lentamente, ruga a ruga...Que importa? Eu sou, ainda,
Aquele mesmo menino teimoso de sempre
E os teus planos enfim lá se foram por terra.
Mas sei que vi, um dia - a longa, a inútil guerra!-
Vi sorrir, nesses cansados olhos, um orgulho triste...

Mário Quintana

RESUMO

O presente estudo busca analisar a situação do idoso na sociedade pós-moderna, marcada pelo pluralismo social, enfatizando os papéis da família, da sociedade e do Estado na proteção desse grupo de pessoas identificado pelo legislador como *vulnerável*. A análise da questão aborda os Direitos Humanos em perspectiva solidarista e multicultural, buscando demonstrar que estes nascem apenas quando evidenciada a necessidade de sua proteção, o que decorre da natural evolução da sociedade, e, também, que podem eles ser opostos aos particulares e não apenas contra o Estado, de modo que sua proteção deve ocorrer em qualquer ambiente, tendo em conta que grande parte da violação desses direitos ocorre no seio das famílias das vítimas. Nesse sentido, o sistema de proteção dos direitos das pessoas idosas assume especial relevância jurídica, tanto no plano internacional quanto no direito interno brasileiro, que conta com legislação especial, que delimita os deveres dos entes responsáveis pela garantia da proteção que determina, decorrente do dever geral de solidariedade. Nesse panorama, busca-se demonstrar que a família *lato sensu*, como destinatária da proteção dos direitos da pessoa idosa, nem sempre é favorável a esse mister.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Idoso. Família. Solidariedade.

ABSTRACT

This study intends to analyse the situation of the elderly in postmodern society, which is marked by social pluralism, emphasizing the roles of family, society and the State in protecting this group of people, who are identified as vulnerable by law. The analysis addresses the question of human rights in a multicultural and solidarist perspective, seeking to demonstrate that these rights are born only when the need for protection is evident. Such need stems from the natural evolution of society. Furthermore, they may be charged from individuals and not only from the State. Thus, their protection must occur in any environment, especially given that much of human rights violation occurs within the victim's family. In this sense, the system of senior citizen protection rights is of particular legal significance, both nationally and internationally. Brazil has special legislation, which defines the duties of those responsible for guaranteeing the protection the law determines, such obligation arising from general solidarity. In this scenario, it is shown that the family, as a recipient of senior citizen protection rights, does not always comply with this task.

Keywords: Human Rights. Elderly. Family. Solidarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I O IDOSO E A TUTELA JURÍDICA NA SOCIEDADE PLURALISTA E MULTICULTURAL.....	13
A) A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA SOLIDARISTA E MULTICULTURAL.....	13
B) O IDOSO COMO SUJEITO DE DIREITOS.....	38
II A TUTELA DO IDOSO NO DIREITO DE FAMÍLIA	81
A) A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA: DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À POSITIVAÇÃO NO DIREITO PRIVADO	81
B) A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES JURÍDICOS-FAMILIARES	110
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS.....	130

INTRODUÇÃO

O envelhecer já foi alvo de interesse dos romanistas, como retrata Cícero,¹ em 44 antes de Cristo, que dizia das vantagens do envelhecimento especialmente pelo acúmulo de experiências vividas e da sabedoria, enquanto o respeito ao homem mais velho da família era tributado aos poderes do *pater*, e a coesão familiar era marcada por sentimentos religiosos.

A cultura oriental igualmente aponta a valorização dos idosos em uma das mais antigas filosofias, o Confucionismo,² em que ‘a base da organização social é família, no sentido lato do termo; o chefe de família é o homem mais idoso da mais antiga geração ainda existente (patriarcado); goza de uma grande autoridade sobre todos os membros da família porque a piedade filiar e o culto aos antepassados são as bases do *li*.³

Também na linha oriental, mas com forte influência ocidental,⁴ as famílias japonesas denotavam forte valorização aos mais velhos, pois ‘para as mulheres, o casamento significava, poder-se-ia dizer, trabalhar em *escravidão* para sua sogra, verdadeira chefe da casa e freqüentemente severa em relação a suas noras.⁵

Na atualidade, em que o vertiginoso aumento do número de pessoas idosas na população mundial atinge percentuais significativos registrados pela ONU,⁶ resultante da queda das taxas de natalidade concomitantemente ao avanço da medicina, da tecnologia e da melhora da qualidade de vida, os juristas voltam o olhar a esse grupo de pessoas, agora considerado vulnerável, tanto no plano internacional quanto no do direito interno.

A legislação internacional, na incessante busca pela efetiva concretização dos direitos humanos, passa por um processo de especificação desses direitos com vistas à efetiva

¹ CÍCERO, Marco Túlio. *Saber envelhecer e a amizade*. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2001.

² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1995. p. 110. Ensina o autor que ‘o Confucionismo foi fundado por Confúcio (nome latinizado de Kong-Fou-tseu), que viveu cerca de 550-579 antes de Cristo’.

³ *Ibid.*, p. 111. ‘O *li* é a noção que se aproxima mais da nossa noção de direito; traduz-se tanto por ‘direito’, como por etiqueta, rito, moral’.

⁴ MIZUNO, Noriko. A família no Japão: a noção de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, edição especial, p. 31-53, set. 2002.

⁵ *Ibid.*, p. 42

⁶ IDOSOS são 10% da população mundial. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4726>. Acesso em: 4 maio 2008.

proteção dos grupos identificados como especialmente vulneráveis. O direito interno brasileiro orienta-se nesse sentido, buscando conferir aos idosos a necessária prestação tutelar. Se observarmos o ordenamento jurídico brasileiro e considerarmos que ele é aberto e dotado de mobilidade, não teríamos dúvida, pois, de que a pessoa idosa está bem protegida. A positivação de seus direitos e a relação constitucional e legal dos responsáveis pela sua proteção não deixa margens para pensar o contrário. Embora isso, se a vulnerabilidade da pessoa idosa foi apreendida pelo legislador em todos os planos, é porque a discriminação e a violência sofrida pelas pessoas idosas em todas as suas formas no seio de suas próprias famílias e da sociedade em que vivem evidenciam que os mecanismos de proteção enunciados nos catálogos de direitos humanos e na legislação interna brasileira são insuficientes ou não são observadas pelos detentores desse dever de proteção.

A violação dos direitos humanos das pessoas idosas passa, então, à pauta dos problemas fundamentais da sociedade, que não cessa de evoluir, distanciando-se cada vez das tradições que lhes eram repassadas pelos mais velhos, afrouxando, por conseguinte, os laços entre as gerações passadas, presentes e futuras, o que resulta na diminuição do respeito que marcava outrora os relacionamentos entre pais e filhos, avós e netos. Simultaneamente, ao tempo em que a sociedade evolui, e que esses valores se diluem no tempo e no espaço, percebe-se o gradativo e ininterrupto aumento da população idosa, ou seja, o grupo de pessoas idosas tende a aumentar cada vez mais em meio a essa sociedade que o discrimina e não mais lhe reconhece o apreço de outrora.

Nesse contexto, não basta que os papéis da família, da sociedade e do Estado estejam devidamente positivados. É necessário que sofram uma releitura considerando as necessidades efetivas dos idosos, não como homem abstrato, mas como homem concreto. A família da pós-modernidade⁷ tem como traço o afeto, ao tempo em que mantém sua coesão em razão do desenvolvimento da personalidade de seus membros e não mais em razão de si mesma. Passa-se da ‘família-instituição’ para a ‘família-instrumento’. A primeira buscava

⁷ Antonio Junqueira Azevedo pontua algumas características dos tempos pós-modernos: ‘a hiper-complexidade, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do direito, quer materiais – porque hoje são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas valores compartilhados (*shared values*), e cada um, querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais – com um sem-número de leis, decretos, resoluções, códigos deontológicos, avisos, etc. etc.’ (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 123-129, jan/mar de 2000).

garantir a manutenção de si mesma; a segunda busca garantir a felicidade de seus membros. É preciso, então, que se estude o valor (jurídico) do afeto nas relações familiares.

A sociedade pluralista convive com a diversidade de idéias, culturas, fontes e atores sociais, evidenciando inequivocamente que os homens não são iguais, ao tempo em que se igualam em sua ânsia pelo respeito à sua dignidade. As diferenças, nesse meio, se sobressaem, tal como a luta pela igualdade em respeito à diferença. É preciso, então, proteger concretamente dignidade da pessoa humana, e, em razão das conhecidas desigualdades, fomentar cada vez mais a busca da igualdade material.

O Estado, nesse sentido, é chamado a intervir na proteção dessa dignidade, que é o seu fim último. O desenvolvimento de políticas públicas figura como um dos principais meios de promoção da proteção que propõe. A Constituição Federal brasileira de 1988 positiva, para tanto, o dever geral de solidariedade como um de seus objetivos, o que alcança também as relações familiares. É preciso, então, que se tenha com precisão o significado e o verdadeiro alcance desse dever constitucional.

Na linha da concretude do dever geral de solidariedade e, bem assim, da efetiva proteção dos grupos identificados como vulneráveis, assiste-se, pois, a um processo de constitucionalização do direito civil, em que se diluem, de certo modo, as fronteiras entre o público e o privado, permeando-se os regramentos de um e outro com vistas à efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. Questiona-se, nesse contexto, a manutenção da codificação civil ao tempo em que nascem diversas leis especiais, como é o caso do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, entre outros. Reclama-se a eficácia dos direitos fundamentais não apenas nas relações entre o indivíduo e o Estado, mas também nas relações interprivadas, porque é nestas que ocorrem grande parte das violações dos direitos humanos: no silêncio e no interior dos lares das vítimas e em suas relações privadas *lato sensu*.

Como ensinava Aristóteles, a concepção de *nobre e justo* envolve ‘muita diversidade de opinião e incerteza, de modo a se acreditar, por vezes, que não passam de meras convenções e serem desprovidas de efetiva existência na natureza das coisas. E uma semelhante incerteza acerca a concepção do *bem*, porque ocorre amiúde que coisas boas tem

efeitos nocivos.⁸ O direito do idoso à família pode ser exemplo de dessas situações retratadas por Aristóteles: como *bem* a ser a ser garantido e atingido por ser algo *bom* à pessoa idosa, como precípuo meio de proteção de sua dignidade; mas, de outro lado, pode tornar-se em algo nocivo, de sorte que o não-convívio familiar pode transmudar-se em medida de proteção.

Os motivos dessa inversão situam-se no plano da inobservância dos deveres de proteção e cuidado dos destinatários da ordem constitucional, mas também no plano das emoções das pessoas, que se veem esvaziadas de afeto e de solidariedade, não porque desprovidas deles, mas por força da própria evolução social que lhes desprende e afasta dos velhos valores, cedendo lugar a outros, compatíveis com as novas formas de arranjos familiares.

Nesse sentido, a solidariedade guarda uma dupla dimensão: a primeira, consistente em dever geral constitucional; a segunda, consistente em um sentimento, que decorre da divisão do trabalho social⁹ e doméstico, em que as funções que cada indivíduo desempenha na sociedade e em sua família *lato sensu* geram esse sentir, respeitadas as condições físicas e intelectuais e as aptidões de cada um, ou seja, a individualidade em meio a diversidade dos tipos e papéis sociais e familiares.

O presente estudo busca demonstrar o papel da família, da sociedade e do Estado na promoção e proteção dos direitos fundamentais da pessoa idosa, considerando o direito à saúde, à assistência social, à previdência social, à alimentação, à moradia, à cultura, à ciência, às novas tecnologias da informação e ao trabalho, e bem assim, o feixe de deveres que envolvem essas relações, além de aspectos sociológicos e filosóficos, que resultam por marcar a multidisciplinariedade da questão e retomam, de certo modo, aspectos aparentemente antagônicos que envolvem os questionamentos acerca da concretização dos direitos individuais e direitos sociais em meio a uma sociedade capitalista.

Para tanto, o estudo será dividido em duas partes. Na primeira, serão abordados aspectos que buscam demonstrar a situação do idoso na sociedade pluralista e multicultural, demonstrando, em linhas gerais, a origem e o desenvolvimento dos direitos humanos e sua

⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007. p. 39.

⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

proteção em perspectiva solidarista em meio ao pluralismo social, traço da sociedade pós-moderna. Nesse ponto, sem aprofundar ou discutir as mais diversas teorias e detalhamento histórico que caberiam, buscar-se-á apenas traçar um breve panorama acerca do desenvolvimento dos direitos humanos, evidenciando a simultânea transformação da família e a própria necessidade de proteção desses mesmos direitos em seu âmbito, abordando especialmente o fenômeno da constitucionalização do direito civil na busca da realização da solidariedade social. Também na primeira parte, será estudado o idoso como sujeito de direito, demonstrando a prestação tutelar correspondente no plano constitucional e na legislação especial correlata, que decorre do processo de descentralização/decodificação do direito civil. Nesse particular, serão abordados os mais diversos aspectos que envolvem essa prestação, como o direito ao trabalho, à saúde, à moradia, à inclusão digital, entre outros, que repercutem na manutenção e inclusão social e familiar do idoso.

A segunda parte será dedicada ao exame da tutela da pessoa idosa no direito de família, partindo do exame da garantia constitucional à sua positivação no direito privado, oportunidade em que serão analisados os mais diversos arranjos familiares existentes na malha social, situando a necessidade de proteção do idoso nesses modelos, bem como do convívio dos mais velhos com seus netos, sem afastar a possibilidade de aplicação de medidas de proteção nos casos em que isso não for possível, conforme previsto em lei. Por fim, o estudo estará voltado para o exame da concretização dos direitos dos idosos no âmbito das relações jurídico-familiares, com vistas a demonstrar o aspecto prático do estudo, por meio de acórdãos especialmente do tribunal de justiça gaúcho, em que a condição de vulnerabilidade da pessoa idosa é especialmente considerada.

I O IDOSO E A TUTELA JURÍDICA NA SOCIEDADE PLURALISTA E MULTICULTURAL

A) A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA SOLIDARISTA E MULTICULTURAL

O exame da proteção dos direitos humanos em perspectiva solidarista e multicultural sugere um breve retorno às origens e construção da própria noção de direitos fundamentais, que, para além de uma simples evolução linear, gerou contemporaneamente um significado que muito difere daquele que lhe originou.

Em primeiro lugar, é bom que se saliente que os direitos humanos, também chamados liberdades públicas,¹⁰ ou, ainda, direitos fundamentais, não foram e nem estão sendo ‘criados’ pelos estatutos jurídicos modernos, porquanto seu nascimento retroage ao início da humanidade, tendo em conta que sempre existiram e apenas não reconhecidos.

Relativamente às expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, a doutrina diverge quanto seu alcance e significado. No entanto, resulta justificado o entendimento de que tais expressões são mesmo sinônimas pela lição de Ricardo Antonio Lucas Camargo:¹¹

¹⁰ Carlos Silveira Noronha ensina que ‘a expressão *Liberdades Públicas* não nasceu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Após esse fato, a Constituição Montanesa de 1793 a empregou no singular *liberdade pública* e não raro usou-se apenas o vocábulo *liberdade*, desacompanhado de qualquer atributo. A designação atual, *Liberdades Públicas*, foi empregada pela primeira vez, quando o príncipe Napoleão, sobrinho de Bonaparte, tomou o poder em 2.12.1851 e afixou nos muros de Paris a notícia da criação de ‘uma segunda Assembléia formada de todos os representantes do país, poder moderador, defensor do pacto fundamental e liberdades públicas. A Constituição de 14.1.1852 consagrou a nova designação dada ao instituto, proclamando (art. 25) que ao Senado competia a guarda desses direitos fundamentais.’ (NORONHA, Carlos Silveira. *Liberdades públicas: uma breve visão político-filosófica*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 328, p. 31-36, nov./dez.1994). Embora isso, é bem de recordar a atuação deste que ficou conhecido como Napoleão III, que sofreu reverses na América, com sua aventura no México e na Europa, quando foi derrotado pela Alemanha de Bismarck na Batalha de Sedan, durante a Guerra Franco-Prussiana, em 1º de setembro de 1870. O temperamento autoritário de Napoleão III deu azo a que chegasse a ser apontado como ‘Le César moderne’ (CHEVALIER, Jean-Jaques. *Le temperament politique français*. In: *PERSPECTIVAS del derecho público en la segunda mitad del siglo XX: homenaje a Enrique Sayagues – Laso*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración, 1969. v. 1, p. 723-731).

¹¹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Custos dos direitos e reforma do estado*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 111-112. O autor, além dessas primeiras considerações, sustenta seu entendimento analisando, entre outros, regras de hermenêutica.

[...] embora a doutrina insista na distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, o fato de o Direito Constitucional positivo brasileiro haver insculpido em seu texto direitos catalogados em Tratados Internacionais, como reconhecem Jorge Renato dos Reis, Eduardo Fischer & Max Möller ‘fez com que expressões como Direitos Fundamentais e Direitos Humanos fossem tidas por sinônimas’.

Tanto é assim que, para Antônio Augusto Cançado Trindade, não há falar em compartimentalização dos direitos humanos, sob pena de atentar contra a sua globalização, que visa assegurar o mínimo a *todos* em consonância com pretendida construção da moderna *cidadania*, a qual se insere no universo desses direitos.¹² Nesse sentido, destaca o autor, o caráter indivisível e universal dos direitos humanos,¹³ e ainda que essa universalidade é enriquecida justamente pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos.¹⁴

Os direitos humanos nascem em épocas e contextos sociais e culturais distintos e estão em constante construção e modificação, traduzindo concepções igualmente distintas acerca de seu alcance e significado,¹⁵ e paulatinamente vão se inserindo internamente nos Estados, pois ‘em função das novas situações de risco que espreitam os direitos fundamentais, é de se descobrirem novas direções, níveis de eficácia e dimensões das garantias dos direitos fundamentais’,¹⁶ daí o seu caráter *pluridimensional* na expressão de Peter Häberle.¹⁷

Francisco Javier Díaz Revorio¹⁸ anota, nesse sentido, que:

¹² Nesse sentido, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Governo da Suécia (ASDI), 1996. p. 98.

¹³ Acerca do universalismo e relativismo dos direitos humanos, bem como da prevalência do primeiro, conferir *Ibid.*, p. 102 et seq.

¹⁴ *Ibid.*, p. 86.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 4, p. 13-14, aponta quatro grandes diferenciações de sentido e alcance dos direitos das pessoas, consoante sucessivos períodos de formação: a *liberdade dos antigos* e a *liberdade dos modernos*, em que a liberdade dos antigos é, antes de mais nada, a participação na vida da Cidade. Para os modernos, antes de mais, realização pessoal; a *tutela própria dos direitos próprios da idade média e do Estado estamental* e à *tutela dos direitos próprios do Estado moderno*. No primeiro, privilégios e regalias de grupos, no segundo, direitos comuns ou universais, ligados a uma relação direta com o Estado; *A contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais*, ou seja, a contraposição entre Estado liberal e Estado social, por fim, a última distinção refere-se a *proteção interna e a proteção internacional dos direitos do homem*.

¹⁶ HÄBERLE, Peter. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução do espanhol Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 30.

¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: [s.n.], 1997. p. 548.

[...] la posibilidad de ‘nuevos derechos’ cuyo fundamento resida en los valores constitucionales, no termina con los que hemos enunciado (por ejemplo, se há hablado de los *derechos de las nuevas geraciones*, cuyo fundamento último estaria em la dignidad humana, y que se centrarían sobre todo e el ámbito medioambiental), pero creemos constituyen una buena muestra del *potencial creativo* derivado de los valores.

Esse *potencial criativo* ou *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais resulta comprovado pela sua própria evolução, que já alcança cinco dimensões¹⁹ ou gerações²⁰ que se desenham num processo de positivação cumulativa e que evidencia a natureza complementar de todos os direitos humanos.²¹

As expressões ‘gerações’ e ‘dimensões’ dos direitos humanos guardam especificidade, porque a primeira significa um processo eminentemente histórico do desenvolvimento dos direitos humanos; a segunda consiste em um processo de complementação desses mesmos direitos, que se somam cumulativamente, em suas variadas dimensões. Ambas as classificações, no entanto, não se excluem, ao contrário, complementam-se para fins didáticos, já que a visão histórica trazida pela primeira não exclui o entendimento expressado pela segunda, que pressupõe as idéias de adição, de não-sucessão, de não-substituição, de inclusão e simultaneidade entre os velhos e novos direitos na tarefa da proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim é que, em determinado contexto histórico, resultam reconhecidos certos direitos humanos, somando ao rol dos direitos humanos já consagrados uma nova dimensão, sem que com isso sejam afastados aqueles já existentes e reconhecidos, próprios de outra dimensão e pertencentes a outros contextos históricos.

A origem mais remota dos direitos humanos, para a doutrina tradicional, encontra-se na ‘Magna Carta’ de 1215 de João Sem Terra, assinada na Inglaterra, bem como no ‘Habeas Corpus Act’ de 1679 e no ‘Bill of Rights’ de 1688, também do direito Inglês, sendo certo que,

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 561 et seq.

²⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade refere que a tese das ‘gerações de direitos’ ‘corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos no tempo. A noção simplista das chamadas ‘gerações de direitos’ histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos’, a par de sustentar que os direitos humanos não se ‘suscedem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem [...] a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos’ (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo : Max Limonad, 2000).

²¹ Ibid.

no direito norte-americano, as referidas liberdades públicas têm como fontes remotas a Declaração de Virgínia de 12.6.1776 e as Declarações de Direitos dos Estados de New Hampshire, Massachussets, Maryland, North Carolina e Pensylvania, com referências aos direitos à vida, à liberdade, à propriedade, ao júri, imprensa, e contraditório.²²

No entanto, é considerada marco da efetiva positivação dos direitos humanos, a Revolução Francesa de 1789, com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, que trazia em seu âmago a proteção dos direitos e liberdades individuais e teve como causa os abusos do absolutismo. Pretendia-se afastar a intervenção do Estado nas relações privadas, especialmente, no contrato, na família e na propriedade, os três pilares que embasam o Direito Privado. A luta pela proteção dos direitos individuais era contra o Estado, que era considerado o violador em potencial dos direitos humanos. Como esclarece René Savatier, 'La Révolution française, à l'école de Jean-Jacques Rousseau, avait, em effet, considéré comme une tyrannie tout ce qui restreignait la liberté de l'individu [...] la liberté individuelle apparaissait à la Révolution comme un bien essentiel.'²³

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16, estabeleceu, então que *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*, ou seja, condicionou a própria existência da Constituição à proteção dos direitos individuais, a fim de estabelecer em favor do indivíduo uma esfera autônoma de ação, delimitando, por conseguinte, o campo de interferência legítima do Estado nas relações privadas.²⁴

No plano das relações entre o indivíduo e o Estado, estabelecia-se, então, uma eficácia vertical²⁵ quanto à aplicação dos direitos fundamentais que tinha como destinatário o Estado; as relações entre os particulares ou interprivadas eram permeadas pela 'igualdade', o que

²² NORONHA, 1994, p. 31-36.

²³ SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public. les personnes, les biens et la responsabilité civile*. 10. ed. Paris: LGDJ, 1950. p. 6-7.

²⁴ Nesse sentido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 288.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000b. p. 85-163. Tomando como critério o destinatário das normas de direitos fundamentais, o autor explica que 'poder-se-á falar de uma eficácia de natureza 'vertical' dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado, sempre que estiver em questão a vinculação das entidades estatais (públicas) aos direitos fundamentais.' Essa pontuação é suficiente para esse momento do estudo.

permitia ampla 'liberdade' para contratar e decidir sobre a sorte da propriedade e da família, sem ingerência do Estado, que se limitava a editar leis cogentes sobre esses temas, sendo que, nesse limite, as pessoas eram 'livres' e 'iguais' entre si. Daí falar-se em direitos públicos subjetivos.

Nesse contexto, é que se estabeleceu clara delimitação das esferas pública e privada,²⁶ tendo em conta que o Estado não podia intervir nas relações entre os particulares, e o exercício dessas relações entre os indivíduos 'iguais perante a lei' na proteção de seus primordiais interesses – contrato, família e propriedade -, queria significar a efetiva proteção dos direitos ditos fundamentais. O Código Civil passou a ser a 'Constituição do homem privado'.²⁷

Não havia, pois, necessidade de proteção de direitos fundamentais entre os particulares, pois apenas o Estado era visto como potencial violador desses direitos, quando intervinha nas relações privadas, sendo que as relações interprivadas eram o *habitat* para o exame dos direitos de personalidade. Nessa perspectiva, é a lição de Antônio Chaves:²⁸

Encarecem de necessidade de compreender que o âmbito próprio dos direitos do homem é constituído essencialmente por relações de Direito Público, único que possibilita a proteção dos direitos essenciais do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado

Quando se examinam os direitos da personalidade, estamos, sem dúvida em geral, frente aos mesmos direitos mas sob o ângulo do direito privado; isto é, das relações entre os particulares; trata-se de defender esses direitos já não contra a usurpação pela autoridade, mas contra os ataques dos particulares.

No entanto, as aclamadas liberdades e igualdades eram apenas formais, perante a lei e para a burguesia, pois a maioria oprimida especialmente o proletariado,²⁹ sequer tinha como

²⁶ René Savatier ensina que 'En droit romain, le *jus civile*, le droit des citoyens, était essentiellement une notion de droit public. Le citoyen, c'est l'homme que fait partie d'une cité ou d'un État, et qui en possède les privilèges. Le citoyen romain s'opposait à l'esclave et au pérégrin; et les droits qui lui étaient accordés étaient, au fond, des privilèges de droit public. D'ailleurs, le *dominium ex jure Quiritium*, la propriété, apparaissait, elle aussi, comme le privilège des citoyens, comme un attribut de droit public. (SAVATIER, 1950, p. 3).

²⁷ Nesse sentido, FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: CONSTITUIÇÃO, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106.

²⁸ CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 420.

²⁹ A utilização das expressões 'burguesia' e 'proletariado', no presente estudo, visa sobretudo guardar fidelidade aos aspectos históricos abordados, em especial à Revolução Francesa, em cujo contexto se inicia o processo da passagem do Estado Liberal ao Estado Social, muito bem retratado por BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, e, para além disso, entendemos esclarecedor e irrefutável o questionamento do autor acerca de aparentes incongruências relativamente ao marxismo: 'Se o curso da história obedece às leis naturais de um desenvolvimento social ao qual não poderá contrapor-se com

valer-se de tais liberdades. O trabalhador, embora considerado ‘igual’, podia contratar apenas sua própria força de trabalho, que passou a ser explorada de forma desumana e abusiva, ao tempo em que via a família se reconfigurar com o ingresso das mulheres e as crianças no mercado de trabalho, a fim de auxiliar na manutenção da família.

Esse ambiente propiciou questionamentos acerca da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares e especialmente às entidades privadas, pois embora titulares desses mesmos direitos, revelaram-se potenciais violadores dos direitos fundamentais das pessoas com quem mantinham relações de trabalho, por exemplo.³⁰ Trata-se da verificação da existência dos denominados poderes sociais,³¹ em que o mais fraco pode resultar oprimido em face da evidente desigualdade fática que permeia essas relações.

Com efeito, a prefalada liberdade abstrata, característica do liberalismo, deu azo a essa primeira noção de *liberdade individual*, que ‘é apenas formal, encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas e sociais, políticas e pessoais’.³²

êxito a vontade do homem, qual a razão de ser da luta organizada do proletariado pela tomada do poder e subsequente destruição do aparelho estatal? Acaso não bastaria ao homem, longe das pendências partidárias, aguardar impassível, o transcurso dos acontecimentos, que inelutavelmente conduziriam, pelo processo do determinismo histórico, ao Estado socialista?’ (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 64-65). Por fim, como bem refere Ricardo Antônio Lucas Camargo: ‘Antes que seja disparada a acusação de configurar a condição de ‘inocente útil’ o reconhecimento de alguma razão em qualquer dos demônios que se pretenda exorcizar – e, nos tempos que ora correm, o debate científico tem sido muito prejudicado por este perigo -, embora muitos autores ilustres pudessem ser trazidos em prol da postura adotada neste texto, seria mais eficaz invocar precisamente o maior adversário das heresias no início da expansão do Cristianismo, Aurélio Agostinho, bispo de Hipona: ‘Não devemos recusar a música devido à superstição de que os profanos a rodearam, sempre que dela possamos extrair algo de útil para a compreensão das Escrituras, pois não é por tratarmos das cítaras e de outros instrumentos que nos são úteis para o conhecimento espiritual que nos misturamos com as frivolidades teatrais dos profanos. Também não devemos deixar de aprender a ler pelo fato de se, segundo se diz, Mercúrio quem inventou a escrita. Pela mesma razão não devemos fugir da justiça e da virtude pelo fato de os pagãos lhes terem erguido templos e terem preferido adorá-las nas pedras em vez de as viver no coração. Pelo contrário, o bom e autêntico cristão deve compreender que, onde quer que se encontre, a verdade pertence a seu Senhor’ . (CAMARGO, 2008, p. 153).

³⁰ Ingo Wolfgang Sarlet refere ampla discussão doutrinária acerca da vinculação das entidades particulares aos direitos fundamentais, pois como destinatárias desses mesmos direitos, questionando se a eficácia seria horizontal, ou seja, entre particulares, ou vertical como ocorre nas vinculações com o Estado. Isso porque, a rigor, embora se esteja diante de relações entre particulares é visível e indiscutível que não se está em situação de igualdade. O autor adota, no entanto, a posição de que, nessas situações, a eficácia é horizontal, já que não pode ser simplesmente igualada às relações entre indivíduo e Estado, trazendo amplos argumentos nesse sentido. (SARLET, 2000b).

³¹ Ingo Wolfgang Sarlet ensina, consoante orientação de Klaus Stern, que a teoria dos ‘poderes privados’ radica a constatação de que, para além dos órgãos estatais (o Estado é apenas uma das fontes de ameaças), os direitos fundamentais dos indivíduos carecem de proteção também em relação a agentes privados (especialmente grupos empresariais, corporações, etc.) dotados de significativo poder social e/ou econômico. (Ibid.)

³² BONAVIDES, 2007, p. 61.

Os direitos fundamentais de **primeira dimensão** são, assim, os direitos da liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos, que ‘já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição alguma que não os reconheça em toda a sua extensão’³³ e têm por titular o indivíduo considerado singularmente e de liberdades abstratas; qualificam-se como ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’,³⁴ e harmonizam-se com o Estado liberal, lastreado na liberdade e na separação dos poderes.

Com o passar do tempo, a verificação de que os propósitos de liberdade, igualdade e fraternidade que nortearam a Revolução Francesa não protegiam, de fato, os indivíduos em sua generalidade, passou-se a exigir uma intervenção positiva do Estado, resultando desprestigiado o propalado individualismo próprio do Estado Liberal. Novos direitos, então, foram sendo paulatinamente reconhecidos.

Nesse contexto, a família, que era extensa,³⁵ começa a ser redesenhada,³⁶ sofrendo transformações que originaram os modelos familiares que povoam a pós-modernidade ocidental, tendo em conta que, com a saída da mulher do lar para ingressar no mercado de trabalho, as crianças passaram a necessitar de creches, e muitos idosos, que eram abrigados no seio de suas famílias, experimentaram a vida nos albergues.

Os direitos sociais, culturais e econômicos, ditos de **segunda dimensão**, introduzem-se nas diversas formas do Estado não mais liberal, mas político e social.³⁷ Houve uma

³³ BONAVIDES, 2009, p. 563.

³⁴ *Ibid.*, p. 564.

³⁵ A noção de família extensa será analisada no capítulo próprio, sendo essencial nesse momento, apenas a menção de que, nessa fase, não se restringia ao casal e aos filhos, mas a todos os agregados, tios, avós e sobrinhos.

³⁶ Gustav Radbruch refere que ‘a evolução pré-capitalista considerava a casa e a herdade como unidades econômicas, como células originárias do corpo econômico, quer do artesanato, quer da agricultura. O homem e a mulher, os pais e os filhos dividiam e uniam-se nas tarefas econômicas comuns. O capitalismo estilhaçou a comunidade de produção da casa, da herdade e da família. Formações sociológicas mais poderosas, as novas unidades econômicas, as empresas, arrancaram os indivíduos da família e converteram cada um deles em membro de uma outra unidade econômica. O homem dirigiu-se à fábrica, a mulher passou a prestar serviços em casas alheias [...] a família deixou de constituir um núcleo sociológico com tarefas produtivas próprias.’ (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 218).

³⁷ BONAVIDES, 2009, p. 564. Especificamente acerca do Estado Social, o autor ensina, em outra obra (BONAVIDES, 2007, p. 184-185), que ‘O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal’, e representa ‘meio caminho andado, importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado’.

releitura dos direitos fundamentais, verificando-se que estes contêm também garantias institucionais.³⁸

Essa dimensão fez ‘nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorria na concepção clássica dos direitos de liberdade, era proteger a instituição³⁹, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e valoração da personalidade’.⁴⁰ E a garantia institucional nada mais é do que a proteção conferida pela Constituição às instituições, quando reconhecidas como fundamentais para a sociedade, porque essenciais à proteção e ao exercício dos direitos fundamentais, como por exemplo a *família*.⁴¹

A família foi reconhecida como exemplo de instituição e, portanto, como garantia à proteção e ao exercício dos direitos fundamentais. Esse entendimento, no entanto, vem sofrendo igualmente profundas e paulatinas transformações, a ponto de a moderna doutrina civilista apontar que estaria a família em franco processo de *desinstitucionalização*,⁴² o que será objeto de exame no capítulo próprio.

³⁸ Jorge Miranda aponta que ‘para saber se uma norma se reporta a um direito ou uma garantia institucional, haverá que se indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou grupos, se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação activa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar directamente perante outras entidades – hipótese e que haverá um direito fundamental; ou se, pelo contrário, se confina a um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou de uma atividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional’ (MIRANDA, J., 2009, p. 74). O autor cita como exemplo, entre outros, que o direito de constituir família trata-se de direito fundamental, o qual é indissociável da proteção da instituição familiar (Ibid., p. 76).

³⁹ Para Maurice Hauriou ‘existem dois tipos de instituições, as que se personificam e as não se personificam. Nas primeiras, que formam a categoria das instituições-pessoa, ou dos corpos constituídos (Estados, associações, sindicatos, etc.), o poder organizado e as manifestações de comunhão dos membros do grupo interiorizam-se no âmbito da idéia de obra: após ter sido o objeto da instituição corporativa, a idéia torna-se o sujeito da pessoa moral que se depreende do corpo constituído. Nas instituições da segunda categoria, os elementos do poder organizado e das manifestações de comunhão dos membros do grupo não são interiorizados no âmbito da idéia de obra; eles existem, contudo no meio social, mas permanecem exteriores à idéia; a regra de direito estabelecida socialmente é uma instituição desse segundo tipo.’ (HARIOU, Mauricio. *A teoria da instituição e da fundação. Ensaio de vitalismo social*. Tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Fabris, 2009. p. 19-20).

⁴⁰ BONAVIDES, 2009, p. 565.

⁴¹ Nesse sentido, Paulo Bonavides, conceitua garantia institucional: ‘é a garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado’. (Ibid., p. 564).

⁴² FACHIN, Luiz Edson. A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo da função pública ao espaço privado: aspectos da ‘privatização’ da família no projeto do Estado mínimo, a partir da realidade brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 12, p. 1-162, jul./dez.. 1999.

Ao seu turno, os direitos da fraternidade,⁴³ que compreendem, entre outros, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, representam os direitos fundamentais de **terceira dimensão**⁴⁴ voltando-se as atenções da comunidade jurídica aos direitos difusos e coletivos.

Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ‘representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade,’⁴⁵ de sorte que ‘a afirmação dos direitos homem não é mais a expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.’⁴⁶

A par disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ‘por decisão da Assembléia Geral da ONU, prossegue, ainda hoje, na tarefa de organizar uma série de Pactos pelos quais as nações-membros se comprometerão expressamente à observância estrita dos direitos e liberdades fundamentais votados.’⁴⁷ Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem passa por um segundo momento, que pode ser definido como sendo a passagem da teoria à prática, à efetivação, à concretização, em que a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade.⁴⁸ Trata-se de um ‘amadurecimento’, de um ‘desenvolvimento’ da Declaração Universal, que busca garantir os direitos do homem concreto, em um franco processo de *multiplicação*, de *especificação* do genérico,⁴⁹ que ‘consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direito’.⁵⁰

⁴³ Consoante a teoria de Karel Vasak, Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz, da UNESCO.

⁴⁴ Paulo Bonavides anota que esse rol de direitos - apontados especialmente na teoria de Karel Vasak, que refere que os direitos de fraternidade são providos de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos [...], haja vista a possibilidade de que haja outros em fase de gestação, podendo o círculo alargar-se à medida que o processo universalista se for desenvolvendo (BONAVIDES, 2009, p. 569).

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.26.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁷ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 58.

⁴⁸ Nesse sentido, BOBBIO, op. cit., p. 30.

⁴⁹ Nesse sentido, BOBBIO, 1992, p. 34-35.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 62.

Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro [...] Basta folhear os documentos aprovados nestes últimos anos pelos organismos internacionais para perceber essa inovação.⁵¹

No que refere aos direitos dos idosos e dando início a esse processo de *especificação*, no ano de 1982, a Organização das Nações Unidas realizou a primeira ‘Assembléia Mundial do Envelhecimento’, a qual pôs na ordem do dia o tema de novos programas internacionais, objetivando dar início à realização de um ‘Plano Internacional de Ação’, buscando sensibilizar os governos e a sociedade da necessidade de instituir um ‘Sistema de Seguridade Econômico Social’ para os idosos, bem como oportunidades de participação e contribuição ao desenvolvimento de seus países.

Em 2002, a II Assembléia Mundial sobre o Envelhecimento, realizada em Madri, concretizou o ‘Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento’, adotando medidas a serem observadas nos planos nacional e internacional: idosos e desenvolvimento, promoção da saúde e bem estar na velhice e criação de ambiente propício e favorável ao envelhecimento.

No ano seguinte, realizou-se a Conferência Regional América Latina e Caribe sobre Envelhecimento, em Santiago do Chile, resultado da realização de Estratégias Regionais de implementação para América Latina e o Caribe do Plano de Ação Internacional de Madri sobre Envelhecimento. Em 2007, realizou-se a II Conferência sobre Envelhecimento na América Latina e Caribe, em Brasília, resultando na Declaração de Brasília.

Tais documentos indicam que a condição de pessoa é a qualidade que distingue o homem de todos os demais seres vivos, e que a condição de pessoa idosa tem merecido especial proteção no âmbito internacional, haja vista o reconhecimento de que a comunidade de pessoas idosas, consideradas estas as que contam 60 anos de idade ou mais, e das muito idosas, entendidas as que contam mais de 80 anos de vida, tem aumentado significativamente nos mais diversos países do mundo e merecem, por sua própria condição, proteção especial, dada a sua presumida vulnerabilidade.

⁵¹ Ibid., p. 62-63.

A Assembléia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento de 1982 considerou que esse acentuado aumento da população idosa teve início após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado do Bem-Estar Social e das políticas públicas então desenvolvidas com vistas à melhoria das condições de vida e do trabalho, o que gerou aumento da expectativa de vida. Paralelamente, o avanço da ciência e da tecnologia, e bem assim da redução das taxas de natalidade, propiciada pela difusão do planejamento familiar e especialmente pelo ingresso da mulher no mercado de trabalho, resultou na modificação da estrutura etária da população.

Os cuidados das pessoas idosas especialmente daqueles portadores de dependência física ou mental eram, em regra, conferidos às mulheres e eram dispensados no seio de suas famílias. No entanto, as referidas modificações sócio-econômicas afetaram não apenas a economia, mas também a estrutura interna das famílias, que tiveram seus núcleos reduzidos, e, bem assim, a oferta de cuidados disponíveis aos idosos no âmbito familiar.

Em razão disso, destacou-se, nas sociedades, um contingente de idosos em condição de fragilidade e vulnerabilidade social, especialmente em face dos graus de dependência que essas pessoas passam a apresentar com o processo de envelhecimento, como conseqüência de doenças crônicas e limitações físicas e mentais, que resultam agravados pela ausência de cuidados adequados. Trata-se da verificação da prefalada diferenciação decorrente das várias fases da vida, em que se locam os direitos da velhice, evidenciando, nesse sentido, uma dimensão da pluralidade social, haja vista a existência de outros direitos também decorrentes das fases da vida, como o das crianças e adolescentes, e do homem adulto, consoante a já referida lição de Bobbio.⁵²

Por sua vez, os direitos fundamentais de **quarta dimensão** abarcam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, sendo certo que ‘deles depende a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para o qual parece o mundo inclinar-se em todas as relações de convivência’.⁵³

O pluralismo social compreende, pois, a coexistência das mais variadas culturas, ideias e grupos especialmente vulneráveis, como por exemplo os idosos, as crianças e adolescentes,

⁵² BOBBIO, 1992, p. 62-63

⁵³ BONAVIDES, 2009, p. 571.

os deficientes físicos, os consumidores, em um determinado espaço geográfico e temporal, em que as diferenças se evidenciam e almejam o devido respeito, ao tempo em que reclamam a efetivação da igualdade material. Nesse sentido, ensina Cláudia Lima Marques:

Há um pluralismo de agentes, logo, pluralismo de atores da sociedade e sua diferenciação, por papéis, por culturas, por *status*, é uma das características deste multiculturalismo; um pluralismo de sujeitos de direitos, muitos destes sujeitos, como os consumidores, como os idosos, os filhos havidos ou não do casamento, identificados nas Constituições e merecedores de proteção especial por meio de direitos fundamentais; um pluralismo de fontes, pois as fontes legislativas multiplicam-se e não mais se excluem (em conflitos de leis no tempo, com sua revogação, ab-rogação ou derrogação), mas dialogam, aplicando-se simultânea e coerentemente, em um novo [...] diálogo de fontes; e, por fim, um pluralismo de métodos, pois na complexidade do direito atual, é na sincronia do uso dos métodos que alcançaremos o resultado justo e útil.⁵⁴

Para Hannah Arendt⁵⁵ a pluralidade humana guarda um duplo sentido de igualdade e 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. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas.

A certeza de que os homens não são iguais entre si e que possuem necessidades previsíveis dentro de sua distinção explica a existência desse pluralismo de sujeitos de direitos, identificados como merecedores de proteção especial por meio de direitos fundamentais.⁵⁶

A pluralidade social é característica das sociedades desenvolvidas e mais elevadas. Como ensina Émile Durkheim,⁵⁷ ‘quando mais recuamos na história, maior é a homogeneidade’, por outro lado, diz ele, ‘a diversidade é, pois, tanto maior quanto mais desenvolvidos forem os tipos individuais’. Diluem-se as crenças e as práticas sociais. Os indivíduos se desigualam na forma de pensar e agir. Em meio às dessemelhanças decorrentes

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Direito na pós-modernidade e a teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *Faces do multiculturalismo: teoria, política, direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 21-36.

⁵⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 219.

⁵⁶ MARQUES, op. cit.

⁵⁷ DURKHEIM, 2010. p. 116.

da evolução social, a individualidade se sobressai, pois ‘todos os vínculos sociais que se aproximam pela similitude tendem a se afrouxar’.⁵⁸

No âmago das relações internacionais, sociais e individuais, em meio ao pluralismo social e, bem assim das multiculturas⁵⁹ que o compõem, o direito à paz exsurge como condição *sine qua non* de convivência e manutenção dessas mesmas relações, porque nele está implícito o respeito à diferença e à dignidade dos homens e da própria civilização humana.

Tal compreensão, dando realce ao reconhecimento do direito fundamental à paz, traslado da terceira para a **quinta dimensão** dos direitos fundamentais,⁶⁰ e que ‘é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações grandes e pequenas, em todas as esferas’.⁶¹ A par disso, o direito à paz, vem sendo conceituado como um direito do qual podem ser titulares os Estados, os povos e os indivíduos, em conformidade com os casos e situações que se apresentam.⁶² Isso porque a paz é símbolo de reconhecimento das diferenças e das igualdades entre as pessoas.

A **quinta dimensão** abrange também ‘a realidade virtual, procurando tratar das lacunas e antinomias jurídicas de uma realidade sem fronteiras, tal como a realidade das redes de computadores’.⁶³ A realidade virtual, característica singular da pós-modernidade, vem transformando, *conectando*, mas também dividindo a sociedade em grupos definidos em

⁵⁸ Ibid., p. 155.

⁵⁹ O Professor José Alcebíades de Oliveira Júnior, questionando do que se trata quando usamos a expressão multiculturalismo, toma como exemplo um texto de Marisa Vorraber Costa: ‘quando contemporaneamente falamos de diversidade cultural ou multiculturalismo, estamos de várias maneiras, conectados a discursos sobre raças, sobre gênero, sobre normalidade e anormalidade, sobre os deficientes, os excepcionais, os estranhos, os pobres, enfim, sobre os incontáveis *outros* das sociedades que povoam o planeta’. (OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Cultura democrática para direitos humanos multiculturais. *Revista da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007).

⁶⁰ Paulo Bonavides refere que ‘A concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. Karel Vasak, o admirável precursor, ao colocá-lo no rol dos direitos da fraternidade – a saber, da terceira geração -, o fez, contudo de modo incompleto, teoricamente lacunoso. [...] Todavia, pelo oportunismo histórico e por sua originalidade criativa e inovadora, o memorável artigo em prol de uma terceira geração de direitos do homem teve ressonância universal.

⁶¹ BONAVIDES, 2009, p. 579.

⁶² Ibid., p. 581.

⁶³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Estado e eficácia dos direitos fundamentais. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 11, p. 1-64, jan./jun. 1999.

ração do acesso e do não-acesso às novas tecnologias da informação e da comunicação.⁶⁴ Trata-se, pois, do fenômeno da *digital divide*, próprio da sociedade da informação.

Sobre o tema, doutrina Massimiliano Della Torre:⁶⁵

Il sistema tecnico-giurido del documento informatico e della firma digitale presuppone necessariamente la diffusione delle infra-strutture tecnologiche che permettono di accedere ad un qualunque sistema di trasmissione digitale. [...] La differenza tecnologica, ossia la diversa capacità informatica, rilevata ed esistente tra diverse aree geografiche di un paese (o di un territorio ancora più vasto) costituisce uno degli aspetti più consistenti del più ampio problema noto come *digital divide* (letteralmente 'divario digitale').

Il *digital divide*, in realtà, è un problema molto più complesso della esclusione di una fetta di popolazione dall'accesso fisico ad una rete telematica, comprendendo in sé la valutazione di diversi fattori (economici, culturali e sociali, oltre che tecnologici) che costituiscono ostacoli ad una diffusione capillare ed omogenea della possibilità di accesso alla rete da parte di tutti i cittadini.

Assim é que, cada uma dessas dimensões dos direitos fundamentais nasceu quando foi preciso, isto é nasceu quando a humanidade sentiu a necessidade de proclamá-los, reconhecendo a necessidade de proteção de novos direitos, que seguramente não são estanques e seguirão evoluindo e sofrendo novas leituras a par das mutações sociais a serem ainda verificadas.

Embora a pluridimensionalidade e o extenso rol dos direitos humanos já declarados pudessem permitir a ingênua conclusão de que o homem contemporâneo estaria suficientemente protegido, continuam incessantes os questionamentos acerca dos velhos e dos novos direitos da pessoa humana.

Prova disso são os direitos como a igualdade e a liberdade que vêm sofrendo um paulatino processo de justificada ressignificação: a igualdade formal, que foi traço da Revolução Francesa, há muito deu espaço para a busca da efetivação da igualdade material; a liberdade, ínsita à autonomia da vontade privada daquela mesma época, ganhou novos contornos, resultando relativizada nos mais diversos ramos do direito, merecendo destaque no

⁶⁴ Quanto custa se conectar à sociedade da informação, questiona Sérgio Amadeu da Silveira, para discorrer acerca da dificuldade de acesso à informação do jovem pertencente às camadas mais pauperizadas da sociedade, 'que fica privado de interagir com os produtores de conteúdo, de observá-los, de questioná-los e de copiar seus arquivos', em detrimento daqueles mais abastados, que 'tem acesso ao ciberespaço e a todas as fontes de informação disponíveis em bilhões de sites espalhados pelo globo. (SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Exclusão digital: a miséria na era da informação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005, p. 17). Outro grupo de excluídos digitais pode ser identificado entre os idosos e as pessoas portadoras de deficiência.

⁶⁵ DELLA TORRE, Massimiliano. *Diritto e informatica*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 287-288.

presente estudo, a autonomia privada no âmbito das relações familiares, que agora sofre limitação constitucional e legal.⁶⁶

Logo, a par do processo histórico de reconhecimento dos direitos humanos, assiste-se a uma constante releitura daqueles direitos reconhecidos outrora, ao tempo em que começam a desenhar outros, quiçá antes nem pensados, porque não verificada a necessidade de sua proteção. Como bem ensina Bobbio,⁶⁷ ‘os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer’.

Embora isso, o questionamento acerca da importância dos direitos humanos que ora se coloca, para além se sua fundamentação,⁶⁸ diz com sua efetiva concretização e proteção. Isso porque, contextualizando-os na realidade da sociedade pós-moderna, marcada fortemente pelo pluralismo, a efetiva realização dos direitos fundamentais passa pela necessidade de reconhecimento de que ‘temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza’.⁶⁹

Jorge Miranda⁷⁰ ensina que a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais⁷¹, que repousa na *dignidade da*

⁶⁶ No Direito Privado, a autonomia da vontade relativamente aos contratos resultou relativizada em razão do princípio da função social dos contratos, positivado que foi no art. 421 do Código Civil de 2002, que dispõe que ‘A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.’ No Direito de Família, a autonomia da vontade atua com certas limitações em razão do princípio da solidariedade que pauta as relações familiares, bem como porque tal disciplina sofre a interpenetração inevitável de normas de direito público e de direito civil. Nesse sentido é a doutrina de René Savatier: ‘Si l’on prend des matières comme les actes de l’état civil, on se trouve aussi bien en droit public qu’en droit privé. Et de même, dans la tutelle, on est frappé de voir le tuteur, personne privée, posséder, sur la personne de son pupille, des droits qui ne sont pas exclusivement des droits de nature privée, mais une sorte de *munus publicum*, comme disaient les Romains: il règne sur la personne de son pupille. A plus forte raison, le père de famille sur la personne de ses enfants. Ce ne sont que des exemples entre beaucoup d’autres. Il y a à travers tout le code civil, des règles qui sont d’ordre public.’ (SAVATIER, 1950, p. 5).

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 6.

⁶⁸ Nesse sentido, Norberto Bobbio, analisando o problema do fundamento dos direitos do homem, questiona como fundamentá-los, tendo em conta a impossibilidade de dar-lhes uma noção precisa, para concluir que não se pode propor a busca de um fundamento absoluto desses direitos. Todavia, assevera que problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. (Ibid., p. 18-24).

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-45.

⁷⁰ MIRANDA, J., 2009, p. 180-182.

⁷¹ Acerca do sistema relativo aos direitos fundamentais, o autor refere que ‘a conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais, torna-se mais clara a essa luz’ (Ibid., p. 182).

pessoa humana,⁷² fazendo da pessoa fundamento e fim da sociedade, mas pondera que, para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa, do ‘homem situado’ no mundo plural, e portanto conflitual, em acelerada mutação.

O conceito de dignidade da pessoa humana,⁷³ embora varie de acordo com a consciência jurídica de cada continente, país, região ou comunidade, e, por isso seja impreciso e difuso,⁷⁴ representa para Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁵ um *processo de reconstrução*, em uma perspectiva multidimensional, aberta e inclusiva, como sendo:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim é que, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser mesmo ‘fixista’, porque ‘uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento’.⁷⁶

⁷² Antônio Junqueira de Azevedo refere que ‘a utilização da expressão ‘dignidade da pessoa humana’ no mundo do direito é fato histórico recente. Evidentemente, muitas civilizações, graças especialmente a seus heróis e santos, respeitaram a dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da expressão foi um passo notável dos tempos mais próximos.’ A par disso, anota o autor que ‘parece que a expressão em causa surgiu pela primeira vez, nesse contexto preceptivo em que hoje está sendo usada, em 1945, no ‘Preâmbulo’ da Carta das Nações Unidas (‘dignidade e valor do ser humano’). A palavra ‘dignidade’, porém utilizada em contexto ético, não jurídico, para o ser humano, já está muito precisamente em Kant, que opõe ‘preço’ – ‘Preis’, para tudo que serve de meio à ‘dignidade’ – ‘Würde’, para o que é um fim em si mesmo o valor intrínseco do ser racional (para o citado filósofo, somente o homem está nessa condição’. (AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002).

⁷³ Acerca da caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, Antônio Junqueira de Azevedo anota que esta ‘como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em sequência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3- respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.’ (Ibid.).

⁷⁴ Heiner Bielefeldt anota que ‘As diferenças políticas, culturais e de cosmovisão emergem na forma de controvertidas interpretações dos direitos humanos’. (BIELEFELD, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 18).

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

⁷⁶ SARLET, 2009, p. 46.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana e sua correspondente esfera de proteção são, pois, o ‘elemento nuclear dos direitos fundamentais,’⁷⁷ e, portanto, andam juntos em termos de evolução e desenvolvimento, a par de traduzirem-se, no dizer de Luiz Edson Fachin, em um ‘fio condutor da travessia para o Direito Civil contemporâneo,’⁷⁸ porque os direitos fundamentais merecem proteção onde quer que se encontre o indivíduo, seja no âmbito público ou privado.

Assiste-se, assim, a um processo que a doutrina⁷⁹ denominou de *constitucionalização do direito civil*,⁸⁰ em que se afasta a delimitação das esferas públicas e privadas na tentativa de proteção dos direitos fundamentais, em que estes não são opostos unicamente ao Estado, mas também aos próprios particulares nas relações privadas travadas entre si. Trata-se de conferir eficácia irradiante⁸¹ das normas definidoras dos direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico, vinculando não apenas o Estado, mas também as relações entre os particulares. Acerca do tema, Paulo Lôbo⁸² doutrina que:

[...] a elevação dos fundamentos do direito civil ao *status* constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e da conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis como o modelo liberal anterior de distanciamento jurídico dos interesses privados e de valorização do individualismo.

Nesse particular aspecto, como pontua Antônio Augusto Cançado Trindade, ‘a rigidez da distinção entre o público e o privado não resiste aos imperativos da proteção dos direitos humanos, por exemplo, nas relações interindividuais (e.g., violência doméstica) e nos

⁷⁷ FACHIN; RUZYK, 2006.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ver, por todos, Ibid.

⁸⁰ Paulo Lôbo ensina que ‘a constitucionalização do direito civil, no Brasil, é um fenômeno doutrinário que tomou corpo principalmente a partir da última década do século XX, entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e sua adequação aos valores que tinham sido consagrados na Constituição de 1988, como expressões das transformações sociais. Disseminou-se a convicção da insuficiência da codificação, e até mesmo a superação de sua função, ante a complexidade da vida moderna e o advento dos microsistemas jurídicos pruridisciplinares, como o direito do consumidor, o direito ambiental, os direitos da criança e do adolescente e do idoso. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.)

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a. p. 107-163.

⁸² LÔBO, op. cit., p. 18-28.

atentados perpetrados por agentes não-identificados, meios de comunicação, grupos econômicos, e outros entes não-estatais'.⁸³

Nessa perspectiva em que se verifica essa 'diluição' das fronteiras das esferas pública e privada, como modo de proteção dos direitos fundamentais, questiona a doutrina se com a 'constitucionalização do direito civil' os direitos fundamentais teriam o mesmo conteúdo dos direitos de personalidade e assim teriam garantidas as respectivas esferas de proteção,⁸⁴ pois a proteção almejada é sempre a pessoa humana, concretamente considerada, onde quer que esteja, sem importar com quem seja travada a relação jurídica, se pública ou privada.

Não se pretende nesta dissertação aprofundar o estudo acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas apenas entendê-la em seu aspecto puramente material⁸⁵ o quanto necessário a fim de situar a problemática do direito do idoso à família, partindo da compreensão de que os direitos fundamentais possuem aplicação imediata,⁸⁶ e que nas relações familiares a proteção da dignidade humana encontra-se em especial relevo.

Discorrer sobre eficácia vertical dos direitos fundamentais significa tratar da relação entre indivíduo e entidades públicas, que guardam condição de desigualdade, em ambiente em que o particular necessita ser protegido das investidas do Estado, quando entendido como potencial violador das normas relativas aos direitos fundamentais.

A essa relação já fizemos referência no limiar do presente estudo, e, tal como outrora, continua presente a necessidade de proteção dos direitos fundamentais do homem em relação ao Estado, que se encontra inequivocamente vinculado à sua eficácia, mas agora em dupla dimensão: no exercício do dever de proteção, abstendo-se de condutas que resultem em violação desses direitos, e como prestador dos meios necessários a essa mesma proteção. A

⁸³ TRINDADE, 2000.

⁸⁴ Entre outros, CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁸⁵ O autor refere que a análise da eficácia dos direitos humanos entre particulares guarda uma dimensão material e uma processual, sendo que esta última diz com o modo pelo qual o particular poderá buscar a proteção dos direitos fundamentais eventualmente violados, enquanto o aspecto material refere-se à própria proteção constitucional desses mesmos direitos. (SARLET, 2000b, p. 85-163).

⁸⁶ O autor refere a existência de dissídio doutrinário quanto à aplicação imediata dos direitos fundamentais, trazendo a lume teorias no sentido de que tal aplicação é mediata, ou seja, depende da intervenção do Estado, do juiz e/ou do legislador privado. (Ibid., p. 85-163).

eficácia vertical dos direitos fundamentais (indivíduo/Estado) não oferece maiores discussões e é tese amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, embora com nuances da aplicação mediata ou imediata desses direitos.

A problemática que vem assumindo relevância não apenas teórica, mas também prática diz com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que significa conferir proteção e obrigação ao mesmo tempo a ambos os sujeitos destinatários da ordem constitucional, cuja igualdade é apenas quanto à sua qualificação como sujeitos de necessidades, pois igualmente titulares dos mesmos direitos, embora distintos faticamente.

Nesse contexto, debate-se a doutrina, trazendo a lume várias teorias sobre o tema, dentre as quais a do *state action* de origem norte-americana, que, a rigor, não admite a vinculação direta dos direitos fundamentais aos particulares, sob o argumento de que o Estado é único destinatário desse dever de proteção, partindo da ideia de separação entre sociedade e Estado.

No entanto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração Universal dos Direitos Humanos são incontestes em afirmar que os direitos que declaram são destinados a todos os homens e não apenas ao Estado. Além disso, em se tratando de direitos fundamentais, não tem nenhuma importância a origem da agressão, se do Estado, de uma entidade privada, ou de um particular. O que importa é a violação dos direitos fundamentais e sua necessidade de proteção, pelo que, não apenas o Estado é detentor de um dever geral de proteção dos indivíduos, mas também estes em suas relações entre si. Esses são, em apertada síntese, alguns dos argumentos invocados pelos defensores da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada.⁸⁷

Na doutrina brasileira⁸⁸ é plenamente aceita a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que trata o tema como 'eficácia privada', 'eficácia em relação a terceiros' (*Drittwirkung*) ou 'eficácia externa' e 'eficácia horizontal',⁸⁹

⁸⁷ SALET, 2000b, p. 85-163.

⁸⁸ Por todos, SARLET, 2000b, p. 85-163.

⁸⁹ SARLET, 2000a, p. 107-163.

tendo Ingo Sarlet adotado a expressão '*eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*'.⁹⁰ Também a jurisprudência pátria já se pronunciou sobre a questão.⁹¹

E tal entendimento justifica-se, ademais, porque a racionalidade do sistema do Direito Privado, notadamente abstrato e fundado em modelos pré-estabelecidos de relações jurídicas, produz um ambiente de exclusão, insuficiente para a promoção e realização dos direitos fundamentais, que não mais se cingem a meras liberdades a serem opostas contra o Estado. É que o que defende Luiz Edson Fachin:⁹²

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada Constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado. Os direitos fundamentais não são apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas são normas que devem ser observadas por todos aqueles submetidos ao ordenamento jurídico. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre público e privado.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas implica, portanto, o reconhecimento da existência de deveres recíprocos entre os particulares na promoção e proteção da dignidade da pessoa humana em todos os setores da ordem jurídica, tendo em conta que 'o direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outrora exercida pelos códigos civis'.⁹³ Assim, a vulnerabilidade humana será prioritariamente tutelada em qualquer ambiente, onde quer que se encontre, tendo, ademais, precedência os grupos considerados especialmente vulneráveis, como os idosos, as crianças e os adolescentes e tantos outros.⁹⁴

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que a aplicabilidade dos direitos fundamentais relativamente ao Estado (*eficácia vertical*) e/ou ao particular (*eficácia horizontal*) está contido no prelado fenômeno, relativamente novo, que é a constitucionalização do Direito Civil, que tem como eixo a proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento das sociedades

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Nesse sentido, conferir BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REExt 201819/RJ - Rio De Janeiro - Recurso Extraordinário Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 11 out. 2005.

⁹² FACHIN; RUZYK, 2006.

⁹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008, p. 232-257.

⁹⁴ Ibid.

democráticas, que se realiza por meio da *solidariedade social*, resguardando a individualidade de cada um, pois como diz Heráclito ‘a mais justa harmonia é oriunda da diferença’.⁹⁵

A idéia da solidariedade social vem a deitar suas raízes positivistas e filosóficas notadamente na obra de Émile Durkheim, que influenciou profundamente nos meios jurídicos o civilista belga Henri de Page, e os constitucionalistas franceses Leon Duguit e Maurice Hauriou.⁹⁶ Émile Durkheim,⁹⁷ estudando a divisão do trabalho⁹⁸, sustenta que esta ‘é a fonte, se não única, pelo menos principal da solidariedade social,⁹⁹ que decorre da civilização dos grupos sociais, sendo a principal fonte de sua coesão. Para o autor a solidariedade social decorrente da divisão do trabalho não se refere apenas a aspectos econômicos, tendo em conta que gera efeitos morais entre as pessoas, que é o próprio sentimento de solidariedade:

É por isso que procuramos, em nossos amigos, as qualidades que nos faltam, porque unindo-nos a eles participamos de certa forma da sua natureza e nos sentimos, então, menos incompletos. Formam-se assim, pequenas associações de amigos, em que cada um tem seu papel conforme a seu caráter, em que há um verdadeiro intercâmbio de serviços. Um protege, o outro consola; este aconselha, aquele executa, e é essa partilha de funções, ou, para empregarmos a expressão consagrada, essa divisão do trabalho que determina essas relações de amizade. Somos levados, assim, a considerar a divisão do trabalho sob um novo aspecto. Nesse caso, de fato, os serviços econômicos que ela pode prestar são pouca coisa em comparação com o efeito moral que ela produz, e sua verdadeira função é criar entre duas ou várias pessoas um sentimento de solidariedade.¹⁰⁰

A solidariedade social, diz Durkheim, ‘é um fenômeno totalmente moral’,¹⁰¹ mas é o direito que, embora reflita apenas uma pequena parte da vida social, já que esta se reflete também nos usos e costumes, exprime as variedades que são essenciais à solidariedade social, de sorte que o número das relações sociais é necessariamente proporcional ao das regras jurídicas que as determinam.¹⁰² Daí a necessidade de estudar a solidariedade social através do sistema de regras jurídicas. Nesse sentido, para o autor, há duas formas de solidariedade social, quais sejam, a mecânica ou decorrente das similitudes sociais e a orgânica ou decorrente da divisão do trabalho.

⁹⁵ ARISTÓTELES, 2007, p. 236-237.

⁹⁶ Nesse sentido, conferir MATA-MACHADO, 1954.

⁹⁷ DURKHEIM, 2010.

⁹⁸ Émile Durkheim. O autor anota que foi Adam Smith o criador da expressão ‘divisão do trabalho’ e o primeiro a tentar teorizá-la. (Ibid., p. 1).

⁹⁹ Ibid., p. 29.

¹⁰⁰ Ibid., p. 21.

¹⁰¹ Ibid., p. 31.

¹⁰² Ibid., p. 31.

A solidariedade mecânica ou por similitudes é característica dos sentimentos coletivos, baseados nas similitudes sociais mais essenciais. Para que se possa compreendê-la basta que se compreenda o que é essencialmente o crime, já que o direito repressivo é o principal exemplo desse tipo de solidariedade social. Para o autor, as únicas características comuns a todos os crimes são as seguintes: '1º o crime ofende sentimentos que se encontram em todos os indivíduos normais da sociedade considerada; 2º esses sentimentos são fortes e definidos da consciência coletiva.'¹⁰³

A prática de um crime simboliza, pois, a ruptura do vínculo de solidariedade social, tendo em conta que 'todo o sentimento profundamente ofendido determina, de forma mecânica, uma reação passional', a qual é útil para a manutenção do sentimento coletivo,¹⁰⁴ e que pressupõe a aplicação de uma pena. Isso porque 'o crime melindra sentimentos que se encontram em todas as consciências sociais de um mesmo tipo social',¹⁰⁵ ou seja, em certo número de estados de consciência, que compreende a consciência coletiva, que reclama a reparação do direito violado com a correspondente sanção:

[...] existe uma solidariedade social proveniente do fato de que certo número de estados de consciência são comuns a todos os membros da mesma sociedade. É ela que o direito repressivo figura materialmente, pelo menos no que ela tem de essencial. [...] o número dessas relações é ele mesmo proporcional ao das regras repressivas; determinando que fração do aparelho jurídico representa o direito penal, mediremos, portando, ao mesmo tempo a importância relativa dessa solidariedade'.¹⁰⁶

Trata-se, pois, a solidariedade mecânica de uma solidariedade *sui generis*, que nasce especialmente das semelhanças, cuja consciência comum vincula o indivíduo à sociedade. A essa forma de solidariedade social correspondem o direito repressivo e os sentimentos religiosos, os quais tendem a permanecer difusos na sociedade, e cujo cerne é a consciência comum. A função da pena reside em manter intacta a coesão social e, bem assim, a vitalidade da consciência comum.

Por sua vez, a solidariedade orgânica baseia-se em regras cujas sanções são repressivas, reduzindo-se a simples restaurações e não a expiações próprias do direito repressivo. Ditas sanções, a rigor, não têm raízes na consciência coletiva. As regras com

¹⁰³ DURKHEIM, 2010, p. 470.

¹⁰⁴ Ibid., p. 471.

¹⁰⁵ Ibid., p. 43.

¹⁰⁶ Ibid., p. 83.

sanção restitutiva, ao contrário das repressivas, não atingem indistintamente todo o mundo, mas apenas relações entre partes restritas e especiais da sociedade, que se ligam entre si. É o caso do direito doméstico, do direito contratual, do direito comercial, do direito administrativo e constitucional, cujas regras exprimem uma *cooperação* que deriva essencialmente da divisão do trabalho.

O direito doméstico é claro exemplo disso: é ele quem determina as diferentes funções domésticas (de esposo, pai, filho e tutor, entre outras), bem como quais são os direitos e deveres que envolvem essas relações e como elas se estabelecem no meio social, como o casamento, as uniões afetivas, a filiação, a tutela e a curatela,¹⁰⁷ e o direito de visitas e aos alimentos, apenas para citar alguns. Como ensina Durkheim:

Essa parte do direito civil tem, pois, como objeto determinar a maneira como se distribuem as diferentes funções familiares e o que delas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico.¹⁰⁸

Também o direito contratual fornece inúmeros exemplos da divisão do trabalho, sendo interessante destacar dentre esses ‘o contrato de casamento, na medida em que determina a parte contributiva dos esposos nas despesas do casal.’¹⁰⁹

Ambas as solidariedades coexistem em uma mesma sociedade. A primeira, a solidariedade mecânica, ‘decorre de um conjunto mais ou menos organizado de crenças e sentimentos comum a todos’, de modo que ‘as idéias e tendências comuns a todos os membros da sociedade superem em número e intensidade as que pertencem pessoalmente a cada um deles.’ Essa solidariedade, refere Durkheim, ‘só pode crescer em razão inversa da personalidade’,¹¹⁰ a qual é absorvida pela personalidade coletiva. A segunda, produzida pela divisão do trabalho, supõe que os indivíduos diferem uns dos outros, de sorte que ‘de um lado, cada um depende tanto mais estreitamente da sociedade quanto mais dividido for o trabalho nela e, de outro, a atividade de cada um é tanto mais pessoal quanto mais for

¹⁰⁷ DURKHEIM, 2010, p. 98.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Émile Durkheim. O autor cita outros exemplos trazidos das mais diversos tipos contratuais, bem como de outros ramos do direito, consoante já referimos, mas enfatiza que ‘o direito apenas figura os contornos gerais, as linhas mestras das relações sociais, as que se encontram identicamente em diferentes esferas da vida coletiva. Por isso, cada um desses tipos de contratos supõe uma multidão de outros mais particulares, de que ele é como que a marca comum e que, ao mesmo tempo, ele regulamenta, mas em que as relações se estabelecem entre funções especiais.’ (Ibid., p. 101).

¹¹⁰ DURKHEIM, 2010, p. 106.

especializada.’¹¹¹ Em suma e em outras palavras: há duas sortes de solidariedade, ‘uma que deriva das similitudes, a outra da divisão do trabalho. Solidariedade mecânica, solidariedade orgânica. A primeira varia na razão inversa, a segunda na razão direta da personalidade individual. A esta corresponde o direito repressivo, àquela o direito cooperativo’.¹¹²

Para o autor, pois, a cada uma dessas solidariedades pertence a um corpo de regras jurídicas, sendo que para saber sua respectiva importância social basta que se verifique a correspondente extensão dos tipos de direito que as exprimem, em conformidade com nossas consciências, pois ‘há em cada uma de nossas consciências’, diz ele, ‘duas consciências: uma, que é comum a nós e ao nosso grupo inteiro e que, por conseguinte, não é nós mesmos, mas a sociedade que vive e age em nós; a outra, que, ao contrário, só nos representa no que temos de pessoal e distinto, no que faz de nós um indivíduo’.¹¹³

Henri de Page, influenciado pela obra de Durkheim, em estudo que intitula *l’obligation abstraite em droit interne et em droit comparé*,¹¹⁴ adota expressamente o método sociológico em suas pesquisas jurídicas, referindo que tal *tend à progresser dans la science du droit*.¹¹⁵ Para o autor, o novo método, ao inverso do tradicional, ou

‘métaphysique’¹¹⁶ qui, à partir de jugements de valeur se fondant sur des postulats d’ordre logique ou moral, tend à découvrir ce qu’elle considère comme l’essence d’une institution, et en déduit des propriétés, des qualités inhérentes à sa nature même, qu’elle érige logiquement en conditions de réalisation impératives, en ‘normes’ (par exemple la nécessité d’une cause dans toute obligation, dont on croit pouvoir déduire la non-validité de l’obligation abstraite), la méthode sociologique, faisant table rase – comme Descartes le fit en philosophie – de tout jugement *a priori*, et notamment de tout ‘jugement de valeur’, s’attache surtout, et avant tout, à l’étude – purement descriptive – des CONDITIONS DE FORMATION d’une institution, à en préciser la Gênes et le développement progressif dans l’histoire, à en saisir le mécanisme et la raison d’être, surtout aux époques où la mentalité des hommes qui l’ont pratiquée était, non pas plus ‘primitive’ que la nôtre (ainsi qu’on l’affirme trop souvent, avec supériorité), mais simplement différente de la nôtre. En un mot, rechercher ce qui est, ou a été, et non pas ce qui, en vertu de jugements *a priori* ou de postulats privilégiés, doit être, tel est le principe de base de la méthode sociologique.¹¹⁷

¹¹¹ Ibid., p. 108.

¹¹² Ibid., p. 472.

¹¹³ Ibid., p. 106.

¹¹⁴ PAGE, Henri de. *L’obligation abstraite em droit interne et em droit comparé*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1957.

¹¹⁵ Ibid., p. 11.

¹¹⁶ Henri de Page refere que o método tradicional, ou *métaphysique*, funda-se sobre o postulado da onipotência da razão, a qual é considerada como um meio de conhecimento. Este é o princípio do conhecimento *eidétique*, ou *préticative*. (Ibid., p. 11).

¹¹⁷ PAGE, 1957, p. 11-12. Tradução livre: ‘o método sociológico, a partir de juízos de valor com base em premissas de lógica ou moral, tende a descobrir o que é considerado como a essência de uma instituição, e

Com base no método sociológico, Henri de Page busca retratar as origens da noção de *falta* em matéria de responsabilidade *aquiliana*, em que analisa situação em que a reação do grupo, em determinado estágio da responsabilidade coletiva, implica verdadeira proteção do indivíduo, evidenciando uma forma de solidariedade social:

Mais comment va reagir l'individu ainsi 'abandonné', et désormais seus chargé du crime qu'on lui impute? Au stade de la responsabilité collective, la règle de la solidarité des groupes constituait, pour lui, une véritable protection, puisque le groupe tout entier réagissait contre l'attaque du groupe offensé. A la suite de l'abandon noxal, forme de rupture de la solidarité, l'individu va se trouver seul devant le groupe de l'offensé que reclame vengeance.¹¹⁸

José Fernando de Castro Farias,¹¹⁹ por sua vez, anota que o mundo não pode ser construído em sociedades que admitem o esmagamento do outro, e que 'é no conjunto desses problemas que se insere a relação da solidariedade com o direito, pois este implica a formação de uma esfera pública reestruturada, onde os homens se comunicam na medida em que partilham o mesmo mundo, mas também porque têm diferenças entre si'. Pontua o mesmo autor, ademais, que

se fosse possível resumir em algumas palavras a lógica do direito de solidariedade, poderíamos dizer que ela representa uma prática jurídica que busca a conciliação do coletivo e do individual. Ela representa a tentativa de resolução de um dos problemas fundamentais da sociedade contemporânea: o ajustamento da liberdade do homem à autoridade não mais somente ao Estado, mas de todos os grupos sociais aos quais pertence o indivíduo.

A solidariedade social implica, pois, o reconhecimento de que as pessoas exercem diferentes funções sociais, do que decorre uma mútua dependência, em conformidade com

deduz propriedades, qualidades inerentes à sua própria natureza, que ela erige logicamente em condições de realização imperativas, em 'normas' (por exemplo a necessidade de uma causa em toda obrigação, que se acredita poder deduzir a não-validade da obrigação abstrata), o método sociológico, faz tábula rasa – como Descartes fez em filosofia – de todo o julgamento *a priori*, e notadamente de todo 'julgamento de valor', centra-se sobretudo, e acima de tudo, no estudo – puramente descritivo – das condições de formação de uma instituição, em precisar a gênese e o desenvolvimento progressivo na história, em saber o mecanismo e a razão de ser, especialmente nas épocas onde a mentalidade dos homens que praticaram eram, não mais 'primitivos' que nós (como afirmamos muitas vezes, com superioridade), mas simplesmente diferente da nossa. Em uma palavra, pesquisar isto que é, ou foi, e não, no âmbito de julgamentos *a priori* ou de postulados privilegiados, deve ser, tal é o princípio de base do método sociológico.'

¹¹⁸ Ibid., p. 11-12. Tradução livre: 'Mas como vai reagir o indivíduo 'abandonado', e agora sozinho, acusado do crime imputado contra ele? No estágio da responsabilidade coletiva, a regra da solidariedade dos grupos constituiu, para ele, uma verdadeira proteção, uma vez que todo o grupo reagiu contra o ataque do grupo ofendido. Após o abandono noxal, forma de ruptura da solidariedade, o indivíduo vai se encontrar sozinho diante do grupo de ofendidos que reclama vingança.'

¹¹⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 284.

suas próprias dessemelhanças, que mais se acentuam, quanto maior for a diversidade social, embora estejam ligadas pela consciência comum nos aspectos em que se assemelham.

Charles Taylor¹²⁰ doutrina que a exigência desse reconhecimento guarda primazia devido à suposta relação entre reconhecimento e identidade, cuja tese consiste, em síntese, no fato de que a identidade do ser humano é formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento, ou mesmo pelo reconhecimento incorreto dos outros, pelo que um indivíduo ou grupo de pessoas pode resultar efetivamente prejudicado. O mesmo autor acentua que o não reconhecimento ou reconhecimento incorreto pode ser até mesmo uma forma de agressão, capaz de gerar no outro um sentimento de inferioridade, impotência e até mesmo ódio por si mesmo.

Nesse contexto, a política de reconhecimento da identidade de cada indivíduo, que ‘é aquilo que nós somos, *de onde nós provimos*. Assim definindo, é o ambiente no qual os nossos gostos, desejos opiniões e aspirações fazem sentido,’¹²¹ deve ser considerada, concretamente, no seio da comunidade e especialmente da família em que se insere o indivíduo, como sujeito de direitos, como é o caso da pessoa idosa, a qual, por essas razões, resultou merecedor de especial proteção também pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se demonstrará nas próximas linhas.

B) O IDOSO COMO SUJEITO DE DIREITOS

Neste ponto, em que se concentram a análise dos resultados do prefalado processo de especificação dos direitos humanos, no plano internacional, e de descentralização,¹²² no plano interno, o que será demonstrado, busca-se analisar a abrangência da proteção tutelar do idoso pelo direito brasileiro, enfatizando os papéis da família, da sociedade e do Estado na promoção e garantia desses direitos, partindo da compreensão de que a Constituição Federal

¹²⁰ TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. [s.l.]: Instituto Piaget. 1994. p. 45.

¹²¹ *Ibid.*, p. 54.

¹²² A resolução da questão, no entanto, como bem ensina Pietro Perlingieri, ‘não reside na disposição topográfica (códigos, leis especiais), na correta individuação dos problemas. A tais problemas será necessário dar uma resposta, procurando-a no sistema como um todo, sem apego à preconceituosa premissa do caráter residual do código e, por outro lado, sem desatenções às leis cada vez mais numerosas e fragmentárias. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 6).

conferiu-lhes especial proteção, e o Estatuto do Idoso, absoluta prioridade e proteção integral, bem como de que o envelhecimento é direito personalíssimo.

Os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹²³ positivam expressamente a abertura do sistema jurídico brasileiro especialmente em relação aos direitos humanos reconhecidos no plano internacional, tanto relativamente aos tratados em que o Brasil seja parte, quanto aos tratados e convenções internacionais que ingressem no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de emenda constitucional. Vale dizer, nestes últimos, os tratados e convenções internacionais que tratam dos direitos humanos, terão força de norma constitucional no plano interno desde que observado o processo de votação para emendas constitucionais, o que independe da condição de parte do governo brasileiro no respectivo tratado/convenção no plano internacional.

Tal compreensão enseja o reconhecimento de que o catálogo internacional de direitos humanos orienta e integra o ordenamento jurídico brasileiro, e que este está aberto para novas modificações, tal como está em constante evolução a sociedade. Nesse contexto, a Constituição Federal brasileira de 1988 elenca como princípio fundamental, entre outros, a dignidade da pessoa humana, e expressa que tem como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação das desigualdades.

No *caput* do art. 5º consagra-se o direito fundamental à vida, à liberdade e à igualdade, enquanto os direitos sociais vêm elencados no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, que incluem o direito à moradia, ao lazer, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados e, mais recentemente, o direito à alimentação, incluído que foi pela Emenda Constitucional n. 64/2010.

Na condição de destinatários de especial proteção, garantiu-se aos idosos o direito à vida e a proteção de sua dignidade no art. 230 da Constituição Federal brasileira, que determina que ‘a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas,

¹²³ O § 2º do art. 5 da CF/88 dispõe que: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Por sua vez, o §3º do mesmo artigo constitucional prevê que ‘Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas das constituições.

assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.’

O parágrafo primeiro do precitado dispositivo constitucional estabelece que os programas de amparo aos idosos sejam executados preferencialmente em seus lares, realçando o papel da família na proteção dos idosos. Ao seu turno e nesse mesmo sentido, o dever dos filhos maiores de amparar os pais na velhice, carência e enfermidade veio preconizado no art. 229 da Constituição Federal, resultando inequívoco o dever de proteção conferido à família em relação aos idosos.

Se, no plano internacional, verificou-se o processo de especificação na busca da efetiva proteção dos grupos identificados como vulneráveis, simultaneamente, no plano interno de países como a Itália e o Brasil, verificou-se um processo de decodificação e descentralização jurídica,¹²⁴ respectivamente, levando em consideração a idéia de código e a necessidade de proteção desses mesmos grupos, o que ensejou a elaboração de leis especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso, entre outros.

O centralismo jurídico vigente a partir das Ordenações Manuelinas, marcado pela prevalência absoluta do raciocínio segundo o Direito Romano, em seu sentido tradicional e positivista, levou o Direito Civil brasileiro inequivocamente ao processo de codificação, a exemplo do que havia ocorrido na França, com o Code Napoléon, e na Alemanha, com o BGB, abarcando em seu universo a totalidade normativa do país,¹²⁵ o que conferia a idéia de *sicurezza*,¹²⁶ nascida da própria estrutura da sociedade da época.

No entanto, a complexidade das relações sociais e a identificação pelo legislador de grupos de pessoas como sujeitos portadores de uma vulnerabilidade especial ou

¹²⁴ As expressões ‘centralismo jurídico’ e ‘descentralização jurídica’ são de COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹²⁵ Nesse sentido, COUTO E SILVA, 1997.

¹²⁶ Natalino Irti doutrina que o período da história europeia, que corresponde aos anos da metade do Século XIX até a primeira guerra mundial é denominado como sendo o ‘mundo da segurança’, o que é tributado à estrutura social da época, em que a burguesia resulta vitoriosa na Revolução Francesa, e o valor originário e fundamental do direito é constituído pelo próprio indivíduo.

potencializada¹²⁷ ensejou a edição de inúmeras leis especiais com vistas a conferir efetiva proteção a essas minorias. Tal situação levou a doutrina civilista ao entendimento de que o Código Civil, como regra geral, seria mesmo insuficiente para solucionar todos os problemas que gravitam em torno da proteção de indivíduos.¹²⁸

No direito Italiano, a esse processo Natalino Irti¹²⁹ denominou de ‘decodificazione’ ao referir que o ‘codici di settore appartengono alla medesima logica. I codici di settore non segnano um ritorno al codice, assia alla forma storica del codice, mas sviluppo e compimento del processo di decodificazione’, já que ‘la figura integrale del civis cede all’individuo frazionario’,¹³⁰ em que ‘Il codice civile sopravvive soltanto como disciplina residuale’.¹³¹ A idéia de *decodificação* e, bem assim, de que o Código Civil passou a funcionar como *direito residual*,¹³² nos termos propostos por Irti, foi igualmente prestigiada pela doutrina brasileira.¹³³

O Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos os problemas da vida de relação dos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e a completude. Suponho que jamais conseguirá recuperá-las.

¹²⁷ Frédérique Fiechter-Boulvard, trazendo à lume estudos acerca da noção de vulnerabilidade tendo por base a distinção de sua fonte ou base filosófica, qual seja, a igualdade e a desigualdade entre os homens, sustenta que a igualdade é uma visão macro do homem e da sociedade que implica divisão, e que a desigualdade pressupõe uma comparação entre os sujeitos. A vulnerabilidade, por sua vez, preexiste às relações humanas, sendo que estas apenas favorecem sua expressão, pois o risco de ser ferido surge como uma forte probabilidade do fato da coexistência entre os homens. A vulnerabilidade, assim, não exige sempre uma comparação entre sujeitos e situações para que seja constatada, já que apresenta fortes traços de subjetividade. Para autor ‘la vulnérabilité est une donné commune à tous lês êtres vivants et, em cela, les hommes son égaux’. Embora isso, aponta diferentes de mecanismos jurídicos de proteção que são capazes de explicar uma diversidade de formas e expressões da vulnerabilidade. Considerando-se a cláusula geral da tutela da pessoa humana, constata-se que a vulnerabilidade apresenta-se sob múltiplos aspectos não apenas existenciais, mas também, sociais, econômicos e penais, o que é apreendido pelo legislador na edição de leis especiais, que visam a proteção de grupos de pessoas consideradas em sua especial vulnerabilidade. (FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit’. In: VUNÉRABILITÉ et droit. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, p. 13-32. Disponível em: <<http://www.pug.fr/extract/show/107>>. Acesso em: 20 out. 2010).

¹²⁸ Na Alemanha, cogitou-se a edição do ‘Código do Povo’, que pretendia ser a consolidação de todas as regulamentações especiais, de todo o direito civil desfrutado pelo povo, no entanto, o Código Civil alemão foi mantido, embora alterado por diversas leis; na Itália, verificou-se franco processo de ‘decodificazione’, marcado pela edição de inúmeras leis especiais. (GOMES, Orlando. A caminho dos microsistemas. In: NOVOS temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 40-50).

¹²⁹ IRTI, Natalino. Codici di settore: Compimento della ‘decodificazione’. *Dirito e Societa*, n. 2, p. 131-136, 2005.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

¹³² Nesse sentido, também, LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 60.

¹³³ GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton Moraes e (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

O cidadão indiferenciado, que o Código tomava por modelo é hoje o indivíduo qualificado e concreto que a si mesmo procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos, com estatuto próprio.

O esvaziamento do Código Civil como estatuto da vida privada decorre ainda da migração para o plano constitucional de princípios gerais atinentes a instituições privadas, tais como a propriedade, a família e a autonomia privada¹³⁴

Em razão desse processo de *decodificação*, em que Irti defendia que o Código Civil teria passado à categoria de direito residual, e que, simultaneamente à decodificação, ter-se-ia verificado um processo de consolidação das leis especiais, editadas com princípios próprios, em que estas (as leis especiais) teriam passado à categoria de leis gerais, referiu o autor que estas seriam ‘micro-sistemas’ legislativos autônomos.¹³⁵

No entanto, posteriormente, em artigo intitulado ‘*I cinquant’anni del codice civile*’,¹³⁶ Irti não mais considerou a nossa era como a da *descodificação*. Ao contrário, reconhece ele a possibilidade de *recodificação*, por compreender os processos de *codificação* e *decodificação* como verdadeiras *categorias históricas* e não *lógicas*, justificadas por contextos sociais, econômicos e políticos distintos, e, por essa razão, mutáveis. Passou Irti a defender, pois, a ‘*unità del diritto privato*’.¹³⁷

No plano do direito brasileiro, Clóvis do Couto e Silva,¹³⁸ um dos integrantes da comissão de elaboração do Projeto de Código Civil brasileiro, encarregado da parte relativa ao Direito de Família, anotou que o pensamento que norteou os elaboradores foi o de realizar um Código central, mas sem a pretensão de nele incluir a totalidade de leis extravagantes em vigor no País.

Entendeu-se, pois, pela ocorrência de uma *descentralização* jurídica, em razão da progressiva edição de leis especiais, mas sem que houvesse oposição à idéia de código, pelo que se destacou a necessidade e a importância de ‘dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de modo aberto.’¹³⁹

¹³⁴ Ibid..

¹³⁵ IRTI, 2005, p. 26.

¹³⁶ IRTI, Natalino. *I cinquant’anni del codice civile*. *Rivista di Diritto Civile*, n. 3, 1992. p. 227 et seq.

¹³⁷ Ibid., p. 227 et seq.

¹³⁸ COUTO E SILVA, 1997, p. 30.

¹³⁹ COUTO E SILVA, 1997, p. 30.

Com efeito, no Direito Privado brasileiro, a idéia da codificação e da manutenção da unidade do sistema interno manteve-se íntegra, sem que houvesse desprezo à realidade então existente relativa às inúmeras leis especiais já em vigor. Tanto é assim, que efetivamente foi editado o novo Código Civil no ano de 2002, com significativas modificações, mas sem abarcar a totalidade das referidas leis extravagantes.

Verificou-se, pois, a necessidade de manutenção da codificação civil, sem qualquer desarmonia ou oposição às leis especiais, que, embora possam veicular princípios próprios e autônomos, encontram igualmente à lei geral o seu fundamento de validade da Constituição Federal, a par de manterem a unidade interior e adequação valorativa, tomando-se a idéia de sistema, aberto e dotado de mobilidade, a permitir, por meio da dogmática, perfeita integração das leis especiais e gerais em sua interpretação e aplicação.

Cada ordenamento jurídico constitui de fato um sistema, que se constitui de regras e princípios que buscam a preservação da adequação valorativa e unidade interior do Direito,¹⁴⁰ de modo a permitir a perfeita integração e aplicação das leis na busca da efetivação da justiça social, entendida esta como a busca da realização do primado da igualdade, com um mínimo de segurança e certeza jurídica.

Os sistemas jurídicos podem ser abertos ou fechados. Nos sistemas fechados, domina a idéia de codificação.¹⁴¹ Os sistemas abertos, por sua vez, permitem constante evolução do corpo legislativo, que recebe e emite sinais, estímulos e informações, verificando-se permanente comunicação com a realidade social onde se insere, absorvendo-lhe os valores éticos, econômicos e sociais. A dogmática exerce o controle dessas mensagens delimitando o âmbito de aplicação do direito no caso concreto,¹⁴² já que atua como móvel de controle das operações de aplicação do direito.

As inúmeras leis especiais que compõem o Direito Privado, trazendo em seu âmago novos princípios capazes de modificar os valores jurídicos fundamentais do ordenamento

¹⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1989. p. 103. O autor define sistema, em linhas gerais, 'como uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito.'

¹⁴¹ COUTO E SILVA, op. cit., p. 103.

¹⁴² LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. Bologna: Mulino, 1978. p. 16.

jurídico interno revelam que o atual sistema jurídico brasileiro corresponde ao aberto,¹⁴³ por estar em constante mutação, o que demonstra também sua incompletude, justificando a idéia de que o Código Civil, embora não seja suficiente para regular a totalidade das relações privadas, não tem afastado o caráter de lei geral.

A par de aberto, o sistema jurídico brasileiro é dotado de mobilidade¹⁴⁴, ou seja, permite a aplicação de princípios em âmbitos não previamente delimitados, sem que resulte comprometida a ordem e a unidade internas do ordenamento jurídico. Essa mobilidade permite que os eventuais novos e autônomos princípios que norteiam as leis especiais, bem como os princípios estabelecidos na lei geral, todos com observância dos constitucionais, possam ser aplicados em âmbitos distintos daqueles para os quais foram especificamente editados.

Nesse contexto, a edição de inúmeras leis especiais não impediu a preservação da idéia de que o Código Civil continue entendido como lei geral, e que aquelas e esta se integrem sistematicamente na identificação da solução jurídica, sem que haja quebra da unidade interna e lógica do sistema jurídico interno.

A individualização fracionária, decorrente da necessária proteção específica dos grupos identificados pelo legislador como ‘vulneráveis’, adaptada à dinâmica dos novos tempos deu mesmo ensejo a uma ‘maré montante de leis especiais’,¹⁴⁵ como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso, entre outros. No que refere aos idosos, o tema dos microssistemas veio a ser sugerido a partir do exame do tratamento especial destinado a estes igualmente a partir da consideração de sua situação de ‘vulnerabilidade’. A vulnerabilidade da pessoa idosa é objetivamente considerada pelo legislador brasileiro particularmente na Lei n. 10.743/2003, especialmente a partir do processo de especificação desse particular sujeito de direitos, identificado na sociedade pós-moderna, marcada pelo pluralismo, como uma categoria jurídico-social.

A vulnerabilidade da pessoa idosa é presumida e parte essencialmente do critério etário. Há, pois, em linhas gerais, um critério objetivo, apto a justificar a tutela específica

¹⁴³ CANARIS, 1989, p. 104: ‘O sistema de nossa ordem jurídica hodierna pode caracterizar-se como aberto. Pois é um facto geralmente admitido o de que ele encontra numa mudança permanente...’

¹⁴⁴ Sobre a mobilidade do sistema: Ibid., p. 127-154.

¹⁴⁵ GOMES, 1984.

deferida aos idosos, com vistas a diminuir-lhes os riscos sociais a que estão expostos por sua própria natureza. Isso porque as incapacidades aparecem como a tradução jurídica de uma vulnerabilidade antecipadamente apreendida pelo direito: há uma certa vulnerabilidade,¹⁴⁶ a reclamar tutela específica, pois, para cada uma das fases da vida humana, há necessidades que podem ser ditas especiais, reclamando garantias singulares, que dizem com as peculiaridades de cada condição, fazendo-as múltiplas em conformidade com as diferenças de cada um desses ‘grupos’.¹⁴⁷

A par disso, é importante destacar que o grupo de idosos corresponde ou corresponderá, segundo a ordem natural da vida, a todos os indivíduos e tipos sociais que compõem a sociedade, pois o processo de envelhecimento, desnecessário dizer, atinge indistintamente homens, mulheres, negros, portadores de deficiência, pobres, e todos os ‘outros’ identificáveis no meio social.

A Lei do Idoso, conferindo à pessoa idosa absoluta prioridade e proteção integral, com vistas ao seu melhor interesse, prevê diversos mecanismos de integração do longo vivo à vida social e comunitária, por meio da criação de oportunidades de acesso ao lazer, à cultura, ao esporte, à educação, à profissionalização e ao trabalho, e aos alimentos, que se baseiam no princípio da solidariedade social, a qual consiste em um objetivo da República Federativa do Brasil, e encontra ambiente na indiscutível complexidade da sociedade contemporânea, em que a pluralidade e a diversidade dos tipos sociais convivem em espaço comum.

O mesmo Estatuto traz também disposições de ordem penal, como fazem certo os artigos 93 a 108, o que evidencia que, em se tratando da proteção da pessoa idosa, há uma consciência coletiva, que denota o tipo psíquico da sociedade brasileira, que não tolera as práticas criminosas que arrola contra os idosos, dando azo à compreensão de que, nesse

¹⁴⁶ FIECHTER-BOULVARD, 2010.

¹⁴⁷ Nesse sentido, Bobbio anota que ‘essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.’. (BOBBIO, 2004, p. 59).

ponto, a solidariedade mecânica ou decorrente das similitudes sociais também está presente, ainda que em menor proporção que a primeira, a orgânica.¹⁴⁸

Assim é que a solidariedade prevista constitucionalmente trata-se de um dever de natureza jurídica e não de uma mera liberalidade¹⁴⁹ com vistas a promoção da dignidade da pessoa humana, e parte da compreensão da necessidade de realização da igualdade material, fundada em valores sociais.

José Fernando de Castro Farias¹⁵⁰ anota que foi apenas no fim de século XIX que foi descoberta a *solidariedade*, como expressão de uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, e, bem assim, a sociedade como um todo, e que não se confunde com *caridade* ou *filantropia*, mas como princípio fundamental da ordem pública, voltada ao pleno desenvolvimento da pessoa. Nesse sentido, Pietro Perlingieri esclarece que:

Pode-se falar em solidariedade em relação a comunidades intermédias, dos membros da família em relação à família, dos sócios em relação à sociedade, de um associado em relação à associação, de uma comunidade em relação à comunidade mais ampla da qual faz parte. A solidariedade com fins de cada comunidade específica pode concernir o grupo menor e intermédio em relação ao maior, como o Estado, ou exaurir-se no âmbito do grupo intermédio com prejuízo de pessoas que não fazem parte dele. Ela pode significar correlação, fraternidade entre os membros da mesma comunidade, mas, também, posição egoísta em relação a quem não faz parte dela ou a quem é membro de uma comunidade concorrente. Esta forma de solidariedade com os objetivos da comunidade não é aquela à qual faz referência o Texto Constitucional, que supera o fim superindividual, não concebendo um interesse superior àquele do pleno desenvolvimento do homem. Este último constitui princípio fundamental de ordem pública.¹⁵¹

O sistema de proteção dos direitos das pessoas idosas alicerça-se, pois, no princípio da solidariedade, a ser observado pela família, pela comunidade e pelo Estado, pois destinatários da ordem constitucional, haja vista todos possuírem distintos e mútuos papéis nesse mister, mas que convergem entre si em um objetivo comum: conferir prioridade à proteção dos direitos da pessoa idosa, possibilitando um envelhecer com dignidade.

¹⁴⁸ Émile Durkheim anota que ‘basta dar uma olhada em nossos Códigos para constatar a reduzida importância que o direito repressivo ocupa em relação ao direito cooperativo. O que é o primeiro comparado a esse vasto sistema formado pelo direito doméstico, o direito contratual, o direito comercial, etc.? Portanto, o conjunto das relações submetidas a uma regulamentação penal representa apenas a menor fração da vida geral e, por conseguinte, os vínculos que nos ligam à sociedade e que derivam da comunidade das crenças e dos sentimentos são muito menos numerosos dos que resultam da divisão do trabalho.’ (DURKHEIM, 2010, p. 127).

¹⁴⁹ MORAES, 2008, p. 232-257.

¹⁵⁰ FARIAS. 1998, p. 190.

¹⁵¹ PERLINGIERI, 1997, p. 36-37.

A par disso e em uma outra dimensão, pode-se dizer que, também nesse particular, há uma espécie de solidariedade social, decorrente da divisão de trabalho desses mesmos atores sociais (família, sociedade e Estado), em que cada um desempenha um papel definido e marcado por mútua dependência e com objetivo comum. Nesse sentido, o Estado, no exercício de uma de suas funções, qual seja, a legislativa, e com vistas a dar efetividade ao mandamento constitucional da solidariedade, tratou de não deixar dúvidas de que o processo de envelhecimento é *direito de personalidade*, alargando o espectro de proteção jurídica da pessoa humana também nessa derradeira fase da existência.

Orlando Gomes¹⁵² conceitua personalidade como ‘um atributo jurídico’, a par de referir que ‘todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direito e obrigações.’¹⁵³ Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever.’¹⁵⁴

A existência e a duração da personalidade coincide, a rigor, com a duração da vida humana; tem início com o nascimento com vida e termina com a morte. No entanto, no plano jurídico, a personalidade nem sempre guarda essa coincidência, admitindo-se a *personalidade ficta, presumida ou artificial*, como é o caso do nascituro, do ausente, da pessoa cuja possibilidade de vier a existir é admitida para fins de aquisição de direitos. Mesma sorte, o término da personalidade pode ser por presunção, como se verifica nos casos da morte presumida.¹⁵⁵

A personalidade é definida por particularidades capazes de identificar o indivíduo em seu meio social, como o nome, o estado e o domicílio, de sorte que, ‘pelo nome, identifica-se a pessoa. Pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo. Pelo domicílio, o lugar de sua atividade social.’¹⁵⁶

¹⁵² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 122.

¹⁵³ O Código Civil brasileiro conceitua pessoa como sujeito portador de direitos e deveres na ordem civil.

¹⁵⁴ GOMES, op. cit., p. 122.

¹⁵⁵ Nesse sentido: *Ibid.*, p. 122-128.

¹⁵⁶ GOMES, 1987, p. 129.

Por sua vez os *direitos da personalidade* são aqueles ‘considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade’.¹⁵⁷ Apontando diversidade de conceitos doutrinários e para bem defini-los, Orlando Gomes, sugere a delimitação de seu *objeto*, como ‘bens jurídicos em que se convertem projeções físicas ou psíquicas da pessoa humana, por determinação legal que os individualiza para lhes dispensar proteção’.¹⁵⁸ Nesse sentido, para o autor ‘a teoria dos direitos de personalidade somente se liberta de incertezas e imprecisões se a sua construção se apóia no Direito Positivo e reconhece o pluralismo desses direitos ante a diversidade dos bens jurídicos em que recaem, tanto mais quanto são reconhecidamente heterogêneos’.¹⁵⁹

Os direitos de personalidade não são classificáveis entre os direitos pessoais ou reais¹⁶⁰, mas distinguem-se por serem ‘absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários’,¹⁶¹ e ‘opõem-se *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção’.¹⁶²

Os direitos à integridade física e à integridade moral formam dois grandes grupos dos direitos de personalidade, na classificação de Orlando Gomes, que arrola no primeiro, o direito à vida e direitos sobre o próprio corpo; no segundo, a relação é formada pelo direito à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome, e também pelo direito moral do autor.

O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo aos direitos de personalidade, positivando em seu artigo 11, o caráter intransmissível e irrenunciável desses direitos, bem como estabeleceu regras acerca da disposição do próprio corpo (art. 13), também para além da morte (art. 14), enquanto o Estatuto do Idoso estabeleceu que envelhecer é direito personalíssimo.

¹⁵⁷ Ibid. p. 129.

¹⁵⁸ Ibid., p. 131.

¹⁵⁹ Ibid., p. 132.

¹⁶⁰ Ibid., p. 132.

¹⁶¹ Ibid., p. 132.

¹⁶² Ibid., p. 132.

Mota Pinto, ao seu turno, enfatiza que os direitos de personalidade¹⁶³ incidem ‘sobre a vida da pessoa, a sua saúde, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada’.¹⁶⁴ Trata-se, pois, de um ‘círculo de direitos necessários’,¹⁶⁵ ou seja, ‘um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa,¹⁶⁶ de caráter irrenunciável e intransmissível.’¹⁶⁷ Com isso, se considera que ‘el hombre, de acuerdo com su peculiar naturaleza y su destino, está constituido para configurar libre y responsablemente su existencia y su entorno en el marco de las posibilidades dadas em cada caso, para proponerse objetivos e imponerse a sí mismo limites en su actuación’.¹⁶⁸

A pessoa é, pois, um bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico,¹⁶⁹ que passa a ser essencialmente qualificada pela sua *personalidade jurídica*, que lhe confere legitimidade para ser titular de direitos e obrigado ao cumprimento de deveres na ordem jurídica. Nesse sentido, a pessoa pode ser pensada ‘como el centro de una *esfera jurídica* pertencente a ella necesariamente’,¹⁷⁰ da qual não pode se separar.

A fim de possibilitar a delimitação e a efetividade de proteção de tais direitos, a *teoria das esferas*, no dizer de Lorenzetti¹⁷¹ ‘possui a virtude de prescindir da idéia de patrimônio e superar o risco de um individualismo excessivo’,¹⁷² descrevendo um âmbito do indivíduo. Para o autor ‘a esfera pressupõe o contato com outra, e uma questão de delimitação entre

¹⁶³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 207-208. ‘designa-se por esta fórmula um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento – verdadeiros Direitos do Homem no sentido das Declarações universais sobre a matéria [...] direitos integradores de relações entre particulares’.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 209.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 209.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 209.

¹⁶⁷ Art. 11, Código Civil de 2002.

¹⁶⁸ LARENZ, Karl. *Tratado de derecho civil alemán*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavera. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44. Embora a contribuição de Larenz ao personalismo ético, Edgar de Godói da Mata-Machado refere a anterior contribuição do autor ao nacional-socialismo alemão: ‘a comunidade é a condição da personalidade’, ‘a conservação ou manutenção da personalidade individual que só na comunidade concretamente pensada pode desenvolver-se’ [...] que tal comunidade ‘é o povo, como totalidade concreta’, ‘o povo concebido como unidade de vínculo sanguíneo e de criação cultural’ [...] E o tão citado Karl Larenz poderá sustentar que ‘em sua essência concreta a idéia do direito é condicionada pelo sangue, é apenas a idéia do direito de uma nação determinada’, e exclamar: ‘O Fuehrer não obedece a uma norma, mas à própria lei vital da comunidade nacional, lei que se encarnou em sua pessoa. Sua vontade é idêntica à da comunidade nacional, porque no Fuehrer, o homem particular se extinguiu completamente’ (*In, Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1954. p. 21-23).

¹⁶⁹ LORENZETTI, 1998, p. 465.

¹⁷⁰ LARENZ, op. cit..

¹⁷¹ LORENZETTI, op. cit., p. 462.

¹⁷² *Ibid.*, p. 462.

ambas, pondo assim o acento no elemento central, que é a relação entre o indivíduo e a sociedade’.

Assim, com a edição do Estatuto do Idoso, em que o envelhecer passou a integrar a esfera de direitos de todas as pessoas, ou, em outras palavras, ao seu círculo de direitos necessários, que diz especialmente com o resguardo legal de um envelhecer com dignidade, cuja proteção é o fim último do Estado.

Em sua função executiva, resulta evidenciada igual parcela de responsabilidade do Estado na promoção da proteção dos idosos, o que implica considerar que não há uma *reprivatização* desses cuidados, mas uma integração entre a família, a comunidade e o Estado, com base no princípio da solidariedade, e solidariamente, no resguardo desses direitos, em que a família assume papel intermediário entre o indivíduo e o Estado, enquanto a este cabe o desenvolvimento de políticas públicas.

O desenvolvimento de políticas públicas para as pessoas idosas parte exatamente de sua condição de especial vulnerabilidade, que, para a Organização Mundial da Saúde – OMS, compreende as seguintes características: idade superior a 80 anos; moram sozinhos; são mulheres, especialmente as solteiras e viúvas; moram em instituições; estão isolados socialmente; não têm filhos; têm limitações severas ou incapacidades; são casais em que um dos cônjuges é incapacitado ou está doente; e/ou têm recursos escassos.

Embora isso, a Política Nacional do Idoso, Lei n. 8.842/94, regulamentada em 1996, por meio do Decreto n. 1.948/1996, considera idoso a pessoa maior de sessenta anos de idade, e tem por objetivo assegurar os direitos sociais das pessoas que se encontrem nessa faixa etária, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, apontando como necessárias ações governamentais nas áreas da saúde, assistência social, educação, justiça, habitação e urbanismo, cultura, esporte e lazer. No entanto, a Política Nacional da Saúde do Idoso, reconhece que:

Não se fica velho aos 60 anos. O envelhecimento é um processo natural que ocorre ao longo de toda a experiência de vida do ser humano, por meio de escolhas e de circunstâncias. O preconceito contra a velhice e a negação da sociedade quanto a esse fenômeno colaboram para a dificuldade de se pensar políticas específicas para esse grupo.

Nesse sentido, não apenas a idade cronológica baliza as ações governamentais voltadas à proteção do idoso. Sabendo-se que ‘ou envelhecemos ou morremos’¹⁷³ e que o envelhecimento é um processo gradativo e natural, inerente ao ser humano, o conceito de idoso pode ser analisado sob diversos planos, seja sob o ponto de vista biológico, psicológico ou cronológico, conjugando-se aspectos culturais, sociais e temporais. Norberto Bobbio¹⁷⁴ aponta a existência de três tipos de velhice:

a cronológica, a burocrática e a psicológica ou subjetiva. A primeira é meramente formal, variando no espaço e no tempo a determinação legal e social deste limiar [...]. Estipula-se um patamar e todos os que o alcançarem são considerados idosos, sendo irrelevante as respectivas características. A burocrática correspondente ao acesso ao benefício, como a aposentadoria por idade, passe livre nos transportes, isenções fiscais, etc. A subjetiva é a mais complexa, por não dispor de parâmetros, depende do sentir de cada um.

As condições psicológicas e biológicas dos idosos são por vezes associadas ao aspecto sócio-econômico e são pontuadas para fins previdenciários ou assistenciais, evidenciado que ‘velhice burocrática’ foi adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro,¹⁷⁵ embora o Estatuto do Idoso¹⁷⁶ tenha acolhido expressamente o critério cronológico, para determinar que idosos são pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Assim, por onde quer que se veja, ‘velhice’ não configura uma categoria natural, mas sim categoria socialmente construída.¹⁷⁷ Nessa linha, Pietro Perlingieri refere que ‘uma pessoa torna-se idoso não com base em subjetivas características psicofísicas, mas por efeito de objetivas determinações sócio-produtivas. O idoso acaba por ser uma categoria, um produto do sistema econômico, o qual decide quando se é idoso’.¹⁷⁸

Nesse viés, a Política Nacional do Idoso enfatiza que o envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos, sendo

¹⁷³ SÉGUIN, Elida. *O idoso: aqui e agora*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 5.

¹⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 18.

¹⁷⁵ A Lei 8.213/1991 trata dos benefícios de aposentadoria por invalidez (art. 42), por idade (art. 48), do auxílio-doença (art. 59), entre outros, enquanto a Lei 8.742/1993, que dispõe sobre a assistência social, tem como um de seus objetivos a proteção à velhice (art. 2º, I).

¹⁷⁶ Lei n. 10.741 de 1º de outubro de 2003.

¹⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *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*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 187-223.

¹⁷⁸ PERLINGIERI, 1997, p. 168.

necessário ‘distinguir a hipótese de relevância exclusiva da idade, que é aquela à qual se entende fazer referência, da hipótese na qual à idade se acrescenta um estado psicofísico patológico e, de qualquer jeito, de modo tal que incide sobre as *normais* capacidades’.¹⁷⁹

Para dar efetividade aos objetivos da Política Nacional do Idoso, foi editada a Lei n. 10.741/2003, que estabeleceu, de plano, que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-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.¹⁸⁰

Nesse primeiro aspecto do Estatuto do Idoso verifica-se que o seu eixo é a proteção da dignidade dos idosos que deve ser concretizada por meio da promoção dos direitos fundamentais, em razão do princípio de seu melhor interesse, haja vista gozarem eles de *proteção integral*. Nesse viés, Heloísa Helena Barbosa ‘identifica a existência do princípio do melhor interesse do idoso na Constituição Federal como consectário natural da cláusula geral de tutela da pessoa humana, que atua como fonte da proteção integral que é devida ao idoso’.¹⁸¹

A par da *doutrina da proteção integral* e do *princípio do melhor interesse*, aplica-se na proteção dos idosos também o *princípio da prioridade absoluta* da pessoa idosa, que consiste, como diz o próprio nome, em priorizar a atenção aos idosos, como modo de promoção de seus direitos fundamentais. O Estatuto do Idoso elenca, em rol não taxativo, o que considera a concretização do princípio da prioridade absoluta:

(a) atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, embora nesse sentido já existisse a Lei n. 10.048/2000, que estabeleceu prioridade no atendimento do idoso que contar mais de 60 anos nas instituições financeiras, órgãos públicos e concessionários dos serviços públicos, bem como a reserva de assentos, devidamente identificados, no transporte coletivo explorado por empresas públicas de transporte e concessionárias de transporte coletivo.

¹⁷⁹ PERLINGIERI, 1997, p. 168-169

¹⁸⁰ Art. 2º, Lei n. 10.741/2003.

¹⁸¹ BARBOZA, Heloisa Helena apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 274.

Também, a Lei n. 10.173, de 08 de janeiro de 2001, foi instituída para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a 65 anos, a par de estabelecer que tal benefício deverá ser requerido à autoridade competente para o julgamento do feito, e que se estenderá ao em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de sessenta e cinco, em caso de morte do requerente.

(b) preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas, e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso.

Nesse particular, recentemente foi editada a Lei n. 12.213, de 20 de janeiro de 2010, que instituiu o Fundo Nacional do Idoso, destinado a financiar os programas e as ações relativas ao idoso objetivando assegurar os seus direitos sociais e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

(c) viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações, e priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

Esse aspecto prioriza o atendimento do idoso no seio da família, o que será objeto de exame específico do próximo capítulo;

(d) capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; bem como o estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

(e) prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda, inciso incluído recentemente pela Lei n.11.765, de 05 de agosto de 1988, como meio de concretização do princípio em comento;

(f) garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

Na área da saúde, é assegurada aos idosos atenção integral, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS.¹⁸² Nesse ponto, a Portaria n. 2.528/2006 do Ministério da Saúde aprovou a Política Nacional da Saúde da Pessoa Idosa, cuja finalidade primordial é recuperar, manter e promover a autonomia e a independência dos indivíduos idosos, direcionando medidas coletivas e individuais de saúde para esse fim, em consonância com os princípios e diretrizes do Sistema Único do Saúde.

A Política Nacional da Saúde da Pessoa Idosa tem como diretriz, entre outras, a promoção do envelhecimento ativo e saudável, que consiste na manutenção da capacidade funcional do idoso, com vistas a prolongar o máximo possível a sua independência, em todos os aspectos, em relação às outras pessoas:

A promoção do envelhecimento ativo, isto é, envelhecer mantendo a capacidade funcional e a autonomia, é reconhecidamente a meta de toda ação de saúde. Ela permeia todas as ações desde o pré-natal até a fase da velhice. A abordagem do envelhecimento ativo baseia-se no reconhecimento dos direitos das pessoas idosas e nos princípios de independência, participação, dignidade, assistência e auto-realização determinados pela Organização das Nações Unidas (WHO, 2002). Para tanto é importante entender que as pessoas idosas constituem um grupo heterogêneo. Também será necessário vencer preconceitos e discutir mitos arraigados em nossa cultura. Os profissionais de saúde e a comunidade devem perceber que a prevenção e a promoção de saúde não é privilégio apenas dos jovens. A promoção não termina quando se faz 60 anos e as ações de prevenção, sejam elas primárias, secundárias ou terciárias, devem ser incorporadas à atenção à saúde, em todas as idades.¹⁸³

A par disso, essa política pública considera que saúde para a população idosa não se restringe ao controle e à prevenção de agravos de doenças crônicas não-transmissíveis, pois compreende que ‘a Saúde da pessoa idosa é a interação entre a saúde física, a saúde mental, a independência financeira, a capacidade funcional e suporte social’.¹⁸⁴

Ao seu turno, a Portaria nº 2.529, de 19 de outubro de 2006, instituiu a Internação Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, definida como 'o conjunto de atividades prestadas no domicílio a pessoas clinicamente estáveis que exijam intensidade de cuidados acima das modalidades ambulatoriais, mas que possam ser mantidas em casa, por equipe exclusiva para este fim,' conferindo aos idosos o atendimento prioritário nesse sentido.

¹⁸² Art. 15 do Estatuto do Idoso.

¹⁸³ Portaria n.º 2.528, que aprova a Política Nacional da Saúde do Idoso.

¹⁸⁴ Portaria n.º 2.528, que aprova a Política Nacional da Saúde do Idoso.

Recentemente, foi criado pelo Governo Federal o Programa Farmácia Popular do Brasil, visando ampliar o acesso aos medicamentos para as doenças mais comuns entre os cidadãos e produtos de higiene, como fraldas descartáveis geriátricas aos maiores de 60 anos. O Programa possui uma rede própria de Farmácias Populares, além de parceria com farmácias e drogarias da rede privada, chamada de "Aqui tem Farmácia Popular", regulamentada pela Portaria n. 184, a partir do dia 03 de fevereiro de 2011.¹⁸⁵

Nesse particular aspecto, tem-se por inafastável que se enfrente, ainda que brevemente, o tema a judicialização da saúde - e, nesse particular, explicita-se mais uma das funções do Estado na promoção dos direitos da pessoa idosa, a Judiciária -, haja vista o significativo número de demandas judiciais na busca da concretização do direito à saúde,¹⁸⁶ preconizado no art. 196 da Constituição Federal.

O problema da judicialização do direito à saúde foi recentemente enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal, que situou a questão em torno do exame da eficácia das políticas públicas existentes, levando em consideração o caso concreto, ou seja, as situações individualizadas trazidas ao judiciário.

Para tanto, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento das Suspensões de Tutelas Antecipadas n. 175 e 178,¹⁸⁷ convocou audiência pública e após analisou o tema do direito à saúde, considerando que os direitos fundamentais expressam um postulado de proteção (*Schutzgebote*), e também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) no dizer de Canaris (Claus-Wilhelm), e que, analisados em todas as suas dimensões, geram custos para sua efetiva implementação, o que vem pautando as discussões acerca da teoria alemã da reserva do possível, haja vista a inequívoca escassez de recursos públicos.

¹⁸⁵ Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/saude>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

¹⁸⁶ Em pesquisa no *site* do Tribunal de Justiça gaúcho foram localizados 27.200 (vinte e sete mil e duzentos) resultados, que incluem acórdãos e decisões monocráticas envolvendo a expressão 'direito à saúde' e 854 (oitocentos e cinquenta e quatro) resultados acrescentando à busca a expressão 'idoso'. Fonte: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 05 mar. 2010.

¹⁸⁷ A íntegra da decisão encontra-se disponível no site www.stf.jus.br e se refere ao julgamento do pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível n. 408729/CE (2006.81.00.003148-1). (Acesso em: 20 dez. 2010).

Destacou o Ministro que, embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. De outro lado, referiu ele, que a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, disse que também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Prosseguindo na análise, no que refere aos direitos sociais, mencionou o Ministro que é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

No mesmo voto, o Ministro Gilmar Mendes analisa os limites constitucionais à efetivação do direito à saúde e conclui que a questão deve pautar-se inicialmente no exame da existência ou não de políticas públicas sobre o tema, de sorte que se houver política pública existente o cumprimento de decisão judicial não significa que o Poder Judiciário esteja criando políticas públicas, mas apenas determinando o seu cumprimento. Caso a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal. Em qualquer caso, será analisada a efetiva necessidade do requerente ao medicamento/tratamento postulado, o que implica ampla dilação probatória, buscando-se especialmente saber se a política pública existente é (in)eficaz para o caso do autor.

Assim, é necessário que as demandas relativas ao direito à saúde contem com ampla dilação probatória, a fim de verificar se a política pública existe é (in)eficaz para o caso do autor. Com efeito, segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde *lato sensu* não se restringe às listas administrativas elaboradas pelo Ministério da Saúde, mas baseia-se na efetiva necessidade do postulante ao tratamento pretendido, desde que afastada a possibilidade de substituição das alternativas disponibilizadas pelo SUS, e provada a ineficácia da política pública existente para o caso concreto.

Também a Assistência Social volta-se à proteção dos idosos, definindo o art. 203 da Constituição Federal que 'a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social' e tem por objetivos, entre outros, a proteção à família e à velhice (inciso I), e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. A Assistência Social compõe a Seguridade Social, mas não possui caráter contributivo, de sorte que se destina a auxiliar as pessoas em situação de extrema vulnerabilidade social, e cuja renda *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por mês.¹⁸⁸

A verificação de que a concessão do benefício assistencial tem auxiliado na renda familiar e na manutenção dos idosos em suas famílias ensejou que a Lei de concessão de tal benesse fosse flexibilizada, pelo que foi reduzida a idade mínima para obtenção do benefício inicialmente de 70 anos (Lei n. 8.742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS) para 67 anos de idade, sendo que, com o advento do Estatuto do Idoso tal patamar foi novamente reduzido, agora para 65 anos de idade. A par disso, o Estatuto do Idoso, no que refere ao critério da renda, possibilitou a concessão do Benefício Assistencial ao idoso que conte com familiar que já possua o mesmo benefício.¹⁸⁹

Além do elenco de situações que visam a concretização do princípio da prioridade absoluta da pessoa idosa, a Previdência Social é garantia prevista ao idoso no art. 29 da Lei 10.741/2003, observadas as regras da Lei 8.213/91. Insta referir, nesse particular, que embora

¹⁸⁸ Lei n. 8.742/1993 Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS

¹⁸⁹ BATISTA, Anália Sólida et al. *Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da Previdência Social*. Brasília: MPS, SPPS, 2008. p. 117.

não possua caráter assistencial, mas contributivo, a Previdência Social já vem sofrendo, igualmente, os impactos do aumento do contingente de idosos no país. Essa situação mostra-se ainda mais agravada em razão da informalidade das atividades laborais e do desemprego, resultado da crise fiscal do final da década de 70, resultando comprometido o número de contribuintes em relação ao de pessoas aptas à percepção do Benefício de Aposentadoria,¹⁹⁰ o que evidencia a possibilidade de um desequilíbrio atuarial em um futuro próximo.

Em se tratando de moradia, os programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos guardam igualmente garantia de prioridade aos idosos,¹⁹¹ tudo com vistas à sua manutenção no seio de suas famílias. Isso porque o direito à moradia digna, a par de direito social (art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), é também preconizado pelo Estatuto do Idoso.

Mas o princípio da prioridade absoluta merece ser contextualizado não apenas na sociedade pós-moderna em suas relações materiais, mas também na prefalada ‘sociedade informática’, marcada pelo fenômeno da *digital divide*, que é a divisão entre aqueles que têm acesso e os que não têm ao mundo virtual.

A acentuada mutação política, econômica e social causada pelo impacto das novas tecnologias da informação e da comunicação permitiu o registro uma verdadeira revolução tecnológica,¹⁹² em que exsurtem novas necessidades de sobrevivência, mas não alcançadas por todos os indivíduos, compondo o grupo dos excluídos digitais, determinando e desigualdade tecnológica e a divisão da sociedade nesse sentido.

A par disso, a ausência da necessária difusão dos meios digitais e, bem assim, a disponibilização de infra-estruturas informáticas de acesso constitui evidente obstáculo à inclusão digital. A *digital divide* trata-se de um problema complexo, que compreende a análise não apenas do exame do acesso das pessoas pertencentes às mais baixas camadas sociais, cujos recursos são limitados muitas vezes à própria sobrevivência desses indivíduos, mas também do acesso das pessoas portadoras de deficiência física ou mental, bem como dos

¹⁹⁰ BATISTA, 2008, p. 13.

¹⁹¹ Art. 38 do Estatuto do Idoso.

¹⁹² A Revolução Tecnológica vem marcando significativas modificações que alcançam a sociedade como um todo, alterando as relações humanas, culturais, políticas e econômicas. As novas tecnologias da informação e da comunicação ensejam uma releitura do direito posto, bem como a necessidade de compreensão e de verificação de novos direitos.

idosos, e, ainda, dos analfabetos digitais, alcançando, portanto, questões culturais, econômicas e sociais.

Na sociedade da informação, o lazer é realizado com os jogos eletrônicos, ‘conversas’ entre ‘comunidades’ virtuais, viagens a locais distantes através do *Google Earth*¹⁹³. As crianças aprendem que não podem abrir *e-mails* de estranhos. A família, agora repersonalizada,¹⁹⁴ ganha novos amigos e também traições virtuais.¹⁹⁵ O diálogo entre os componentes do núcleo familiar diminui, mas se aproximam aqueles que estão, quiçá, do outro lado do mundo. O ensino é possível a distância.¹⁹⁶ Na economia, destaca-se o ‘comércio eletrônico’,¹⁹⁷ O ‘negócio’ é a *internet*, e o estabelecimento comercial é virtual, onde um ‘contrato por clique’ pode ser firmado em um segundo.

Nesse 'contexto eletrônico' renovam-se os estudos acerca dos princípios da confiança e da boa-fé, tendo em conta que as pessoas passam travar relações jurídicas virtualmente. A má fé, de outro lado, leva a condutas criminosas antes impensáveis, que passam a ser positivadas,¹⁹⁸ enquanto os criminosos já são rastreados eletronicamente.¹⁹⁹

¹⁹³ *Google Earth*. Trata-se de programa de computador em que é possível chegar a qualquer ponto do planeta, com precisão dos países, cidades, bairros e ruas, através da *Internet*.

¹⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: Direito de Família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114. Ensina o autor que ‘a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinados e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização’.

¹⁹⁵ ‘A internet criou uma nova maneira de ser infiel: começa com mensagens, evolui para confidências, logo entra no reino das fantasias sexuais. Quando menos se espera, o marido ou a mulher já estão teclando sem parar com um desconhecido. Mesmo que nunca se transfira para a vida real, a traição machuca do mesmo jeito’. (PINHEIRO, Daniela. *Trair e teclar, é só começar*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250106/p_076.html>. Acesso em: 21 jul. 2008)

¹⁹⁶ No Brasil, as bases legais para a modalidade de educação a distância forma estabelecidas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 98.394, de 20 de dezembro de 1996, que foi regulamentada pelo Decreto n. 2.494, de 10 de fevereiro de 1998, e o Decreto n. 2.561, de 27 de abril de 1998). Em 3 de abril de 2001, a Resolução n. 1, do Conselho Nacional de Educação estabeleceu as normas para a pós graduação *lato e stricto sensu*.

¹⁹⁷ SICA, Salvatore; SATANZIONE, Pasquale. *Commercio elettronico e categorie civilistiche*. Milano: Guiffirè, 2002. p. 3. “Il tema del commercio elettronico ha perso i connotati che sino a qualche tempo fa parevano caratterizzarlo; infatti, dopo l’iliziale ‘sorpresa’ dei giuristi rispetto alla novità che il fenomeno di Internet presentava, l’argomento ha preso progressivamente piede, facendo segnare una singolare parabola: da materia per ‘addetti ai lavori’ ad oggetto de ampia divulgazione. Anzi forse, occorre prendere atto che il commercio elettronico, nelle sua molteplici implicazioni, risulta oggi interessato da una vera e propria, si passi l’espressione, *alluvionne informativa*.”

¹⁹⁸ Os novos tipos penais ‘informáticos’ previstos nos artigos 313-A e 313-B do Código Penal brasileiro, acrescentados pela Lei n. 9.983/2000 são um exemplo disso.

¹⁹⁹ O Projeto de Lei n. 1.288/2007 prevê a vigilância com uso de equipamento de rastreamento eletrônico do condenado em regime aberto.

O Programa de Governo Eletrônico²⁰⁰ determina que a Administração Pública deve ser mesmo transparente, célere e eficaz, pelo que as compras por meio eletrônico através da modalidade licitatória pregão já fazem parte do ordenamento jurídico.²⁰¹ O exercício da democracia é pelo voto eletrônico,²⁰² e o Fisco²⁰³ alcança a situação econômica dos contribuintes por meio da declaração de imposto de renda pela rede mundial de computadores.

Há, pois, modernamente, um novo espaço social, o virtual, onde o sistema jurídico sofre igualmente novas leituras, porque a rede mundial de computadores trata-se, em verdade, de uma rede mundial de pessoas interligadas,²⁰⁴ formando uma complexidade de relações jurídicas entre si.

No entanto, recentes estudos,²⁰⁵ indicam que, entre os idosos ‘a grande maioria conhece, pelo menos de vista, um computador (88%), porém só 8% já o utilizaram’. A escolarização é apontada como um dos fatores desses resultados, já que ‘enquanto 99% dos idosos com ensino médio ou superior já viram um computador, e 44% já o utilizaram, somente 68% das pessoas idosas que nunca foram à escola viram um e somente 1% já o utilizou alguma vez. A renda familiar é também determinante a esse acesso: ‘das pessoas com uma renda familiar de mais de cinco salários mínimos, 99% já tiveram contato com o

²⁰⁰ “[...] O que se pretende com o Programa de Governo Eletrônico brasileiro é a transformação das relações do Governo com os cidadãos, empresas e também entre os órgãos do próprio governo de forma a aprimorar a qualidade dos serviços prestados; promover a interação com empresas e indústrias; e fortalecer a participação cidadã por meio do acesso a informação e a uma administração mais eficiente”, com o uso das novas tecnologias da informação e da comunicação. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/ogov.br>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

²⁰¹ A Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, ‘utilizando-se recursos de tecnologia da informação’, enquanto o Decreto 3.697, de 21 de dezembro de 2000 regulamenta o denominado ‘pregão eletrônico’.

²⁰² A Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabelece o sistema eletrônico de votação e da totalidade dos votos (arts. 59 a 62). Sobre o tema, SANSEVERINO, Francisco de Assis. *Direito eleitoral*. Porto Alegre: [s.n.], 2008. p. 75 anota que ‘a implantação do sistema eletrônico no Brasil deve ser analisada na perspectiva histórica do sistema eleitoral brasileiro no sentido de efetivar o princípio da ‘verdade eleitoral’.

²⁰³ O Decreto n° 6.022, de 22 de janeiro de 2007, instituiu o ‘projeto do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) faz parte do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal (PAC 2007-2010) e constitui-se em mais um avanço na informatização da relação entre o fisco e os contribuintes. De modo geral, consiste na modernização da sistemática atual do cumprimento das obrigações acessórias, transmitidas pelos contribuintes às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo assim a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital’. Disponível em: <<http://www1.receita.fazenda.gov.br/Sped>>. Acesso em: 21 jul. 2008.

²⁰⁴ Nesse sentido, PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁰⁵ DOLL, Johannes; NERI, Anita Liberalesso (Org.). Educação, cultura e lazer: perspectivas da velhice bem-sucedida. In: IDOSOS no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 109-123. O livro decorre de pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e o SESC que fornecendo ‘o retrato do idoso no Brasil, hoje’.

computador e 33% já o utilizaram, enquanto das pessoas com até dois salários mínimos somente 81% já viram um computador e somente 1% já trabalhou nele.’²⁰⁶

Nesse panorama, o direito de informar, de ser informado e de obter informação encontra-se intrinsecamente relacionado à educação e por conseguinte à renda familiar, a par de estar igualmente positivado como direito fundamental (art. 5º, IV, IX e XIV e 220 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), de sorte que a inclusão digital, como meio de garantia de acesso às novas tecnologias da informação e da comunicação exprime o asseguramento da dignidade do idoso na sociedade da informação, que deve gozar também nesse plano, de absoluta prioridade. Isso porque o progresso tecnológico passou a corresponder a uma necessidade real da natureza humana na sociedade da informação, e, para além disso, o mundo virtual, ‘não era nem necessário, nem útil, mas sucedeu que o experimentamos várias vezes e nos acostumamos tanto com ele que já não podemos dispensá-lo’²⁰⁷ e nem ignorá-lo, porque o desemprego tecnológico é real.

Dentre as condições para o envelhecer com dignidade, e que está igualmente abrangido pela garantia da prioridade absoluta, o direito fundamental ao trabalho, positivado no art. 6º Constituição Federal de 1988 como direito social, e igualmente preconizado no art. 26 do Estatuto do Idoso, é também um aspecto a ser enfrentado no presente estudo.

Seguindo as orientações da professora Carmem Camino,²⁰⁸ encontram-se as referências históricas mais remotas acerca das relações de trabalho na Antiguidade e na Idade Média, período em que se destaca ‘a prática da antropofagia, quando o homem tinha o hábito de devorar os adversários subjugados, seguida da simples eliminação, deu lugar à escravidão do vencido’²⁰⁹ fazendo com que esta fosse vista como progresso.²¹⁰ Os antecedentes próximos foram citados pela autora consoante divisão didática sugerida por Orlando Gomes e Élfson Gottschalk em quatro períodos, quais sejam, os fins do século XVIII; a edição do manifesto comunista de Marx e Engels, em 1848; a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em 1891; e o fim da I Grande Guerra Mundial, com a elaboração do Tratado de Versalhes, em

²⁰⁶ DOLL; NERI, 2007, p. 109-123.

²⁰⁷ DURKHEIM, 2010, p. 273.

²⁰⁸ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 27.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

1919.²¹¹ Mas, é somente no século XX que o direito do trabalho é integralmente considerado.²¹²

Simone de Beauvoir,²¹³ em estudo acerca da velhice, considerando dados da etnologia e das sociedades históricas, verificou a diversidade do tratamento dos idosos pelas sociedades em que vivem, que decorre, entre outros aspectos, do fator produtivo e das riquezas do longo como modo de contribuição à sua sociedade, bem como garantia de seu próprio sustento, quando, nessas hipóteses, se faz respeitado pelos seus pares. De outra sorte, quando o ancião mostra-se um ‘fardo’ à sociedade, porque não mais detém força produtiva e não mais pode alimentar-se sozinho, e tampouco locomover-se, é fatalmente eliminado pelo seu próprio grupo.

Essas pontuações revelam que ‘a busca secular da Humanidade, na sua persistente e admirável busca do direito de trabalhar dignamente, está plasmada em dor e sangue’,²¹⁴ o que ainda se verifica em nossos dias:

Malgrado todo o progresso científico alcançado, o homem ainda não venceu as chagas sociais que dilaceram o planeta, em especial, a pobreza e, com ela, a fome, a falta de oportunidades e a segregação.

Nesse contexto, emerge um direito do trabalho em crise, diante da feroz concorrência no mercado internacional sem atentar às profundas desigualdades históricas, filosóficas, culturais e econômicas dos povos; da crescente automação das empresas, responsável pela dispensa massiva de milhões de trabalhadores, sem perspectivas de reaproveitamento; da complexidade dos processos de produção, a afastar do mercado de trabalho, enorme contingente de trabalhadores sem qualificação profissional e sem meios de obtê-la; do capital produtivo cativo do capital financeiro, especulativo; do desemprego estrutural, como uma resultante de todos esses processos, a espalhar o seu sinistro espectro, inclusive sobre as nações mais ricas.²¹⁵

Nesse contexto, e em meio a tantas desigualdades e falta de oportunidades, o tema do trabalho do idoso guarda algumas especificidades dignas de nota.

A primeira, é que o número de pessoas idosas existentes na população mundial tende a aumentar significativamente nos próximos anos, o que implica a compreensão de que as

²¹¹ Acerca de cada um desses períodos, consultar a obra CAMINO, 2003.

²¹² Ibid., p. 34.

²¹³ BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. p. 49-109.

²¹⁴ CAMINO, op. cit., p. 25.

²¹⁵ Ibid., p. 37.

oportunidades de trabalho deverão corresponder às expectativas dessa ‘nova’ mão-de-obra, já que, com isso, deve ocorrer proporcionalmente a redução do número de pessoas consideradas ‘jovens’ para os padrões atuais e, bem assim, a redução de mão-de-obra desses indivíduos.

A segunda, é que, para além disso, o direito ao trabalho é garantia fundamental e direito social conferido constitucionalmente a *todas* as pessoas, e os idosos, por sua própria condição, são merecedores de absoluta prioridade e proteção integral nesse sentido, consoante estabeleceram a Constituição Federal e o legislador ordinário, como visto.

No entanto, convém examinar como se pode concretizar, no âmbito da ordem jurídica do capitalismo, o trabalho como um ‘direito’. O tema é discutido por Ricardo Antônio Lucas Camargo:²¹⁶

Pergunta-se como conseguir, no contexto capitalista, a garantia do direito ao trabalho, se a liberdade de iniciativa constitui conseqüência da liberdade de contratar e da propriedade privada, pelo que, portanto, configuraria um contra-senso impedir a empresa de recusar contratação a quem não merecesse sua confiança.

Para o autor, o direito ao trabalho é ‘francamente jurisdicionável’, o que justifica pela ocorrência de dissídios coletivos, que não raro têm estabelecido ‘hipóteses de garantia de emprego além das previstas expressamente em lei, considerando a natureza das atividades desempenhadas ou circunstâncias especialíssimas’, e, de outro lado, pela possibilidade de flexibilização da tutela do trabalhador, nos casos em que a própria viabilidade da empresa resulta comprometida, casos em que se aplicaria ‘a regra do equilíbrio pelo Poder Judiciário’.

217

Ao seu turno, José Felipe Ledur,²¹⁸ destaca que ‘a dignidade da pessoa humana é inalcançável quando o trabalho humano não merecer a valorização adequada’, a par de acentuar que ‘o princípio da dignidade humana está intimamente associado a todos os direitos fundamentais, não se restringindo aos direitos fundamentais clássicos’:²¹⁹

²¹⁶ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Ordem jurídico-econômica e trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 19.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 19-20.

²¹⁸ LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 95.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 98.

O acesso a um trabalho transcende os limites puramente individuais que até o presente momento podem ter ensejado a concepção ou tratamento do assunto. A criação de postos de trabalho depende de fatores múltiplos, que envolvem o interesse de amplas coletividades. Por isso mesmo a realização do direito ao trabalho fará com que a dignidade humana assumirá nítido conteúdo social, na medida em que a criação de melhores condições de vida resultar benéfica não somente para o indivíduo em seu âmbito particular, mas para o conjunto da Sociedade.²²⁰

Com efeito, José Felipe Ledur pontua que, pela leitura do art. 170 da Constituição Federal de 1988,²²¹ a ordem econômica não visa unicamente o indivíduo, mas a coletividade, de sorte que o livre exercício da atividade econômica é uma garantia que ‘somente subsiste quando a Economia for capaz de solucionar a questão do emprego, que afeta a totalidade das pessoas.’²²² Assim é que, para o autor

Quando a atividade econômica se desvia dessa finalidade ou for incapaz de proporcionar a satisfação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual prevalece sobre a garantia conferida pela Constituição ao empresário, a atuação estatal é impostergável’.

A terceira, é que a força de trabalho dos idosos tem também suas vantagens, que consiste nos conhecimentos que são guardados unicamente pelas pessoas mais vividas e experimentadas e que são de grande valia à memória social e ao próprio desenvolvimento da sociedade. Nesse particular aspecto, o Plano de Ação Internacional de Madri para o Envelhecimento pontua que:

Deve-se permitir a idosos que continuem realizando tarefas remuneradas enquanto desejem e possam fazê-lo produtivamente. De certa forma, o desemprego, o subemprego e a rigidez do mercado de trabalho impedem que isso ocorra, restringindo as oportunidades dos indivíduos e privando a sociedade de seu vigor e de seus conhecimentos. [...] É preciso que se conscientize, cada vez mais, das vantagens de ter idosos na força de trabalho.

Nesse contexto, é indispensável adotar políticas para ampliar as possibilidades de emprego, como novas modalidades de trabalho baseadas na aposentadoria flexível, em ambientes trabalhistas adaptáveis e na reabilitação profissional para idosos incapacitados, de forma que estes possam combinar atividades laborativas remuneradas com outras atividades. É o que também preconiza o Plano de Ação Internacional de Madri para o Envelhecimento.

²²⁰ LEDUR, 1998, p. 98.

²²¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

²²² LEDUR, op. cit., p. 99.

A OIT, nessa linha, expediu a Recomendação n. 162, sobre os trabalhadores de idade, que se refere especificamente aos trabalhadores, mulheres e homens, com maiores probabilidades de enfrentar dificuldades no emprego e ocupação devido ao envelhecimento, enfatizando que o Plano de Ação Internacional de Madri sobre o Envelhecimento expôs com clareza que, para construir uma sociedade adaptada às pessoas de todas as idades, é necessário que a comunidade internacional reconsidere o curso convencional da vida laboral.²²³

O incentivo ao trabalho dos idosos pode ser verificado em países desenvolvidos como os Estados Unidos da América,²²⁴ e timidamente no Brasil, ainda que com conotação de ‘trabalho voluntário’, como faz certo a Lei Estadual n. 12.279/2005, que instituiu o serviço especializado de voluntário de inativos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. No entanto, os questionamentos acerca de possível inconstitucionalidade da aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade, prevista no art. 40, §º, II, da Constituição Federal resultam afastados em razão do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815, que teve como relator o Ministro Moreira Alves, o qual se posicionou no sentido de que as normas constitucionais emanadas pelo poder constituinte originário não podem ter sua constitucionalidade examinada; somente as emendas se submetem a tal controle:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.²²⁵

²²³ Notícia publicada no site <http://www.oitbrasil.org.br/direitos_seguridade_social.php>. Acesso em: 29 jul. 2009.

²²⁴ The Center for Retirement Research at Boston College, em consórcio com outras entidades, aponta políticas para promover força de trabalho com participação das pessoas mais velhas. Disponível em <http://crr.bc.edu/images/stories/Working_Papers/wp_20062.pdf?phpMyAdmin=43ac483c4de9t51d9eb41> Acesso em: 26 jul. 2009.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 815. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 28 mar. 1996. *DJ* 10 maio 1996. p-15131 ement v.-01827-02 pp-00312

Paulo Bonavides²²⁶ emitiu parecer respondendo a Consulta do Governo do Estado do Roraima sobre os fundamentos da precitada ação de inconstitucionalidade, em que refere que a tese de Otto Bachof, jurista alemão que introduziu, na década de 50, o ‘conceito de normas constitucionais inconstitucionais’, em que se baseou a referida ADI, não se trata de novidade no trânsito jurídico, mas de tese que jamais firmou jurisprudência mesmo nas cortes alemãs, o que comprova pelas próprias considerações de constitucionalistas da Alemanha. A tese de Bachof é veementemente rechaçada por Bonavides, com respaldo em constitucionalistas portugueses, como Jorge Miranda e Gomes Canotilho, admitindo-a, porém, em uma única hipótese: ‘fazer uma nova Constituição’, tendo em conta que apenas o poder constituinte originário, único legitimado a tanto, poderia alterar ou extinguir normas constitucionais originárias, pois depositário da soberania e titular de todos os Poderes.

Por sua vez, e nesse mesmo sentido, Paulo Peretti Torelly,²²⁷ em ‘diálogo com Otto Bachof’,²²⁸ acresce que, embora as mutações e rupturas constitucionais sejam capazes de ensejar a inconstitucionalidade de normas constitucionais emanadas pelo Poder Constituinte originário, a ‘tarefa de aferição deste descompasso com a ordem vigente em face de mudanças no contexto cultural, bem como dos valores de uma dada sociedade e de sua realidade constitucional, compete ao conjunto desta diante de suas vicissitudes históricas’.²²⁹

De outro lado, acerca do tema, no Direito Italiano, Pietro Perlingieri pondera que:

Se o sistema italiano não é fundado no ócio e garante o trabalho a todos, como modo para realizar a própria personalidade, para sentirem-se vivos e úteis socialmente, grande parte da legislação que coloca limites de idade rígidos, seja para o acesso ao trabalho, seja para a aposentadoria (limites inspirados exclusivamente na idade e não em outros fatos eventualmente concorrentes) é suspeita de inconstitucionalidade [...] Dificilmente é compreensível a razão pela qual uma pessoa que deseja trabalhar não possa fazê-lo porque superou uma certa idade.²³⁰

É certo que os idosos ostentam significativa participação na economia, seja pelo auxílio material que disponibilizam em seus lares, por meio de suas aposentadorias e ajuda nos cuidados com os netos, enquanto os genitores saem de casa para suas atividades

²²⁶ BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 214-242.

²²⁷ TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra de reeleição*. Porto Alegre: Fabris, 2008. p.79-146.

²²⁸ Ibid., p.79-146.

²²⁹ Ibid., p.110-141.

²³⁰ PERLINGIERI, 1997, p. 169-170.

laborativas, bem como pelo resultado de sua própria força produtiva, do que decorrem rendimentos que, no mais das vezes, complementam suas aposentadorias. A par disso, como bem pondera Pietro Perlingieri, ‘as problemáticas da plena ocupação e do mercado condicionam a definição de idoso, freqüentemente ainda úteis a um sistema produtivo que sempre menos necessita de força física e é condicionado cada vez mais pela inteligência e pela competência.’²³¹

Ademais, retomando-se as idéias de Durkheim, ‘a divisão do trabalho é, pois, um resultado da luta pela vida’²³² e que possibilita que a diversidade dos tipos individuais possam coexistir quanto mais evoluída for a sociedade, sem que haja necessidade de eliminação ou de afastamento do grupo social das pessoas com maiores dificuldades ou com dificuldades específicas no desempenho de determinadas funções. A divisão do trabalho pressupõe, com efeito, o adequado aproveitamento das habilidades de cada indivíduo:

De fato, graças a ela [à divisão do trabalho], os rivais não são obrigados a se eliminarem mutuamente, mas podem coexistir uns ao lado dos outros. Por isso, à medida que se desenvolve, ela fornece a um maior número de indivíduos que, em sociedades mais homogêneas, seriam condenados a desaparecer, os meios para se manterem e sobreviverem. Em muitos povos inferiores, todo organismo imperfeito devia faltamente perecer, pois não era utilizável em nenhuma função. [...] Bem diferente, é o que sucede nas sociedades mais avançadas. Um indivíduo enfermo pode encontrar nos marcos complexos da nossa organização social um lugar em que lhe seja possível prestar serviços. Se for fraco apenas de corpo, mas se o cérebro for são, consagrar-se-á ao trabalho de gabinete, às funções especulativas. Se seu cérebro é que é frágil, deverá, sem dúvida, renunciar a enfrentar a grande concorrência intelectual.²³³

A inclusão social dos idosos deve, nesse panorama, estar adaptada às novas exigências físicas e psicológicas destes, levando em conta o incremento de outras capacidades que somente são alcançadas pelo ser humano quando atinge um certo envelhecimento, como é a sabedoria, decorrente do acúmulo das experiências vividas. Com efeito e nesse sentido, calha a lição de Durkheim:

A única causa que determina, então, a maneira como o trabalho se divide é a diversidade das capacidades. Pela força das coisas, a divisão de dá, pois, no sentido das aptidões, pois não há razão para que ela se produza de outra maneira. Realiza-se assim, por si mesma, a harmonia entre a constituição de cada indivíduo e sua condição.²³⁴

²³¹ PERLINGIERI, 1997, p. 168.

²³² Ibid., p. 268.

²³³ DURKHEIM, 2010, p. 269.

²³⁴ Ibid., p. 394.

Acerca dos aspectos socioeconômicos das transformações sociais, Semy Glanz²³⁵ anota que ‘autores indicavam que o mundo difícil criara a *família-refúgio*, porque a sociedade se tornou cada vez mais agressiva e só na família o indivíduo podia refugiar-se’. Todavia, o simples acolhimento dos idosos no seio de suas famílias²³⁶ nem sempre é a regra, de sorte que a discriminação sofrida por eles e a agressividade do meio social e até mesmo familiar ensejam a verificação de situações de direito.²³⁷

A sociedade que rejeita e ironiza o longevo evidencia que não reconhece neste a sua própria projeção. Trata-se de uma sociedade sem memória. É a sociedade *fast*, do consumo, da superficialidade, que se perde imperceptivelmente em si mesma, o que decorre de um ciclo de desamor entre as gerações, nascido da própria evolução social e do distanciamento e afrouxamento dos laços existentes entre estas.

Embora isso, Simone de Beauvoir,²³⁸ no prefalado estudo sobre a velhice, anota que o amor filial resulta também, em muitos casos, como diretriz ao tratamento destinado aos velhos, pois as crianças amadas e protegidas pelos seus pais e avós tendem naturalmente a acolhê-los e amá-los na velhice, provendo-os de todo o necessário à sua manutenção.

Assim é que o amor parental e o respeito aos idosos insere-se em um ciclo vital que deve conduzir à efetiva valorização do idoso em sua família e na sociedade em que se insere, de sorte que o estatuto imposto por esta deveria espelhar os ensinamentos e a sabedoria dos mais velhos, que não se trata de mera teoria, decorrente do conhecimento comum, pois estudos científicos indicam ‘que a sabedoria humana atinge o ápice justamente quando outras aptidões do cérebro começam a diminuir’.²³⁹

²³⁵ GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado*, inclusive o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Renovar, 2005. p. 12-13.

²³⁶ CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible: para una sociologia no rigorosa del derecho*. Madrid: Tecnos, 1974. O autor pontua que ‘una investigación empírica permitiría probabelmente comprobar que en nuestra sociedad de finales del siglo xx las situaciones de hecho que ponen de relieve el no-derecho son, por lo general, sensiblemente menos frecuentes que las conrespondientes situaciones de derecho. (Ibid., p. 52).

²³⁷ Não se deve confundir, nesse particular, contencioso com direito, pois este é infinitamente mais amplo do que aquele. (Ibid., p. 52).

²³⁸ BEAUVOIR, 1990.

²³⁹ GOLDBER, Elkonon *apud* DURGANTE, Carlos Eduardo Accioly. *Velhice, Culpada ou Inocente? Um olhar Bio-Psico-Espiritual da Maturidade da Vida*. Porto Alegre : Editora Dora Luzzatto, 2008. p. 31.

Essas mesmas impressões, de um certo modo, foram registradas por Norberto Bobbio²⁴⁰, que, contando mais de 80 anos de idade e dizendo-se um *très âgè* perfeitamente definido, escreveu seu 11º livro, relatando suas experiências acerca do envelhecimento na sociedade contemporânea, marcado pela marginalização do idoso:

Nas sociedades tradicionais e estáticas, que evoluem lentamente, o velho reúne em si o patrimônio cultural da humanidade, destacando-se em relação a todos os outros membros do grupo. O velho sabe por experiência aquilo que os outros ainda não sabem e precisam aprender com ele, seja na esfera dos costumes, seja na das técnicas de sobrevivência. Não apenas não se alteram as regras fundamentais que regem a vida do grupo e dizem respeito à família, ao trabalho, aos momentos lúdicos, à cura das doenças, a atitude em relação ao mundo do além, ao relacionamento com os outros grupos, como também não se alteram, e passam de pai para filho, as habilidades. Nas sociedades evoluídas, as transformações cada vez mais rápidas, quer dos costumes, quer das artes, viraram de cabeça para baixo o relacionamento entre quem sabe e quem não sabe. Cada vez mais, o velho passa a ser aquele que não sabe em relação aos jovens que sabem, e estes sabem, entre outras razões, também porque têm mais facilidade para aprender.

As impressões de Bobbio encontram expressão também nos estudos de Durkheim, que explica que o desapego aos idosos decorre do processo de evolução da sociedade, de sorte que quanto menor o desenvolvimento, maior será ‘a autoridade da idade que faz em grande parte a autoridade da tradição,’²⁴¹ pois ‘é um fato conhecido que o culto da idade vai se debilitando com a civilização’:²⁴²

De fato, o que faz a força da tradição é sobretudo o caráter das pessoas que a transmitem e a inculcam, quero dizer, os anciãos. Eles são sua expressão viva; só eles foram testemunhas do que os ancestrais faziam. São o único intermediário entre o presente e o passado. Por outro lado, eles desfrutam, junto às gerações que foram criadas e sob sua direção, de um prestígio que nada pode substituir [...] Quanto mais profunda a influência destas últimas - e ela é tanto mais profunda quanto mais duradoura -, maiores os obstáculos às mudanças.’

A discriminação aos idosos parece decorrer, portanto, da própria evolução civilizatória, revelando-se um problema social não resolvido pela mera catalogação de seus direitos básicos, sendo oportuno o questionamento acerca da eficácia dos direitos fundamentais dos idosos tanto no âmbito público, quanto no privado, que freqüentemente são violados, quando contra eles são praticadas as mais diversas formas de violência ou são vítimas da omissão de seus próprios familiares, da sociedade e do poder público, resultando muitas vezes abrigados em entidades não raro em situação de completo abandono, como se

²⁴⁰ BOBBIO, 1997, p. 20.

²⁴¹ DURKHEIM, 2010, p. 296.

²⁴² Ibid., p. 296.

tivessem sido mesmo ‘fatalmente eliminados pelo seu próprio meio’ tal como ocorria nas sociedades históricas, como referiu Simone de Beauvoir.

Nesse sentido, o asilamento das pessoas idosas é associado ao fim da vida, à medida necessária ao atendimento daqueles não são mais úteis à sociedade, ou seja, ao aguardo da morte.²⁴³ Esse comportamento, no entanto, indica que o homem contemporâneo encontra dificuldades em tratar da finitude da vida, excluindo os idosos do convívio comum, colocando-os em asilos e hospitais. Acerca dos aspectos históricos que envolvem a questão, e analisando a sociedade contemporânea, Johannes Doll e Ligia Py anotam que somente no século XX é que se verificou a ‘tendência de medicalizar e esconder a morte, excluindo assim, a morte do convívio cotidiano. Com isso, cresceu ainda mais o lado selvagem e assustador da morte.’²⁴⁴

Embora isso, o aumento da longevidade e a evolução da medicina permitem a constatação de que a maioria das pessoas morrem na velhice, o que não afasta, contudo, os problemas que as sociedades contemporâneas apresentam em relação à morte. É que dizem Johannes Doll e Ligia Py:

Observações como a privatização da morte, a exclusão dos moribundos do convívio social e o seu confinamento em instituições alisares ou hospitais, a abordagem profissional fria e distanciada às pessoas na fase final da vida, a ‘proteção’ às crianças do contato com as pessoas morrendo, a privatização e a repressão do luto, todos esses elementos são bases para uma teoria de repressão da morte (*Verdrängungstheorie*), bastante aceita no discurso geral. Por outro lado essa perspectiva reforça, de certa maneira, a visão nostálgica de que, nas sociedades tradicionais, a morte teria sido algo presente, tranquilo e aceito, enquanto as sociedades modernas e urbanas não seriam mais capazes de lidar com a questão da finitude da vida humana.²⁴⁵

Asilo é ‘palavra derivada do latim *asylum*, de procedência grega, tem o sentido de significar qualquer local inviolável, refúgio, ou expressa imunidade’.²⁴⁶ *Asilo* ‘também se denomina o estabelecimento público ou particular onde se recolhem pessoas doentes, velhos ou mendigos, as quais passam a ser tratadas e alimentadas a expensas da instituição’.²⁴⁷ Pelo

²⁴³ DOLL, Johannes; PY, Ligia. O idoso na relação com a morte: aspectos éticos. In: NERI, Anita Leberaleso (Org.). *Qualidade de vida na velhice: enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Alínea, 2007. p. 278-300), referem que ‘a consciência da vida leva necessariamente à consciência do fim da vida’, e implica o ato de pensar no futuro, pois ‘sem pensar no futuro, porém, a questão da morte deixa de existir’.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 278-300.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 278-300.

²⁴⁶ ASILO. In: SILVA, De Plácido E. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1967. p. 166.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 166.

sentido pejorativo associado à expressão ‘asilo’ no sentido de abandono e rejeição familiar, as casas asilares que acolhem idosos tem sido denominadas *Casa dos Idosos*, *Lar de Idosos*, etc., tratando-se de entidades tanto públicas quanto privadas.²⁴⁸

Para referir-se ao *asilamento* do idoso, o legislador brasileiro elegeu a expressão ‘abrigo em entidade’, que se trata de medida de proteção a ser aplicada quando violados os direitos dos idosos, nas hipóteses de ação ou omissão da sociedade ou do Estado; falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento, ou, ainda, em razão da própria condição pessoal do idoso.²⁴⁹

As medidas de proteção ao idoso vêm especificadas no artigo 45 do seu Estatuto, em seus seis incisos, e poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, e sempre levarão em conta os fins sociais a que se destinam, bem como o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.²⁵⁰ São elas, o encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência, que lhe cause perturbação; abrigo em entidade, e abrigo temporário.

A medida de proteção de abrigo em entidade, que diz com a internação do idoso em entidade asilar ou assemelhada, de longa permanência, é aplicada nos casos em que o idoso esteja em situação de vulnerabilidade, por falta, omissão ou abuso da família. É a medida de proteção ‘mais radical, com grande possibilidade de causar graves problemas psicológicos ao idoso, que não raras vezes perde suas referências, valores, e até mesmo auto-estima, com a brusca mudança de ambiente’.²⁵¹

Por essa razão, os filhos maiores têm o dever constitucional de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade,²⁵² devendo ser priorizado o atendimento do idoso

²⁴⁸ REZENDE, Joffre M. de. *Linguagem médica*. Disponível em: <<http://usuários.cultura.com.br/jmrezende>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

²⁴⁹ Art. 43, I a III, Lei 10.741/2003.

²⁵⁰ É o que dispõe o art. 44 do Estatuto do Idoso.

²⁵¹ CABREIRA, Carlos Cabral et al. *Direitos da criança, do adolescente e do idoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 145.

²⁵² Art. 229 da Constituição Federal de 1988.

pela família, em detrimento do atendimento asilar, excetuadas as hipóteses daqueles que não detenham condições de manutenção da própria sobrevivência.²⁵³

A carência de recursos materiais do grupo familiar, capaz de comprometer a própria sobrevivência de seus componentes, pode ser entendida como um dos motivos para que o idoso seja abrigado.²⁵⁴ Além dessa situação, a própria ausência de grupo familiar ou o abandono são hipóteses ensejadoras do atendimento asilar, em regime de internato.²⁵⁵ É o que estabelece o art. 3º do Decreto n. 1.948, de 03 de julho de 1996, que regulamentou a Lei n. 8.842 de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso²⁵⁶, cuja regra veio praticamente repetida no parágrafo 1º do art. 37 da Lei 10.741/2003.

Nessas hipóteses,²⁵⁷ a aplicação da medida em pauta poderá ser determinada pelo Ministério Público ou pelo Judiciário, a requerimento daquele,²⁵⁸ sendo certo que a internação do idoso incapaz dependerá da ouvida de seu curador,²⁵⁹ e, estando o idoso no domínio de suas faculdades mentais, deve ser considerada a sua manifestação de vontade.²⁶⁰

É de se destacar que, ainda que ocorra a internação do idoso em entidade asilar, devem ser observados os princípios da brevidade e da excepcionalidade, ante a priorização do atendimento do mesmo por sua família,²⁶¹ sendo certo que o mero abandono²⁶² do ancião em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres constitui crime, cuja pena cominada é a de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.²⁶³

²⁵³ Inciso V do parágrafo único do artigo 3º do Estatuto do Idoso.

²⁵⁴ RULLI NETO, Antonio. *Proteção legal do idoso no Brasil: guia para o profissional do Direito e para o Idoso: Universalização da cidadania*. São Paulo: Fiúza, 2003. p. 111.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 111.

²⁵⁶ Art. 3º. Entende-se por modalidade asilar o atendimento, em regime de internato, ao idoso sem vínculo familiar ou sem condições de prover à própria subsistência de modo a satisfazer as suas necessidades de moradia, alimentação, saúde e convivência social. Parágrafo único. A assistência na modalidade asilar ocorre no caso da inexistência do grupo familiar, abandono, carência de recursos financeiros próprios ou da própria família (Decreto 1.948/96).

²⁵⁷ Art. 43, II, Lei 10.741/2003.

²⁵⁸ Art. 45 do Estatuto do Idoso.

²⁵⁹ Arts. 8º e 9º do Código de Processo Civil.

²⁶⁰ Art. 17 do Estatuto do Idoso.

²⁶¹ Art. 3º do Estatuto do Idoso.

²⁶² Verificado o abandono do idoso em hospitais ou instituições de longa permanência, há previsão da existência de serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis pelo ancião, como linha da ação de política de atendimento ao idoso (art. 47, IV, do Estatuto do Idoso).

²⁶³ Art. 98 do Estatuto do Idoso.

Por fim, a internação dos idosos em abrigos de longa permanência pode ser vista como verdadeiro meio de proteção não apenas a estes, mas também à família, incapaz de absorvê-los, bem como à própria sociedade, que terá seus indivíduos resguardados de si mesma.

Mas não se pode olvidar que, nem sempre essas situações, por si sós, podem justificar o asilamento do idoso por sua família. Questiona-se, nesse ponto, a situação das famílias em que seus membros exercem atividades laborativas em dois ou três turnos de trabalho diários, e não há carência de recursos materiais. No entanto, o idoso necessita de atendimento especial por lhe restarem comprometidas suas condições físicas, biológicas ou psicológicas, para uma sobrevivência digna.

Nessa situação, e, havendo possibilidade de colher a concordância do idoso, a busca de internação em casas asilares apresenta-se como solução viável, desde que lá não seja o idoso abandonado por seus familiares. Há de manter-se, também nessa situação, a manutenção dos vínculos familiares, pena de prejuízos emocionais irreparáveis aos mais velhos, bem como da ocorrência de crime de abandono contra o desamparado.

Outra hipótese verifica-se quando, havendo condições materiais e condições necessárias a tanto, a família não deseja atender o idoso, e este, podendo manifestar sua vontade, não concorda com o asilamento. Há condições de prover sua subsistência, mas a família não o quer em seu seio. Em contrapartida, há dependência do idoso em relação aos seus familiares.

A determinação de convívio do idoso com a família que o rejeita seria análoga à determinação de que uma criança que tenha sofrido algum tipo de agressão física ou psicológica, por negligência de seus genitores, seja mantida em sua família biológica, porque este é um de seus direitos fundamentais.

O abrigo, na área da infância e da juventude em situações semelhantes à narrada, não é incomum. Ocorre a perda do poder familiar em razão do melhor interesse da criança,²⁶⁴

²⁶⁴ Sobre o tema, recente julgado do TJ/RS: APELAÇÃO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CRIANÇA EM SITUAÇÃO DE ABANDONO E VULNERABILIDADE SOCIAL. INCAPACIDADE DOS GENITORES PARA O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. Comprovado que os genitores são alcoolistas, com históricos de agressões físicas e exposição do menor em situação de abandono, deixando de dar-lhe os cuidados mínimos com a saúde, higiene, e alimentação, a destituição do poder familiar se mostra como a

sem que haja desvinculação de alguns deveres e obrigações de ordem personalíssima e ao mesmo tempo material, como é a obrigação alimentar.²⁶⁵

Robert Alexy²⁶⁶ doutrina que os princípios possuem peso relativo,²⁶⁷ bem como que ‘es imposible una teoria fuerte de los principios de forma que determine para cada caso precisamente una respuesta.’ Assim, uma resposta concludente à questão da *única resposta correta* somente é possível se consideradas as regras e os princípios que envolvem o tema proposto, desde que complementados pela teoria da argumentação jurídica.²⁶⁸

Assim, a única solução possível é a ponderação de princípios,²⁶⁹ devendo ser observado o melhor interesse do idoso, decorrente da garantia da prioridade absoluta, em cotejo com o princípio da manutenção dos vínculos familiares e, bem assim, da sadia sobrevivência desta como *família-instrumento* do desenvolvimento da pessoa humana.²⁷⁰

alternativa que melhor atende ao interesse da criança. RECURSO IMPROVIDO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. *Apelação Cível N° 70022367445*. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 08 maio 2008).

²⁶⁵ Nesse sentido: APELAÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS. 1. Embora o abrigo e a destituição do poder familiar sejam medidas excepcionais, revelaram-se adequadas a proteger os menores, resguardando-os de situações de extrema violência praticada pelo genitor, cujas marcas ainda remanescem apesar de quase cinco anos de afastamento. 2. Considerando as obrigações do alimentante com os filhos que permanecer sob os seus cuidados, adequado o redimensionamento da verba alimentar destinada aos filhos abrigados, reduzindo-a para 30% do salário mínimo. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara. *Apelação Cível N° 70012774113*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em: 23 out. 2005)

²⁶⁶ ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razon práctica. In: JORNADAS INTERNACIONALES DE LÓGICA E INFORMÁTICA JURÍDICAS, 4., San Sebastián, 1988.

²⁶⁷ Nesse sentido, *Ibid.* ‘Las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente una decisión. Pero de todos modos abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas.’

²⁶⁸ O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica, segundo Alexy, é que na jurisprudência são tratadas questões práticas definitivas, acerca do que está ordenado, permitido e proibido. A argumentação jurídica trata-se de um caso especial de argumentação prática geral, pois está situada sob uma série de vínculos institucionais, podendo caracterizar como a vinculação com a lei, os precedentes e a dogmática jurídica: ‘Estos vínculos, que pueden concebirse mediante un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica, no llevan sin embargo en cada caso precisamente a um resultado. Esto vale tanto para la subsunción bajo reglas como para la ponderaciones de principios.’ (ALEXY, *op. cit.*)

²⁶⁹ *Ibid.* Discorrendo o autor acerca das condições de prioridade refere que: ‘El que las colisiones entre os principios deban resolverse mediante ponderación en el caso concreto, no significa que la solución de la colisión sea solamente significativa para el caso concreto. Antes bien, puede establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.’

²⁷⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 11.

Por sua vez, o direito comparado mostra-nos a variedade de concepções que acerca do direito se perfilham²⁷¹ e, ao lado da sociologia, procura a medida que o direito determina o comportamento dos homens, e o lugar que lhes é reconhecido como fator de ordem social,²⁷² em conformidade com as distintas mentalidades e modos de raciocínios, permitindo um diálogo entre os sistemas jurídicos.

O número crescente de idosos²⁷³ e o aumento da expectativa de vida também não escapou à atenção do direito alemão,²⁷⁴ que, no entanto, não lhes dedicou uma lei especial, mas regulou a matéria no Direito Social, em que o grau de vulnerabilidade da pessoa idosa não é aferido apenas pela sua idade, mas sim pela sua efetiva necessidade de auxílio de outras pessoas em suas tarefas diárias, como tomar banho, vestir-se, alimentar-se, cozinhar, locomover-se, etc., considerando-se, ainda, as horas necessárias para tal auxílio.

Na Alemanha, afere-se o grau de dependência do idoso e assim o auxílio necessário, cujo atendimento, tal como no direito brasileiro, é priorizado em seus lares. No entanto, os cuidadores informais dos idosos, que podem ser familiares, vizinhos ou amigos, poderão ter horas de trabalho reduzidas e complementadas por benefícios que recebem do governo alemão, para que possam atender aos idosos nas horas do dia que necessitarem.

Essa situação, contudo, revelou a necessidade de readequação das políticas públicas existentes, haja vista a constatação de dois tipos distintos de demandas sociais, quais sejam, aquelas voltadas aos idosos e aquelas voltadas para os cuidadores destes.²⁷⁵

Em razão disso, foi editada a Lei do Seguro de Dependência, em vigor desde 1º de janeiro de 1995, que atesta que a Alemanha reconheceu a proteção da dependência como um

²⁷¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed. [s.l.]: Edita Meridiano, 1978. p. 29.

²⁷² *Ibid.*, p. 37.

²⁷³ Na Alemanha, uma em quatro pessoas tem mais de 60 anos, devido à prolongada baixa taxa de natalidade e ao aumento da expectativa de vida, depois da japonesa e da italiana, o maior número de idosos a nível mundial. (PERFIL da Alemanha. Berlim: Societäts-Verlang, 2008. Disponível em: <www.facts.about-germany.de>.)

²⁷⁴ 'Entre 1975 e 2005, registrou-se que os alemães viveram cerca de 6 anos a mais, chegando a 78,6 anos em média. As projeções indicam que, entre os anos de 2015 e 2020, a expectativa de vida será de 80,6 anos, sendo que os homens viverão em média até os 77,7 anos e as mulheres até os 83,4 anos. Entre os anos de 2045 e 2050, estes números subirão para 80,9 e 86,5 respectivamente. Os dados analisados revelam que as mudanças sociais e econômicas do século XX, tais como o aumento das rendas pessoais, a redução das taxas de natalidade e de mortalidade e os investimentos substantivos em saúde e em diversos programas de proteção social contribuíram para o aumento da população idosa.' (BATISTA et al., 2008, p. 33).

²⁷⁵ Nesse sentido, *Ibid.*, p. 33 et seq.

direito, superando a tradição de responsabilização da família no cuidado dos idosos. O custeio do Seguro Dependência alemão ocorre por meio de contribuições obrigatórias dos trabalhadores e também dos rendimentos decorrentes de aposentadorias, tal qual o Sistema de Seguridade Social daquele país:

A proteção da dependência na Alemanha insere-se na tradição que organiza o sistema de Seguridade Social desse país, baseada em benefícios originários das contribuições obrigatórias dos trabalhadores assalariados e dos próprios aposentados. Apesar de serem dois seguros distintos, administrativamente, o seguro de dependência está vinculado ao seguro de saúde, e todas as pessoas filiadas a este último devem obrigatoriamente se filiar ao primeiro.²⁷⁶

O direito ao benefício dar-se-á após cinco anos de contribuição durante os dez anos anteriores à solicitação, além de depender da avaliação do nível de dependência do requerente, que estará sujeito a um sistema de classificação de sua situação funcional, em conformidade com níveis e graus da dependência. No entanto, o requerente deverá financiar parte dos serviços que necessita, já que o benefício em pauta não cobre a totalidade desses custos, sendo que quando isso não for possível por falta ou carência de recursos materiais, o custeio da diferença é suportado pela assistência social municipal.²⁷⁷ A adesão ao seguro de dependência é obrigatória:

Em decorrência da lei de 1995, as pessoas que possuem um seguro de saúde privado devem obrigatoriamente contratar um seguro de dependência com a mesma companhia seguradora ou com outra. Para fiscalizar a adesão ao seguro de dependência nesses casos, o Estado determinou que as seguradoras comuniquem ao Instituto Federal de Seguros os nomes daqueles que não aderirem ao novo seguro. As companhias privadas estão também obrigadas a denunciar ao órgão aquelas pessoas que tenham interrompido suas contribuições pelo período de seis meses. Para as pessoas em atraso com suas contribuições ou que não aderirem ao seguro, o Estado pode impor multas de até 2.558 euros.²⁷⁸

A participação dos idosos na manutenção dos sistemas de seguro social e de dependência é, a rigor, possibilitada pelas suas boas condições socioeconômicas, que

276 BATISTA et al., 2008, p. 37. Os autores anotam que 'na Alemanha, existem três possibilidades de seguro de saúde: o seguro público, o seguro privado ou seguro de companhias internacionais. Cerca de 70 milhões de pessoas são filiadas ao sistema de saúde público, pois, quando a renda do trabalhador é menor do que 48.150 euros por ano (ou 4.013 euros por mês), a filiação ao seguro público de saúde é obrigatória, exceto para autônomos, funcionários públicos e pessoas que não trabalham tempo integral e recebem menos de 400 euros por mês. A respeito dos dependentes do trabalhador (filhos e cônjuge que não trabalha), o seguro de saúde público garante sua cobertura, enquanto que no seguro privado, o prêmio é geralmente pago para cada pessoa coberta.'

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

decorrem da reforma da aposentadoria que ocorreu nos idos de 1957,²⁷⁹ permitido que se admita que ‘a geração de idosos está garantida financeiramente’,²⁸⁰ o que lhes permite uma melhoria de estilo de vida: ‘Os idosos não ficam somente mais velhos, mas são também mais saudios, estão mais em forma e são mais ativos do que as gerações anteriores. Sua situação financeira é muito boa: os sexagenários detêm um terço do poder de compra total’.²⁸¹

O relacionamento familiar entre as gerações é incentivado por meio da criação de ‘casas de gerações’ pelo governo alemão, que visa ‘a fortalecer a solidariedade entre as gerações:

Nos próximos anos deverá existir em cada distrito ou município alemão uma casa para várias gerações. As 460 casas subsidiadas já existentes funcionam como central, rede e centro de distribuição para o aconselhamento familiar, a promoção da saúde, intervenção em crise e elaboração de planos de saúde.²⁸²

Como visto, também na Alemanha, o aumento gradual e progressivo do contingente de idosos, especialmente dos muito idosos, alarga proporcionalmente as possibilidades de ocorrência de dependência física, psíquica e social destes, despontando a necessidade de novas respostas estatais e de nova postura da sociedade civil.²⁸³

No entanto, a experiência alemã no trato das pessoas idosas encontra ambiente sócio-econômico favorável aos resultados positivos verificados, o que muito diverge da realidade social brasileira, marcada em grande parte pela pobreza e ausência de efetividade das políticas públicas já existentes, em razão da limitada capacidade do Estado ‘de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, limite fático à efetivação desses direitos’,²⁸⁴ o que mais acentua a dificuldade da garantia de uma velhice digna dos idosos nacionais.

²⁷⁹ PERFIL..., 2008.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Nesse sentido, BÁRBARA, Ana Teresa dos Santos. O idoso institucionalizado no contexto sócio-jurídico português. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 25-47.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007. p. 264.

O modo pelo qual o Estado poderá dar concretude aos direitos fundamentais sociais não escapou do exame de Ricardo Antonio Lucas Camargo,²⁸⁵ que refuta o aumento da carga tributária para atingir esse mister²⁸⁶ e aponta a necessidade de criação e estruturação de órgãos e entidades destinados ao exercício das competências estatais previstas no art. 23 da Constituição Federal,²⁸⁷ o que somente é possível mediante lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, diante do que dispõe a letra ‘e’ do inciso II do § 1º do art. 161 da Constituição Federal:²⁸⁸

Efetivamente, a enumeração do art. 6º da Constituição Federal toca a direitos que necessitam da criação de estruturas para sua concretização, em larga medida, vez que ali estão referidos (a) trabalho, (b) saúde, (c) lazer, (d) segurança, (e) moradia, proteção à maternidade e à infância, (f) previdência social, (h) assistência aos desamparados, (i) educação.

Muitos desses direitos correspondem, como não cansamos de observar, ao desempenho de competência estatais, como as elencadas no artigo 23 da Constituição Federal [...]

São criados órgãos e entidades exatamente para o exercício de muitas destas competências.

Ricardo Antonio Lucas Camargo arrola como exemplos de órgãos e entidades criados para o exercício das prefalladas competências estatais o órgão de apoio à formação das micro, pequenas e médias empresas, com vistas à promoção da integração social dos setores desfavorecidos, ao combate à pobreza e à marginalização, o que se relaciona, por exemplo, ao direito ao trabalho; a extinta COBAL – Companhia Brasileira de Alimentos, criada pela Lei Delegada n. 6, de 1962, visando a organização do abastecimento alimentar, o que diz respeito

²⁸⁵ CARMARGO, 2008, p.104 et seq.

²⁸⁶ Ibid., p. 106. Anota o autor: ‘poder-se-á dizer, com toda a certeza, que atendimento a uma pretensão concreta implicaria o sacrifício de toda a coletividade, como graves danos para a economia em geral, porque o déficit público seria o responsável pela variação negativa do poder aquisitivo da moeda, uma vez que compromete a capacidade de pagamentos do Estado’. E ‘o déficit público provoca’, segundo a lição de Ives Gandra da Silva Martins, citado pelo autor, ‘se não controlado, alterações sensíveis nas taxas de juros e na oferta de moeda, na medida em que, não financiado, exige política fiscal mais austera pela redução de despesas, ou mais irresponsável, pelo elementar aumento da carga tributária. E qualquer dos dois mecanismos afeta, de maneira mais ou menos intensa, a taxa de juros e a própria quantidade de moeda *lato sensu*, posto que nela incluo sua velocidade de circulação, posta à disposição do público’. (Ibid., p. 107).

²⁸⁷ Dentre as quais: (a) cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (b) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; (c) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (d) fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar. (e) combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

²⁸⁸ CARMARGO, op. cit., p. 106. O autor anota que a questão relativa à necessidade de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para criar os referidos órgãos já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal: Ação Direta e Inconstitucionalidade 2.302. Relator: Ministro Néri da Silveira. *DJU* 8 ago. 2003; e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.808. Relator: Gilmar Mendes. *DJU* 17 nov. 2006.

diretamente ao direito à saúde;²⁸⁹ a criação de bibliotecas públicas, de teatros, de museus, a aquisição de acervos e a aquisição de pessoal aptos a deles cuidar e a operá-los, como meio de propiciar o acesso da população à educação, à cultura e ciência, o que se liga ao direito ao trabalho, considerado o desemprego tecnológico; a promoção da construção de habitações dignas, ligada à concreção do direito à moradia, por meio do programa de financiamento habitacional da Caixa Econômica Federal,²⁹⁰ e, mais recentemente, pelo programa do Governo Federal denominado ‘Minha Casa, Minha Vida’.

E a interferência do Estado manifesta-se não apenas pela realização de políticas públicas, mas também por determinar que a família precipuamente preste assistência ao idoso, criando sistemas de assistência social também àquela. Nessa linha, foram criados os programas ‘Bolsa Família’ e ‘Estratégia Saúde da Família’, desenvolvidos pelo Governo Federal, o que vem ao encontro da priorização da manutenção dos vínculos dos idosos com seus familiares. A assistência social, nesse sentido, pode ser vista como um elo entre o idoso, a família, a sociedade e o Estado, em atenção às diretrizes traçadas pela política de atendimento ao idoso.

No entanto, embora se possa apontar a positivação dos direitos das pessoas idosas e a realização de políticas públicas nesse particular, a vida concreta revela a ausência de efetividade desses mesmos direitos. Não são incomuns as notícias de ausência de vagas nos asilos, e de entidades superlotadas, de maus-tratos flagrados por câmeras escondidas nos lares dos idosos, onde deveriam ser protegidos. É da realidade social um sem-número de anciãos pelas ruas, sem moradia e sem nenhuma assistência, em situação de completo abandono. Há poucas vagas de trabalho para os mais velhos, o que se acentua pelo desemprego digital. A assegurada acessibilidade é questionada quando não são encontradas rampas de acesso, nem transporte adequado, nem vagas reservadas nos estacionamentos.

Tudo isso em razão da ausência de consciência do papel dos idosos na sociedade e da decorrente da situação de discriminação vivida por estes. Esquecem os mais jovens que a velhice é uma grande vitória, almejada pela maioria das pessoas, e, se todos querem alcançá-la (*rectius*: viver muito), seria coerente pensar que se deve protegê-la, pela simples razão de

²⁸⁹ Lembrando que, recentemente, o direito à alimentação foi erigido a direito fundamental social, por força da EC n. 64/2010.

²⁹⁰ CARMARGO, 2008, p. 106.

que são as pessoas com as quais nos relacionamos e amamos ao longo da vida quem nos trazem as verdadeiras alegrias. Nesse sentido, Bobbio²⁹¹ nos relata a sua própria experiência:

Não foi do meu trabalho que obtive as alegrias mais duradouras da minha vida, não obstante as honras, os prêmios, os reconhecimentos públicos recebidos, que aceitei de bom grado mas não ambicionei e tampouco exigi. Obtive-as dos meus relacionamentos, dos mestres que me educaram, das pessoas que amei e que me amaram, de todos aqueles que sempre estiveram ao meu lado e agora me acompanham no último trecho da estrada.

E é por essa razão, entre outras, que o microsistema jurídico de proteção dos direitos dos idosos determina prioritariamente à *família*²⁹² o asseguramento da dignidade dos idosos,²⁹³ pois ‘em nenhum lugar mostra-se com maior clareza a *determinação material da idéia*, a dependência das *idéias* dos *fatos reais* do direito do que no direito de família’.²⁹⁴

²⁹¹ BOBBIO, 1997, p. 53.

²⁹² Art. 3º, V, Lei n. 10.741/2003.

²⁹³ Art. 230 da Constituição Federal de 1988 e art. 3º do Estatuto do Idoso.

²⁹⁴ RADBRUCH, 2004, p. 217.

II A TUTELA DO IDOSO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A) A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA: DA GARANTIA CONSTITUCIONAL À POSITIVAÇÃO NO DIREITO PRIVADO

A busca do conceito de *família* tem desafiado os juristas e sociólogos ao longo da história da humanidade, porque muitas foram as mutações das relações humanas, bem como inúmeras são as acepções desse vocábulo nos mais variados nichos culturais, ‘uma vez que o ser humano é, por natureza, um animal que acasala, ainda mais do que é um animal político, na medida em que a família é uma instituição mais antiga e mais fundamental do que o Estado’.²⁹⁵

O vocábulo *família* provém do latim *familia*, ‘por derivação de *famulus*, do Osco *famel*, designando o conjunto de pessoas submetidas à autoridade do *pater familias*, e a todos os escravos e a todo acervo patrimonial pertencentes a um senhor (Ulpiano: D. 50.16, fr. 195).²⁹⁶ No direito romano,²⁹⁷ antes de tudo, a família era uma comunidade política, econômica e religiosa, “fundava-se no modelo tipicamente patriarcal, evidenciando-se a autoridade e poder sobre a mulher, os filhos e escravos.”²⁹⁸

O *pater familias*, a mulher e os filhos biológicos do casal (*cognatio*), bem como eventualmente os filhos adotivos (*agnatio*), os escravos e os clientes formavam a família romana. A família romana compreendia, pois,

²⁹⁵ ARISTÓTELES, 2007, p. 291.

²⁹⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20. Anota o autor que osco era um antigo povo que habitava na Itália central.

²⁹⁷ Fustel de Coulanges ensina que a origem a família antiga não está unicamente na religião e tampouco no afeto natural, mas em ‘algo mais poderoso que o nascimento: o sentimento ou a força física; na religião do lar e dos antepassados se encontra esse poder. A religião fez com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida. A família antiga é assim associação religiosa, mais que associação natural’. (COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 36-37).

²⁹⁸ GAMA, 2008, p. 30.

uma reunião de pessoas colocada sob a autoridade ou a *manus* de um chefe único, da qual já faziam parte os filhos e os descendentes em linha reta até o infinito, gerados pelo *pater familias* ou pelos seus descendentes masculinos e ligados entre si pelo vínculo sanguíneo da *cognatio*, bem como outras pessoas que viessem à família ser agrupadas mediante os institutos da *adoptio* e da *conventio in manum*, as quais passavam a relacionar-se entre si e com os demais membros pelo vínculo da *agnatio*. Deste modo, constituí-se a família *aut natura, auto iure*.²⁹⁹

A fixação da família romana dava-se em razão do sepultamento dos antepassados, que eram os *manes*. Os familiares que faleciam eram sepultados sempre no mesmo local, que era nas proximidades do lar, e mereciam oferendas perpétuas dos supérstites.³⁰⁰ A *permanência* era virtude essencial para os romanos, e o costume dos ancestrais (*mos majorum*) tinha força de lei, e postulava a crença na sabedoria arcaica.³⁰¹

A *affectio maritalis* era presumida e a formação da família tinha como fundamento a religião e a perpetuação do culto sagrado, que era passado de pai para filho, visando a proteção da família por meio dos deuses particulares de cada lar, bem como dos antepassados. A família romana ‘segue a linha historicamente dominante do regime patriarcal’³⁰² que era ‘o ascendente vivo mais velho: o pai ou o avô paterno’,³⁰³ que simultaneamente exercia a função de sacerdote de seu próprio lar, bem como de esposo, pai, senhor dos escravos e clientes.

O fato de o culto sagrado de cada família ser transmitido de pai para filho, indica o respeito que os filhos e os demais membros do grupo familiar dedicavam ao *pater familias*, cujo poder era quase absoluto sobre aqueles, já que podia dispor sobre suas vida e morte.

Na Roma antiga, ao menos até o advento da Lei das XII Tábuas não havia direito escrito.³⁰⁴ A religião e o culto sagrado eram realizados em versos, em cantos, e assim eram transmitidos de gerações em gerações. As palavras de cada verso não podiam ser modificadas e nem esquecidas, sob pena de prática de desobediência.³⁰⁵

²⁹⁹ NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, p. 21-31, 1994.

³⁰⁰ Dessa prática resulta o direito de propriedade que hoje conhecemos.

³⁰¹ BEAUVOIR, 1990, p. 141.

³⁰² NORONHA, op. cit., p.21-31.

³⁰³ *Ibid.*, p. 21-31.

³⁰⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1, p. 13.

³⁰⁵ Não apenas no âmbito das famílias, mas também nas relações sociais dos romanos, o direito era não-escrito. Os contratos eram realizados em conformidade com certas palavras que simbolizavam a celebração do negócio. Dita a palavra errada, ou equivocadamente, o direito perecia.

Naturalmente, os versos eram transmitidos de pai para filho, acentuando a autoridade e o poder do mais idoso. Cada família romana era, assim, uma pequena sociedade, em que o dever de obediência ao *pater* sinalava o próprio respeito à religião e ao culto sagrado, que perdurava enquanto vivo fosse, ou seja, mesmo quando idoso. Por essa razão JHering referia que ‘la gens est une famille em grand et um État em petit,’³⁰⁶ enfatizando a constituição militar da família romana e a solidariedade existente entre os seus membros, o que quicá justifica o respeito à hierarquia do homem mais velho da família romana.

Essa situação repetia-se de família em família, de sorte que cada grupo familiar possuía o seu *pater*, sua própria religião e seus deuses particulares. O prestígio do *pater* era singular em cada família, e simbolizava o modelo de organização de cada lar romano.

Os poderes do *pater familias* sobre sua família não se extinguia em razão da idade deste ou dos filhos, mas apenas em determinadas situações, como acontecimentos fortuitos, atos solenes, ou ainda pela emancipação, que dependia da vontade do *pater*.³⁰⁷ Dentre os acontecimentos fortuitos, citam-se a morte do *pater*, sua redução à escravidão, ou ainda a perda da cidadania. Relativamente aos atos solenes que ensejavam a perda do poder do chefe da família, podem ser citados a adoção e a emancipação dos filhos. No entanto, essas situações dependiam do consentimento do *pater*.

É interessante referir que, com o casamento dos filhos, que obviamente dependia do consentimento paterno, não resultavam extintos os poderes do *pater*. Se um filho homem casasse, a noiva deveria ser aceita no lar paterno do marido e aceitar religião e os deuses de sua nova família. A mulher, então, rompia os laços com sua família de origem.

No entanto, Simone de Beauvoir, anota que essa quase absoluta autoridade paterna, conferida ao homem mais velho no seio de suas famílias, chegou a ser vista pelos jovens e sujeitos ao poder paterno como modo de opressão, o que se revelava por meio da arte romana, especialmente nas lendas e teatros da época, em que se buscou muitas vezes ridicularizar os idosos detentores do poder familiar.³⁰⁸

³⁰⁶ JHERING, R. Von. *L'esprit du droit romain*. Paris: Forni Editore Bologna, 1886/1888. v. 1, p. 184.

³⁰⁷ PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatros, 1972. p. 171.

³⁰⁸ BEAUVOIR, 1990, p. 142 et seq.

De qualquer sorte e por onde quer que se veja, é inegável que os romanos prestigiavam os mais velhos, fazendo-os distintos por essa condição, tanto porque detinham o poder sobre suas famílias, ao tempo em que eram responsáveis pela transmissão da religião e pelo cultivo da fé e da crença religiosa que marcava as relações familiares.

Esse prestígio foi especialmente retratado por Cícero,³⁰⁹ que disse das vantagens do envelhecimento,³¹⁰ porque ‘o velho já viveu muito tempo’,³¹¹ trazendo consigo ‘a prática das virtudes e as ações bem conduzidas’,³¹² pois é certo que ‘o saber se vale das competências acumuladas e se enriquece à medida que envelhecemos’.³¹³ A sabedoria das pessoas mais velhas é especialmente valorizada por ele:

Em verdade, se a velhice não está incumbida das mesmas tarefas que a juventude, seguramente ela faz mais e melhor. Não são nem a força, nem a agilidade física, nem a rapidez que autorizam as grandes façanhas; são outras qualidades, como a sabedoria, a clarividência, o discernimento. Qualidades das quais a velhice não só não está privada, mas, ao contrário, pode muito especialmente se valer.

O poder do *pater* sobre sua família também é associado ao poder do homem mais velho até quando suas forças o suportarem, que não se dissolve com o envelhecimento. É o que nos diz Cícero: ‘A ‘velhice só é honrada na medida em que resiste, afirma seu direito, não deixa ninguém roubar-lhe seu poder e conserva sua ascendência sobre os familiares até o último suspiro’.³¹⁴

Além da família, uma das mais fortes evidências do respeito dos romanos aos idosos era o Senado, que era composto pelos *patres* mais velhos entre os chefes das famílias. Nesse particular aspecto, calha o estudo de Simone de Beauvoir:³¹⁵

O Senado era composto de ricos proprietários fundiários, que haviam chegado ao fim de suas carreiras de magistrados. Até o século II antes de Cristo, a república é

³⁰⁹ CÍCERO, 2001, p. 25 et seq.

³¹⁰ Simone de Beauvoir anota, contudo, que o *De Senectute*, de Cícero deve ser lida em perspectiva que considere o período de decadência do sistema oligárquico, em que ‘os privilégios dos velhos diminuem, e depois desmoronam’. A autora refere que Cícero, aos 63 anos, era senador: ‘ele compõe uma defesa da velhice para provar que a autoridade do Senado, há muito abalada, deve ser reforçada. Na época em que escreve, os nobres e os ricos não acreditavam mais em nada, a não ser em seus prazeres e ambições: mas, em público, assumiam uma máscara e respeitavam os valores aceitos. É nesses valores que Cícero vai apoiar-se. (BEAUVOIR, 1990, p. 146).

³¹¹ CÍCERO, op. cit., p. 54.

³¹² Ibid., p. 50.

³¹³ Ibid., p. 42.

³¹⁴ Ibid., p. 32.

³¹⁵ BEAUVOIR, op. cit., p. 140.

poderosa, coerente, conservadora; nela, reina a ordem, e os privilégios da fortuna são consideráveis; é governada por uma oligarquia; esta favorece a velhice, com cujas tendências se afina. As prerrogativas do Senado são imensas. Ele dirige toda a diplomacia. Tem o poder sobre todos os comandos militares. [...] Este administra as finanças e julga os delitos graves: traição, prevaricação. Não se chega às altas magistraturas senão numa idade bastante avançada: a *carreira das honras* é cuidadosamente regulamentada, a tal ponto que é impossível fazer uma carreira fulgurante. Por outro lado o voto dos velhos tem mais peso que os dos outros cidadãos.

Cada família romana possuía seus próprios deuses e praticava sua própria religião sob o poder e orientação do *pater*. A união de duas famílias significava a manutenção da religião privada de cada grupo familiar, mas a comunhão de algum aspecto comum, passível de ser cultuada por ambas as famílias. Formava-se a *fratria*. A comunhão de várias *fratrias*, ou seja, de várias famílias entre si, formava a cidade, o que igualmente não afastava o culto sagrado interno de cada grupo familiar. No entanto, a união das *fratrias* permitia que alguns deuses comuns fossem cultuados por todos os cidadãos.

A ausência de documentos escritos que revelem a especificidade dos direitos dos idosos no Direito Romano, todavia, não impede que se conheça o tratamento que era conferido aos idosos, pois o estudo da família romana indica seguro caminho para tanto, como visto.

Mas, como ensina o Professor Carlos Silveira Noronha, ‘transitou a família e se fez presente em todos os séculos, não se podendo olvidar que seu primeiríssimo gérmen reside no registro bíblico, no livro do Gênesis, a criação dos primeiros seres humanos nas figuras de Adão e Eva e seus filhos Caim e Abel’.³¹⁶

A Bíblia traz os registros precisos acerca do tratamento conferido aos idosos, que, antes de tudo, indica sinal de respeito e prestígio destes em relação aos mais jovens, em razão de sua sabedoria e experiência. Também, a família é especialmente considerada e prestigiada.³¹⁷

³¹⁶ NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar, em perspectiva histórica, moderno e pós-moderna. *Revista da Faculdade Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26 dez. 2006. p. 89-120.

³¹⁷ Acerca das referidas passagens bíblicas, conferir BEAUVOIR, 1990, p. 115 et seq.

No Direito Canônico,³¹⁸ que é o direito da Igreja católica, ‘é o direito da comunidade religiosa dos cristãos’,³¹⁹ a família é ‘considerada pelas Escrituras como *entidade de direito divino*, com origem exclusivamente no casamento, instituição criada por Deus e elevada à categoria de sacramento, com a finalidade de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher.’³²⁰ A expressão ‘canon’ vem do grego (Kanoon = regula, regra), e era empregado inicialmente pela Igreja para designar as decisões dos conflitos.³²¹

Acerca dos fortes sentimentos religiosos nas sociedades primitivas, Émile Durkheim refere que ‘os costumes dos ancestrais são cercados de tanto respeito, que não se pode fugir deles sem ser punido’,³²² aduzindo que o direito repressivo nas sociedades mais primitivas era a quase totalidade do direito. Para tanto, aduz que ‘os quatro últimos livros do Pentateuco – o Êxodo, o Levítico, os Números e o Deuteronômio – representam o mais antigo monumento desse gênero que possuímos. Desses quatro ou cinco mil versículos, só um número relativamente ínfimo são expressas regras que, a rigor, podem ser consideradas não-repressivas’.

De fato, e especialmente no que diz com o respeito aos idosos e ainda no que se refere à rigidez das leis acerca da formação da família, a preponderância direito repressivo, marcado pelo caráter religioso, pode ser comprovada pela leitura das *Leis acerca do casamento*, no Deuteronômio, versículos 13-19:

Se um homem casar com uma mulher e depois lhe criar aversão, e buscar pretexto para a repudiar, imputando-lhe um crime vergonhoso, e disser: Eu me recebi com esta mulher, mas quando fui me deitar com ela, não a achei virgem: seu pai e sua mãe pegarão nela, e levarão consigo os sinais de sua virgindade aos anciãos da cidade que estão à porta; e o pai dirá: Eu dei minha filha por mulher a este homem: mas como ele agora lhe tem aversão, impõe-lhe um crime vergonhoso dizendo: Eu não achei tua filha virgem: e contudo eis aqui os sinais da virgindade de minha filha: ao mesmo tempo estenderão a roupa na presença dos anciãos da cidade: e os anciãos da cidade pegarão no marido, e fá-lo-ão acoitar, condenando-o em cima a pagar

³¹⁸ Ensina o Professor Carlos Silveira Noronha que ‘O direito canônico, que é fruto de uma longa decantação de dois mil anos de vida da Igreja Católica do Ocidente, apóia-se na existência de um *direito divino*, no qual se distinguem um *direito divino natural*, que é a base da canonística e tem fonte na natureza real da pessoa humana, como ente criado por Deus, e num *direito divino positivo*. Este constitui o núcleo fundamental do direito canônico e não deriva da ordem natural, mas do conjunto de fatores jurídicos concebidos por Cristo para conferir a exata dimensão de justiça à sua Igreja, na visão do homem, mas não como ser racional, suscetível de erro. É, assim, cognoscível o direito positivo divino somente através da revelação divina. (NORONHA, 1994).

³¹⁹ GILISSEN, 1995, p. 133.

³²⁰ NORONHA, op. cit.

³²¹ GILISSEN, op. cit.

³²² DURKHEIM, 2010, p. 117.

siclos de prata, que dará ao pai da moça, porque desonrou com uma acusação de infâmia uma virgem de Israel: e ela ficará sendo sua mulher, e não a poderá repudiar enquanto viver.

Porém se o que ele opõe é verdade, e a moça não se achou virgem, lançá-la-ão fora das portas da casa de seu pai, e os habitantes daquela cidade a apedrejarão, e morrerá.’

A preponderância do direito repressivo associado ao caráter religioso e aos costumes denota uma sociedade estacionária, pois exprime a força da consciência coletiva da época e evidencia o seu grau de desenvolvimento. Nesse sentido, calham os estudos de Durkheim:

Nas sociedades inferiores, o direito [...] é quase exclusivamente penal; por isso, é sobremodo estacionário. De modo geral, o direito religioso é sempre repressivo: é essencialmente conservador. Essa fixidez do direito penal atesta a força da resistência dos sentimentos coletivos a que corresponde.³²³

A natural evolução da sociedade,³²⁴ a diversidade histórica de culturas, a longevidade, a emancipação feminina, a perda da força do cristianismo, o impacto dos meios de comunicação de massa, o desenvolvimento científico, com as perícias genéticas e descobertas no campo da biogenética, o aperfeiçoamento e difusão dos meios contraceptivos, atingiu fortemente a configuração familiar,³²⁵ e explica a complexidade das estruturas familiares da nossa atual sociedade. A rapidez da evolução social indica franco desapego às tradições e, conseqüentemente, o enfraquecimento das relações com as pessoas idosas. Nesse sentido, doutrina Durkheim:

Inversamente, a maior plasticidade das regras puramente morais e a rapidez relativa de sua evolução demonstram menor energia dos sentimentos que são sua base: ou eles são mais recentemente adquiridos e ainda não têm tempo de penetrar profundamente nas consciências, ou estão se arraigando e sobem do fundo para a superfície.³²⁶

³²³ DURKHEIM, 2010, p. 48.

³²⁴ Émile Durkheim, discorrendo sobre a evolução da família refere que ‘a família é, por algum tempo, um verdadeiro segmento social. Originalmente, ela se confunde com o clã; se, mais tarde ela se distingue, é como a parte do todo; ele é o produto de uma segmentação secundária do clã, idêntica à que deu origem ao próprio clã e, quando este último desaparece, mantém-se ainda essa mesma qualidade. Ora, tudo o que é segmento tende a ser cada vez mais absorvido pela massa social. É por isso que a família é obrigada a se transformar. Em vez de permanecer uma sociedade autônoma no seio da sociedade grande, ela é atraída sempre e cada vez mais para o sistema de órgãos sociais. Ela mesma se torna um desses órgãos, encarregada de funções especiais e, em conseqüência, tudo o que acontece nela é suscetível de repercussões gerais.’ (Ibid., p. 197).

³²⁵ NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon; GUERRA, Leandro dos Santos Direito Civil: Alguns aspectos de sua evolução, p. 171. apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. A social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 39, p. 155-169, dez./jan. 2007 .

³²⁶ DURKHEIM, op. cit., p. 48-49.

No ocidente, os juristas são conformes em assentir que o ‘modelo familiar’ ocidental da atualidade encontra como um dos principais antecedentes remotos a civilização romana,³²⁷ com as posteriores modificações verificadas notadamente pelo Direito Canônico e pelas instituições germânicas.³²⁸

No Direito Brasileiro,³²⁹ a contar da vigência do Código Civil de 1916, muitas foram as legislações esparsas que registraram as modificações sociais ocorridas nas famílias brasileiras, cuja evolução revela a existência de um verdadeiro mosaico social-familiar, que dificulta a identificação, no plano fático, de um modelo familiar predominante.

Com a Constituição Federal de 1988, para alguns, sem distinguir *família* de *entidade familiar*, houve, pois, a pluralização do conceito de família, em que, não apenas o casamento, mas também a união estável e família monoparental, esta formada por qualquer dos pais e seus descendentes, gozam da proteção do Estado.

A doutrina questiona se há hierarquização axiológica entre essas estruturas familiares, bem como se constituem elas *numerus clausus*.³³⁰ A complexidade e a coexistência das espécies de estruturas familiares existentes no atual tecido social responde negativamente a tal indagação. A família tornou-se plural, na sua origem e formação.³³¹

³²⁷ BONFANTE, Pietro. *Instittuzioni di diritto romano*. 10. ed. Torino: S.P.E di C. Fanton, 1957. p. 142-148.

³²⁸ Entre outros, GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 29.

³²⁹ Com o advento do Cristianismo, sobreveio o Direito Canônico, em que a Igreja passou a legislar por meio de normas a quais denominou de cânones, objetivando distingui-las daquelas leis editadas pelo Estado, sendo que as questões relativas à família, e especialmente no que diz com o matrimônio, era alvo pela Igreja, cujos resquícios ainda são vistos na sociedade, como é o princípio da indissolubilidade do casamento. Posteriormente, durante a Idade Média, a família passou a sofrer a influência do Direito Germânico, que se caracterizava pelo ‘tipo paternal’, em que o poder familiar não era exercido pelo chefe da família, mas pelo pai, sendo que à mãe era reservado um papel moralmente elevado. Importante contribuição desse direito para o modelo de família da atualidade, é o casamento civil, que conta com a participação do Estado. O Direito Português foi constituído sob forte influência do Direito Romano, do Direito Canônico e do Direito Germânico, e inequivocamente constitui a própria origem do Direito Brasileiro, por força da colonização portuguesa em nosso país, notadamente por influência das Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, 1446; Manuelinas, 1521; e Filipinas, 1603), estas em vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

³³⁰ NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 36, p. 139-169, jun./jul. 2006.

³³¹ GAMA, op. cit., p. 27.

Por sua vez, há quem sustente³³² que a Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, alargou o conceito de *família* ao estabelecer que esta deve ser ‘compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou que se considerem aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa’.

Também a Lei n. 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituiu em seu artigo 28 a chamada *família substituta*, que, como diz o próprio nome, substituirá a família biológica ou natural, quando esta por algum motivo desintegra-se, colocando em situação de risco crianças e adolescentes.³³³ Para esse Estatuto a família biológica ou natural é aquela em que há vínculos de sangue, enquanto a família substituta é a que a criança ou adolescente pode ser inserido por vínculos de afinidade e afeto, visando sua proteção, educação e sadio crescimento, especialmente por meio da guarda e da adoção.³³⁴

Até mesmo quem vive sozinho, ou dois irmãos solteiros podem ser considerados *entidade familiar*³³⁵ para os efeitos de proteção do Estado, e especialmente para aqueles previstos na Lei n. 8.009/90, que regula o bem de família.

Por sua vez, a Lei n. 12.010/2009, a nova Lei da Adoção, positivou o conceito de *família extensa* ou *ampliada*, como ‘aquela que se estende para além da unidade entre pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade’, ao tempo em que conceituou implicitamente a *família nuclear*, como a composta pela ‘unidade de pais e filhos ou da unidade do casal.’

A mais recente das entidades familiares, cogitada como merecedora da tutela jurídica, é daquelas realidades de convívio com esforço mútuo para a manutenção de pessoas que têm

³³² ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A Função Social da Família. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: O art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 39, p. 131-153, dez./jan. 2007.

³³³ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 25.

³³⁴ No entanto, como doutrina Carlos Silveira Noronha, a *família substituta* positivada no ECA, ‘na verdade, não é outra entidade nova, senão a própria família tradicional e os entes a esta equiparados, como a entidade familiar formada por união estável e a entidade familiar monoparental, que recebem uma criança ou adolescente mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica daquele que em qualquer dessas categorias é recebido.’ (NORONHA, 2006, p. 89-120).

³³⁵ REsp. 205.170. DJ 07.02.2000 p. 173, e REsp. 159.851. DJ 22.06.1998 p. 100.

em comum a necessidade premente de auxiliar-se, que foi denominada *família solidária* ou *irmandade*.³³⁶

A realidade social aponta, ademais, uma especial forma de constituição familiar, marcada tanto pela informalidade quanto pelo casamento, com um diferencial: a ocorrência de filhos oriundos de uma união anterior, de um ou de ambos os genitores. São as chamadas *famílias reconstituídas*, seja pelo falecimento de um dos cônjuges, ou por causa do divórcio, ou, ainda, pela simples separação judicial do antigo casal, bem como pela dissolução da união estável. Waldyr Grisar Filho,³³⁷ refere que ditas estruturas familiares são também denominadas pela doutrina como ‘famílias recompostas, segundas núpcias, recasamentos, novas núpcias, segundo casamento.’

A *família reconstituída*, todavia, não é produto da realidade contemporânea, havendo registros que, entre os povos da Antigüidade - China, Índia, Caldéia, Judéia, Egito e Grécia -, havia a possibilidade de que ocorressem as segundas núpcias³³⁸. O mesmo ocorreu entre os Romanos³³⁹ em que pese o rigor de seu Direito.³⁴⁰

Com o advento do cristianismo, outra foi a orientação, de sorte que o segundo casamento não chegava a ser um crime, mas apenas um mal.³⁴¹ Mesmo assim, nesse período, havia direito posto regulando tais situações, sendo relevante destacar que ‘a legislação justiniana, em suas Novelas 2 e 22, qualificadas como o Código das Segundas Núpcias, ainda hoje imprimem suas linhas essenciais à regulamentação do instituto’.³⁴² Também os antigos direitos germânico e franco³⁴³ enfrentaram a questão das segundas núpcias, mas cujo fundamento, em linhas gerais, era a proteção do legítimo interesse dos filhos do primeiro matrimônio.

³³⁶ MATOS, Ana Carla. Novas entidades familiares. In: MATOS, Ana Carla (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 16-31.

³³⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 78.

³³⁸ CHAVES, Antônio. *Segundas núpcias*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997. p. 23-26.

³³⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste, 1999. p. 95-98.

³⁴⁰ BONFANTE, 1957, p. 189-194.

³⁴¹ CHAVES, op. cit., p., 29.

³⁴² Ibid., p. 31.

³⁴³ Ibid., p. 33-4

Guita G. Debert e Júlio A. Simões³⁴⁴, sociologicamente, retratam a família brasileira:

Os diferentes tipos de famílias em torno dos quais se organiza a maioria dos domicílios brasileiros tendem a abarcar um complexo de relações de parentes e não-parentes gerado por casamentos, divórcios e recasamentos. Entre as famílias com filhos, predominam os arranjos nucleares biparentais, mas a instabilidade das relações afetivas e o número crescente de mulheres solteiras com filhos fazem com que se verifique um número cada vez maior de crianças vivendo em famílias monoparentais, em sua maioria chefiadas por mulheres que ingressaram no mercado de trabalho e acumulam papéis de provedoras e cuidadoras. Além disso, embora os domicílios brasileiros se organizem na maior parte como “famílias”, é expressivo o crescimento dos arranjos “não-familiares” compostos por grupos sem relações de parentesco ou por pessoas que vivem sozinhas – homens mais jovens e solteiros e, principalmente, mulheres mais velhas e viúvas.

Nesse sentido, como refere Antonio Cezar Lima da Fonseca,³⁴⁵ embora a dificuldade de encerrarmos *família* em uma definição estanque, porque a noção espraia-se pela vida afora, o Direito de Família pode ser compreendido sob os aspectos formal e material, sendo que, o primeiro compreende o conjunto de regras jurídicas que constituem o direito matrimonial; o segundo, é o existente na sociedade, com seus efeitos no meio social, pois a ‘família é uma *realidade natural e social*, cuja existência material, psicológica e moral se manifesta, antes de mais, em planos ou domínios da vida estranhos ao plano jurídico’.³⁴⁶

Com efeito, a limitação de modelos jurídicos contrapõe-se à diversidade fática das formas familiares, que, para além do *numeros clausus*, produzem efeitos jurídicos independentemente de sua previsão constitucional ou legal,³⁴⁷ pois como ponderam Fachin e Ruzyk:

o que se deve é examinar as possibilidades concretas de que o Direito Civil atenda a uma racionalidade emancipatória da pessoa humana que não se esgote no texto positivado, mas que permita na porosidade do sistema aberto, proteger o sujeito de necessidades em suas relações concretas, independentemente da existência de modelos jurídicos.³⁴⁸

³⁴⁴ DEBERT, Guita G.; SIMÕES, Júlio A.. *Envelhecimento e velhice na família contemporânea*. Disponível em <<http://www.pagu.unicamp.br/files/pdf/julio02.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

³⁴⁵ FONSECA, Antonio Cezar. *O Código Civil e o novo direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 11.

³⁴⁶ PINTO, 2005, p. 158.

³⁴⁷ Prova da constante mutação das estruturas familiares, e como reflexo da malha social brasileira do século XXI, o projeto de Lei n. 2.285/2007, em tramitação junto a Câmara dos Deputados, ofertado pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro propõe a edição de um ‘Estatuto das Famílias’, que contempla e reconhece os diversos modelos de arranjos familiares. Todavia, só essa modificação infraconstitucional, não pode modificar a legislação pátria, senão, também, com necessária modificação constitucional.

³⁴⁸ FACHIN; RUZYK, 2006, p. 20.

O estudo do processo histórico de desenvolvimento da família, desde as formas mais segmentárias até complexidade dos arranjos familiares da pós-modernidade, como é o caso da sociedade brasileira, revela que as transformações verificadas decorrem da modificação das funções parentais, o que, por sua vez, decorre da divisão do trabalho doméstico, e repercute no meio social. É que propõe Durkheim:

A história da família, a partir das origens, nada mais é que um movimento ininterrupto de dissociação, no curso do qual essas diversas funções, a princípio indivisas e confundidas umas nas outras, separam-se pouco a pouco, constituíram-se à parte, repartidas entre os diferentes parentes, segundo seu sexo, sua idade, suas relações de dependência, de maneira a fazer de cada um deles um funcionário especial da sociedade doméstica. Longe de não ser mais um fenômeno acessório e secundário, essa divisão do trabalho familiar domina, ao contrário, todo o desenvolvimento da família.³⁴⁹

Nesse sentido, e considerando que a atual sociedade brasileira compreende diversos arranjos familiares, e considerando o direito posto, que determina as funções familiares, resulta evidente que está também estabelecida a função da família, como órgão social, no cuidado das pessoas idosas, ainda que internamente as funções domésticas de cada membro familiar, quando considerem a pessoa idosa, não estejam precisamente estabelecidas pela lei, salvo no que se refere aos filhos em relação aos pais.

Partindo da primeira parte dessas considerações, e considerando o direito de família em seus aspectos formal e material, o que se busca demonstrar é a função da família, como órgão, no que diz com o dever de amparo aos idosos. E, ainda, que esse dever não se restringe aos modelos elencados na Constituição Federal de 1988, quais sejam, as decorrentes do casamento, da união estável e a monoparental, e tampouco unicamente à família nuclear,³⁵⁰ mas também à *pluriparental*,³⁵¹ e aos diversos arranjos familiares existentes no meio social.

A família como formação social é garantida pela Constituição em função da realização das exigências humanas, da proteção da dignidade de seus membros, independentemente de suas modalidades de organização.³⁵²

³⁴⁹ DURKHEIM, 2010, p. 99.

³⁵⁰ 'Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode portanto afirmar abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação as outras'. (PERLINGIERI, 1997, p. 244).

³⁵¹ Expressão utilizada pelo Professor NORONHA, 2006, p. 89-120.

³⁵² Nesse sentido PERLINGIERI, op. cit., p.243-244.

A diversidade dos arranjos familiares existentes na malha social, independentemente de sua posituação, são igualmente destinatários da ordem constitucional de proteção aos idosos, pois o dever de amparar as pessoas idosas foi conferido pela Constituição Federal de 1988 primordialmente à *família*, valorizando a dignidade da pessoa humana em detrimento de seu patrimônio, como ocorria com as famílias protegidas pelo Código Civil de 1916, que via nestas um fim em si mesmas e não como instrumento de desenvolvimento da personalidade humana.

Ocorre que a tutela constitucional deferida à *família* busca a proteção de sua função *serviente*, como modo de integração de seus componentes na sociedade civil, de maneira que cada um destes tenha igual dignidade, pois ‘evidente a necessidade de garantia e promoção dos direitos dos menores em sentido amplo (menores de idade, deficientes, anciãos)’.³⁵³

Como já estudado, o envelhecer é direito de personalidade,³⁵⁴ que incide ‘sobre a vida da pessoa, a sua saúde, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada’.³⁵⁵ Trata-se, pois, de um ‘círculo de direitos necessários’,³⁵⁶ ou seja, ‘um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa,³⁵⁷ de caráter irrenunciável e intransmissível.’³⁵⁸

A proteção e a efetivação desse feixe mínimo de direitos dizem com o mais natural e humano dos direitos³⁵⁹ que é o *direito à família*,³⁶⁰ porque é nela que tudo principia,³⁶¹ especialmente pelas relações agora marcadas pelo afeto e solidariedade, que apontam a

³⁵³ PERLINGIERI, 1997, p. 246.

³⁵⁴ PINTO, 2005, p. 207-208. ‘designa-se por esta fórmula um certo número de poderes jurídicos pertencentes a todas as pessoas, por força do seu nascimento – verdadeiros Direitos do Homem no sentido das Declarações universais sobre a matéria [...] direitos integradores de relações entre particulares’.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 209.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 209.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 209.

³⁵⁸ Art. 11, Código Civil de 2002.

³⁵⁹ BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família. In: DIREITO de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 137-143.

³⁶⁰ O Projeto de Lei n. 2.285/82007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, estabelece em seu artigo 2.º que ‘o direito à família é direito fundamental de todos’.

³⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família: direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: DIREITO de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115-122.

verificação dos fenômenos da repersonalização³⁶² e da constitucionalização³⁶³ do direito de família brasileiro.

É por essa razão que parte da doutrina³⁶⁴ vem aduzindo que a família vem sofrendo um processo de *desinstitucionalização*, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 passou a valorizar a dignidade da pessoa humana como o próprio fundamento e fim da sociedade, e bem assim as pessoas que compõem o grupo familiar em detrimento da *família-instituição*. É também por essa razão que a família passou a ser mero *instrumento* de proteção de seus membros, assumindo um papel serviente para que em seu seio as pessoas que lhe fazem parte possam se desenvolver com dignidade. Assim a família passa ser definida como *família-instrumento* de realização da personalidade humana.

Dada a importância da família para o Estado, é que o Estatuto do Idoso prioriza a manutenção dos vínculos familiares, de sorte que o idoso tem direito de ser mantido em sua família, ao tempo em que esta tem o dever de assisti-lo na velhice. E isso independe do modelo familiar ao qual está vinculado o idoso. Nesse sentido, a resolução do problema consiste em considerar inicialmente que a Constituição Federal de 1988 tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (inc.III, art. 1º), e que confere expressamente proteção aos modelos familiares que elenca, reconhecendo entre estas a família fundada no afeto.

E essas mesmas relações de afeto fazem recordar até mesmo o Novo Testamento, que tem seu início narrando o nascimento e a infância de Jesus Cristo, nascido que foi da Virgem Maria, e acolhido – afetivamente – por José.³⁶⁵ Assim é que Jesus Cristo foi criado e educado por um pai afetivo.³⁶⁶

³⁶² LÔBO, 2006, p. 99-114. Ensina o autor que ‘a excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizaram o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização’.

³⁶³ Ibid., p. 99-114. Acerca da constitucionalização do direito de família, refere o autor a expansão da proteção do Estado conferida à família na Carta Constitucional brasileira de 1988, entre outros aspectos.

³⁶⁴ Por todos, FACHIN, 1999.

³⁶⁵ BÍBLIA Sagrada. Tradução Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Erechim: Edelbra, 1979. Novo Testamento. O Santo Evangelho de Jesus Cristo segundo São Mateus. Cap. 1. versículos 18-24. “Ora a Conceição de Jesus Cristo foi desta maneira: “Estando já Maria, sua mãe, desposada com José antes de coabitarem, se achou ter ela concebido por obra do Espírito Santo. E José, seu esposo, como era justo, e não infamá-la, resolveu deixá-la secretamente. Mas, andando ele com isto no pensamento, eis que lhe apareceu em sonhos um anjo do Senhor dizendo: José, filho de Davi, não temas receber a Maria tua mulher: porque o que nela se gerou, é obra

Em outra dimensão, a leitura restritiva dos artigos constitucionais sobre o tema poderia efetivamente limitar a proteção constitucional dos idosos, se não fosse a compreensão de que, a rigor, o direito positivo não consoa com a realidade social, pois lhe é posterior. No entanto, esse não parece ser o melhor entendimento. Basta que se proponha uma interpretação não apenas sistemática das normas constitucionais que envolvem o tema, mas também uma interpretação voltada para a realidade social, considerando o modo pelo qual os destinatários da norma preenchem a esfera de proteção, ou seja, como essas pessoas ‘vivem’ a norma, como propõe Peter Häberle.³⁶⁷

Com essa leitura, calha reconhecer que a Constituição Federal, ao determinar que os filhos maiores devem amparar e ajudar os pais na velhice, não limitou o âmbito de proteção dos idosos unicamente à família nuclear, mas conferiu à família *lato sensu* tal dever. Assim, o exame da proteção do idoso vai além da mera proteção da família nuclear, podendo ser contextualizada nos mais diversos arranjos albergados pela criatividade humana. Mais do que isso, caso não acolhido pela família nuclear, tem o idoso o direito de ser assistido por parentes próximos com os quais convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, ou seja, pela família *extensa* ou *ampliada*.

A família *extensa* ou *ampliada*, como bem adverte Silvana Maria Carbonera³⁶⁸ não se confunde com a *família nuclear* numerosa. 'Esta restringe-se aos pais e filhos, enquanto aquela agrega, também outros familiares: avós, tios, sobrinhos'. Para o Professor Carlos Silveira Noronha³⁶⁹

No estágio em que vive a humanidade, abandonando o modelo da família patriarcal, a família moderna apresenta uma aceção sócio-jurídica, com duas formações distintas. Uma restrita, composta de pais e filhos de qualquer origem, consangüíneos e adotivos, e outra, mais abrangente, constituída pelos pais, filhos consangüíneos e adotivos e, ainda, por todos os parentes ligados por relação de sangue em linha reta e

do Espírito Santo: e ela dará à luz a um filho: e lhe chamarás por nome JESUS: porque ele salvará o seu povo dos pecados deles. Mas tudo isso aconteceu para que se cumprisse o que falou o Senhor pelo profeta, que diz: Eis uma virgem conceberá e dará à luz um filho: e apelidá-lo-ão pelo nome de Emanuel, que quer dizer Deus conosco. E despertando José do sono, fez como o anjo do Senhor lhe havia mandado, e recebeu a sua mulher. Ele não a conheceu, enquanto ela não deu à luz ao seu primogênito: e lhe pôs por nome Jesus.”

³⁶⁶ É o que recorda MADALENO, Rolf. Filhos do coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 23, p. 22-54, abr./maio 2004.

³⁶⁷ HÄBERLE, Peter. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: considerações do ponto de vista nacional-estatal constitucional e regional europeu, bem como sobre o desenvolvimento do direito internacional. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, v. 5, n. 18, p. 54-79, out./dez. 2007.

³⁶⁸ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

³⁶⁹ NORONHA, 2006, p. 89-120.

colateral e pelos integrantes do parentesco afim. A primeira composição é, habitualmente, chamada *família nuclear* e a segunda será mais adequada chamá-la *família pluriparental*.’

A precisão desse conceito poderia fazer entender, em apressada leitura, que implicitamente os idosos já estariam amparados pela *família pluriparental*, pois nela se agregam. No entanto, tal entendimento remonta ao início do Século passado, quando da edição do Código Civil de 1916, em que a família codificada vigente era sem dúvida a extensa, voltada para sua própria proteção, em que 'a família funcionava como base de produção, o número de componentes era levado em conta, pois a quantidade de pessoas que a compunha se traduzia em força de trabalho e maiores condições de sobrevivência para o grupo'.³⁷⁰

Na atualidade, positivado o conceito de família extensa, a nova contextualização social pós-moderna confere-lhe outros sentidos e atribuições, especialmente em se tratando de crianças, adolescentes e idosos, que poderão ser acolhidos por familiares com quem simplesmente guardarem reciprocidade de afeto e afinidade.

A proteção à velhice pela família *extensa*, *ampliada* ou *pluriparental* traduz-se, assim, em efetividade ao mandamento constitucional de que à *família*, em sentido *lato*, cabe proteger prioritariamente os idosos, mantendo os correspondentes vínculos familiares. Esse entendimento respalda-se, ademais, na compreensão de que nem sempre a família nuclear, composta pela unidade pais e filhos ou da unidade do casal, terá condições de oferecer o adequado cuidado aos parentes idosos.

No que diz com a segunda parte das considerações iniciais, ou seja, relativamente às funções parentais (intra-familiares), é de destacar que a formação da família e o seu desenvolvimento não são impostos pela lei. Tampouco as relações familiares são permeadas unicamente pelo direito, embora seja este quem delimite as funções parentais; sabe-se que estas também o são pelo não-direito.³⁷¹

³⁷⁰ CARBONERA, 2000.

³⁷¹ Jean Carbonier doutrina que ‘el matrimonio y las demás instituciones de derecho de familia se representan como compuestos de derecho y de costumbres o de derecho y de moral. Se concede cierto papel ao no-derecho, pero colocado bajo el derecho. Se trata de una función de impregnación y, según una imagen famosa, de savia oculta. De este modo, los hechos no se describen exactamente. En el desarrollo cotidiano de una institución familiar, los individuos no dedican continuamente a poner en práctica um derecho empapado de costumbres o de moral. La mayor parte solo pone en práctica el derecho muy de tarde em tarde, cuando no

As funções familiares dividem-se entre aquelas determinadas pelo direito, como já referimos alhures, que dizem com as funções do pais, dos esposos, dos filhos, tutores, curadores, entre outras, e aquelas oriundas do *non-droit*, ou seja, aquelas determinadas pela moral e pelos costumes, em que não há um regramento escrito e cujas funções são determinadas pela necessidade ou pela melhor conveniência do grupo familiar.

As relações permeadas unicamente pelo afeto poderiam, a rigor, resolver totalmente o problema proposto nesta dissertação, tendo em conta que onde houver afeto recíproco não haverá lugar para o direito, pois ‘se os homens são amigos, não há necessidade de justiça entre eles, ao passo que ser meramente justo não basta, não dispensando um sentimento de amizade’.³⁷²

Aristóteles ensina que ‘o *afeto* parece ser uma emoção, ao passo que a amizade é uma disposição estabelecida [...] enquanto a reciprocidade do afeto envolve a escolha deliberada e esta brota de uma disposição’.³⁷³ Assim, ‘quando as pessoas desejam o bem de quem amam por causa delas mesmas, sua afeição não depende se uma emoção ou paixão, mas de uma disposição estabelecida’.³⁷⁴ Nessa linha, afeição de um ser humano por outro, quando mútuo for o sentimento, é chamada de amizade, que é uma das virtudes imprescindíveis da vida:

a amizade consiste mais particularmente em proporcionar afeto, e como louvamos os homens por amarem seus amigos, o afeto parece ser o que distingue um bom amigo. Consequentemente, são os amigos que alimentam o afeto um pelo outro, segundo o merecimento de cada um, que solidificam a amizade e a tornam duradoura.³⁷⁵

Dentre os tipos de amizades que elenca,³⁷⁶ nas amizades baseadas na utilidade, enquadram-se ‘os relacionamentos familiares de parentesco, ditados pelos deveres de hospitalidade’.³⁷⁷ Nestas, buscam-se vantagens, e ‘os homens são bons e úteis uns para com os outros’.³⁷⁸ Esta forma de amizade comporta, por sua vez, várias espécies de amizade,

puede actuar de otro modo. [...] El no derecho es la esencia, y el derecho, el accidente.’ (CARBONIER, 1974, p. 42).

³⁷² ARISTÓTELES, 2007, p. 236.

³⁷³ Ibid., p. 244.

³⁷⁴ Ibid., p. 236.

³⁷⁵ Ibid., p. 249.

³⁷⁶ Aristóteles classifica as amizades em três tipos, quais sejam, as baseadas na utilidade, no prazer e na virtude (Ibid., LivroIII, p. 235-264).

³⁷⁷ Ibid., p. 239.

³⁷⁸ Ibid., p. 241.

‘embora todas pareçam ter como base o afeto existente na amizade que o pai devota ao filho’,³⁷⁹ sendo que esta guarda especiais características:

Os pais amam seus filhos como partes de si mesmos, ao passo que os filhos amam seus pais como fonte de sua existência. Acrescente-se que os pais conhecem melhor seus filhos do que estes os conhecem [...]. Do ponto de vista da duração, o afeto do pai também supera o do filho. Os pais amam seus filhos logo por ocasião do nascimento destes; os filhos, diferentemente, amam seus pais somente com o decorrer do tempo e depois de terem adquirido discernimento ou percepção, ao menos. [...] A amizade entre pais e filhos proporciona um grau mais elevado de prazer e utilidade do que a amizade entre pessoas que não tem vínculo de sangue, na medida em eles têm mais coisas em comum em suas vidas’.³⁸⁰

O afeto entre pais e filhos decorre, pois, da própria essência humana, de sorte que, segundo Aristóteles ‘pareceria que um filho jamais deveria repudiar seu pai, ainda que um pai possa repudiar seu filho, pois um devedor deve pagar o que deve, mas nada que um filho seja capaz de fazer se equipara aos benefícios que recebeu’.³⁸¹ Disso resulta que, independentemente do afeto natural, para Aristóteles, é improvável que um pai rejeite seu filho, salvo se este for extremamente mau, mas, ao contrário, ‘um mau filho encarará o dever de manter seu pai como algo a ser evitado, ou, de forma ou outra, um dever assumido sem qualquer zelo, visto que a maioria das pessoas desejam ser favorecidas com benefícios, mas se esquivam a concedê-los como algo desvantajoso’.³⁸²

Assim, o afeto, a par de ser um sentimento, e havendo reciprocidade, é capaz de pautar as relações de assistência entre pais e filhos no curso da vida de ambos, cujos papéis se invertem naturalmente. Entre os outros parentes, o afeto guarda uma conotação de utilidade, mas varia em conformidade com o sentimento de ligação que os une, sendo ‘maior ou menor de acordo com a maior proximidade ou distância do antepassado comum’.³⁸³ O afeto, nesse sentido, poderá pautar a assistência tanto entre pais e filhos, em uma maior intensidade, quanto entre o ascendente e outros parentes com quem possua afinidade, numa relação de amizade por utilidade, em que se extraem vantagens dessa relação no sentido aristotélico, mas atualíssimo, da expressão.

³⁷⁹ ARISTÓTELES, 2007, p. 256.

³⁸⁰ Ibid., p. 257.

³⁸¹ Ibid., p. 263.

³⁸² Ibid., p. 263-264.

³⁸³ Ibid., p. 257.

Não se pode olvidar, no entanto, e as relações familiares não se cingem às paterno-filiais e vice-versa e tampouco a um único núcleo familiar. Isso porque, com a diversidade das relações familiares e especialmente com os *recasamentos*, não é incomum a presença da filiação híbrida, bem como de paternidades não apenas biológicas, mas também sócio-afetivas e também registrais.

Nas famílias reconstituídas em que há filhos comuns e filhos de uniões anteriores (*rectius*: filhos híbridos) verifica-se claramente que uma mesma criança tem o direito de ser protegida tanto pelos seus pais da família de origem, quanto pelos seus novos padrasto ou madrasta. Não é incomum que, nessas circunstâncias, os pais da família originária distanciem-se dos filhos ao formarem novas famílias, de sorte que, na fase adulta, os 'filhos do coração' poderão ser chamados a cuidar tanto de seus pais biológicos, quanto dos afetivos, consoante o grau de afetividade que tiverem desenvolvido em suas vidas.

Na vigência do Código Civil de 1916, na transição do Século XIX para o Século XX, o jurídico se impunha perante o fático, e, como visto, a família brasileira caracterizava-se pelo contrato, era extensa, e, reconhecida pela lei, tratava-se da *família-instituição*, que tinha um fim em si mesma. A presença da *affectio* era presumida nas relações de família, e o afeto no sentido que atualmente se lhe dá consistia em tema exterior à esfera jurídica, pois sentimento sem valor aferível.³⁸⁴ Os papéis do pai, chefe da família, da mãe, dos filhos e de todos os agregados (tios, sobrinhos e avós) definiam-se em razão da manutenção da família.

No entanto, com as mutações ocorridas na família, contemporaneamente, o afeto passou a ter novo sentido, revelando-se como elemento apto a dar visibilidade às relações familiares. A família passou a ser especialmente considerada em seu núcleo, e o convívio, uma opção de vida. A família não mais se mantém por ela mesma, mas se dissolve e se reconstitui tantas quantas vezes forem necessárias em busca da felicidade.³⁸⁵

Nessa dimensão, forma-se a família pelo casamento e também pelo simples afeto, embora seja este último que efetivamente confira visibilidade a todos os modelos familiares da atualidade. A formação da família e o advento da prole, no entanto, não implica o entendimento de que esta tenha cumprido sua finalidade como instrumento de proteção e de

³⁸⁴ CARBONERA, 2000.

³⁸⁵ Ibid.

desenvolvimento da personalidade de seus membros. Mais do que isso, seguindo a ordem natural da vida, os filhos crescem e se tornam adultos, ao tempo em que os genitores envelhecem. Invertem-se, por conseguinte, os deveres de proteção e cuidado, agora vistos em sua acepção legal. Nessa derradeira fase, os pais é que passam a ser cuidados pelos filhos maiores, e, nesse momento, a absoluta prioridade de ser protegido é direito que corresponde à velhice.

Os deveres de cuidado e proteção entre pais e filhos, e, bem assim, o direito à família que lhes confere a Constituição Federal trata-se de um direito/dever de 'mão-dupla' entre os sujeitos de direito, e que se deslocam no tempo e no espaço dirigindo-se a destinatários certos e bem definidos, que ora recebiam proteção e ora possuem semelhante dever.

Em havendo famílias simultâneas, e nesses casos, em regra, é o varão que forma duas famílias concomitantemente, parece-nos possível antever que terá ele um duplo dever de proteção em relação à prole que tiver em uma e outra família; em contrapartida poderá ter alargado o seu espectro de proteção na velhice, haja vista a existência de filhos em núcleos familiares diversos.

Nesse viés, e não de menor importância, podem existir simultaneamente filhos biológicos, socioafetivos e registrais. Ilustra-se: 'A' é filho biológico de 'B' (mãe) e 'C' (pai); 'B' (mãe) une-se a 'D' (terceiro), que registra 'A' como se filho fosse, mesmo sabendo não ser seu genitor, passando a exercer a paternagem de 'A', ensejando o reconhecimento da existência de filiação afetiva. Nessas hipóteses, a filiação de 'A' pode ser reconhecida por 'B', caso lhe tenha sido omitida, mas também pode ser atribuída a 'D', porque registrou o infante como se filho fosse, sabendo-o de outrem. Assim, 'A' poderá ser incumbido de proteger um ou ambos os pais, conforme o caso e, ainda, conforme sua consciência.

Essas constatações implicam reconhecer a necessidade de que se aprofundem os estudos sobre o papel e a extensão do afeto nas relações de família, como sugere Silvana Maria Carbonera,³⁸⁶ sem perder de vista que o afeto, nessas relações, não mais é presumido, mas também não pode ser imposto pela lei.

³⁸⁶ CARBONERA, 2000, p. 273-313.

Para além disso, o Projeto de Lei n. 2.285/2007 busca introduzir no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto das Famílias, estabelecendo em seu art. 5º os princípios fundamentais para interpretação e aplicação das regras que elenca, dentre os quais explicita a *afetividade*. O afeto, segundo esse Projeto, recentemente aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, em caráter terminativo, erige o sentimento do afeto a um *princípio jurídico* na solução dos litígios, reabrindo os questionamentos acerca do valor jurídico do afeto.

Todavia, e considerando que o afeto é um mero sentimento, conforme a linha aristotélica, se pode considerar que onde não há afeto, cede-se espaço para o direito e, assim, para o estudo das funções parentais considerados os seus aspectos jurídicos. Nesse sentido, o auxílio e proteção proporcionado pela família aos idosos, ou seja, pela família que, a rigor, também foi protegida por estes, enseja que um pouco do passado e um pouco do presente se intercalem ‘dentro de um contexto maior das relações familiares, na solidariedade que deve existir entre seus membros’.³⁸⁷

O princípio da solidariedade, como referido alhures, foi positivado no artigo 3º, I, da Constituição Federal, e trata-se de um dos objetivos da República Federativa do Brasil, o que pauta igualmente as relações familiares. Por sua vez, o princípio da solidariedade familiar possui também assento constitucional, estando consagrado nos artigos 3º, 226, 227, 229 e 230 da Constituição Federal de 1988.

É certo, ademais, que a solidariedade familiar, a exemplo da solidariedade social, decorre também da divisão do trabalho doméstico. Trata-se, pois, de uma das formas de solidariedade orgânica, consoante a classificação de Durkheim. E esse entendimento está expresso na própria leitura do direito de família, o qual tem ‘como objeto determinar como se distribuem as diferentes funções familiares e o que elas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico’.³⁸⁸ Nesse particular, pondera o autor:

³⁸⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 285.

³⁸⁸ DURKHEIM, 2010, p. 99.

É verdade que não estamos acostumados a encarar a família sob esse aspecto; na maioria das vezes acreditamos que o que faz a sua coesão é exclusivamente a comunidade dos sentimentos e das crenças. De fato, há tantas coisas em comum entre os membros do grupo familiar, que o caráter especial das tarefas que cabem a cada um deles nos escapa facilmente. [...] Mas a organização jurídica da família, cujas linhas essenciais acabamos de lembrar sumariamente, demonstra a realidade dessas diferenças funcionais e sua importância.³⁸⁹

Mas qual seria a função da pessoa idosa no seio de sua família? Seria possível dividir do trabalho doméstico com os idosos e assim manter/resgatar/comprovar a existência da solidariedade familiar a qual refere Durkheim e que encontra assento constitucional? Mais, a divisão do trabalho doméstico alcançaria a família extensa?

A resposta a tais questionamentos advém, em parte, das próprias regras constitucionais e infraconstitucionais que positivam o tratamento dispensado aos idosos e bem assim da função dos filhos em relação a estes. Há direito posto nesse sentido e a interpretação sistemática dos dispositivos que envolvem o tema se impõe, de sorte que tudo o que foi exposto acerca da divisão do trabalho, no que refere à delimitação das funções domésticas deve ser especialmente considerado nesse particular. Mas os papéis de cada membro do grupo familiar redefinem-se com a nova concepção de família, que não mais existem em função da entidade familiar, mas sim em razão de seus componentes e na proteção do desenvolvimento da personalidade destes, seja na família nuclear ou extensa. Todavia, parece claro que isso implicaria alguma mudança no modo de agir dos homens contemporâneos, o que certamente repercutirá na estrutura da sociedade.³⁹⁰

Isso porque, como já referido, a sociedade atual vem enfrentando constantes mutações, denotando rápida evolução social, o que implica um enfraquecimento da força das tradições transmitidas pelos idosos e bem assim do respeito a estes. Contudo, o aumento gradativo das pessoas idosas na sociedade, mundialmente falando, aliado à constante e contínua evolução social, reclamando cada vez mais a inclusão social da pessoa idosa, fará fatalmente que se aloquem novas funções sociais e familiares, redistribuindo-se espontânea e naturalmente a divisão do trabalho nos âmbitos sociais e domésticos, fonte da solidariedade social e familiar.

³⁸⁹ DURKHEIM, 2010, p. 99.

³⁹⁰ Nesse sentido, é a lição de Durkheim: 'quando a maneira como os homens são solidários se modifica, a estrutura das sociedades não pode deixar de mudar'. (Ibid., p. 156).

Esse entendimento, todavia, exige o *reconhecimento*³⁹¹ desse grupo pessoas que são os idosos, que reclamam o respeito devido, que ‘não é um acto de gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital’.³⁹² É, pois, a necessidade de reconhecimento daqueles que não raro figuram como os ‘outros - importantes’³⁹³ na formação da mente humana.

Isso porque a definição da nossa identidade passa pelo ‘diálogo sobre, e, por vezes, contra, as coisas que os nossos outros - importantes querem ver assumidas em nós. Mesmo depois de deixarmos para trás alguns desses outros - importantes – os nossos pais por exemplo – e que eles desaparecerem de nossas vidas, o diálogo com eles continua para o resto de nossas vidas’.³⁹⁴

Esse diálogo é possível por meio do asseguramento do convívio familiar, e nessa troca de espaços e afetos que é a convivência, pode ser destacada a entre netos e avós, em que a memória e as experiências dos mais velhos podem ser transmitidas aos seus descendentes, assegurando-lhes o conhecimento de sua identidade, numa integração intergeracional. Nesse sentido, a proteção dos idosos pela família afasta-se do sentido de *dever*, para assumir um viés de reciprocidade também de saberes e divisão de funções.

A preservação dos laços familiares, por meio do convívio familiar e do estreitamento dos laços afetivos entre os mais velhos e seus netos, bem como a valorização desse entendimento no sentido mais amplo possível, poderia trazer benefícios de toda ordem a estes, poupando, quiçá, a necessidade de uma urgente reforma nos sistemas previdenciários dos países que já estão enfrentando o notável aumento da população longeva,³⁹⁵ e, ainda, o indesejável asilamento dos idosos.

Na linha do desenvolvimento da pessoa humana e de da proteção de sua dignidade exsurge o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente cujas raízes sustentam-se

³⁹¹ TAYLOR, 1994, p. 45.

³⁹² Ibid., p. 46.

³⁹³ Ibid., p. 53.

³⁹⁴ Ibid., p. 53.

³⁹⁵ Países asiáticos discuten impacto social y económico de envejecimiento. [...] *El envejecimiento de la población se ha convertido en un gran desafío en la región en vista de la longevidad de las personas y la reducción de la tasa de natalidad (...)* Según estimados de la ONU, el número de habitantes ancianos en Asia y el Pacífico aumentará de 410 millones, o 10% de la población, en 2007 a 733 millones (15%) en 2025 y 1.300 millones (25%) en 2050. Disponível em: <<http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=9980&criteria1=ancianos&criteria2=>>>. Acesso em: 4 maio 2008.

‘na mudança havida na estrutura familiar nos últimos tempos, através da qual ele despojou-se da sua função econômica para ser um núcleo de companheirismo e afetividade’.³⁹⁶ O direito à convivência familiar das crianças e adolescentes encontra amparo no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, enquanto o art. 3º do Estatuto do Idoso confere aos idosos igual proteção, e ambos os Estatutos conferem aos seus tutelados absoluta prioridade.³⁹⁷

Nessa ordem de idéias, o asseguramento do convívio entre avós e netos, a par de ser um direito natural, trata-se da efetivação e da preservação dos direitos de personalidade de ambos e bem assim de um processo de readequação dos papéis e funções parentais. E o direito dos netos em conhecer sua própria história por meio de seus progenitores diz com o conhecimento de sua própria identidade, bem como da formação de sua personalidade, por meio do exercício recíproco do direito de visitas.

Essa convivência faz-se necessária, ademais, para que se garanta proteção da própria sociedade.³⁹⁸ Tânia da Silva Pereira³⁹⁹ anota que ‘reconheceu-se, também, que deste convívio depende, muitas vezes, a formação da criança, pois é inegável que a experiência de vida adquirida poderá ser passada ajudando nesta proposta, sem esquecermos dos benefícios do fortalecimento dos vínculos e da relação afetiva entre estes’, pois é certo que ‘o idoso é imprescindível na vida de uma criança. Caso contrário, elas seriam membros de uma sociedade sem passado, sem memória e sem compromisso, uma sociedade de pura competição, que pode facilmente autodestruir-se.’⁴⁰⁰

Seguindo esse entendimento, recentemente foi editada a Lei 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, conceituando tal como ‘a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com

³⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 126.

³⁹⁷ Art. 3º, *caput*, Lei 10.741/2003 e art. 3º, *caput*, Lei 8.069/80.

³⁹⁸ Nesse sentido, BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 74.

³⁹⁹ PEREIRA, T. S., 2008, p. 285.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 284. Nesse ponto, a autora, faz referência aos ensinamentos de Odson Costa Ferreira, *O Idoso no Brasil – Novas Propostas*, p. 12.

este', para arrolar em seguida e exemplificativamente as forma de alienação parental, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.⁴⁰¹

A nova lei visa a manutenção sadia dos vínculos familiares, o que alcança, também o direito de visitas e bem assim o convívio entre avós e netos, o que é entendido pelo legislador como direito fundamental da criança e do adolescente. É o que claramente expressa o art. 3º da lei em comento:

Art. 3 A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

No direito francês, a especificidade do tema também mereceu destaque e já foi positivada. O art. 371-4 do *Code Civil*, com a redação que lhe foi dada pela L. n. 2002-305 de 04 de março de 2002, estabelece que:

L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seuls des motifs graves peuvent faire obstacle à ce droit.
Se tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non.

Dito dispositivo legal foi, novamente, modificado pela Lei n. 2007-293 de 05 de março de 2007, que reafirmou a proteção da infância, ao modificar as condições em que aos avós poderiam se recusar ao direito de visita de seus netos. O artigo 371-4, alínea 1, prevê doravante que “a criança tem o direito de manter uma relação pessoal com seus ascendentes. Apenas o interesse da criança poderia constituir obstáculo ao exercício desse direito.” A alínea 2 do mesmo texto dá competência ao juiz de família para fixar “as modalidades de

⁴⁰¹ É o que dispõe o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 12.318/2010.

relação entre a criança e um terceiro, parente ou não.” Nessa linha, o artigo 371-4, alínea 1, do Código Civil francês funda as relações pessoais da criança com seus avós, tendo como pressuposto a proteção do melhor interesse da criança em manter tais relações.⁴⁰²

No direito português, a reciprocidade do direito de visita em pauta tornou-se regra, pois a ‘lei n. 84/95 aditou ao C.C. o art. 1887º-A, que consagra um verdadeiro direito de visita aos avós, cujo reconhecimento já não está condicionado aos pressupostos do art. 1.918º,⁴⁰³ estabelecendo a novel redação que ‘os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes’. A matéria, considerando o novel regramento, já foi alvo de exame do Supremo Tribunal de Justiça português, no julgamento do agravo 4217/97:

Este normativo acabou por introduzir, no fim de contas, de modo expresse, um limite ao exercício do poder paternal (cfr. artigo 36 ns. 5 e 6 da Constituição da República e artigos 1885 a 1887 do Código Civil), proibindo os pais de impedir, sem justificação plausível, o normal relacionamento dos filhos com os avós - hipótese que aqui importa ter em conta. Reconhecendo que as relações com os avós são da maior importância para os netos, ao menos em princípio, quer pela afectividade que recebem, quer pelo desenvolvimento do espírito familiar que proporcionam, o legislador consagrou "um direito de o menor se relacionar" com os avós, que poderá ser designado por "direito de visita". Com este "direito de visita", genericamente entendido como o estabelecimento de relações pessoais entre quem está unido por estreitos laços familiares, pretendeu-se tutelar a ligação de amor, de afecto, de carinho e de solidariedade existente entre os membros mais chegados da família. Na verdade, é preciso não esquecer que, em regra, o relacionamento do menor com os avós contribui decisivamente "para a sua formação moral" e da sua personalidade ainda em embrião e "constitui um meio de conhecimento das suas raízes e da história da família, de exprimir afecto e de partilhar emoções, ideias e sentimentos de amizade". (BMJ N475 ANO1998 PAG705).

Todavia, a efetivação dos direitos da pessoa idosa nem sempre se dá no âmbito familiar, que não raro se mostra hostil, relacionando um sem-número de ocorrências de violência física e psicológica perpetrada pelos próprios familiares contra os idosos. Tal situação demonstra o esgotamento do afeto e, bem assim, da ausência de solidariedade que, a rigor, deveria sustentar a coesão familiar.

⁴⁰² GOUTTENOIRE, Adeline. Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents. *Actualité Juridique Famille*, n. 4, p. 133/176, avr. 2008. Tradução livre:[...] Parece, entretanto, que esta reescritura não modifica o espírito do texto, que visa a proteger as relações da criança com seus ascendentes que não seu pai e mãe. O princípio fixa que essas relações são conformes ao interesse da criança e que ela pertence ao pai e à mãe, os quais, pretendendo o contrário, arcam com a prova. A modificação do texto objetiva evitar o agravamento do conflito pela demonstração dos motivos graves. De outro lado, a nova redação da alínea 1 do artigo 371-4 convida as jurisdições de base a fazerem sua apreciação sobre a oportunidade, para a criança numa relação com seus ascendentes, e não sobre o conflito que opõe estes a seus pais.

⁴⁰³ DELANHESE, Daniele Gervazoni. Uma visão intimista do direito de visita dos avós construída sob os pilares da família moderna e do novo relacionamento entre pais e filhos. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 71-86.

A fragilização ou ausência do afeto resulta na perda da harmonia do lar, dando azo às separações e aos divórcios. A família dissolve-se em razão do desamor. O Estado, então, intervém nas relações privadas, decidindo, na falta de consenso, sobre a separação do casal, a guarda e a pensão dos filhos menores e o destino do patrimônio comum. Se houver violência entre o casal, ou se os filhos forem vítima de agressão de um ou de ambos os genitores, resolve-se a guarda em favor daquele que detiver melhores condições de ter os filhos consigo, ou chamam-se os parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade, ou, ainda, são inseridos em família substituta, por meio dos institutos da guarda ou da adoção, evitando sempre a separação do grupo de irmãos.

Em se tratando das pessoas idosas, a ausência de afeto familiar implica, a rigor, em excessivo e silencioso sofrimento do ser mais vulnerável, em regra o idoso, em que a ‘separação’ pode significar a ‘internação em abrigo’ ou até a mesmo a sua morte. O Estado também intervém, mas, nessas hipóteses, resulta evidenciado que houve falha da atividade estatal, especialmente pela ausência de políticas públicas que visem a promoção e a proteção dos direitos da pessoa idosa e/ou da efetividade destas. E, assim, no âmbito privado, a preferida eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares, resulta prejudicada, porque violados os direitos do idoso onde justamente buscava proteção.

Guita G. Debert e Júlio A. Simões⁴⁰⁴ anotam que

[...] o fato de os idosos viverem com os filhos não é garantia da presença de respeito e prestígio nem da ausência de maus tratos. As denúncias de violência física contra idosos aparecem nos casos em que diferentes gerações convivem na mesma unidade doméstica. Assim, a persistência de moradias multigeracionais não pode ser vista necessariamente como garantia de uma velhice bem sucedida.

Os números sobre violência cometida contra idosos no seio de suas famílias são capazes de envergonhar qualquer sociedade que se intitule destinatária dos direitos humanos, como é o caso da brasileira, que contabilizou 41 (quarenta e uma) mortes e 296 (duzentas e noventa e seis) internações de idosos por dia, vítimas de violências e acidentes no ano de 2002, sem contar os maus-tratos não noticiados e que permanecem em silêncio.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ DEBERT; SIMÕES, 2010.

⁴⁰⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano de ação para o enfrentamento da violência contra a pessoa idosa*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/SEDH_Planos_2005.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2010.

O Plano de Ação para o Enfrentamento da Violência contra a Pessoa Idosa aponta que as causas da morte de idosos decorrentes de acidentes de trânsito e quedas dizem não apenas com a situação de vulnerabilidade do idoso em sentido material, mas especialmente com a omissão e falta de assistência de seus cuidadores:

Essas duas causas (acidentes e quedas) fazem um ponto de confluência entre violências e acidentes, pois as quedas podem ser atribuídas a vários fatores: fragilidade física, uso de medicamentos, que costumam provocar algum tipo de alteração no equilíbrio e na visão, ou estão associados à presença de enfermidades como osteoporose. Mas costumam ser também fruto da omissão e de negligência dos que deveriam prestar assistência nas casas, nas instituições e nas comunidades em que os idosos vivem.⁴⁰⁶

E enfatiza:

As mortes, as lesões e os traumas provocados por meios de transporte e pelas quedas, dificilmente podem ser atribuídos apenas a causas acidentais. Pelo contrário, precisam ser incluídos em qualquer política pública que busque superar as violências cometidas contra os idosos.⁴⁰⁷

Dados obtidos no Sistema Único de Saúde – SUS revelam que a taxa de mortalidade das pessoas idosas que são internadas em razão de acidentes e violências (5,42%/100.000) superam em muito as da população em geral (2,69%/100.000),⁴⁰⁸ permitindo concluir que tais ‘dados estatísticos apenas constituem a ponta do *iceberg* de uma cultura relacional agressiva, de conflitos intergeracionais, de negligências familiares e institucionais’.⁴⁰⁹

O Plano de Ação para o Enfrentamento da Violência Contra a Pessoa Idosa aponta as várias formas dessa peculiar violência, destacando (a) abusos financeiros, que consistem na disputa pela posse dos bens dos idosos ou as dificuldades da família em arcar com a manutenção dos velhos. Esses abusos são cometidos, em regra, pelos familiares, que coagem os idosos a assinar procurações a fim de alienar os bens que lhes pertencem, e, também, por meio da expulsão dos idosos de seu espaço físico em suas próprias residências; (b) o acentuado grau de pobreza da população idosa brasileira enseja o maior grau de dificuldade ao acesso aos serviços de saúde, sendo que esse grupo, ao lado das crianças, é o que mais sofre por problemas de desnutrição, sendo deixados ao desamparo, nas ruas ou nas suas próprias casas, mas em completo abandono; (c) a violência familiar, que assume abrangência

⁴⁰⁶ BRASIL, Ministério da Saúde, 2005.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Ibid.

internacional, é quantificada por estudos que mostram que nas mais diversas partes do mundo 2/3 dos agressores são os filhos ou os cônjuges dos idosos, sendo relevantes as agressões sofridas por choque de gerações, espaço físico e dificuldades financeiras, que se somam a um imaginário social que considera a velhice como ‘decadência’ e os idosos como ‘passados’ e ‘descartáveis’.⁴¹⁰ Ainda mais, geralmente, as pessoas de menor cultura, chamam os idosos de ‘véios’, como forma de maior desprezo.

A par disso, estudos demonstram que 26% dos lares brasileiros contam com pelo menos um idoso, mas poucas casas estão adaptadas às suas especiais necessidades, sendo possível traçar um perfil do agressor e das circunstâncias em que a violência ocorre:⁴¹¹

(1) ele vive na mesma casa que a vítima; (2) é um filho(a) dependente financeiramente de seus pais em idade avançada; (3) é um familiar que responde pela manutenção do idoso sem renda própria e suficiente; (4) é um abusador de álcool e drogas, ou alguém que pune o idoso usuário dessas substâncias; (5) é alguém que se vingava do idoso que com ele mantinha vínculos afetivos frouxos, que abandonou a família ou foi muito agressivo e violento no passado; (6) é um cuidador com problema de isolamento social ou de transtornos mentais.

Nesse contexto, o exame da proteção dos direitos fundamentais das pessoas idosas nas relações de família merece relevo especialmente porque o sistema de proteção constitucional da família é misto, ou seja, o Estado confere proteção à família, para que esta, valendo-se de sua função serviente e instrumental proteja os seus membros, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade destes, vale dizer, garantindo-lhes a promoção de seus direitos fundamentais.

Assim, a proteção dos direitos fundamentais dos idosos pela família consiste em prestações, como por exemplo, a moradia, os alimentos, o dever de cuidado em relação aos enfermos, bem como a deveres de abstenção, como a não-violência em todas as suas dimensões. A proteção desses mesmos direitos pelo Estado consiste na realização de políticas públicas que oportunizem a aquisição de moradia e alimentos pelas famílias (art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), bem como a assistência à saúde e o acesso aos medicamentos (art. 196 da Constituição Federal de 1988), e a oportunização de acesso ao trabalho. A análise da concretização desses direitos será objeto de nossa atenção no último tópico do presente estudo.

⁴¹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde, 2005.

⁴¹¹ Ibid.

B) A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITO DO IDOSO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES JURÍDICOS-FAMILIARES

Ao tempo em que os idosos são sujeitos merecedores de especial proteção do Estado, da família e da sociedade, a efetivação de seus direitos passa pelo exame de situações concretas, que nem sempre correspondem aos ideais propostos pelo legislador. Além disso, os idosos são também destinatários de deveres em suas relações familiares, podendo ser chamados, v.g., a participar na manutenção de filhos e netos em situação de desamparo, ao que a doutrina denomina ‘obrigação avoenga’.

Nesse derradeiro capítulo, busca-se analisar pontuais situações que envolvem a proteção dos direitos dos idosos, bem como de seus deveres, no âmbito das relações jurídico-familiares, e que já foram enfrentadas pelo Tribunal de Justiça gaúcho e também pelos tribunais superiores, na tentativa de avaliar como está sendo efetivamente entendido o idoso brasileiro no contexto proposto, considerando, ainda, sua situação de especial vulnerabilidade, e, em contrapartida, quando essa condição é afastada, hipótese em que se vale o juiz da aplicação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, considerando a condição de vulnerabilidade que é comum a todos os seres humanos.

A moradia é direito fundamental social,⁴¹² positivado no art. 6º da Constituição Federal brasileira. Por sua vez, consoante o Estatuto do Idoso, o direito do idoso à moradia digna pode abarcar o direito à convivência ou à não-convivência familiar,⁴¹³ se assim desejar o idoso, envolvendo o feixe de direitos fundamentais outros que lastreiam a expressão ‘direito à família’. Pode-se afirmar, assim, que o direito à moradia digna pode ser analisado em contexto extra-familiar especialmente na hipótese de a convivência familiar ensejar violação à dignidade do idoso, em que resulta necessário o asseguramento ao não-convívio do idoso com sua família.

⁴¹² Jorge Miranda ensina que Direitos Sociais ‘são os direitos correspondentes à teia de relações sociais em que a pessoa se move para realizar a sua vida em todas as suas potencialidades; ou advenientes da inserção nas múltiplas sociedades sem as quais ela não poderia alcançar e fruir os bens econômicos, culturais e sociais *stricto sensu* de que necessita’. (MIRANDA, J., 2009, p. 91).

⁴¹³ O art. 37 do Estatuto do Idoso estabelece que ‘O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.’

O primeiro acórdão trazido à exame envolve o direito à moradia e à não-convivência família como forma de proteção ao idoso, e decorre do julgamento da apelação cível n. 70028561785, pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual resultou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. IDOSO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO LAR POR FAMILIARES. AUTOR MEEIRO E COM DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ESTATUTO DO IDOSO. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada (art. 37, "caput", do Estatuto do idoso). Idoso que detém meação e direito real de habitação sobre o imóvel deixado pelo espólio de sua finada esposa e possui desinteligências com familiares que compartilham o mesmo teto, tem direito e preferência a residir no imóvel onde vive há mais de quarenta anos, além de medidas de proteção sempre que seus direitos forem ameaçados ou violados, mesmo que por omissão ou abuso da família, admitida toda a ação pertinente (art. 43 inciso II c/c caput do art. 82 do Estatuto do idoso). O filho, e seus familiares, que se mudaram para a residência do autor, advindo a impossibilidade de convívio com o idoso, devem se afastar da moradia em razão dos direitos daquele. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGredo DE JUSTIÇA)⁴¹⁴

Na hipótese em exame, o idoso residia há mais de quarenta anos em imóvel propriedade do casal, sendo que, após a morte da esposa, viu-se sozinho e então decidiu convidar o filho e seus familiares para morarem juntos.

A convivência familiar almejada pelo idoso, segundo relata o acórdão, não resultou promissora, tanto que este teve que lançar mão de ação judicial, postulando o afastamento do referido filho e dos demais familiares da moradia comum, a fim de garantir a proteção de sua dignidade.

O relatório do acórdão consigna a especial situação de vulnerabilidade do idoso: viúvo, portador de doença cardíaca e síndrome de apnéias/hipopnéias obstrutivas de sono, além de tumor prostático, controlado com tratamento quimioterápico. Relata, ademais, a narrativa da petição inicial da ação em questão:

[...] logo após o ingresso do filho e família no imóvel, principiaram os problemas do autor, que ficou restrito à utilização de um dormitório de solteiro, sendo que os demais dormitórios eram chaveados pelos réus quando ausentes do apartamento. Relata ter sido proibido de fazer as refeições com a própria família, sendo obrigado a arcar com 50% das despesas com supermercado. Informa que até a antiga empregada que servia ao autor e a esposa, foi demitida pelos demandados. Narra

⁴¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível N° 70028561785. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 28 out. 2009.

situações de ofensas e imprecações constantes pelo filho e nora. Diz que o autor trocou seu veículo por um novo, adquirido em nome do filho, que se apoderou do mesmo, proibindo o pai de usá-lo. (sic).

Analisando as provas produzidas nos autos, entendeu a Corte que resultaram evidenciadas ‘desinteligências entre os litigantes’, pelo que a sentença foi confirmada, para determinar o afastamento dos familiares do idoso do lar comum, como medida de proteção de seu melhor interesse.

Baseou-se o acórdão no art. 37 do Estatuto do Idoso, que dispõe que ‘o idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar’.

No caso, respeitou-se integralmente o precitado dispositivo legal, ao manter o idoso em seu próprio lar, *desacompanhado de seus familiares*, como forma de respeito ao seu desejo nesse sentido, a fim de garantir-lhe especialmente o direito à sua dignidade e liberdade, preconizadas no art. 3º do mesmo Estatuto.

O convite do idoso aos seus familiares, com vistas a aplacar-lhe a solidão e a minoração das despesas com sua manutenção, converteu-se em sofrimento e desrespeito à sua própria condição. A tão preconizada convivência familiar revelou-se, pois, por si mesma nociva e violadora dos direitos fundamentais do idoso.

A situação de vulnerabilidade potencializada da pessoa idosa veio claramente evidenciada na hipótese *sub examine*. Isso porque, inicialmente buscou ele o convívio familiar em razão de sua própria condição. No entanto, concretizado o convívio com seus familiares, o idoso passou a necessitar de *tutela específica*, por meio das disposições constitucionais que remeteram à inequívoca aplicação da lei específica de proteção.

No que tange aos alimentos, as pessoas idosas podem figurar como credoras ou devedoras, conforme suas necessidades e possibilidades em uma e outra situação. A exemplo do envelhecimento, o direito a alimentos trata-se, para o credor, de um direitos da

personalidade. Enquanto direito fundamental existencial, recentemente, a *alimentação*⁴¹⁵ foi positivada como sendo um direito social, por força da Emenda Constitucional n. 64/2010.⁴¹⁶

‘Alimentos’, no trânsito jurídico, ‘são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si’.⁴¹⁷ A expressão, no entanto, designa medidas diversas, compreendendo tudo aquilo que é estritamente necessário à manutenção da vida de uma pessoa – o *necessarium vitae* -, como alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrangendo outras necessidades, como as intelectuais e morais – o *necessarium personae* -, nos quais se leva em conta a qualidade do alimentando e os deveres da pessoa obrigada’.⁴¹⁸ ‘Os primeiros denominam-se alimentos naturais, os outros civis ou cōngruos’.⁴¹⁹

No direito brasileiro, o Código Civil de 2002, reservou à disciplina dos alimentos os artigos 1.694 a 1.710, dispondo-os no Subtítulo III do Título II do Livro IV do Direito de Família, para esclarecer, desde logo, que os alimentos necessários ‘para viver de modo compatível à sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação’ podem ser pedidos aos parentes, ao cônjuge ou companheiros (art. 1.694, *caput*, CC), e ‘devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos a pessoa obrigada’ (art. 1.694, §1º, CC). Versa esse último sobre o binômio possibilidade/necessidade, que funciona como baliza para a fixação do *quantum* alimentar.

Ao seu turno, o artigo 1.696 estabelece a reciprocidade do direito alimentar entre pais e filhos, a par de determinar expressamente que esse mesmo direito é extensivo a todos os ascendentes, mas acentua, em seu art. 1.698, que ‘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

⁴¹⁵ Consoante a exposição de motivos n. 02/2009-Consea, ‘a garantia do direito humano à alimentação adequada e saudável está expressa em vários tratados internacionais, reconhecidos pelo governo brasileiro, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e a Cúpula Mundial de Alimentação, de 1996, onde os chefes de Estado reafirmaram “o direito de toda a pessoa a ter acesso a alimentos seguros e nutritivos, em consonância com o direito à alimentação adequada e com o direito fundamental de toda pessoa de estar livre da fome”.

⁴¹⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

⁴¹⁷ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 427.

⁴¹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4. ed. ampl. e atual. de acordo com novo Código Civil. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

⁴¹⁹ GOMES, op. cit., p. 427.

devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas para integrar a lide'.⁴²⁰

Os precitados dispositivos apontam as linhas gerais que pautam o direito e o dever aos alimentos, quais sejam, o dever recíproco entre parentes e cônjuges, incluindo entre os primeiros os ascendentes, e o caráter subsidiário da obrigação, quando os que devem alimentos em primeiro lugar não tiverem condições ou não puderem prestá-la, e, por fim, a quantificação dos alimentos, que devem ser fixados na medida das necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante.

Acerca do tema, calha a lição de Yussef Said Cahali:⁴²¹

O grau mais próximo exclui o mais remoto, sendo o primeiro lugar na escala dos obrigados ocupado pelos genitores; apenas se faltam os genitores, ou se estes se encontram impossibilitados financeiramente de fazê-lo, estende-se a obrigação de alimentos aos ulteriores ascendentes, respeitada a ordem de proximidade.

O Estatuto do Idoso, ao seu turno estabelece que 'os alimentos serão prestados aos idosos na forma da lei civil',⁴²² mas logo esclarece que 'a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores',⁴²³ sendo que 'se o idoso e seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social'.⁴²⁴

Assim é que, em se tratando de alimentos aos idosos, estar-se-á diante de uma obrigação solidária relativamente aos devedores alimentares (parentes do ancião), mas relativamente ao Poder Público, a mesma obrigação é subsidiária, passando-se o encargo à assistência social.⁴²⁵

⁴²⁰ Ref. artigos do Código Civil de 2002.

⁴²¹ CAHALI, 2002, p. 677.

⁴²² Lei n.10.741/2003, art. 11.

⁴²³ Lei n.10.741/2003, art. 12.

⁴²⁴ Lei n.10.741/2003, art. 14.

⁴²⁵ Os art. 203 e ss. da Constituição Federal de 1988 versam sobre Assistência Social, e estabelece que '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.'

Em recente julgado, decidiu a Oitava Câmara Cível que ao idoso, na condição de credor alimentar, faculta-se liberdade para demandar contra quem bem entender, não se afigurando razoável obrigá-lo a litigar contra todos os filhos. O acórdão foi assim ementado:

APELAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. ESTATUTO DO IDOSO. CHAMAMENTO AO PROCESSO DOS DEMAIS FILHOS. DESCABIMENTO. TRINÔMIO ALIMENTAR. ADEQUAÇÃO. Da redação do art. 12 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), denota-se a liberdade deste para demandar contra quem bem entender. Assim, não se afigura razoável obrigá-lo a litigar contra todos os filhos, pois fica a seu critério decidir de quem exigirá a pensão. Ademais, o apelante não conseguiu demonstrar sua impossibilidade de arcar com o pensionamento estipulado. NEGARAM PROVIMENTO.⁴²⁶

Essa é também a orientação do Superior Tribunal de Justiça, como se vê no julgamento do REsp 775.565/SP, que teve como Relatora a Ministra Nancy Andrichi:

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

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

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

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

- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (DJ 26/06/2006 p. 143).

Em contrapartida, poderá o idoso figurar em determinada relação jurídica como devedor de alimentos, podendo a obrigação ser subsidiária ou não, conforme o caso. Será o longo devedor em primeiro lugar quando responsável pelo sustento de seus filhos, do cônjuge ou do companheiro,⁴²⁷ mas subsidiariedade haverá quando se tratar de alimentos ao netos, quando os primeiros obrigados forem ausentes ou não puderem prestá-los.⁴²⁸

Em recente julgado, decidiu a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça gaúcho que o dever alimentar dos avós possui caráter subsidiário, de sorte que não demonstrada a ausência ou total impossibilidade dos genitores, descabe atribuir aos avós tal ônus. O acórdão em questão foi assim ementado:

⁴²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70026052613. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 04 dez. 2008.

⁴²⁷ Art. 1.694, Código Civil de 2002.

⁴²⁸ Art. 1.698, Código Civil de 2002.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO AVOENGA. SOMENTE ADMISSÍVEL NA IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DOS GENITORES CUMPRIREM A OBRIGAÇÃO. Compete aos genitores a obrigação de sustento dos filhos e na falta de um, ao outro, primordialmente, em decorrência do poder familiar. A obrigação alimentar dos avós, nos termos do art. 1.696 do Código Civil, detém característica subsidiária ou complementar, somente se justificando nos casos em que restar comprovada a incapacidade absoluta dos pais. Não demonstrada a ausência dos pais ou a total impossibilidade econômica deles em prover o sustento do filho, descabe atribuir ao avô paterno tal ônus, mormente quando este é idoso, recebe parcos rendimentos de aposentadoria e tem gastos elevados com medicamentos, uma vez que padece com sérios problemas de saúde. APELAÇÃO DESPROVIDA.⁴²⁹

No caso, buscavam os netos a fixação de prestação alimentar na ordem de 30% da aposentadoria do avô paterno. A sentença foi de improcedência da ação, a qual foi confirmada pela Corte, haja vista a verificação de que os genitores dos recorrentes são pessoas maiores, capazes e aptas ao trabalho, detendo condições de sustentar os filhos, ao tempo em foi constatada a insuficiência financeira do recorrido. Analisando o precitado artigo 1.696 do Código Civil em vigor, ponderou o Eminentíssimo Relator:

Ou seja, a redação do dispositivo traz a idéia de supletividade, valendo dizer que, somente depois de esgotadas as possibilidades dos principais obrigados em prestar os alimentos recorre-se aos ascendentes de grau imediato. A obrigação avoenga não é simultânea à obrigação dos genitores do alimentando e só nasce quando exauridas as possibilidades de extrair destes o sustento do menor. O art. 1695, por sua vez, estabelece que os alimentos serão devidos quando aquele de quem se reclama possa fornecê-los sem desfalque do necessário ao seu sustento. No caso, constatada a insuficiência de recursos do avô para prestar auxílio financeiro aos netos, sem suportar prejuízos próprios ou de seus dependentes, não pode ser imposta a obrigação de pagar alimentos.

O teor do referido acórdão dá conta de que o Tribunal de Justiça gaúcho está em conformidade com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, como se vê do recente julgamento do REsp 831497-MG, que teve como Relator o Ministro João Otávio de Noronha:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR.

1. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação - ou de cumprimento insuficiente - pelos genitores.
2. Recurso especial provido.(DJe 11/02/2010)

No corpo do acórdão, lê-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator, que bem sintetiza a questão:

⁴²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível Nº 70026725374. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgado em: 12 ago. 2009.

A questão posta a deslinde é se a obrigação dos avós de alimentar é concorrente e direta ou subsidiária e complementar a dos pais.

Esta Corte já se posicionou repetidamente no sentido de que se trata de responsabilidade subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais. Dessa forma, deve-se verificar a possibilidade de a obrigação ser prestada ao alimentando pelos genitores, levando-se em conta o binômio necessidade e possibilidade. Só no caso da impossibilidade de cumprimento da prestação - ou de cumprimento insuficiente - pelos pais é que se pode falar em obrigação dos avós.

A par disso, recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 658139/RS, que teve como relator o Ministro Fernando Gonçalves, que o progenitor demandado poderá chamar ao processo os demais devedores solidários (avós maternos e paternos), caso não tenha condições de suportar sozinho o encargo alimentar:

CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTARE SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que "sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos." 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os **avós** paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no pólo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido. DJ 13/03/2006 p. 326.

Estabelecida a obrigação avoenga, é certo que o devedor sofrerá todos os efeitos daí decorrentes e, assim, poderá sofrer até mesmo o rigor de uma segregação civil em caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia,⁴³⁰ como já decidiu o Tribunal de Justiça gaúcho, no julgamento do *habeas corpus* n. 70012227948, cujo acórdão restou assim ementado:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. JUSTIFICATIVA. REJEIÇÃO. Os executados são avós dos exequentes. Têm responsabilidade alimentar suplementar em função do pai estar em local incerto e não sabido. A obrigação foi fixada em processo de conhecimento. Eventual impossibilidade dos executados deve ser naquela esfera discutida. O fato dos avós maternos não terem sido demandados não torna a obrigação fixada em desfavor dos avós paternos ilíquida. DENEGARAM A ORDEM. (SEGREDO DE JUSTIÇA)⁴³¹

⁴³⁰ Art. 5º, LXVII, Constituição Federal de 1988.

⁴³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Habeas Corpus Nº 70012227948. Relator: Rui Portanova. Julgado em: 18 ago. 2005.

As situações destacadas decorrem das disposições constitucionais e legais acerca dos alimentos, de sorte que na condição de *devedor alimentar* não poderá o idoso socorrer-se de sua própria lei de proteção, mas se ostentar ele a condição de *credor alimentar* poderá valer-se do regramento especial (Lei n. 10.741/2003), e optar entre os prestadores.

Com o advento da Lei n. 11.804/2008, que instituiu os denominados alimentos gravídicos, renovam-se os questionamentos acerca da obrigação avoenga relativamente ao ‘credor’ indicado na nova lei.

A Lei em questão disciplina, em apenas 06 artigos, o direito de alimentos da *mulher gestante* e a forma como será exercido,⁴³² para estabelecer que ditos alimentos compreendem ‘os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes’.⁴³³

A par da abrangência alimentar prevista na lei em exame, esta prevê que os alimentos referem-se à ‘parte das despesas que será custeada pelo futuro pai’,⁴³⁴ na medida de suas possibilidades, e serão fixados pelo juiz mediante a existência de indícios da paternidade,⁴³⁵ sendo que, ‘após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite sua revisão’.⁴³⁶

A Lei 11.804/2006 refere expressamente a disciplina do ‘direito de alimentos da mulher gestante’,⁴³⁷ mas seguramente busca a proteção dos direitos do *nascituro*, pois, ainda que destituído de personalidade civil, já que esta ‘resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico’,⁴³⁸ a lei brasileira põe a salvo os seus direitos desde concepção.⁴³⁹ Trata-se a gestante

⁴³² Art. 1º da Lei n. 11.804/2008.

⁴³³ Art. 2º da Lei n. 11.804/2008.

⁴³⁴ Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 11.804/2008.

⁴³⁵ Art. 6º da Lei n. 11.804/2008.

⁴³⁶ Art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 11.804/2008.

⁴³⁷ Art. 1º da Lei n. 11.804/2008

⁴³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7, p 6.

⁴³⁹ Art. 2º do Código Civil de 2002.

de mero instrumento à proteção do nascituro, pois visa os alimentos ‘suficientes para cobrir as despesas adicionais do período da *gravidez*’.⁴⁴⁰

Aurélio Buarque de Holanda⁴⁴¹ ensina que nascituro é aquele ‘que há de nascer’, a par de anotar que embrião é ‘o ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, *i. e.*, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral’.⁴⁴² A gravidez, assim, ‘começa com a nidação (isto é, quando o ovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero)’.⁴⁴³

No direito francês, ‘o nascituro tem personalidade condicional, porque ela depende do nascimento com vida e da viabilidade’,⁴⁴⁴ sendo que ‘a afirmação de não se poder ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto – conforme o faz o Comitê Nacional de Ética da França – induz o reconhecimento de ser o nascituro sujeito de direitos. O art. 314 do Código Civil confirma esta tese, admitindo que a qualidade de filho legítimo remonta à concepção’.⁴⁴⁵

Para o direito italiano, ao nascituro são resguardados alguns direitos patrimoniais, como o de receber doação (art. 462), bem como se admite substituição fideicomissária a favor do nascituro não concebido (art. 692. primeiro e segundo parágrafos), entre outros, mas ‘diante da insuficiência da proteção pelo Código Civil e da dicção estatalista do art. 1º, a vida do nascituro encontra abrigo na Constituição Federal e nas convenções internacionais’.⁴⁴⁶

Discorrendo sobre os direitos de personalidade, ensina Pontes de Miranda⁴⁴⁷ que ‘entre os direitos que se resguardam ao nascituro estão os direitos à integridade, física e psíquica, e à vida, pelos quais hão de zelar os pais ou o curador ao ventre (arts. 4º, 2ª parte, 458 e 462, e os outros direitos de personalidade)’.

⁴⁴⁰ Art. 2º da Lei n. 11.804/2008.

⁴⁴¹ NASCITURO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1999. p. 1393.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 735.

⁴⁴³ MARANHÃO apud ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 11.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 63.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 72.

⁴⁴⁷ MIRANDA, 1956, p. 10.

Nessa ordem de idéias, é correto afirmar que a lei que instituiu os alimentos gravídicos está em conformidade com a teoria natalista⁴⁴⁸, adotada pelo Código Civil de 2002 (art. 2º), segundo a qual a personalidade começa do nascimento com vida, resguardando-se os direitos do nascituro, sendo certo que a lei em comento não deixou margens para entendimento diverso, pois se referiu expressamente à *gravidez*, que se trata de condição necessária e suficiente para a incidência da norma.

A gestante encontra-se, pois, legitimada a proteger o ser que está em seu ventre, bastando que comprove em juízo a ‘existência de indícios da paternidade’,⁴⁴⁹ o que não é novidade no ordenamento jurídico pátrio, pois em nome da proteção aos direitos do nascituro, antes do advento da Lei que instituiu os alimentos gravídicos, já havia decidido o Tribunal de Justiça gaúcho:

UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (SEGredo DE JUSTIÇA)⁴⁵⁰

Havendo indícios da paternidade, estes devem orientar a verificação dos parentes do nascituro, de sorte que os progenitores poderão igualmente ser chamados a prestar alimentos ao infante concebido de forma subsidiária e complementar, em conformidade com o disposto no art. 1.698 do Código Civil, que ‘repete a ordem sucessiva dos graus de parentesco na obrigação alimentar, de modo que dentro dessa ordem podem ser demandados vários parentes numa mesma ação, na medida de suas possibilidades’.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ Silmara Almeida anota que, no direito brasileiro, há três correntes fundamentais acerca do início da personalidade: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. Diz a autora: ‘a primeira sustenta que a personalidade começa do nascimento com vida. A segunda afirma que a personalidade começa com a concepção, com a condição do nascimento com vida (doutrina da personalidade condicional ou concepcionista imprópria). A terceira considera que o início da personalidade se inicia com a concepção.’ (ALMEIDA, 2000, p. 145).

⁴⁴⁹ Art. 6º da Lei n. 11.804/2008.

⁴⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70017520479, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 28 mar. 2007.

⁴⁵¹ SILVA, 2006, p. 1395.

Em pesquisa aos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Superior Tribunal de Justiça não verificamos, até a conclusão deste capítulo, nenhum julgado envolvendo as expressões ‘alimentos gravídicos’ e ‘obrigação avoenga’.

Utilizando as expressões ‘abandono’ e ‘idoso’ foram localizados quinze julgados no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dentre os quais destacamos a ementa que segue:

ABANDONO DE IDOSO (art. 98, da Lei nº 10.741/03). Crime autônomo não configurado. Abandono que foi consequência direta da apropriação dos valores informados no 2º fato denunciado. Conduta absorvida pelo delito mais grave (art. 102, da Lei nº 10.741/03). 2. APROPRIAÇÃO E DESVIO DE RENDIMENTO DE IDOSO (art. 102, da Lei nº 10.741/03). Existência e autoria do fato comprovadas. Condenação e apenamento mantidos. Substituição do art. 44 do CP alterada. Apelo ministerial improvido e provido parcialmente o defensivo. Unânime.⁴⁵²

No caso, o idoso, cuja vulnerabilidade é especial e presumida pela lei, foi abandonado justamente por não ser economicamente vulnerável, ou seja, por deter condições econômicas de garantir a sua manutenção, mas por não deter condições de administrar-se nesse sentido: foi asilado e privado de assistência material básica por sua curadora, a qual lhe devia cuidado e assistência.

O art. 98 da Lei n. 10.741/03 prevê a pena de 06 (seis) meses a 03 (três) anos e multa para o agente que ‘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 por mandado’.

Ao seu turno, o art. 102 do mesmo Estatuto estabelece pena de reclusão de 01(um) a 04 (quatro) anos e multa para o crime de apropriação e desvio de rendimento de idoso, consistente no ato de ‘apropriar-se ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa de sua finalidade’.

Na hipótese em exame, o crime previsto no art. 98 do Estatuto do Idoso foi absorvido pelo previsto no art. 102 do mesmo Estatuto, por ser este último mais grave em relação ao

⁴⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Quinta Câmara Cível. Apelação Crime Nº 70022124242, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura. Julgado em: 19 mar. 2008.

primeiro, ou seja, o agente foi responsabilizado apenas pelo crime de apropriação de rendas do idoso, haja vista sua maior gravidade em relação ao abandono.

No entanto, ainda que o abandono de idosos seja crime e que, no caso em questão não tenha o autor sido responsabilizado por tal prática, o mero dever de cuidado seguramente não foi observado pelo agente e tampouco foi analisado no contexto criminológico proposto, haja vista não encontrar indicadores padronizados na lei.⁴⁵³ No entanto, ‘há atitudes objetivas verificáveis no dia a dia, que explicitam o cuidado com o outro’.⁴⁵⁴ A esse respeito ensina Heloisa Helena Barboza: ‘O direito, para dar consecução à cláusula geral de tutela da pessoa humana, tem editado normas que implicitamente, quando não de forma expressa, promovem ou determinam os cuidados devidos particularmente aos vulneráveis, de que são exemplo os estatutos da criança e do adolescente, e do idoso’.⁴⁵⁵

Nessa linha, o art. 43 do Estatuto do Idoso prevê expressamente o dever de cuidado ao idoso pela família ou por seu curador, sendo relevante destacar que ‘*curatela* é instituto suplementar ao poder familiar cujo objetivo é o exercício de atividade assecuratória dos interesses pessoais e econômicos do incapaz, por motivos diversos da idade cronológica’.⁴⁵⁶

Roberto Senise Lisboa ensina que ‘*curador* é o representante ou assistente legal que cura os bens do incapaz’,⁴⁵⁷ a par de relacionar suas principais obrigações, dentre as quais, ‘a defesa dos interesses morais e patrimoniais do curatelado’.⁴⁵⁸

A *curatela* da pessoa idosa não se dá em razão da idade, mas por força da diminuição de suas potencialidades físicas ou mentais decorrentes da idade cronológica, que resulta na impossibilidade total ou parcial para os atos da vida civil, ensejando a nomeação de curador por meio de processo judicial. A *curatela* vem regulamentada no Capítulo II, do Título IV, do Código Civil, nos artigos 1.767 a 1.763. No Código de Processo Civil, a *curatela* dos interditos faz parte do elenco dos Procedimento Especiais de Jurisdição Voluntária do Título II (arts. 1.177 a 1.186).

⁴⁵³ BARBOSA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

⁴⁵⁴ Ibid.

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. rev. e atual, em conformidade com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.

⁴⁵⁷ Ibid, p. 177.

⁴⁵⁸ Ibid.

O processo de interdição conta com ampla instrução probatória, buscando comprovar essencialmente a incapacidade do interditando para reger sua pessoa e administrar seus bens. Decretada a interdição, o juiz nomeará curador ao interdito, o que será objeto de inscrição no Registro de Pessoas Naturais e de publicação pela imprensa local e órgão oficial na forma do art. 1.184 do Código de Processo Civil.

A interdição, no entanto, poderá ser levantada, caso cessem as causas que a determinou, enquanto a curatela encontrará limite na própria condição do curatelado. O levantamento da interdição contará com prova pericial e igualmente com ampla instrução probatória.

Assim, a nomeação de curador do idoso espelha a efetiva necessidade de cuidado deste ante sua condição potencializada de vulnerabilidade, de sorte que o abandono e o desvio ou apropriação dos rendimentos ou bens do curatelado implica gravíssima violação ao primário dever de cuidado, ao Código Civil, à Lei de proteção especial do idoso e à Constituição Federal porque atingida a dignidade da pessoa humana em sua plenitude.

O abandono do idoso, bem como a privação de seus meios materiais pelo curador implica a prática de crime, no entanto sua configuração exige o dolo, ou seja, a intenção de abandonar. Caso não comprovada tal intenção do agente, não há falar na prática delituosa prevista no art. 98 da Lei n. 10.741/03. Nessa situação já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. ABANDONO DE IDOSO EM CASA DE SAÚDE. PROVA ABSOLUTÓRIA. DOLO. Para condenar-se alguém, pelo cometimento do delito capitulado no art. 98 da Lei nº 10.741/03, há que provar o agir doloso. Filhos, que enfrentam situação de pobreza e que não levam o pai para casa, deixando-o em casa de saúde, porque não têm condições de assumi-lo, pessoa doente e dependente, nada mais fazendo sozinho, não revelam conduta dolosa, ou, ao menos, a prova é precária nesse sentido, inviabilizando solução condenatória. Apelo ministerial desprovido.⁴⁵⁹

No caso em exame, o idoso foi abandonado em casa de saúde por seus filhos, que não detinham condições de sustentá-lo, em face da situação de pobreza familiar.

⁴⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Criminal. Apelação Crime Nº 70014245674, Relator: Luís Carlos Ávila de Carvalho Leite. Julgado em: 12 jul. 2006.

A situação, no entanto, transborda a mera esfera penal e encontra solução no âmbito da Assistência Social, por expressa previsão do art. 14 do Estatuto do Idoso, que dispõe que ‘se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de proverem o seu sustento, impõem-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da Assistência Social.’

É certo que, no caso em exame, o benefício assistencial assegurado à pessoa idosa no valor de 01 (um) salário-mínimo mensal, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas,⁴⁶⁰ talvez ainda se mostre insuficiente para que o idoso seja mantido no seio de sua família, haja vista o relato que o idoso é pessoa doente e dependente, nada mais fazendo sozinho.

Nessa situação, há, ainda, a possibilidade de internação domiciliar⁴⁶¹ do idoso por meio do SUS – Sistema Único de Saúde, o que encontra amparo na Portaria nº 2.529/2006 do Ministério da Saúde,⁴⁶² que instituiu a Internação Domiciliar no âmbito do SUS e elegeu a pessoa idosa prioritariamente para esse atendimento.

A referida Portaria estabelece que a Internação Domiciliar, no âmbito do SUS, é o conjunto de atividades prestadas no domicílio a pessoas clinicamente estáveis que exijam intensidade de cuidados acima das modalidades ambulatoriais, mas que possam ser mantidas em casa, por equipe exclusiva para este fim,⁴⁶³ e define que os serviços de Internação Domiciliar são compostos de (I) Equipes Multiprofissionais de Internação Domiciliar, compostas, no mínimo, por médico, enfermeiro e técnico ou auxiliar de enfermagem; e (II) - Equipes Matriciais de Apoio, podendo ser compartilhadas por várias equipes ou serviços de Internação Domiciliar, ou mesmo com a rede de serviços de saúde, composta por outros profissionais de nível superior, levando em consideração o perfil da atenção a ser prestada e os protocolos firmados.

A internação domiciliar também é conhecida como *home care*, cujo termo é de origem inglesa. A palavra "Home" significa "lar", e a palavra "Care" traduz-se por "cuidados".

⁴⁶⁰ Art. 34, Estatuto do Idoso.

⁴⁶¹ A Lei nº 10.424/2002, acrescentou capítulo e artigo à Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde.

⁴⁶² A Portaria em questão está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2529.htm>>. Acesso em: 07 out. 2010.

⁴⁶³ Art. 2º da Portaria nº 2.529/2006.

Portanto, a expressão *Home Care* designa literalmente: cuidados no lar.⁴⁶⁴ A resolução RDC nº 11 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA –, estabelece as regras para o funcionamento de serviços de saúde que prestam atenção domiciliar.⁴⁶⁵

Assim, por onde quer que se veja, o abandono de pessoa idosa em casas de saúde não se justifica, ainda que o ancião necessite de serviços compatíveis com internação hospitalar, e que a família não detenha recursos financeiros para tanto, tendo em conta a possibilidade de percepção de benefício assistencial por meio da Assistência Social e de internação e assistência domiciliar proporcionada pelo SUS.

A existência de Políticas Públicas nesse particular aspecto vem a concretizar as diretrizes da Política Nacional do Idoso, no sentido de que cabe à família prioritariamente ampará-lo, sem que se afastem os papéis do Estado e da sociedade, por meio da atuação do SUS e da Assistência Social às famílias que contem com pessoas idosas e ostentem situação de vulnerabilidade social e/ou econômica a justificar a utilização desses benefícios.

Em pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não verificamos, no entanto, nenhum julgado envolvendo internação domiciliar de idosos, no âmbito do SUS, mas foram localizados 06 (seis) julgados envolvendo as expressões ‘asilo’ e ‘idoso’, dentre os quais, destacamos o que segue:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. IDOSO QUE FOI RETIRADO DA CASA ONDE RESIDIA E FOI LEVADO A UM ASILO, MAS MANIFESTA DESEJO DE VOLTAR AO SEU LAR. VONTADE QUE DEVE SER RESPEITADA. PEDIDO DE CURATELA PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM, NO MOMENTO, A NECESSIDADE DE INTERDIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.⁴⁶⁶

Nesse caso, a internação em casa geriátrica deu-se por represália dos filhos do idoso, após ter este ajuizado ação de alimentos em face de seus descendentes. É o que relatou o Ministério Público, consoante transcrição no corpo do julgado:

⁴⁶⁴ Disponível em: <<http://www.portalthomecare.com.br/pagina.php?pagina=137>>. Acesso em: 11 out. 2010.

⁴⁶⁵ Disponível em: <www.anvisa.org.br>. Acesso em: 11 out. 2010.

⁴⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70033601253. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em: 04 fev.2010.

Consoante referido pelo Ministério Público, “O que se tem, portanto, é o seguinte: o ancião J.V.O. morava com o filho R. que, ao que tudo indica, era o único a dar atenção ao pai. Em determinado momento, J.V. ajuizou ação de alimentos contra todos os seus filhos (inclusive o próprio R.), conforme se vê às fls. 89/91. Diante disso, os demais filhos de J.V. o retiraram da casa de R. e o colocaram na casa geriátrica onde atualmente se encontra. Esta ação, data máxima vênua, não encontra amparo nem na lei e nem no bom senso. A uma porque, ao que tudo indica, foi feita manu militari, sem consulta a R. (com quem o pai J. vivia) e sem consulta ao próprio J. que viu-se, de um momento para o outro, retirado do lar onde vivia com o filho, para ser colocado em uma casa geriátrica, para viver no meio de estranhos. E a duas porque, ao que tudo também indica, tal ação não passou de represália pelo fato de J. ter ajuizado ação de alimentos contra os demais filhos. É de se perguntar: se estavam tão preocupados com a situação do pai, porque não agiram antes do ajuizamento da ação de alimentos. Ou, ainda, porque não levaram o pai para suas casas, e preferiam colocá-lo em uma casa geriátrica, com estranhos?”

É de destacar que, no caso em exame, em razão de sua vulnerabilidade especial e com base em sua lei de proteção, o idoso postulou alimentos aos filhos. Em contrapartida, entenderam os filhos demandados pelo manejo de ação de interdição do genitor, que foi posto em um asilo e privado do convívio familiar.

Nesse último julgado, embora a questão tenha-se situado na esfera civil, porque em verdade o idoso não foi abandonado por seus familiares, mas somente internado em casa geriátrica, a falta de colheita de seu consentimento para tanto traduz-se em verdadeira violência contra a pessoa idosa, porque inequivocamente violada sua dignidade.

CONCLUSÃO

A paulatina evolução da sociedade revela, no tempo e no espaço, a transformação da família, que não mais encontra em si mesma sua função, pois de *família-instituição* passa a desempenhar o papel de *família-instrumento* do desenvolvimento da personalidade de seus membros, em que o afeto é a marca de sua visibilidade, ensejando questionamentos acerca do valor jurídico desse sentimento. A família, então, forma-se não apenas pelo casamento, mas simplesmente pelo afeto, e ambos os arranjos familiares gozam de igual proteção do Estado, porque o seu fim último é a promoção da dignidade da pessoa humana.

No entanto, essa mesma evolução resulta por afrouxar os laços entre as gerações passadas e presentes, de sorte que a tradição e os costumes antes transmitidos pelos mais velhos vai aos poucos se diluindo e perdendo o seu valor para os mais jovens, tal como resultam diminuídos os sentimentos comuns religiosos e comunitários característicos das sociedades mais primitivas e estacionárias. Nesse processo, novos valores, não-comuns, passam a ser identificados no meio social, que se vê marcado por uma pluralidade de idéias, de fontes e de atores sociais, e que se compõe das mais variadas culturas, deixando transparecer o pluralismo que caracteriza a pós-modernidade.

Em meio a esse contexto, identificam-se grupos de pessoas, que, por suas diferenças e vulnerabilidades, reclamam a necessidade de proteção especial na busca da igualdade material, porque concretas são as suas necessidades. O grupo das pessoas idosas é um claro exemplo disso, tal como o das mulheres, das crianças e adolescentes, dos deficientes físicos e dos negros, entre todos os outros existentes no meio social. Nesse sentido, os direitos humanos, em sua *pluridimensionalidade*, voltam-se à proteção da pessoa humana, e especificam os destinatários mercedores de atenção diferenciada sempre que constatada a sua vulnerabilidade potencializada.

No plano internacional, verificam-se, pois, regras específicas com vistas à proteção desses grupos identificados pelo legislador como especialmente vulneráveis. No ordenamento jurídico brasileiro, cujo sistema é aberto e dotado de mobilidade, verifica-se a edição de leis especiais, como é o caso do Estatuto do Idoso, que decorre de um processo de descentralização jurídica, que encontrou justificativa, ademais, no constante aumento da

complexidade das relações sociais, bem como pelo recente fenômeno da constitucionalização do direito civil, que visa, em última análise, à promoção da justiça e da solidariedade sociais.

Nesse contexto, o Estatuto do Idoso busca garantir efetiva proteção a esse grupo de pessoas identificado objetivamente pelo legislador como vulnerável, com base essencialmente em um critério etário, que resulta por traduzir a velhice como uma categoria social construída, própria das sociedades capitalistas. Essa mesma lei especial determina expressamente à família, à sociedade e ao Estado priorizar o atendimento à pessoa idosa especialmente em seus lares. A absoluta prioridade, a proteção do melhor interesse e a proteção integral são as diretrizes desse regramento, pautado que é pelo dever geral de solidariedade, positivado na Constituição Federal de 1988, como um de seus objetivos, como forma de proteção da dignidade da pessoa humana, um de seus fundamentos.

A solidariedade social ‘cria entre os homens todo um sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e a uma moral que as protegem, a divisão do trabalho dá origem a regras que asseguram o concurso pacífico e regular das funções divididas’.⁴⁶⁷ No âmbito da família, isso não é diferente, pois seus membros possuem distintas funções, que ora se redesenham em razão pura e simplesmente do afeto que pauta essas relações, enquanto a solidariedade revela-se o meio para a realização da proteção do indivíduo e encontra assento constitucional.

Nesse sentido, o direito do idoso à família enseja o exame de questões relativas à sua própria inclusão social, como o direito ao trabalho e o acesso à sociedade da informação, e bem assim aos demais direitos fundamentais sociais como a saúde, a assistência social e a previdência social, a moradia digna e a alimentação, porque refletem diretamente na sua valorização como indivíduo e sujeito de direitos e deveres na ordem civil, ao tempo em que enseja a verificação das condições da família em receber/manter o idoso em seu seio, considerando-se esses mesmos direitos.

Nesse mister, destaca-se o papel do Estado, que consiste na realização de políticas públicas como meio de concretizar os prefalados direitos fundamentais sociais e, bem assim,

⁴⁶⁷ DURKHEIM, 2010, p. 429.

assegurar a proteção da pessoa idosa e a dignidade do envelhecimento, erigido pelo Estatuto do Idoso a direito de personalidade. E a atuação do Estado, nesse particular, situa-se na elaboração de leis de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo, consoante disposição constitucional, com vistas à criação e estruturação de órgãos e entidades destinados ao exercício das competências estatais previstas no art. 23 da Constituição Federal de 1988.

Embora isso, a violência e a discriminação sofrida pelas pessoas idosas especialmente em seus próprios lares e em razão da omissão da sociedade e do Estado dá azo à compreensão de que há um esvaziamento da preconizada solidariedade em todos os seus planos, bem como do afeto nas relações familiares, embora o constante aumento da população idosa nas sociedades pós-modernas. Essa situação evidencia que se está, ainda, em fase de transição, ou, como se queira, de evolução social, em que ainda não se desenharam com nitidez as funções sociais desse grupo de pessoas, que, em futuro quiçá bem próximo, não será uma simples minoria, mas a grande parte dos indivíduos da sociedade, porque todos os tipos sociais tendem a envelhecer naturalmente. E essa tendência será cada vez mais acentuada quanto maiores forem os avanços da medicina e da tecnologia.

Contudo, não basta que se criem modos sadios que prolonguem a sobrevida humana em um meio social e familiar nocivo. É preciso que sejam observados os direitos fundamentais da pessoa humana em qualquer ambiente, público ou privado, porque é nesse último que ocorre grande parte das violações de seus direitos. Daí dizer-se que devem ser diluídas as fronteiras entre o público e o privado com vistas à efetivação desses direitos, o que não se trata de novidade no trânsito jurídico, já que inúmeras leis de direito privado são igualmente de ordem pública. Nessa linha de raciocínio, parece pouco importar a denominação que se dê a esses direitos: se humanos ou fundamentais; mas importa que sua eficácia seja não apenas vertical, mas também horizontal, porque o que interessa é que o homem seja protegido concretamente em todas as fases de sua vida e respeitado em sua dignidade por sua família, pela sociedade e pelo Estado, onde quer que se encontre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razon práctica. In: JORNADAS INTERNACIONALIES DE LÓGICA E INFORMÁTICA JURÍDICAS, 4., San Sebastián. 1988.

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo : Saraiva, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 1.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A Função Social da Família. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família: O art. 5º, II, Parágrafo Único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 39, p. 131-153, dez./jan. 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.

ASILO. In: SILVA, De Plácido E. *Vocabulário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1967.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Direitos e deveres dos avós: alimentos e visitação. *Revista IOB de Direito de Família*, Porto Alegre, dez. 2008.

_____. O Direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 123-129, jan/mar de 2000.

_____. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 11-26, mar. 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil: parte especial : do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20 (arts. 1.784 a 1.856).

BÁRBARA, Ana Teresa dos Santos. O idoso institucionalizado no contexto sócio-jurídico português. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007.

BARBOSA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família. In: DIREITO de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 137-143.

BATISTA, Anália Sólida et al. *Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da Previdência Social*. Brasília: MPS, SPPS, 2008.

BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BÍBLIA Sagrada. Tradução Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Erechim: Edelbra, 1979.

BIELEFELD, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

_____. _____. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos*. Tradução Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Do Estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria do estado*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONFANTE, Pietro. *Instittuzioni di diritto romano*. 10. ed. Torino: S.P.E di C. Fanton, 1957.

BOSCHI, Fábio Bauab. *Direito de visita*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Plano de ação para o enfrentamento da violência contra a pessoa idosa*. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/SEDH_Planos_2005.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2010.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A releitura da adoção sob a perspectiva da doutrina da proteção integral da criança e adolescência. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. p. 149-167.

CABREIRA, Carlos Cabral et al. *Direitos da criança, do adolescente e do idoso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 4. ed. ampl. e atual. de acordo com novo Código Civil. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Custos dos direitos e reforma do estado*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

_____. *Ordem jurídico-econômica e trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CAMPOS, Diogo Leite de. O idoso institucionalizado no contexto sócio-jurídico português. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1989.

CANIATO, Maria Cecília Garreta Prats. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: HARBRA, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible: para una sociologia no rigorosa del derecho*. Madrid: Tecnos, 1974.

CHAVES, Antônio. *Segundas núpcias*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

_____. *Tratado de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHEVALIER, Jean-Jaques. Le temperament politique français In: PERSPECTIVAS del derecho público en la segunda mitad del siglo XX: homenaje a Enrique Sayagues – Laso. Madrid: Instituto de Estudios de Administracion, 1969. v. 1, p. 723-731

CÍCERO, Marco Túlio. *Saber envelhecer e a amizade*. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2001.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COUTO E SILVA, Clóvis do. O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 2. ed. [s.l.]: Edita Meridiano, 1978.

DEBERT, Guita G.; SIMÕES, Júlio A.. *Envelhecimento e velhice na família contemporânea*. Disponível em <<http://www.pagu.unicamp.br/files/pdf/julio02.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). *Direito de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELANHESE, Daniele Gervazoni. Uma visão intimista do direito de visita dos avós construída sob os pilares da família moderna e do novo relacionamento entre pais e filhos. In: CAMPOS, Diogo Leite de (Coord.). *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 71-86.

DELLA TORRE, Massimiliano. *Diritto e informatica*. Milano: Giuffrè, 2007.

DIAZ REBORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: [s.n.], 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DOLL, Johannes; NERI, Anita Liberalesso (Org.). Educação, cultura e lazer: perspectivas da velhice bem-sucedida. In: IDOSOS no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 109-123.

DOLL, Johannes; PY, Ligia. O idoso na relação com a morte: aspectos éticos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Qualidade de vida na velhice: enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Alínea, 2007.

DURGANTE, Carlos Eduardo Accioly. *Velhice, culpada ou inocente? um olhar bio-psico-espiritual da maturidade da vida*. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2008.

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

FACHIN, Luiz Edson. A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo da função pública ao espaço privado: aspectos da 'privatização' da família no projeto do Estado mínimo, a partir da realidade brasileira. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 12, p. 1-162, jul./dez.. 1999.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: CONSTITUIÇÃO, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89-106.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit'. In: VUNÉRABILITÉ et droit. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, p. 13-32. Disponível em: <<http://www.pug.fr/extract/show/107>>. Acesso em: 20 out. 2010.

FONSECA, Antonio Cezar. *O Código Civil e o novo direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do Idoso comentado*. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Princípios constitucional de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Botana Gema; CARPIO, Badenas. *Comércio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 2001.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1995.

GLANZ, Semy. *A família mutante: sociologia e direito comparado, inclusive o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2005.

GOMES, Orlando. A caminho dos micro-sistemas. In: BARROS, Hamilton Moraes e (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito de Família*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Introdução ao direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOUTTENOIRE, Adeline. Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents. *Actualité Juridique Famille*, n. 4, p. 133/176, avr. 2008.

GRISARD FILHO, Waldir. *Famílias reconstituídas: novas uniões depois da separação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. Tradução do espanhol Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Novos horizontes e desafios do constitucionalismo. *Revista de Direito do Estado*, n. 6. abr./jun. 2007a.

_____. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: considerações do ponto de vista nacional-estatal constitucional e regional europeu, bem como sobre o desenvolvimento do direito internacional. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. *Direito Público*, v. 5, n. 18, p. 54-79, out./dez. 2007.

HARIOU, Mauricio. *A teoria da instituição e da fundação. Ensaio de vitalismo social*. Tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. Porto Alegre: Fabris, 2009.

IDOSOS são 10% da população mundial. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/view_news.php?id=4726>. Acesso em: 4 maio 2008.

IRTI, Natalino. Codici di settore: Compimento della 'decodificazione'. *Dirito e Societa*, n. 2, p. 131-136, 2005.

_____. I cinquant'anni del codice civile. *Rivista di Diritto Civile*, n. 3, 1992.

JHERING, R. Von. *L'espirit du droit romain*. Paris: Forni Editore Bologna, 1886/1888. v. 1.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Calouste, 1999.

LARENZ, Karl. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

_____. *Tratado de derecho civil alemán*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavera. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil*. 2. ed. rev. e atual, em conformidade com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-28.
- _____. A repersonalização das relações de família. In: DIREITO de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 99-114.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Sistema giuridico e dogmatica giuridica**. Bologna: Mulimo, 1978.
- MADALENO, Rolf. Filhos do Coração. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 23, p. 22-54, abr./maio 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. Constituição, direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *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*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 187-223.
- _____. Direito na pós-modernidade e a teoria de Erik Jayme. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Org.). *Faces do multiculturalismo: teoria, política, direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007. p. 21-36.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

MATOS, Ana Carla. Novas entidades familiares. In: MATOS, Ana Carla (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 16-31.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. v. 7.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 4.

MIZUNO, Noriko. A família no Japão: a noção de família. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, edição especial, p. 31-53, set. 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, Ana Carla (Org.). *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 232-257.

NASCITURO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1999.

NERI, Anita Liberalesso (Og.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro no código civil de 2002: uma abordagem à luz do direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 36, p. 139-169, jun./jul. 2006.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 326, p. 21-31, 1994.

_____. Da instituição do poder familiar, em perspectiva histórica, moderno e pós-moderna. *Revista da Faculdade Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 26 dez. 2006.

_____. Liberdades públicas: uma breve visão político-filosófica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 328, p. 31-36, nov./dez.1994.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebídes de. Cultura democrática para direitos humanos multiculturais. *Revista da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007.

_____. Estado e eficácia dos direitos fundamentais. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 11, p. 1-64, jan./jun. 1999.

PAGE, Henri de. *L'obligation abstraite em droit interne et em droit comparé*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. A social da família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 39, p. 155-169, dez./jan. 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Afeto, ética, família e novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Família: direitos humanos, psicanálise e inclusão social. In: DIREITO de família contemporâneo e os novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 115-122.

_____. *Princípios fundamentais norteadores para o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERFIL da Alemanha. Berlim: Societäts-Verlang, 2008. Disponível em: <www.facts.about-germany.de>.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatros, 1972.

PINHEIRO, Daniela. *Trair e teclar, é só começar*: Disponível em: <http://veja.abril.com.br/250106/p_076.html>. Acesso em: 21 jul. 2008.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REZENDE, Joffre M. de. *Linguagem médica*. Disponível em: <<http://usuários.cultura.com.br/jmrezende>>. Acesso em: 27 jul. 2008.

ROBLES, Gregório. *Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1997.

RULLI NETO, Antonio. *Proteção legal do idoso no Brasil: guia para o profissional do Direito e para o Idoso: Universalização da cidadania*. São Paulo: Fiúza, 2003.

SANSEVERINO, Francisco de Assis. *Direito eleitoral*. Porto Alegre: [s.n.], 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-45.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000a.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000b. p. 85-163.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007..

SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public. les personnes, les biens et la responsabilité civile*. 10. ed. Paris: LGDJ, 1950.

SÉGUIN, Elida. *O idoso: aqui e agora*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SICA, Salvatore; SATANZIONE, Pasquale. *Commercio elettronico e categorie civilistiche*. Milano: Guiffrè, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *Exclusão digital: a miséria na era da informação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo*. [s.l.]: Instituto Piaget. 1994.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra de reeleição*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

TORRESINI, Elizabeth W. Rochadel. *Família brasileira: formação e história*. Disponível em: <<http://www.iargs.com.br>>.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Governo da Suécia (ASDI), 1996.

ZWIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al derecho comparado*. Traducción Arturo Aparicio Vázquez. Oxford: México, 2002.