



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

**HERIVELTO JOSÉ DA SILVA**

**ABANDONO AFETIVO DO IDOSO: A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FILHOS  
NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS**

**RECIFE, 2018**



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**

**HERIVELTO JOSÉ DA SILVA**

**ABANDONO AFETIVO DO IDOSO: A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FILHOS  
NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL E AS FORMAS DE SOLUÇÃO DE  
CONFLITOS**

**Monografia Final de Curso apresentada  
como requisito para obtenção do título de  
Bacharelado em Direito pelo CCJ/UFPE.**

**SEMESTRE: 2018.2**

**Orientador: Profº Dr.º Leonio Alves**

**RECIFE, 2018**

"Como se morre de velhice  
ou de acidente ou de doença,  
morro, Senhor, de indiferença.

Da indiferença deste mundo  
onde o que se sente e se pensa  
não tem eco, na ausência imensa.

Na ausência, areia movediça  
onde se escreve igual sentença  
para o que é vencido e o que vença.

Salva-me, Senhor, do horizonte  
sem estímulo ou recompensa  
onde o amor equivale à ofensa.

De boca amarga e de alma triste  
sinto a minha própria presença  
num céu de loucura suspensa.

(Já não se morre de velhice  
nem de acidente nem de doença,  
mas, Senhor, só de indiferença.)"

(Cecília Meireles)

## AGRADECIMENTOS

Pela conclusão deste trabalho agradeço especialmente à Neli Elizabeth da Silva, minha mãe, que me deu e me dá apoio em todos os momentos da minha vida, pois além de mãe é uma amiga inigualável e inestimável. Agradeço ao meu pai, Manoel José da Silva, pelo apoio que vem dando nesses anos como aluno e como filho.

Agradeço ao Professor Humberto João Carneiro Filho pela sugestão de livros, temas e por propor desafios a serem enfrentados no âmbito do Direito de Família.

Agradeço ao Professor Leonio Alves pela paciência, pelas conversas, pela dedicação, que foram essenciais à elaboração dessa monografia. A orientação se deu com base no entendimento de que a visão do Direito não ficasse tão somente atrelada a visão dogmática, mas também a questões do escopo político, social e histórico do objeto de estudo. Nisso, nossas conversas foram essenciais. Mais que um professor, ganhei um amigo para toda vida.

Agradeço a minha colega de trabalho Clarissa Santiago pelas sugestões, conversas, na disposição em ajudar na formatação desse trabalho, na indicação do Professor Leonio para ser meu orientador, pelos incentivos, enfim, pela companheira de trabalho dedicada que ainda encontra tempo para discutirmos questões de Direito.

Por fim, agradeço ao bravo corpo de técnico-administrativos da Faculdade de Direito do Recife, no qual também me insiro. Um grupo pequeno e muito batalhador, alguns, como eu, fazem jornada dupla como servidor e aluno em busca dos seus sonhos. A conclusão do curso representa uma vitória pessoal, mas também é um símbolo singelo de uma batalha diária, com horas de sono e cansaço acumulados de tantos técnico-administrativos, que enfrentam isso diariamente em busca de melhores condições de vida.

Enfim, a todos e todas que de maneira direta ou indireta colaboraram para a conclusão deste trabalho, meu muito obrigado!

## **RESUMO**

Este trabalho tem como escopo o estudo do abandono afetivo de idoso, a omissão de cuidado inverso, sob o prisma do Direito Civil nas suas múltiplas esferas: o Direito de Família, Obrigações e Sucessões.

Essa monografia se propõe a dialogar com outros ramos do conhecimento das Ciências Humanas, procurando situar o objeto de estudo ao longo da História e verificando como a Moral se insere nesse contexto e dialoga com o Direito.

O Objetivo deste trabalho não é procurar culpados pela situação de abandono dos anciões, e sim procurar formas de pacificação entre pais e filhos que deem aos idosos amparo, atenção, carinho (se esse for possível) e convívio, o que é mais importante; merecido pelos anos de sustento e dedicação a suas famílias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Civil; Direito de Família; Direito das Obrigações; Direito Sucessório; Direito Constitucional; Responsabilidade Civil; Abandono afetivo do idoso; Omissão de cuidado inverso, Estatuto do Idoso.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>1. A busca pelo amparo aos idosos: o novo desafio do Direito Civil.....</b>	<b>3</b>
<b>1.1 O desamparo aos idosos e a responsabilidade civil dos filhos.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Breve histórico da velhice na história ocidental.....</b>	<b>8</b>
<b>1.3 Definição de idoso e os mecanismos históricos, jurídicos e sociais de proteção.....</b>	<b>10</b>
<b>1.4 A obrigação filial, o dever de cuidar e a responsabilidade civil.....</b>	<b>18</b>
<b>2. A afetividade e sua estrita definição na esfera jurídica.....</b>	<b>23</b>
<b>2.1 A existência do dever de cuidar.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2 A repersonalização do Direito de Família: implicações na forma de se pensar a responsabilidade civil em relação aos idosos.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 A jurisprudência do STJ e a receptividade dos novos paradigmas da responsabilidade civil frente ao Princípio da Afetividade.....</b>	<b>27</b>
<b>2.4 A invisibilidade do desamparo na terceira idade.....</b>	<b>31</b>
<b>3. As singularidades da responsabilidade civil no Direito de Família e em especial em relação ao abandono afetivo do idoso.....</b>	<b>33</b>
<b>3.1 Direito de Família e a salvaguarda do idoso.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2 Da provisão de alimentos aos idosos e do direito ao convívio familiar...34</b>	
<b>4. Ressarcimento, indenização ou mediação: justiça estatal x forma de soluções negociadas de conflitos familiares.....</b>	<b>39</b>
<b>4.1 Negligência e afetividade: o filho pode ser chamado a cooperar quando na infância foi negligenciado por este mesmo idoso?.....</b>	<b>39</b>

**4.2. Ressarcimento, indenização, provisão de alimentos através da justiça estatal ou mediação: a monetarização da afetividade e a solução negociada de conflitos. Qual o melhor caminho a se seguir.....45**

**CONCLUSÃO.....52**

**REFERÊNCIAS.....54**

## INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é apresentar a partir de uma situação corriqueira no cotidiano atual da sociedade brasileira, o abandono afetivo de filhos para com os pais idosos, analisar a problemática sobre os múltiplos aspectos na esfera jurídica e as prováveis consequências e sanções que a situação em questão poderá provocar.

Vamos estudar sobre a definição de abandono afetivo, sua relação com o Direito civil, a delimitação que a expressão tem no âmbito jurídico e a comunicação entre este e a Responsabilidade civil, também analisaremos o processo de envelhecimento do País inserido no contexto global, bem como a definição de idoso e a luta desses, o histórico de como a velhice era percebida nas diversas sociedades e a luta desses cidadãos para se inserir como sujeito de direitos, de forma ativa, na sociedade.

Assim sendo, vamos nos ater detidamente na perspectiva de uma ação cidadã na análise dos conflitos jurídicos envolvendo os anciões, pois, a luta por melhores condições de vida dessa parcela da sociedade ganhou relevo nos últimos vinte e cinco anos no Brasil.

A luta de grupos historicamente negligenciados e desfavorecidos ganhou importância e tomou fôlego a partir de uma maior ação social de segmentos da sociedade organizada e da ação política desses. Muito desse destaque se deu pelo próprio processo de redemocratização tendo em vista a ampliação de direitos que foram frutos da Constituição Cidadã de 1988.

Com efeito, estamos diante de uma sociedade que até então era acostumada a passividade e que desperta para luta por seus direitos. Cada vez mais o cidadão idoso sai do proscênio e busca a ribalta. Com os indivíduos da terceira idade não foi diferente, o tratamento que até então lhe era dispensado foi sendo cada vez mais contestado, buscando-se alternativas condizentes com a sua condição de indivíduo a ser protegido de forma especial, por conta da sua limitação física e muitas vezes mental.

Na perspectiva que temos na qual o trabalho tratará da condição do idoso como um novo sujeito de direitos, agora com olhar da fruição da cidadania como meta se alcançar consolidar, com amparo constitucional e infraconstitucional; analisaremos as legislações protetivas e os meios de proteção encontrados na doutrina do Direito de

família e do Direito das obrigações, bem como as normatizações esparsas encontradas no Direito sucessório e a comunicação dos mesmos: legislação, doutrina, bem como a jurisprudência com a Moral.

Também abordaremos o papel da família, da sociedade e do Estado como garantidores do dever de amparar os idosos, a solidariedade ou subsidiariedade entre os garantidores e os limites que o direito coloca na prestação do dever de cuidar. Trataremos dos princípios do Direito de família particularizados em relação à defesa da qualidade de vida na velhice.

Por fim, abordaremos a forma de resolução de conflitos, não com o intento de se apontar em definitivo qual deles é o correto, se a judicialização ou a mediação devem ser os caminhos únicos e possíveis meios, mas sim se essas formas de solucionar as lides, se prestarão a resolver definitivamente o contencioso. Enfim, o que procuraremos é saber qual das duas formas serão as melhores e mais adequadas para resolver a questão propiciando paz e satisfação às partes.

”

,

,

## **1.A busca pelo amparo aos idosos: o novo desafio do Direito Civil**

### **1.1. O desamparo aos idosos e a responsabilidade civil dos filhos**

No campo do direito civil temo-nos deparado com desafios ou paradigmas novos a serem enfrentados pelo ordenamento jurídico, novos danos (ou que sempre existiram e a sociedade considera como sendo novo, urgente), que por sua vez, despertam a emergência de novas perspectivas ou olhares em relação aos antigos pressupostos no propósito de se buscar a satisfação social, um meio de reparação, ou busca por minorar o problema, que no caso em questão é o do desamparo aos idosos, não apenas tratado sob o prisma do direito de família, mas também sob a ótica da responsabilidade civil.

Portanto, sob tradicionais esquemas da responsabilidade civil, o que seria costumeiramente trabalhado, seria a tarefa de se procurar observar a reparação através dos elementos culpa ou dolo, conduta, dano e do nexos causal. Esses elementos caíram por terra, sendo insuficientes para o enfrentamento de novos problemas surgidos, principalmente no campo do direito de família e no direito das obrigações. Tais elementos parecem não ser suficientes para dar conta da responsabilidade civil que é gerada nos atos de ação e omissão dentro das relações familiares, o que o Professor Anderson Schreiber (2015) chama de "oceano da existencialidade", que a partir do aumento do lastro de cabimento do dano moral, "libertou" a responsabilidade civil para tal empreitada.

Nos esquemas usuais dos velhos filtros de reparação da responsabilidade civil, a busca pelos elementos consagrados pela proteção insculpidas no ordenamento jurídico são estabelecidos por deveres positivos ou negativos, falando-se até numa máxima geral de não prejudicar ninguém: *neminem laedere*, traduzindo-se de forma simples por sua consequência final ou objetivo principal da ordem jurídica que deve ser proteger o lícito e reprimir o ilícito como deduz Sérgio Cavalieri Filho (2009). Tutelando ou induzindo a atividade ou atitude humana a se comportar de acordo com o Direito reprimindo a sua conduta daquele que o contraria, sendo a lição do mesmo autor.

Dessa forma, é necessário a discussão sobre as características desta responsabilidade, se a mesma é objetiva ou subjetiva; pré-contratual ou pós-contratual.

Tem-se assim um dilema: se o caminho é o de se buscar soluções nos velhos esteios do direito civil que até então sempre amoldaram aos interesses, seja na Antiguidade à vingança, seja na Idade Moderna aos do Liberalismo, saber até onde o direito de família poderá beber nessa fonte, mesmo porque o direito das obrigações, a responsabilidade civil e outros instrumentos do Direito civil, não foram concebidos para solucionar e pacificar as controvérsias familiares, muito menos em relação aos idosos.

É dessa polêmica ideia de aumentar o "oceano da existencialidade" da responsabilidade civil, que as particularidades não suficientemente sanadas no Direito de família deveriam ter o apoio da mesma. Dessarte, o Direito de família, na resolução de questões de descumprimento do dever de cuidar, deveria procurar na responsabilidade civil o *quantum* a ser definido, pois, esse mesmo dever ora descumprido geraria um direito na outra parte: ao capital não fugiria nada, até o afeto, o amor e o cuidado poderia ser monetarizado e quantificado por uma quantia supostamente justa, ou para os pragmáticos, seria a punição ao dever de cuidado violado, que dessa forma fugiria à esfera do afeto. Sobre isso, Anderson Schreiber faz uma dedução interessante:

"Os remédios tradicionais do Direito de Família tem se mostrado insuficientes para tutelar os interesses - especialmente, os existenciais - lesados no âmbito das relações familiares. Basta recordar o exemplo marcante do abandono afetivo, em que o remédio típico, o previsto na disciplina reservada ao Código Civil ao Direito de Família, seria a "perda do poder familiar", medida que funcionaria como verdadeiro prêmio para o pai negligente. Daí ter se verificado, no Brasil, uma progressiva "fuga" dos remédios tradicionais do Direito de Família, por meio da busca de soluções mais eficientes para a tutela dos interesses lesados. A Responsabilidade Civil, com remédio geral e irrestrito, tornou-se naturalmente a esperança para onde convergiram todos esses anseios.

Ações judiciais de compensação de danos morais passaram a ser empregadas como mecanismo de tutela de interesses existenciais nas relações familiares. Não apenas o abandono afetivo, mas também a alienação parental, a violação de deveres conjugais e uma série de outras situações patológicas do campo familiar passaram a ser fonte de ações judiciais de Responsabilidade Civil. Se a travessia afigura-se inteiramente compreensível - diante da ausência de remédios eficientes e atrativos no próprio campo do Direito de Família -, nem por isso deve ser comemorada."(SCHREIBER, págs..33-34)

Por isso, o Direito seria traduzido monetariamente, devendo

ser recobrado por meio de uma indenização pecuniária.

Portanto, diante de "fatos novos" no mundo do Direito civil, dentre eles, o abandono afetivo, coloca a comunidade jurídica na urgência de dar soluções a fatos que até então não se dava grande importância, aquilo que o ilustre Professor Anderson Schreiber (2007) nomeia de "novos danos", no campo da responsabilidade civil, e, dentre estes, a possibilidade da reparação por conta da falta de um dever de cuidado. Por tal motivo, o da responsabilidade civil do garantidor, tal dever seria devido a aqueles na qual o ordenamento jurídico considera como a parte mais vulnerável nas relações parentais: a criança em relação aos pais, o incapaz em relação ao seu tutor ou curador, os idosos em relação aos filhos adultos. Sobre a responsabilidade civil na órbita do Direito de família, voltaremos a questão mais pormenorizadamente à frente, num tópico próprio na qual discutiremos a temática.

No entanto, sobram questões a serem elucidadas. A pergunta primeira e mais simples seria se caberia reparação daqueles que são seus responsáveis diretos, na qual a aparente resposta danos a certeza de que sim, caberia, a segunda pergunta seria: Qual o tipo e forma de indenizar dos filhos ou responsáveis? Pois bem, não é uma resposta simples, que nos satisfaça com um simples sim ou não. Isso somente não dá completude a resposta escolhida, até porque, como num novelo, um tramo puxa o outro e dessa forma outras proposições emergem, como por exemplo: Seria razoável contar com o apoio da justiça para obrigar o garante a satisfazer a necessidade do idoso abandonado? Essas perguntas e as possíveis variáveis para essas respostas vão permear todo nosso trabalho.

Portanto, para responder tais indagações, temos vários caminhos e direções como resposta, a primeira delas é que se partindo da pressuposição que os mesmos tendo contribuído durante anos a fio para educação, sustento e manutenção das condições adequadas de moradia e segurança dos seus filhos, ao se verem, no outono de sua existência, sem qualquer tipo de amparo: seja material, seja psicológico, ou de caráter afetivo no cotidiano de suas vidas, os mesmos possam e devam contar com o apoio da justiça. Como dito, ainda que seja para usar e fazer-se amparar num mecanismo amplamente difundido na seara do Direito patrimonial, que foi pensado e concebido inicial para se ressarcir danos na esfera contratual e eventualmente extra-

contratual; e que seja atendida, agora, no Direito de Família: a responsabilidade civil. As respostas são várias, nem sempre satisfatórias, são transitórias, tão eventuais é o Direito e sua eterna mutação e busca pela melhor resposta aos desafios apresentados.

Pode parecer à primeira vista estranho se judicializar questões de cunho familiar e aqui discutiremos se essa é a via mais interessante para a solução de conflitos, até porque, ao contrário daquilo que se possa esperar num relacionamento entre pais e filhos num quadro de relacionamento sincero, num hipotético mundo ideal de harmonia de relação familiar e tudo aquilo que se supõe que seja decorrente dessa harmonização, na qual seria aquela que na primeira infância os pais zelariam pelo bem-estar e proteção dos filhos. E sendo assim, seria de se esperar que os filhos zelassem pelo bem-estar, conforto e saúde de seus pais na velhice. Mas nem sempre o ideal é o que acontece sempre. Hoje asilos funcionam como depósitos de velhos. Muitos dos quais, vivem em condições ultrajantes e degradantes. Também, não foge da lógica que tendo os pais contribuído por toda uma vida na formação dos filhos, que a contribuição em relação ao amparo deles fosse uma conseqüência natural por parte dos descendentes (não somente filhos, como netos, bisnetos...), e que tal contribuição foi efetivada naturalmente, possibilitando assim uma fase envelhecimento menos traumática, com menos preocupações para os mesmos.

Contudo, parece ser, que, no esteio de uma sociedade pós-moderna que se baseia cada vez mais na individualidade, no bem-estar pessoal exclusivo, na falta de compaixão e de urbanidade, que o reconhecimento do esforço empreendido pelos pais/tutores ou responsáveis, pelas ações enfaticamente já citadas (criação, educação) para criação dos filhos, não é tomado como referencial. Ao Estado é dado resolver questões que no âmbito do núcleo familiar seriam melhor tratadas. A tarefa árdua de criar uma prole muitas vezes numerosa é enfrentada por um sem-número de pais, já o desafio de vários filhos de cuidarem muitas vezes de um único genitor vivo não é enfrentado, geralmente, por nenhum dos filhos.

Assim sendo, temos um quadro em o abandono afetivo dos idosos é algo corriqueiro ao menos empiricamente, visto que trabalhos acadêmicos ou número de pesquisas oficiais sobre o quantitativo de pessoas desassistidas dessa faixa etária ainda é algo muito raro. Como dito, ao menos empiricamente é algo que infelizmente permeia a

sociedade atual e para sanar, pelo menos tentar minorar seus efeitos buscam-se soluções através de alimentos, indenizações ou por meio do ressarcimento pecuniário ou de ações que visem reparar o dano efetivamente causado. Também nos cabe enfatizar que aqui tratamos abandono afetivo numa única significação dentre suas múltiplas definições, pois, a citada palavra tem significados que perpassam a definição na esfera psicológica e social, tendo inclusive uma multiplicidade de definições na esfera jurídica: muitas vezes é dada a expressão "abandono afetivo" a falta de um acompanhamento, uma visita aos pais, um suporte psicológico, noutras, na qual acompanhamos a definição o abandono é geral, atingindo não só a falta de afeto, bem como a falta do custeio das despesas de ordem econômica aos pais como por exemplo desde itens de alimentação, como também do vestuário, remédios e lazer. A própria expressão abandono afetivo é rechaçada por alguns autores como Néelson Rosevald (2015) na qual, segundo o mesmo, se por um lado se evidencie sobre a expressão abandono afetivo, o excesso também provocaria males tão nefastos ou perigosos quanto, pois, o excesso afetivo ocasionaria filhos indolentes, egoístas, arrogantes, dentre outros. Sobre isso, o mesmo fala:

"Evidencia-se o equívoco na adoção da expressão abandono afetivo, por remeter a discussão ao pântano da subjetividade - pelo fato do afeto ser incoercível, com a necessária substituição pela expressão omissão de cuidado, que evidencia a intolerância do sistema jurídico brasileiro com comportamento demeritório ao dever de solidariedade dos pais perante os filhos.

Se aceitarmos o abandono afetivo como um ilícito e fato gerador de responsabilidade, paradoxalmente - e seguindo a lógica inversa -, teremos que admitir que eventual excesso afetivo possa ser fonte de uma pretensão por reparação de danos por filhos mimados por desejos e caprichos, que desconhecem limites, e jamais ouviram a palavra "não". Ou então a conduta tão em voga atualmente, de pais que fiscalizam a vida dos filhos com tamanho rigor, a ponto de sufocar a sua liberdade, inculcando o medo e suprimindo a natural percepção de risco, necessária ao ganho de confiança e equilíbrio emocional na idade adulta. Afinal, podem tornar-se adultos indolentes, exigentes, inseguros, arrogantes, egoístas, sem defesas psíquicas e sempre fixados especialmente na mãe como referencial seguro onde se podem acolher. Eis aí uma evidente forma de corrupção entre pai e filhos." (ROSENVALD, pág. 312, 2015).

Entretanto, assevera a lição do ilustre professor Anderson Schreiber(2015) que a nomenclatura "abandono afetivo" não guarda qualquer relação com a eventual falta de afeto dos pais pela criança, mas tem se assenta sobre o desrespeito dos mesmos em relação às normas legais, aos deveres daqueles para com a criança, e cabe-nos lembrar que o abandono pode se configurar tanto no sentido de que seja uma falta dos pais para

com os filhos, quanto no sentido inverso. É desta corrente de pensamento que define o abandono afetivo como descumprimento do dever de cuidado que abrange não só o âmbito psicológico, como também da falta dos deveres de manutenção financeira do idoso, a tese da qual nos filiamos, muito embora também usemos no corrente trabalho a expressão "falta do dever de cuidado" ou mesmo "omissão de cuidado" com sentido idêntico

Em relação ao abandono afetivo, veremos em capítulo próprio as definições em relação ao mesmo, inclusive a várias significações que a expressões poderá ser encontrada e interpretada.

## **1.2. Breve histórico da velhice na história ocidental**

Num brevíssimo histórico sobre a velhice no Mundo Ocidental vemos que a velhice traz consigo visões dicotômicas, para não dizer paradoxais, sobre como as sociedades encaravam o fato do envelhecimento humano. Para Maria das Candeias Feijó e Suzana da Rocha Medeiros (2011) a Grécia Antiga possuía ao mesmo tempo valores ambivalentes sobre a velhice, pois, para Homero e Platão a velhice trazia consigo a lapidação da sabedoria, do conhecimento, da virtude que, por conseguinte faria surgir a polis ideal, brotada da felicidade, semente do conhecimento da verdade. Porém, para Aristóteles o vigor físico se esvai, e de certa forma, somente o conhecimento não é suficiente para se buscar a paz e guarnecer a polis e é preciso de braços fortes, da força física. Os próprios deuses gregos ao envelhecer se tornam cada vez mais maldosos e tirânicos. Isso se revela muito no pensamento de daquele filósofo, que via na evolução do conhecimento do homem um bem, que era acumulado a partir da adolescência até os 50 anos, momento a partir qual tomaria lugar a decrepitude do corpo que poria fim as virtudes até então adquiridas. São visões, como já dito, ambivalentes que as autoras fazem a partir das inferências no texto "A velhice" de Simone de Beauvoir na qual as autoras deduzem na sua obra, da qual destacamos:

"Para Homero, a velhice está associada à sabedoria e é encarnada em Néstor, o Conselheiro Supremo, cujo tempo lhe conferiu a experiência, a arte da palavra e a autoridade, Entretanto, Nestor, era fisicamente enfraquecido. E não é ele quem assegura aos gregos a vitória. Só um homem na força da idade seria capaz de inventar um artifício mais eficaz do que todas as táticas tradicionais. Ulisses sobrepuja de longe Nestor, e também seu pai Laerte, que lhe cedeu a realeza. Do mesmo modo, Príamo é eclipsado por Heitor. Pode-se inferir que os velhos tiveram um papel mais honorífico que eficaz, enquanto a Grécia viveu num regime feudal. Era preciso o vigor físico de Ulisses para expulsar os pretendentes que Laerte por sua fraqueza, era obrigado a suportar." (FEIJÓ; MEDEIROS, 2011, pág. 111).

Segundo as mesmas autoras, ainda amparadas pelo estudo de Simone de Beauvoir, fazem interessante pontuação sobre a concepção aristotélica, verificando o fato da mesma apontar que a experiência por si só não induz ao progresso, pelo contrário, não só não confere uma superioridade maior aos homens mais velhos, como também revela a desvantagem dos mais velhos pelos erros já cometidos e acumulados: "Sua concepção de velhice leva Aristóteles a afastar do poder os idosos, por ver neles indivíduos enfraquecidos" (FEIJÓ; MEDEIROS, 2011, pág. 113).

A despeito da dicotomia acumulação de conhecimento na velhice *versus* vigor físico na juventude, entre os romanos apesar de que a velhice está intimamente ligada a estabilidade da sociedade, porém as mesmas autoras apontam para o fato da possibilidade dos romanos se livrar dos velhos afogando-os, uma vez que se falava em enviá-los *ad pontem* e que os senadores romanos eram chamados de *despontani*, ou seja, aos pobres à ponte e ao fim e aos nobres para além dela. As autoras chamam atenção inclusive para que se perpetua durante a história: o tratamento social desigual entre membros das camadas mais simples da população na qual o velho deveria ter sido visto como um fardo, em contraposição aos membros mais idosos das classes mais abastadas, na qual o mesmo deveria ser tido melhor tratado e ter sua vida preservada.

Já na Idade Média a velhice era caracterizada pela falta de proteção estatal, tendo em vista que o próprio Estado e seus aparelhos inexistiam. A velhice era nas palavras Maria das Candeias Feijó e Suzana da Rocha Medeiros (2011):

"[...] mais desprotegida, discriminada e até mesmo renegada e nem as propriedades e os bens dos velhos ficam protegidos. A propriedade do velho não era garantida por instituições estáveis, mas merecida, e defendida pela força das armas; os velhos são relegados à sombra; o sistema repousa nos jovens, são eles que possuem a realidade do poder. (FEIJÓ; MEDEIROS, Suzana, 2011, pág. 113).

Entre alguns povos bárbaros, como os germanos, o envelhecimento era tido com algo não muito honorável, pois, o respeitável era se morrer em combate uma vez que os mesmos acreditavam que só aqueles guerreiros mortos em combate mereceriam o Valhala, o paraíso da cultura daqueles povos. Eles seriam levados pelas mensageiras de Odin, as Valquírias e que aqueles que morressem de doença ou velhice iriam para o reino de Hell, o inferno germano. Havia inclusive entre alguns povos bárbaros a prática de se levarem os velhos para a floresta e lá serem deixados à própria sorte. Evidentemente a maioria perecia dessa forma.

Atualmente a velhice passa por um *boom* protetivo nas legislações de muitos países, principalmente no Brasil, apesar das citadas autoras apontarem, ter as características de ainda ser odiada e não ter a proteção devida, mas ainda assim as políticas públicas e de cidadania, ao menos no papel vem cada vez mais buscando a inclusão do idoso como sendo sujeito de direitos e buscando sua inclusão social, apesar de, no entanto, os avanços materiais ainda serem tímidos.

Hoje há uma intensa discussão acerca dos grupos sociais historicamente subjugados e esquecidos, e dentre eles o idoso, a luta dentro desse quadro é a inclusão da população idosa em programas que os beneficiem em atividades sociais, culturais, laborais e que os cuidados de sua manutenção e sustento sejam compatibilizados no seio de sua família.

### **1.3. Definição de idoso e os mecanismos históricos, jurídicos e sociais de proteção**

A população idosa tanto no Brasil quanto no Mundo tem crescido de forma vertiginosa, tendo em vista o crescente envelhecimento da população. Segundo Roberto Mendes de Freitas Júnior (2015), citando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do IBGE, a PNAD, revelou que o Brasil tinha em 2004 17 milhões de idosos, na qual o número aumentou para cerca de 20 milhões em 2010, ou 11% da população nacional, sendo que, segundo o mesmo autor, baseando-se em dados da Organização Mundial de Saúde - OMS, asseverou para o fato de que em meados do século XXI, o

Brasil terá a sexta maior população de idosos do planeta e que ainda o Mundo terá cerca de um quinto de sua população idosa.

Todavia, é necessário que antes, entendamos o que é idoso, qual seria a definição do objeto jurídico que a palavra encerra, pois idoso poderá à primeira vista ser considerado como sendo uma pessoa de idade avançada, com funções ou limitações físicas. Mas qual idade avançada seria essa? E como se enquadrariam as pessoas que tem mais idade e que gozam de boa saúde e de boas ou excelentes condições físicas e mentais? Essas fariam jus a ter a garantia de seus direitos preservados?

Pois bem, segundo o mesmo autor, até 1994 não havia um conceito legal definindo o que era idoso e que somente com a promulgação da Lei 8.842/1994 que instituiu a Política Nacional do Idoso foi delimitado uma idade mínima de 60 anos para ser considerado como tal. Leis posteriores, a exemplo do Estatuto do Idoso mantiveram o mesmo corte temporal.

E é nessa definição que todo o arcabouço jurídico do mesmo deve ser tratado, dessa concepção, desse indivíduo sujeito de direitos e obrigações que nos cabe procurar verificar seus instrumentos.

Cabe ressaltar, que nem sempre o Brasil teve um ordenamento que propiciasse a proteção dos mais velhos, pois durante um largo período da história nacional os mesmos foram costumeiramente negligenciados, porque as constituições de 1824 e 1891 desprezaram completamente sua situação social e econômica. Somente a partir das constituições da década de 30 do século XX foi que se passou a ter a preocupação com a situação de sua seguridade social, tendo em vista que, apenas na Constituição de 1934 foi que se mencionou pela primeira vez um plano de previdência social que contemplasse o trabalhador ancião (FREITAS JÚNIOR, 2015, pág. 2), na qual vemos a premissa, sendo asseverada no artigo 121, § 1º, alínea h:

"Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou morte (grifo nosso)."

Passa então o idoso a aparecer nas Constituições desse momento em diante, tendo também a Constituição de 1946, como antiga Constituição de 1934, começado a se preocupar com a aposentadoria do trabalhador, tendo o texto sendo repetido quase de forma literal na Constituição de 1967. Dessa forma, datam da década de 30 e 40 do século XX, as primeiras tentativas de garantir uma ação protetiva dos anciões, que são essas as iniciativas, as que, segundo as professoras Maria do Rosário de Fátima Silva e Maria Carmelita Yazbek (2013), se circunscreviam, como dito, ao caráter protetivo social dos cidadãos nas relações de trabalho e, especificamente, em relação aos idosos, quanto à instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões, as (CAPs). Num primeiro momento as mesmas se destinavam tão somente aos trabalhadores formais, sendo posteriormente aberto para a cobertura e reconhecimento da responsabilidade do Estado em relação aos trabalhadores informais e desempregados, sendo essas iniciativas marcos da Lei Eloi Chaves, precursora na área social desse campo.

Enfaticamente, como vimos até 1967, a preocupação com o idoso resumia-se reiteradamente a garantir sua aposentadoria, sem nenhuma inovação legislativa, dessa forma, podemos realmente apontar o início de uma maior atenção à população idosa partir da década de 70 do século XX, quando o Governo Federal começou a implantar sua “rede de proteção social voltada para esse grupo” (FEIJÓ; MEDEIROS, 2011, pág. 113), inicialmente incumbindo-se à tarefa ao Ministério do Planejamento e Assistência Social (MPAS) e a Secretaria de Direitos Humanos, culminando o final do processo com a Constituição de 1988, na qual três artigos tem relação direta, o primeiro mais generalista que é a Dignidade de Pessoa Humana erigido à princípio fundamental da República do Brasil, e outros dois mais específicos, transcritos abaixo:

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

[...]

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

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

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

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

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos."

Ainda sobre a Constituição de 1988, é evidente que a mesma pouco amplia o leque de direitos às pessoas idosas, trata de poucos assuntos com o de se apontar os garantidores dos benefícios dos mesmos, fala sobre programas de amparo, sem descrever o que seriam tais "amparos" e como os mesmos seriam executados e como também não é uma lei ordinária seria difícil a carta pormenorizar esses detalhes, estabelece papéis recíprocos de responsabilidade entre pais e filhos, e insere o direito à gratuidade nos transportes coletivos aos maiores de 65 anos. Para uma constituição tão prolixa quanto a nossa chega a ser indigente o espaço reservado as pessoas com mais idade e experiência que tanto se sacrificaram pelo bem de suas famílias e do País. Porém, não comunga do nosso pensamento Freitas Júnior visto que esse deduz que omissão do texto constitucional é apenas aparente,

"[...] porque a Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, deixou expresso que um dos fundamentos da República Federal do Brasil é a dignidade da pessoa humana.

Ao determinar com fundamento do país a observância da "dignidade da pessoa humana", os representantes do povo brasileiro, reunidos na Assembleia Constituinte, desejaram por óbvio, que referido termo fosse interpretado da maneira mais ampla possível." (FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de, pág. 4, 2015).

Ademais assevera tanto Freitas Júnior, quanto Maria das Candeias Carvalho Feijó e Suzana da Rocha Medeiros (2011) que a Constituição Federal no espaço que reserva ao idoso já se faz suficiente para garantir seus direitos. Para essas, a elaboração de uma legislação infraconstitucional demonstra que a norma escrita na Carta Maior não é respeitada, já Freitas Júnior tem a opinião que o apego ao velho positivismo do século XIX, que está tão arraigado na cultura jurídica dominante no Brasil até hoje, que fez com que o legislador se precisasse instituir ou positivar uma lei que assegurasse um direito já assegurando outrora em norma constitucional.

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

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

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Sendo assim, podemos notar o flagrante descaso porque passou a pessoa idosa durante as décadas do Século XX, bem como em relação aos séculos anteriores, pois, a guarda e proteção do idoso num primeiro momento era uma tarefa da família, ora era tarefa da Igreja ou, para aqueles de pouca fortuna ou de grande infelicidade, eram deixados à própria sorte, onde só lhes restava a prática da mendicância como fonte de sobrevivência, ou seja, o Estado estava fora do alcance e responsabilidade para com o idoso.

Vale salientar que no decorrer do Século XX a consagração dos direitos sociais do idoso, assim como todos os direitos constitucionais de segunda geração são derivadas constituições Mexicana e a de Weimar, e, principalmente, depois da Segunda Guerra Mundial.

Prosseguindo ainda sobre a perspectiva do Direito do idoso, sob o prisma das constituições, na Carta de 1988 temos a determinação que o alistamento e voto são facultativos aos maiores de 70, temos no artigo 40, § 1º, inciso II que assevera que os servidores se aposentarão "compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar", e por último, ainda fala a Constituição de 1988 sobre os idosos os já citados artigos 229 e 230. O artigo 229 estabelece relações recíprocas do dever de cuidar entre pais e filhos: os primeiros cuidam dos filhos na infância, os segundos, dos pais na velhice e finalmente o artigo 230 que estabelece que família, sociedade e Estado tem o dever de amparar os idosos. Alguns entendem que o dever é comum a todos, isto é, a responsabilidade é solidária, outros doutrinadores entendem que há a prevalência da família como garantidora dos direitos dos idosos.

Destarte, no Brasil o maior impulso se deu depois da formulação da Constituição Cidadã de 1988, com a promulgação da Lei 8.842/1994 que dispôs sobre a Política Nacional do Idoso, o Decreto 4.227 de 13 de maio de 2002 que instituiu o Conselho Nacional do Idoso e, finalmente, em janeiro de 2004, com a Lei 10.742 de 2003, que criou o Estatuto do Idoso.

O Estatuto do Idoso aprofundou as conquistas sociais dessa parcela da população, definindo juridicamente que é idoso para aquela lei (indivíduos que tem idade maior ou igual a 60 anos) e passando a elencar direitos destes. Reafirma, portanto, o compromisso do Estado, da família, ou do seu responsável legal, para com os idosos. É, sem dúvida, uma conquista realmente relevante, pelo motivo de haver a positivação dos direitos desse segmento social, no ordenamento jurídico.

Ainda sobre o Estatuto, vale dizer que ele foi concebido no esteio das mudanças ocorridas nas últimas três décadas, principalmente tendo como marco a Constituição Cidadã de 1988. A Lei Federal, de nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso nos seus 118 artigos amplia o leque de garantias da Lei anterior que esboçava uma proteção para os cidadãos dessa faixa etária (pessoas com idade igual ou superior a 60 anos), a Lei Federal, de nº 8842, de 04 janeiro de 1994. É, sem dúvida nenhuma, um instrumento de grande importância na defesa das pessoas idosas dando amplo meio que cobrem por meio da justiça seus direitos, como estabelece o que cabe a cada um participante da sociedade fazer em prol dos idosos, bem como o do Estado na consecução desses fins.

Os 118 artigos versam sobre garantias de prioridade aos idosos em meios de transporte e atendimento, asseguram a liberdade ao mesmo, o respeito que a sociedade e o Estado lhe devem, o direito à vida, ao atendimento prioritário de urgência e emergência, nas unidades de saúde garantias a fim de assegurar a alimentação, lazer, cultura e esporte. Estabelece meios de proporcionar diretrizes para uma política de profissionalização, trabalho e habitação para as pessoas da terceira idade, bem como sanções para aqueles que cometem crimes contra eles, tanto por parte da sociedade, quanto do Estado. Sobre isso, transcrevemos alguns artigos do Estatuto:

"Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

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

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao

trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

1º A garantia de prioridade compreende

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – 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;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda

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

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.

Art. 6º Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.

Art. 7º Os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei."

Para garantir tais conquistas estão previstas, ainda no Estatuto do Idoso, a criação da vara do idoso na justiça para agilizar as demandas desses cidadãos, como transcrito abaixo:

"Art. 70. O Poder Público poderá criar varas especializadas e exclusivas do idoso.

Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

§ 1o O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

§ 2o A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos.

§ 3o A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

§ 4o Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis

§ 5º Dentre os processos de idosos, dar-se-á prioridade especial aos maiores de oitenta anos."

Para efetivar as conquistas elencadas em letra de lei, espera-se a ação ativa do Ministério Público a fim de zelar pelo bem dessas pessoas.

Para além da redação legislativa, no histórico do pensamento da evolução dos direitos sociais e do escopo jurídico, inserido no contexto latino-americano, esses direitos e revelam na faceta de apresentarem uma enorme distância entre sua conquista na carta constitucional, ou nas leis infraconstitucionais e sua real efetivação, pois a construção de uma sociedade mais inclusiva é tarefa ainda em andamento e ainda é absolutamente incompleta e insatisfatória na proposta de possibilitar a fruição dos direitos, por parte dos idosos. Essa é uma tarefa, não se enganem, é hercúlea, é sem dúvida um dos maiores desafios do século XXI.

#### **1.4 A obrigação filial, o dever de cuidar e a responsabilidade civil**

Em relação à família e, principalmente, as obrigações mútuas que envolvem pais e filhos, revela-se de fundamental importância descobrir, descortinar e delimitar o que é esse dever jurídico de cuidar: esse dever citado e a sua correlação para além de elementos de caráter subjetivo como tristeza, dor, desamor, ingratidão, que, por seu turno, tornaria a investigação do compromisso de indenizar, algo como investigar a psiquê humana e tiraria o caráter objetivo da responsabilidade em se ressarcir os possíveis danos ou procurar soluções através da auto composição.

A exemplo disso, de um dever jurídico descumprido, portanto, nasce o direito ao ressarcimento. Em tese, que como já explicamos anteriormente, "o oceano da existencialidade" (SCHREIBER, 2015, pág. 32) foi um terreno onde a responsabilidade civil se ampliou bastante, primeiro coube a mesma as situações em que a mesma tratava tão-somente de contratos ou obrigações mercantis descumpridas, depois o instituto vicejou para mares nunca dantes navegados: tudo poderia ser tocado pela responsabilidade civil, desde férias frustradas, até a frustração pela compra de um produto que não se obtivesse satisfação, onde o dano moral elemento essencial para a busca dessa responsabilidade civil, dada pela ocasional frustração se desdobravam para perseguir uma resposta satisfatória para as carências humanas.

Conquanto isso, cabe salientar que nos velhos esquemas na qual responsabilidade civil se revelava na obrigação/sanção de reparação da lesão de um direito juridicamente tutelado, um descumprimento de dever jurídico preexistente, uma obrigação primeira descumprida, era como visto, estranho à urgência de novos paradigmas e problemas mais comum às relações pessoais e sobretudo aos problemas oriundos dos conflitos familiares. Com efeito, o instrumento da responsabilidade civil não foi criado para solucionar brigas entre marido e mulher ou entre pais e filhos.

Pois bem, eis que nos filtros dessa nova responsabilidade civil, a reparação seria fruto do dever de cuidar descumprido, no caso do abandono afetivo, possibilitando monetarizar o abandono impondo um quantum um valor de indenização que seria a punição por um filho ou filha que praticou a má conduta.

Ainda assim, não cabe perder de vista o tipo de má conduta ou lesão ao dever jurídico. Ainda mais: se esse dever, protege, ou tutela qual bem e por fim, como colocá-los a salvo.

A essa indagação, outras se juntam: É a afetividade filial, paterna, materna, em suma, a afetividade familiar é algo a ser salvaguardado pela Constituição a ponto de ser um direito absoluto? Dentro desse direito fundamental quais os seus limites imanentes? Há um dever de afetividade por parte dos filhos? O que é essa tal afetividade? Qual a definição dessa palavra no mundo jurídico? Não obstante temos numa escala larga, vários sentidos, a palavra por este posto é polissêmica.

Simplificando nossa resposta poderíamos nos apoiar no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e invocar a “dignidade da pessoa humana”, para responder de forma lacônica essa pergunta, já que o princípio da afetividade (aqui entendida como a definição que se preocupa do cuidado psicológico e da manutenção econômica da pessoa) decorre desse macroprincípio, presentemente, ou modernamente como queiram optar, uma norma de eficácia plena imperativa, vinculante e coercitiva para os poderes públicos e para a coletividade. É um direito relativo, como os outros princípios o são, não é também ilimitado, deve-se sopesar qual deles deve prevalecer na situação analisada. Não há como se defender o dever de cuidar de um pai, quando o mesmo já intentou contra a vida daquele filho, ou quando as condições materiais deste impossibilitem de manutenção daquele. Como manter um ente se as condições do orçamento doméstico mal dão para a própria pessoa se manter?

Ainda que o direito fosse absoluto, já que vimos que ele não o é, ele não poderia se tornar ilimitado, ao ponto de se tornar insustentável. O direito, mesmo aquele mais fundamental, mais garantidor, numa colisão com outros direitos constitucionais deve ser ponderado dentre eles aquele que deve prevalecer, a forma como se aprofundar sobre o assunto, o meio de como se resolver a questão a ser analisada. Ainda que muitos doutrinadores apontem o caráter protocolar dos direitos fundamentais, outros apontam o caráter deontológico da norma constitucional. Justificando essa posição temos:

"[...] Ocorre que, no paradigma do Estado Democrático de direito, mesmo que um princípio seja embasado em elementos sociológicos, depois que está posto, não poderá ser corrigido. Ora, ninguém nega que o Direito seja um sistema composto por regras e princípios. Nesse contexto, princípios são normas e quando o direito é aplicado, não podemos olvidar dos princípios.

Ao contrário do que se comenta nas esquinas, os princípios não são valores. São deontológicos. Logo, funcionam a partir do binário lícito-ilícito. Se a Constituição diz que há um dever de assistir, criar e educar, assume-se que a negativa a esses deveres representa não apenas uma conduta reprovável, porém antijurídica. A omissão fere a ética e o direito."(ROSEVALD, 2015, pág. 312).

Por seu turno, é necessária uma análise detida sobre a responsabilidade civil, uma vez que mesma decorre de um dever jurídico originário, a obrigação que se firma quando da elaboração de um contrato, ou pode ser de um comando jurídico previsto em lei, é, portanto, nessa modalidade, uma responsabilidade aquiliana. É uma obrigação sucedânea à obrigação original prevista, seja essa obrigação oriunda de um contrato, seja uma obrigação prevista numa legislação, sendo assim, um dever jurídico originário gera um dever jurídico sucessivo, o dever de cumprir uma obrigação que não foi realizada seja por ação comissiva ou omissiva que gera uma obrigação sucessiva de indenizar ou reparar os danos, por conseguinte, nasce o direito da outra parte em ser indenizado.

Tendo como elementos constitutivos da responsabilidade civil, a culpa (que nem sempre é elemento presente em todos os ramos e situações da responsabilidade civil), o dano e o nexo causal. No caso da responsabilidade civil objetiva, que é mais adequada manifestação jurídica na relação entre pais e filhos, uma vez que a mesma adota a teoria do risco, temos como elemento central o nexo de causalidade entre o potencial dano e a conduta que deveríamos ter para evitá-lo. Embora nem todos comunguem dessa opinião de dano de risco, por haver o descuido, omissão ou negligência no dever de cuidar, ainda que essa negligência não cause um dano palpável, material, ainda assim será passível de punição.

Outra questão é que dano moral no começo do Século XX, no momento que em que o mesmo foi colocado ou foi problematizado no âmbito do Direito civil, essa modalidade de dano era tido como sendo de difícil, senão, de reparação inexistente, pois, indenizar-se-ia apenas danos patrimoniais, contratuais ou de origem aquiliana.

O dano moral escapava à verificação precisa do *quantum deabeatur*, era tido como de verificação impossível. Num segundo momento, a partir da constitucionalização do Direito civil, a jurisprudência e a doutrina acabam por aceitar o

dano moral. Desta feita não cabe neste momento falar numa “indenização” no seu sentido estrito da palavra, na qual estritamente significaria remeter-se ao período anterior ao dano, o que, logicamente, seria impossível, mas, propriamente, buscar uma reparação pecuniária, pois, seria uma afronta ao Direito, deixar de punir aqueles que cometessem um ilícito, ensejando assim a lesão aos ofendidos e o estímulo ao desrespeito aos bens juridicamente tutelados. É, portanto, a reparação algo que exorbita a própria questão de reparação pessoal do ofendido, é também forma de educar-se o possível infrator quanto à provável punição que o mesmo venha a sofrer caso cometa abusos contra a dignidade de outrem, bem como efetivamente punir que os cometeu, mas também de dar dignidade, confiabilidade e respeito à justiça estatal.

É nisto, na dignidade da pessoa humana que se funda o comando que possibilita a defesa do direito de ser cuidado, que propicia a tutela jurisdicional e que assegura a certeza de que uma lesão a esse bem tutelado ensejará a punição do infrator, gerando uma obrigação de fazer, se materializando através da prestação de um serviço que no caso em questão será a obrigação de prestar o dever de cuidar dos pais.

Ainda assim, Roberto Paulino (2011) atenta para se a responsabilidade civil nas relações de família, sob outro prisma, e podemos nela incluir, a Afetividade. Assevera o mesmo, que ela pode ser “incomum”, pois, como afirma o ilustre professor em Ensaio Introdutório sobre a Teoria da Responsabilidade Civil Familiar (pág. 2) não se pode examinar a responsabilidade civil familiar nos moldes da responsabilidade civil pura e simplesmente, aplicada em situações patrimoniais. Sobre isso diz:

"Não se pode discutir a existência de uma responsabilidade civil familiar sem antes examinar um problema que lhe é intrínseco. Trata-se, como sugerido acima, da questão de compatibilidade entre uma teoria do ressarcimento do dano nas relações familiares e a repersonalização (grifo nosso) que constitui a mais marcante característica do Direito de família contemporâneo.

Incorporando uma metodologia constitucionalizada do Direito civil, o Direito de família abandona o viés patrimonializante próprio do Direito civil clássico liberal e passa a valorar as relações familiares segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico neles eventualmente envolvido." (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2011, pág. 2).

Para além da afetividade e especificamente sobre o dano moral, é importante que tenhamos a visão que o mesmo não é circunscrito ao juízo de valor encetado numa questão episódica de humilhação, dor existencial, dor psicológica, tristeza, dor da alma,

é antes uma lesão ou desvalor contra um bem juridicamente tutelado: a dignidade humana, como enfaticamente comentado, Portanto, é antes de tudo uma lesão que afeta a todos, ou seja, não é específico a uma pessoa em especial: se afeta a uma pessoa naquilo que é de interesse geral, toda a coletividade será atingida, melhor dizendo, não depende de cada um se sentir ou não lesado, pois, se assim fosse, aqueles que tem o desenvolvimento psíquico incompleto, ou pessoas com transtornos mentais, não poderiam ser parte ou ter sua demanda representada num processo contra eventuais danos morais à sua honra e imagem.

Com isso, podemos ter o entendimento de um ponto que integra o abandono afetivo: o dano moral que lhe é intrínseco a esta situação, pois, os idosos que se verem numa situação de desamparo, além de ter a situação de tristeza, dor profunda “na alma”, depressão ou limitações de caráter econômico, que será quase sempre lembrado, mas não é o fato fundamental. O abandono afetivo não terá por si só, somente característica essas subjetivas a serem verificadas, se é que teremos que verificá-las. O cerne da questão é que os mesmos terão certamente lesados seu direito de serem acolhidos, protegidos e mantidos por seus filhos.

É, de fato, por um lado uma agressão pessoal, pois é uma lesão a um direito, ou seja, o descumprimento do dever de cuidado, bem juridicamente tutelado.

## 2. A afetividade e sua estrita definição na esfera jurídica

### 2.1. A existência do dever de cuidar

Uma questão subjacente à definição da indenização ou reparação do abandono afetivo em relação às relações familiares e, em especial, ao idoso, é a definição do que é na verdade afetividade. Num sentido etimológico, *lato sensu*, poderíamos ficar com a definição contida no dicionário de sinônimos da língua portuguesa:

Afetividade: a-fe-ti-vi-da-desf1 Qualidade ou caráter daquele que é afetivo: “Fingi não ver seus gestos, combatia-lhe a afetividade exagerada, que nos inclinava ao fausto” (NP).2 PSICOL Conjunto de fenômenos psíquicos que se revelam na forma de emoções e de sentimentos.3 PSICOL Capacidade do ser humano de reagir prontamente às emoções e aos sentimentos.  
ETIMOLOGIA: de afetivo+i+dade, como *espa*afectividad.  
Dicionário Micaelis, on-line.Acessado em 23/07/2017.

Não obstante, temos em mente que afetividade é derivada da palavra afeto, que, por sua vez, significa:

"Afeto 1a-fe-tosm1 Sentimento de afeição ou inclinação por alguém; amizade, paixão, simpatia: “Aquele carta a revoltava muito; não [...] pelo afeto que teria ao estudante, mas pelo ressentimento de seu amor-próprio ofendido” (AA2).2 Ligação carinhosa em relação a alguém ou a algo; querença.3 PSICOL Expressão de sentimento ou emoção como, por exemplo, amizade, amor, ódio, paixão etc.: “O mundo lhe parecia vazio de afeto e de amor” (LB2).ETIMOLOGIA *lata*affectus.  
Dicionário Micaelis, on-line.Acessado em 23/07/2017.

Bem como, ainda, ensina o Micaelis, possui essas significações:

a-fe-toadj1 Que demonstra afeição ou dedicação a alguém; afeiçãoado, dedicado: É uma pessoa afeta a ajudar o próximo.2 Que é partidário ou simpatizante de alguém ou de algo: Somos afetos às ideias da modernização educacional.ETIMOLOGIA *lata*affectus.  
Dicionário Micaelis, on-line.Acessado em 23/07/2017.

Porém, como já comentamos, a despeito dessas significações, o que procuramos, é a estrita definição de afetividade, apesar de termos as definições do dicionário, que nos remete a condições psicológicas que se revelam na forma de emoções e sentimentos, o que perseguimos é a delimitação que a palavra pode ter no mundo jurídico. Porque, por mais que as questões ligadas à personalidade humanas e suas

questões psicológicas sejam importantíssimas, essas não podem assumir uma dimensão tamanha a ponto de influir na normatização dos bens juridicamente tutelados e, sobretudo, o dever de cuidar dos idosos.

E é esse entendimento mais correto a ser seguido, pois pesquisando detidamente sobre o tema afeto e afetividade como bens juridicamente passíveis de serem tutelados pelo ordenamento jurídico, Catarina Almeida de Oliveira (2012), em sua tese de doutorado pela UFPE, assevera que muitos juristas nas primeira década dos anos 2000 “voltaram sua atenção ao tema afeto nas relações familiares”, que, ainda segundo a mesma acabaram por ultrapassar o limite entre o vem que vem a ser uma preocupação objetiva do direito e acaba por ser o campo de estudo da psicologia, filosofia e pedagogia. Esse é um fato de claro desvio da área de interesse jurídico. Com efeito, assim como este trabalho procura este viés, o do dever jurídico encetado no “afeto/afetividade”, a mesma também assevera para a problemática:

"[...] é preciso cuidado ao definir o que é o objeto de discussão jurídica, distinguindo do que não lhe compete. Assim, ao tratar de um tema tão emocional nas relações parentais, o termo mais apropriado deveria ser *afetividade*, para que fosse evitado o risco de confundir conduta afetiva com sentimento de afeto." (OLIVEIRA, 2012, pág. 81)"

Mas também, chama atenção a autora para o afeto nas relações jurídicas:

"Hoje em dia, o afeto é tão importante para o direito que não é incomum a realização de congressos, colóquios, congressos, etc que se volte quase que exclusivamente, para sua análise. [...]  
[...] A interpretação atual, das regras que regulam o Direito de família não pode se afastar desta tendência, uma vez que alguns tribunais já se manifestaram favoráveis ao reconhecimento do afeto como objeto do interesse jurídico.  
Com a evidente repersonalização do Direito privado, os interesses existenciais, marcadamente imateriais, ganham relevo, justificando o seguinte questionamento: pode o afeto se inserir nas relações jurídicas familiares, como um verdadeiro dever imposto, sobretudo nas relações entre pais e filhos?" (OLIVEIRA, 2012, pág. 82).

A despeito de toda atenção dada ao afeto, é no Afetividade e aquilo que ela revela como princípio, que se encontra o valor daquilo que é protegido pela norma jurídica, não com suas múltiplas implicações no campo da psicologia, da filosofia ou da biologia, mas sim na sua definição jurídica, e, é nesse sentido que buscamos o bem juridicamente tutelado pela significação estrita da mesma. É clara a ligação com a Dignidade Humana, macroprincípio constitucional, fazendo com que o Princípio da

Afetividade seja encetado nas relações do Direito de família, materializado na sua obrigação primária, o dever de amparar os pais idosos na velhice.

Por isso, a obrigação que se deduz da Afetividade é o múltiplo dever, tanto implícito quanto explícito, que os membros de uma mesma família se protejam mutuamente, que se visualiza, torna-se palpável e concreto através das ações de proteção, cuidado, alimentação, enfim, de dar boas condições de vida, ou seja, zelar pela pessoa do idoso. São opções contrárias ao abandono afetivo revela, se aquelas ações se guiam pela proteção, o abandono tem a característica cruel e covarde que é falta com dever de cuidar dos pais, no momento em que eles mais precisam, no momento que suas forças vitais estão se esvaindo.

O abandono afetivo também abarca o abandono material, uma vez que, como elencamos o dever de cuidado não se circunscreve tão somente a vigilância e guarda do idoso, refere-se também a condições objetivas que propiciem a sua manutenção e bem-estar pessoal. É o elemento normativo, uma vez sendo violados esses direitos, ensejará prejuízos na esfera pessoal e por conseguinte determinará ao lesionador a obrigação de ressarcir o ilícito.

## **2.2. A repersonalização do Direito de Família: implicações na forma de se pensar a responsabilidade civil em relação aos idosos**

Nos velhos esquemas do Direito civil, do Direito de família, era no passado tido sua matriz na afetividade, mas na acepção da palavra no seu sentido *latu sensu*, ou seja, no que falamos de forma repetitiva aqui neste trabalho: na sua dimensão psicológica. A família fundada em bases frágeis, passou com o tempo e, principalmente, no caso do Brasil a ter a proteção do Estado, como também da sociedade, como defende o professor Paulo Lobo (2011). É, pois, a família a célula-mater da sociedade.

Com efeito, é necessário a busca da repersonalização do Direito civil, principalmente do Direito de família onde o polo passa a ser afetividade, deslocando-se da função meramente econômica. A religiosidade, a função de assistência social e procracional, passam a ser ter uma função menor a partir da pós-modernidade, da emancipação feminina dentre outros acontecimentos. Assim, o Direito civil teve que se

liberar de velhas amarras, ponte de partida de onde o caráter patrimonialista deu lugar à solidariedade social. Sobre isso ensina Paulo Lobo (2011):

"A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que marcou o direito de família tradicional não encontra eco na família atual, vinculada 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 chamado de repersonalização.[...] (LOBO, 2011, pág. 25-26)

"O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo o fato de medida do patrimônio, que passa a ter função complementar." (LOBO, 2011, pág. 27)

E é nesse sentido que procuramos ver os sujeitos da relação de família nas suas necessidades mais básicas, onde a emergência de se pensar nos sujeitos vulneráveis na relação de família trouxe ao proscênio não somente a criança, mas também o idoso, colocando-os no mesmo patamar de proteção que historicamente era reservado somente às crianças, com as diferenças que são peculiares à idade *provecta*. Também, por seu turno, temos direitos e deveres essenciais aos dois sujeitos, tais como: vida, lazer, saúde, cultura, como assevera Paulo Lobo (2011). Não obstante, se na tenra idade a criança tenha o direito à proteção essencialmente para sua formação como condição de ser em condição de especial de desenvolvimento, aos idosos procurar dar proteção e acolhimento como forma de dignidade e agradecimento pela imensa contribuição para a formação de uma sociedade melhor e mais desenvolvida. Disso podemos verificar no seu próprio Estatuto do Idoso, *in verbis*:

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

Parece ser pacífico na doutrina a migração de novos elementos constituições que emergem ao longo do século XX, ante o um Direito civil calcado no esteio das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX ocorridas na Europa e na América do Norte. Se no século XIX o fundamental era se dar liberdade ao indivíduo para contratar, comprar, vender e etc, o interesse maior dessas ações procurava dar liberdade e segurança o negócio jurídico ou o ato-fato jurídico, no Século XX, no Ocidente, e no

Brasil, principalmente a partir da Constituição de 1988, procura-se se dar um viés menos e econômico e mais humano ao Direito civil. Não que o homem sirva como “medida das coisas” numa perspectiva do Iluminismo passado, e sim um viés constitucional, cidadão, onde a solidariedade, a proteção e os direitos sociais sejam tanto posto em segurança e salvaguardados pela sociedade, como pelo Estado.

### **2.3 A jurisprudência do STJ e a receptividade dos novos paradigmas da responsabilidade civil frente ao Princípio da Afetividade**

Tendo em vista a constitucionalização do Direito civil e a migração de novos elementos ou pressupostos que buscam a repersonalização do Direito de Família à luz da Constituição Federal, procuramos fazer uma pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, procurando ver como esses novos filtros da responsabilidade civil estão sendo recepcionados pelo Colendo Tribunal, bem como o abandono afetivo do idoso foi recepcionado e julgado naquela importante instância. Dessa forma, começamos a pesquisa tendo como argumento a palavra “abandono afetivo”, sem um período definido para a mesma, ou seja, a investigação teve como ponto de partida tudo aquilo que se encontra sob esse tema desde as primeiras ações sobre afetividade, portanto, foi digitada essa expressão no campo de busca do site do STJ. Na busca encontramos 281 decisões monocráticas, 4 informativos de jurisprudência e 11 acórdãos.

Daqueles processos que chegaram até aquela instância, dos oito Recursos Especiais, um deles tem como o cerne da lide, a discussão sobre a destituição do pátrio poder este discutem o abandono afetivo, ora se adjetivando de moral, ora, encontra-se a nomenclatura de abandono afetivo. Todos esses buscando a pretensão de uma sanção indenizatória pecuniária, na qual, somente um logra êxito, na qual o recorrente é o pai tido como negligente e um outro processo, que corre em segredo de justiça é dado razão a apelação e mandando de volta ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para reapreciação pela colenda câmara para se verificar as questões de fato e de direito. Como dito apenas um logra sucesso em provar realmente o abandono afetivo, todos os demais são vencidos na árdua tarefa de demonstrar a responsabilidade civil dos pais, ou seja, apenas um processo no universo de oito tem êxito. As demais peças judiciais na qual analisamos são recursos de agravos de regimento no Recurso Especial. Igualmente não tem êxito na hora de pleitear ou reiterar demanda com base no abandono afetivo.

Também, é impressionante não haver nenhum processo que pleiteie a indenização dos filhos em relação ao abandono material e afetivo dos seus pais. Repito: não foi encontramos por nós, nenhum processo movido por idoso, visando processar os filhos por abandono afetivo.

Embora isso aconteça, mesmo que tenhamos não só uma doutrina que avançou muito em relação às demandas sócio-afetivas e uma legislação que põe a salvo as mesmas questões, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é extremamente conservador e insensível aos pleitos sociais. Também necessário se justificar que na particular relação dos idosos, que a justiça seja provocada, é preciso, pois, que além do próprio idoso em questão, também o Ministério Público seja mais eficiente e vigilante quanto a defesa dos direitos desses cidadãos.

Acessado em: , em 30 de julho de 2017, ao site do Superior Tribunal de Justiça:  
[www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=%22abandono+afetivo%22+](http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=%22abandono+afetivo%22+)

Ainda assim, vemos um lento avançar na esfera da indenização por dano moral originário de abandono afetivo, tendo a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça analisando a sentença prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmado a sentença condenatória a um pai ter que indenizar uma filha no valor de R\$ 200 mil reais, ainda que o valor da multa tenha na instância superior tenha baixado de valor, visto que a sentença anterior tenha sido fixada no valor de 415 mil reais.

Mas, remetendo-se ao voto da Ministra-Relatora Nancy Andrighi, que relatou o REsp nº 1.159.242 – SP, originário do TJ-SP, reapreciado no STJ, temos pressupostos bastante interessantes levantados pela Ministra no seu voto. Primeiramente, em relação à existência ou não da incidência do dano moral nas relações familiares:

“Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral. Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores. Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da C.F e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um Documento: 1067604 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 10/05/2012 Página 5 de 49 Superior Tribunal de Justiça núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumrem o múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos. ”

Ainda assim, continua a ministra a sua exposição colocando o que já falamos aqui, que para se caracterizar o dano moral não é preciso atermos a condições subjetivas e psicológicas: dor, sofrimento, mal-estar, procura a mesma, à semelhança daquilo que nos ensina a doutrina apontar os caminhos de um liame objetivo: o vínculo biológico ou mesmo nos casos que um ato de vontade, autoimposto, como ela própria aponta, a adoção, gera obrigações na esfera legal, inclusive de caráter constitucional. Sobre isso o texto do voto assevera:

"Sendo esse elo fruto, sempre, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

[...]

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança."

É cediço que se procura perquirir não somente a ligação de afetos, é notória a vinculação jurídica entre pais e filhos no esteio do Direito civil, ainda que o Direito de família tenha as suas singularidades, chega mesmo a Ministra a afirmar que a dever de assistência psicológica vincula pais e filhos é uma “obrigação inescapável”. A tal “obrigação inescapável” tem a sua centralidade baseada nas obrigações elencadas constitucionalmente. Catarina Oliveira (2012), autora citada neste trabalho chega

mesmo a afirmar que existe um “direito fundamental de afetividade”, pressuposto na qual nos aliamos e da qual já comentamos, e que esse dever é constitucionalmente implícito, que encontramos ao olharmos o Direito civil a partir do viés constitucional.

O interessante é a afetividade pode ser olhada como uma pedra angular que se assenta em bases que não são movediças, são bases bem sólidas e consolidadas, que é o próprio Princípio da Afetividade que é decorrente da Dignidade Humana, pois aquele enseja um dever de recíproco cuidado que os membros da família devem ter entre si. Não é uma faculdade, é uma obrigação de fazer o que dispõe o comando normativo. Como dito, os princípios constitucionais não são protocolo de intenções ou simplesmente valores, são deontológicos.

Posto isso, também, ao analisarmos os textos legais apresentados para se justificar a Afetividade como um direito da autora e um dever do réu do processo original, a sentença do tal prolapado e conhecido julgamento realizado no STJ, pela Ministra Nancy Andriahi, aponta caminhos e responsabilidades nos quais dever ser observados. Eles se baseiam em diretrizes constitucionais, que permitem dar o desfecho a sentença já comentada, como elencamos abaixo:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a *indenização* pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Em seguida, a visão do Código Civil à luz da Constituição:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. [...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

Por fim, desse julgamento temos a lição exaustivamente repetida e de feliz síntese da ministra Nancy Andriahi: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

## **2.4 A invisibilidade do desamparo na terceira idade**

Fundamentalmente uma das tarefas mais difíceis em relação aos idosos é a indigência de como o mesmo é tratado tanto pela sociedade quanto pelo Estado. A velhice não é pauta dos movimentos sociais. Não é pauta de jornal. Não é a ordem do dia do movimento político. A prospecção dos números de unidades asilares no Brasil é algo de difícil de se encontrar, aliás, como tudo aquilo que trata do idoso, mesmo procurando nas instituições como IPEA - Instituto de Pesquisas Sociais Aplicadas, como pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, não encontramos dados cruzados que nos permitam elaborar uma reflexão sobre o tema. Afinal, o que se acha são números não consolidados, sobre um tema que deveria ter tratado com mais respeito e atenção.

Ao falarmos de idoso, seria estranho não tocarmos no quantitativo de pessoas abandonadas em asilos, ou seja, procurar saber quem são, qual o grupo social dessas pessoas, quantas horas, dias ou anos os mesmos passam internados, quantos deles não tem mais a perspectiva de retornar para casa, quantos infelizmente devem morrer nos próximos anos em situação de abandono afetivo por parte de filhos e parentes.

Portanto, esse subcapítulo suscitou ou ensejou a confissão sobre aquilo que já se suspeitava ou se esperava: que os idosos são sim um grupo marginalizado e invisível para boa parte da população brasileira, pois não há estatísticas confiáveis quanto ao número de asilos, número de internados, de idosos em situação de rua, entregues ao alcoolismo e em situação de drogadição. Levantar números sobre as estatísticas confiáveis sobre o tema é algo hercúleo e de difícil construção. É surpreendente, quando todos sabemos o quadro de abandono porque passa esse grupo social no País, historicamente abandono pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Acaba o estudo por ter uma base empírica, por força da ausência de números que o embasem de forma mais adequada, mais com ressonância total na realidade de abandono, pois sabemos da quantidade de velhos abandonados à própria sorte e o número de pessoas vítimas de maus tratos pelos por essas instituições. Também sabemos que muitas dessas unidades asilares são depósito de seres humanos que

chegaram à fase final de suas vidas sem nenhum tipo de amparo por parte de suas famílias. Alguns se assemelham a prisões degradantes.

Contudo, olhando para os números que temos em mãos, através da análise do *Manual de enfrentamento à violência contra a Pessoa Idosa* (2014), verificamos que à exceção da região Norte, em todas as demais regiões o número de velhos já supera o número de crianças, que o número de pessoas sozinhas já representa 40% do total, que há uma prevalência de mulheres idosas sobre a quantidade de homens.

Olhando esses números, vemos que há um interessante componente socioeconômico: uma boa parcela de moradores idosos da zona rural, principalmente no Nordeste ainda são arrimos de família, seja por conta dos programas sociais de transferência de renda, seja pela política de facilitar e permitir a aposentaria de forma mais simples para o trabalhador do campo.

Conquanto isso, outros desafios exsurtem como aquele de dotar a população idosa de políticas habitacionais próprias, uma vez que a maioria desses idosos deve morar sozinho, pois isso o que verificamos na pesquisa, de formas facilitadas de obter financiamento, de ter direito a se inserir nos programas sociais, de ter sua cidadania plena, enfim, de ter os seus direitos protegidos.

### **3. As singularidades da responsabilidade civil no Direito de Família e em especial em relação ao abandono afetivo do idoso**

#### **3.1 Direito de Família e a salvaguarda do idoso**

Como já foi afirmado, o Direito civil, inclusive, se norteou sempre num viés patrimonialista de ordenamento, mesmo o Direito de família servia para dirimir questões relativas à divisão patrimonial, servia como suporte às sucessões familiares e para definir o quantum em pecúnia que caberia às partes nas separações e em relação à parcela de responsabilidade no pagamento das despesas geradas pelos filhos oriundos da união ora dissolvida.

Era, pois, um direito com funções práticas muito definidas: questões de dano de origem moral ali não caberiam, uma vez que, como já comentamos a responsabilidade civil com origem no dano moral era, para alguns doutrinadores, insuscetível de reparação, ou, procurando uma palavra mais adequada: de difícil ou impossível indenização. Seria assim, porque significaria voltar-se ao *status quo ante*, coisa que, logicamente, seria impossível, a exemplo de uma flecha atirada que dali ferirá o oponente ou o amigo, mas, mesmo tendo o arqueiro se arrependido, não poderá desfazer a ação, fazendo com que a flecha retorne ao arco. Conseqüentemente, uma lesão no campo moral uma vez ocorrida, não poderia ser sanada, não haveria sanção efetiva que resolvesse a situação de dar jeito e retornar a situação anterior ao feito lesivo.

Todavia numa perspectiva de proteção ao bem juridicamente tutelado, uma vez que, o abandono afetivo trata-se de questões palpáveis protegidos constitucionalmente, não podemos aceitar dessa forma a alegação que se fazia de forma simplória, pois agindo assim a justiça daria um salvo-conduto a essa prática. Seria um verdadeiro prêmio a falta de responsabilidade de pais e filhos. Ainda que se afirme ‘malandramente’ que seja uma imoralidade de se compensar uma dor com dinheiro ou que apontem nele uma impossibilidade jurídica de reparação, malandragem maior é falta com o dever de amparar os pais na velhice, e ainda mais, o amparo pode se dar inclusive por outros meios além do simples aporte financeiro.

Ainda sobre a controvérsia do dano moral na esfera do Direito de família, temos que a melhor doutrina põe a salvo o direito a reparação do dano moral, e, em especial,

aquele cometido no seio das relações familiares, como ensina os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, pág. 111):

“A não materialização imediata do dano em valores econômicos não quer dizer que ele seja etéreo. Em verdade, a certeza do dano decorrente de efetiva violação do direito na esfera extrapatrimonial. O fato de os efeitos do direito violado serem imateriais não implica em inoccorrência de violação, tampouco em inexistência do direito lesado”.

Como também responde de forma efetiva a aqueles que sugerem ser insuscetível o pagamento em pecúnia o dano moral causado de da impossibilidade jurídica da reparação:

[...]mais imoral do que compensar uma lesão com dinheiro, é, sem dúvida, deixar o lesionado sem qualquer tutela jurídica e o lesionador “livre, leve e solto” para causar outros danos no futuro.[...]

A objeção com base na impossibilidade jurídica de admissão da repação do dano moral chega a ser risível, pois é inequívoco que se os bens morais também são jurídicos, qualquer violação praticada em relação aos mesmos deve ser objeto de tutela do Estado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, pág. 115)

Ainda assim, é importante frisar a necessidade de uma efetiva responsabilidade e consciência social por parte de filhos ou responsáveis, uma vez que o papel da justiça ocorre no vácuo de uma ação de cuidado que seria o pressuposto que as famílias tivessem com seus entes mais necessitados.

### **3.2. Da provisão de alimentos aos idosos e do direito ao convívio familiar**

Apesar de todas as idiossincrasias que ainda permeiam o direito dos idosos, é cediço que os mesmos tem o amparo mediante ao uma legislação, no caso o Estatuto do Idoso, na qual estudaremos a frente, não que perpassa por si só uma lei isolada, estanque em si mesma, ela se coaduna com todo um arcabouço jurídico que foi gestado após a promulgação da Constituição Cidadã. É, portanto, uma salvaguarda de uma gama de direitos sociais já constitucionalmente consagrados. Também, por lógica, temos ainda os direitos fundamentais: vida, liberdade, acesso à saúde, à alimentação.

Portanto, podemos dizer que a afetividade e, por conseguinte, o dever de cuidado não se dissocia do direito sustento material, sendo que alimentos num contexto de Direito de família abarca não somente a segurança alimentar da pessoa, isto é, não é somente não deixar o idoso não "passar fome", é, também, prover formas que proporcionem e assegurem os gastos dos mesmos com assistência à saúde, lazer, higiene, habitação, dentre outros. Alimentos, assim como tudo que fundamenta o Direito

do idoso tem base no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal erigindo-se à princípio fundamental a Dignidade da Pessoa Humana. Ainda sobre o tema, na lição do ilustre Freitas Júnior, extraímos a lição:

'Diante da amplitude do tema, é impossível uma definição exata do que deve ser entendido por "dignidade da pessoa humana". Arriscamo-nos a sustentar que se trata do conjunto de garantias e direitos essenciais ao ser humano, para lhe propiciar uma existência digna. Em outras palavras, é o usufruto concomitante de todos os direitos e garantias individuais preconizados na Carta Magna e na legislação infraconstitucional. [...]" (FREITAS JÚNIOR, 2015, pág. 86)

Também é fundamental que os anciões não sejam alijando dos vínculos familiares, princípio decorrente dos artigos 226 a 230 da Constituição Federal e do artigo 3º do Estatuto do Idoso, pois, segundo Roberto Mendes de Freitas Júnior (2015), tem o idoso o direito de ser mantido no seu próprio lar a fim de que sejam preservados e mantidos os laços com a família e sua intimidade, privacidade, cultura e costumes.

Outra questão pertinente diz respeito a quem deve suportar a incumbência legal de ser o alimentante, uma vez que, na falta de alimentos, obrigação originária, nasce uma obrigação sucessiva, o dever de ressarcimento, danos morais e materiais: tanto o abandono material, quanto o abandono afetivo. Dessarte, temos que tanto na ação de alimentos, quanto nas ações de abandono material e afetivo, vemos que a legitimidade passiva recaí, por vínculo sanguíneo recaí aos ascendentes, descendentes e irmãos, e embora muitos doutrinadores alarguem o rol de parentes propensos a se impor a obrigação de alimentos ao idoso, o Estatuto do idoso é taxativo em apontar os parentes elencados no Código Civil de 2002, sendo este mesmo rol taxativo, como abaixo apresentamos:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais."

Em relação ao assentado nos artigos acima transcritos do texto do Código Civil, vemos uma sucinta transcrição da responsabilidade familiar contida do texto da Constituição brasileira, nos já comentados artigos 226 a 230 da CF, transcritos abaixo:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá:

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens;

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

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

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

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

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

É como vemos, textos complementares, a posituação de se fazer, ou seja, os deveres de cuidar e zelar pelo bem-estar familiar é objetiva e solidária entre o Estado, sociedade entre os partícipes da família, estabelecendo direitos e deveres entre os mesmos.

É, portanto, a obrigação alimentar responsabilidade daqueles incluídos nos artigos 1696 e 1697 do Código Civil, é, como dito, uma obrigação solidária entre os alimentantes, tem o caráter personalíssimo, se configura num dever de zelar pelo cuidado e bem-estar do idoso, sua falta gera a obrigação de se indenizar, tanto numa ação por danos morais, como por danos materiais, oriundo de abandono material e afetivo.

#### **4. Ressarcimento, indenização ou mediação: justiça estatal x forma de soluções negociadas de conflitos familiares**

##### **4.1 Negligência e afetividade: o filho pode ser chamado a cooperar quando na infância foi negligenciado por este mesmo idoso?**

A negligência e afetividade parecem ser pontos nevrálgicos da relação familiar, pois como todo direito ele não é estanque, encerrado nele mesmo, dessa forma, uma problemática exsurge: E quando o idoso em questão não prestou o dito dever de cuidado para a criança, hoje adulta, que é o polo de sua ação de civil, preiteando alimentos/dever de cuidado e indenização por danos morais e materiais? Parece que por óbvio, a questão não é simples, uma vez que, entre alimentante e alimentando é lógica a necessidade de se vincular afetivamente alimentante e alimentando, pois, apenas laços familiares não podem objetivar a prestação de um dever de cuidado a quem se manteve por toda uma vida longe, sendo omissão na relação com os familiares, ainda que a legislação ressalve o Direito ao idoso, parece descabido que em muitas situações em que o mesmo sequer participe da vida em família, o mesmo venha a pleitear tal direito. Por outra as relações familiares não estão atreladas a um jogo de quem faz mais, do tipo eu só faço o bem para você se você anteriormente fez o bem para mim.

Do ponto de vista dos filhos, no ponto que toca nosso objeto de estudo, há com certeza pensamento do justo x injusto, aliás, não só na relação particular daqueles, mas no seio de toda a sociedade, que se materializa de forma sintética no seguinte pensamento: “se você, meu pai, ou você, minha mãe, não fez um bem e não cuidou de mim não cuidou de mim na infância, como pode esperar que eu tenha um especial apreço pela sua manutenção, pelo seu bem, pelo seu conforto?”

Dessa forma, há de se perguntar: Onde estaria a Moral que nos move a ajudar mesmo aqueles na qual não tenho nenhum traço de ligação sanguínea e nos impede de fazer o mesmo com um parente de sangue? O que dizer do idoso que teve na juventude a tentativa de prestar solidariedade familiar alheia a sua vontade? Ainda sobre isso temos os seguintes julgamentos, apesar da indigência de julgados na esfera superior do STJ, encontramos estes, nos tribunais estaduais do Rio Grande do Sul e de Santa

Catarina, nos quais a orientação é por uma posição punitivista da falta de solidariedade quando jovens pais/mães:

"EMENTA: ALIMENTOS. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabida a fixação de alimentos em benefício do genitor que nunca cumpriu os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam durante o seu desenvolvimento. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70038080610, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/09/2010);

EMENTA: AÇÃO DE ALIMENTOS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. SENTENÇA QUE FIXOU O PAGAMENTO PELA FILHA EM FAVOR DA GENITORA DE VERBA ALIMENTÍCIA NO PATAMAR DE 60% DO SALÁRIO MÍNIMO. PRETENSÃO DE EXONERAÇÃO OU REDUÇÃO DOS ALIMENTOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO ENTRE AS PARTES. DEVER DE AMPARO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 229 E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002, ARTS. 1.695 E 1.696. RELATIVIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. GENITORA QUE NÃO PRESTOU ASSISTÊNCIA AOS FILHOS DESDE SUAS TENRAS IDADES. INADMISSIBILIDADE DO PLEITO INICIAL. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível n. 2006.010332-8, de Itajaí, Tribunal de Justiça de Santa Catarina rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 22/04/2010).

"

Do mesmo pensamento punitivista comunga Freitas Junior (2015):

"Para a imposição da obrigação de prestar alimentos, ou do dever de cuidado com a pessoa idosa, não basta o mero vínculo de parentesco; necessário que exista vínculo afetivo entre alimentante e alimentando, entre cuidador e paciente, para tornar certa a obrigação, com fundamento na necessária solidariedade familiar. Não havendo qualquer relação de afetividade entre as partes, não se pode impor a obrigação alimentar, tampouco o dever de cuidado, apenas com base na relação de parentesco, vez que ausente o fundamento para tanto, ou seja, o vínculo afetivo.

Vale lembrar que nenhum direito é absoluto. Sequer a vida humana (bem jurídico mais valioso) tem tutela absoluta, pois em determinadas situações a própria lei considera lícita a conduta de ceifar a vida de outrem, como ocorre, por exemplo, com quem age em legítima defesa.

Incabível assim falar-se que o idoso tem direito absoluto de receber alimentos e cuidado de seus filhos, apenas do que dispõe o Código Civil e o Estatuto do Idoso. Nem todas as relações familiares são adequadas, tampouco seguem um padrão moral aceitável. O que dizer sobre o idoso, que apesar de constar como pai na certidão de nascimento, sequer participou do crescimento do filho? E o idoso que rompeu relações com os filhos, e, muitas vezes, sequer conhece os netos, já adultos, apenas por sua intolerância ou idiossincrasia? Em tais casos, correta seria a imposição da obrigação alimentar somente ante ar relação legal entre ascendente e descendente? Parece-nos, data venia, não ser essa a melhor exegese do texto legal.

Apenas a previsão legal, assim, não basta. Imprescindível a presença do fundamento do referido direito, ou seja, torna-se imperiosa a comprovação de vínculo afetivo entre os envolvidos, para que se possa falar no dever de solidariedade decorrente da relação familiar.

Carece razão, dessa forma, o idoso que pleiteia o recebimento de alimentos por parte dos filhos, se outrora descumpriu os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de prestar assistência a eles, justamente quando se encontravam em fase de desenvolvimento físico e psíquico. As consequências psicológicas que uma criança ou adolescente carregam para o resto da vida, em virtude de terem sido abandonados pelos pais, constituem prejuízo imensuravelmente maior do que a falta de recursos materiais daquele que o abandonou. "(FREITAS JÚNIOR, 2015, pág. 15).

No exemplo da jurisprudência transcrito, os tribunais não dão razão ao idoso, sem maiores problema na discussão da problemática relação pai x filho, pois esse seria o pensamento corrente, o modelo de justiça na qual o ideal seria aquele plano na qual os pais cuidariam dos filhos com a intenção de que os mesmos se obrigassem, numa lógica harmônica e cartesiana, a cuidar deles, como numa relação contratual “sem contrato”, pois, o dispêndio realizado nos anos a fio, as horas de sono sem dormir por conta de choros, doenças dos pequenos dentre outros, seriam “pagos” com a dedicação dos filhos no final da vida dos seus genitores e somente se houve essa relação de reciprocidade.

Mas aí retornamos a pergunta original: e se um desses genitores falta com o seu compromisso, ou seja, falta com o dever de cuidado? Se faltamos dois? Se essa falta é consciente ou inconsciente, perdura ainda assim o dever de cuidar do pai ou mãe, por parte do filho negligenciado? Será que a punição por uma falta no passado será sempre resposta como nos exemplos das jurisprudência e doutrina transcrita acima?

Por conseguinte, não há dessa forma, resposta fácil para esta pergunta, na qual uma norma se inseria no caso concreto *juris et de jure*. Não obstante, temos sempre o pensamento na vida da família como algo sempre regido pelo amor e compreensão, mas a realidade dos números de idosos abandonados não nos dá margem para negligenciar que o flagrante quadro de descaso para com os mesmos. Por esse posto, temos a opinião que a responsabilidade para com os pais não se dá somente quando da efetivação pregressa das tarefas de manutenção, educação e carinho do genitor ou genitora, uma vez que a relação de laços familiares é mais que provimento e manutenção econômica dos filhos, isto porque a família se une através dos laços que vão além do plano meramente econômico, existem princípio, exaustivamente repetidos neste trabalho, decorrentes da própria Constituição que protegem e dão suporte a defesa e coesão

familiar, embora reconheçamos que é muito difícil sustentar essa posição em relação aos pais que jamais se participaram da criação dos filhos.

Assim, são esses ditos princípios, balizadores das ações e que as normas infraconstitucionais devem seguir. Sendo assim o Direito de Família rege-se pelo macro-princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e respeito à diferença, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da proteção integral às crianças, adolescentes, jovens e idosos e da proibição do retrocesso social.

Os mesmos encetam uma obrigação de fazer, não só implícita, mas também concreta, real, material. Não há neles nenhum comando que o liguem a uma obrigação anterior a ser feita, não é um prêmio por bom comportamento daquele idoso, portanto, podemos dizer que é até um dever moral, uma Regra Moral na obrigação civil como amplamente debatida e demonstrada por George Ripert (2009), que assevera que a obrigação moral não apenas se circunscreve apenas ao campo da censura sem ação reparatória ou indenizatória. Segundo o mesmo autor a Moral enseja comandos objetivos do Direito, que por esse motivo não deve e não pode ter como parâmetro a si mesmo. Os princípios religiosos e morais devem ser encarados naquilo que nos ensina primeiramente como uma ação correta, naquilo que é incontroverso, no que é consagrada por a maioria dos povos, que no caso de nosso objeto de estudo é a solidariedade familiar recíproca, e principalmente o amparo para os familiares na velhice. É dessa posição, desprovida da intenção em se apontar culpados e buscar vinganças, na qual nos filiamos, porém no nosso entender é necessário que esse idoso tenha participado da ativamente vida desse filho em algum momento da vida deste, se não, sem dúvidas, restará prejudicado a alegação do vínculo afetivo que possibilitará o reconhecimento da pretensão.

Para além da discussão entre partes envolvidas nos vínculos familiares, para Roberto Mendes de Freitas Júnior (2015), a responsabilidade pelo dever de cuidar do idoso é solidária entre família, sociedade e Estado. Ainda que a proteção seja tarefa da família e do Estado e que, no nosso entendimento é dada a impossibilidade de o Estado arcar com os desafios múltiplos da sociedade, essa tarefa ainda recai fundamentalmente para a família.

Também, ainda que não seja necessário uma ação pretérita de cuidados com aquele que deva ser obrigado a cuidar do ancião (numa relação de troca de afetos mútua) e que esse direito seja fundamental, pois, decorre da própria necessidade de proporcionar condições que deem dignidade àquela pessoa necessitada de cuidados, outros empecilhos à execução dessas obrigações emerge. Como dissemos direitos e garantias não são ilimitadas, pois como poderia se obrigar o filho a zelar por um pai idoso que o insultou de forma grave? Que atentou contra a sua vida? Que o humilhou e investiu contra a sua dignidade dele quando criança? ou ainda mesmo, o que dizer se o fato da carência material tivesse colocado aquele familiar em situação de risco de morte quando jovem? Também não desconsideramos as profundas sequelas que o abandono afetivo dos pais, podem gerar pois,

"reconhecidamente, o abandono pela mãe pode gerar sequelas bem mais graves do que a ausência afetiva do pai, em virtude da relação simbiótica mãe-filho iniciada com a concepção. E quando o abandono é de ambos os pais, as consequências podem ser desastrosas do ponto de vista psicológico, desde que as funções parentais não sejam supridas por outras pessoas que possam exercê-las." (BATISTA, 2014, 421-422)

Ainda que Silvio Neves Baptista faça um juízo de valor e pondere acerca do peso maior da falta da mãe na criação dos filhos, lembramos que a ausência do pai também tem sua nocividade, pois priva a criança da ausência daquele, de ter uma orientação a mais na sua formação como cidadão. Advoga, pois, aquele autor pela necessidade não se reparar o amor, mas, no entanto, buscar sanção ou indenização pelo sofrimento sofrido pela ausência dos genitores.

Mas como já dissemos, mas do que indenizar, prestar alimentos é não é uma faculdade, é um dever dos membros de uma família, tanto dos pais em relação aos filhos, bem como dos filhos em relação aos pais, e ainda mais: outros ascendentes podem ser colocados na relação de garantidores da prestação alimentar na ausência ou insuficiência de recursos dos membros diretos da ação, visto que ninguém poderá ser privado de seu próprio sustento para sustentar outro membro da família. Em outras palavras: no caso do desamparo material do idoso, podem ser chamados em primeiro lugar, seus pais, que provavelmente não mais estarão vivos, em seguida filhos, netos, bisnetos e etc... Sendo que a ação poderá ser contra todos, ou contra o parente mais próximo, sendo que não haverá no polo passivo nenhum tipo de solidariedade entre os

co-reús. Ou seja, somente na ausência ou insuficiência na prestação de alimentos dos filhos, os netos serão obrigados a honra a dívida. Tampouco haverá litisconsórcio entre os mesmos. É uma obrigação personalíssima, insuscetível de haver assunção de dívida ou cessão de crédito.

Dessa forma, advogamos que a melhor solução para se resolver a situação do chamamento do ente a assumir a responsabilidade com seu genitor(a) seria através de uma análise detida caso a caso, nunca se desviando de que a responsabilidade pelo bem-estar e manutenção do idoso, como já dissemos, é tarefa da família, da sociedade e do Estado de forma solidária, mas ninguém pode ser obrigado a cooperar quando no seio dessa família há relações prejudicadas por eventos pretérito de brigas, confusões e outros que geraram sequelas incontornáveis e que geraram danos irreversíveis àquela coesão familiar ou mesmo que aquele idoso jamais tenha participado da criação do filho.

Justamente por isso, temos o pensamento que o Direito das Sucessões trata objetivamente das situações que os parentes não podem suceder, que bem poderiam ser emprestados ao Direito de Família para resolver casos controversos. Os pretensos herdeiros não podem ser arrolados na sucessão do *de cuius*, poderiam afastar o compromisso dos filhos com o sustento dos pais idosos. Situação estas que poderiam bem servir de parâmetro para objetivamente afastarmos a obrigação de um ou mais filhos de arcarem com o sustento dos pais idosos.

Os exemplos mais evidentes são os casos de indignidade e deserção dos sucessores. Não é razoável que o pai que em algum momento da vida do seu filho, tenha cometido condutas ofensiva a sua pessoa, à honra desse atentado contra sua vida ou abusado sexualmente do mesmo, ache-se no direito ter sua manutenção garantida por aquele que explorou, atentou ou maltratou. Ainda que haja o direito baseado no princípio da afetividade, o mesmo não é ilimitado e se revoga situações ensejadoras de exclusão. Seria absolutamente esdrúxulo se houvesse uma determinação em sentido contrário. Partindo do pressuposto aponto por nós, as hipóteses seriam *numerus clausus* e estariam elencadas no artigo 1.814 do Código Civil de 2002:

São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

"I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Bem como aqueles elencados no artigo 1.962 do mesmo Código, como transcrito abaixo:

Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.'

Produzindo-se, por conseguinte, através deste raciocínio, os efeitos do artigo 1.816 do Código Civil:

"São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão.

Parágrafo único. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens."

Por fim, resta esclarecer que para desincumbir-se da tarefa de alimentos ou de uma possível indenização ao idoso, ou ainda de rejeitar qualquer acerto através de uma autocomposição via mediação, ao nosso ver, é necessário provar em juízo os fatos ensejadores da liberação da tarefa imposta como garantidor do bem-estar da parte em questão, ou seja, não é suficiente somente alegar, é necessário provar que o fato pretérito foi tão gravoso ou humilhante ou ainda que a simples presença ou contato com a parte em questão provoque um trauma ou leve a pessoa reviver humilhações passadas que poderão dar vazão a questões sentimentais que prejudiquem sua saúde física ou psíquica, suscetibilidades não superadas.

#### **4.2. Ressarcimento, indenização, provisão de alimentos através da justiça estatal ou mediação: a monetarização da afetividade e a solução negociada de conflitos. Qual o melhor caminho a se seguir?**

Por tudo já que já discorremos neste trabalho, e tendo em vista que a solução das lides envolvendo os idosos ainda estão longe de terem um caminho consensual, porque a doutrina, como quase todas as coisas debatidas no direito, se controverte acerca de

qual seria o caminho correto a se tomar para a solução de conflitos na seara do abandono afetivo, verificamos que tanto a busca pela judicialização, quanto a busca pela autocomposição via mediação tem suas virtudes e defeitos, como toda construção humana.

A materialização da demanda pode se dar pelo dever de prestar alimentos, obrigação de fazer, sem prejuízo de um provável ressarcimento ou indenização por danos morais. Sem dúvidas a judicialização da querela é um caminho, porém não sem fraturas.

Outro ponto a salientar, é que nem só da provisão de alimentos deverá ser assistido o idoso, não podemos descuidar do seu bem-estar mental. Nesse ponto é importantíssimo o convívio familiar. A família, num plano ideal teria também uma expectativa de reciprocidade de bondades, ou melhor, fraternidades trocadas, no intuito de proteção recíproca, com numa troca virtuosa: se na infância, na tenra idade do ser humano tem o papel de educá-lo para a vida, na velhice, tem o papel de proteger o indivíduo, acolhê-lo e mantê-lo em conforto e segurança. A falta de carinho e proteção são indutores de não só de fatores que se circunscrevem a esfera psicológica, como a tristeza e a melancolia, bem como a doenças que podem afetar seriamente a saúde dos idosos, como o agravamento de doenças do coração, baixa imunológica e depressão.

Primeiramente, antes das soluções, é preciso dar relevo e relembrarmos a questão da responsabilização por motivo do abandono afetivo, como aqui já foi colocado, pois que segundo nosso particular entendimento aqui enfaticamente discutido acerca questão em tela e da busca para a solução da mesma, na qual o ponto central da responsabilidade civil, configurada por exemplo numa ação com fundamento no descumprimento do dever de cuidar ensejando direito a receber indenização por danos morais, seria a forma restituição, ou seja, uma ideal volta ao status quo ante, uma perseguição no encaicho da condição anterior a lesão, o que evidentemente é impossível, pelo movido desse tal ideário de restituição na esfera do Direito familiar não existir, não há uma necessária volta ao começo. Esse cerne da questão, se não atingida pela restituição, por seu posto, seria motivo de indenização, por conta da falta, do descuido do dever de cuidado, pois, como já falamos, a responsabilidade civil é um direito sucessivo, resultado de um dever descumprido dando vez a direitos de restituição (ideal

não alcançável), indenização ou mesmo a prestação de alimentos, como exemplos materializados do exemplo dela, a responsabilidade (obrigação sucedânea/direito sucessivo) atribuída a quem descumpriu ou violou um dever originário, pois:

"A doutrina tradicional ainda pressupõe uma atividade danosa de alguém que atua a priori ilicitamente, violando uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), sendo obrigado a assumir, então, as consequências de seu ato. Portanto, responsabilidade, para o Direito, nada mais é que uma obrigação derivada – um direito sucessivo, resultado da violação de um dever originário – de assumir deduções jurídicas de um fato." (Cunha, Rodrigo Pereira da, pág. 399, 2015).

No texto acima transcrito, temos novamente a explicitação da teoria da responsabilidade civil no âmbito das relações familiares, como fartamente já falado neste trabalho, mas, mais do que isso, resta novamente a indagação de como fazer a indenização, restituição, a prestação de alimentos ou seja, a forma de termos uma sentença satisfativa de forma que a obrigação filial seja solucionada da forma mais completa e satisfatória possível. Litigar na esfera cível nas varas de família significa por vezes destampar energias guardadas e expor feridas e traumas muitas vezes não curados, situações que se descambaram para a agressão mútua, para suscetibilidades não vencidas e bem discutidas no âmbito familiar. Parece-nos de todo modo que a intervenção de juiz nas querelas entre pai e filhos não serem a situação mais indicada, visto que, para além do valor monetário a se receber, ou da obrigação a ser honrada, por melhor dizer, afluem questões do coração, frustrações, tristezas e outras emoções incontidas que não são ou não deveriam ser tratados por um magistrado.

Conquanto, embora mais uma vez a doutrina atual cada vez mais se debruce sobre a responsabilidade civil cada vez mais sendo demonstrada pela conduta dolo, na qual os outros elementos cada vez mais vão ficando fluídos e sem peso, não é possível também descuidar também do nexos causal, porque é impossível que possamos impor responsabilidade aos familiares quando o idoso torna-se arredio, agressivo ou é tomado por alguma doença que impossibilite o pleno cuidado por parte dos filhos. Contudo a alegação de enfermidade por si só não deve ser passível de um perdão a filho que negligência de forma contumaz seu pai/mãe sem que o mesmo tomar qualquer providência mínima para dar cuidado e proteção aos mesmos.

Dessa forma, exsurge ou deve exsurgir a partir dos pressupostos da responsabilidade civil, a condenação, pois tendo o filho maior negligenciado o

fundamental direito à convivência, ao amparo e ao cuidado será condenado pelos “danos existenciais decorrentes do ilícito” (ROSENVALD, 2015, pág. 315).

No entanto muitos são as críticas em relação a esse desfecho, pois nas palavras de Rosenvald (2015), esse fato se assemelharia a um leilão, pois segundo o mesmo, o que seria um fato intolerante, acabaria sendo tolerado desde fosse pecuniariamente possível aos descendentes pagar as indenizações decorrentes da ação e também funcionaria como uma sepultura sobre o assunto, a partir do qual o fato discutido daria fim ao assunto, sem, no entanto, resolvê-lo de forma eficaz. Sobre esses fatos o mesmo autor assevera:

"Primeiro, pode-se falar de um leilão. Ao invés do sistema jurídico inibir o fato jurídico da irresponsabilidade civil filial, acaba por tolerá-la, desde que suas consequências lesivas sejam monetarizadas. A condenação pecuniária funciona como uma moeda de troca ao *cuidado descuidado*[grifo do autor]. Com isto, potencializam-se as críticas a subversão axiológica do direito de família, na medida em que a patrimonialização das demandas caminha na direção contrária do objetivo constitucional de reforço da solidariedade familiar e proteção integral dos vulneráveis.

Em legítimo esforço hermenêutico, pode-se argumentar que a transformação do dano injusto em dinheiro teria o condão de proporcionar ao autor da demanda a percepção de auxílio psicológico e médico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação e do descaso. O argumento é válido, pois não há como negar que, dentre os seus efeitos, a compensação econômica produz uma espécie de mitigação de danos, através de experiências e sensações favoráveis que o dinheiro possa propiciar à vítima, sobremaneira em tratando de acesso a um tratamento médico. Todavia, o objetivo precípua das normas dos artigos 229 e 230 da CF não é de deferir reintegração patrimonial por danos passados, mas o de estimular condutas virtuosas que promovam a dignidade do membro da família no estágio de desenvolvimento de sua subjetividade. Se o que o sistema tem a oferecer é uma satisfação pecuniária capaz de propiciar tratamentos e medicamento, lamentavelmente reconhecemos que o processo não agiu como instrumento de concretização de direitos fundamentais.

Outra crítica aguda de nossa parte consiste em antever o desfecho da ação de responsabilidade civil como um “túmulo”, no qual a sentença sepultará definitivamente as possibilidades de reconciliação entre agente e vítima.”(ROSENVALD, 2015, pág. 326).

Portanto, se o que se entende que na esfera dos danos patrimoniais é o pagamento de uma indenização restituiria a parte à situação anterior ao ilícito, isso não acontece com a indenização em relação aos danos morais. Para Anderson Schreiber (2015) essa insuficiência levou a criação por alguns juristas da expressão "compensação", na qual, o mesmo autor critica a postura de advogados, defensores e juízes com um meio que não proporcionará a satisfação integral da vítima.

A perspectiva que o homem tem de judicializar a questão ao nosso ver, bem como amplamente desenvolvida pelo ilustre professor Nélon Rosenvald, em nada ajudará no enfrentamento social da questão, muitas vezes se resolvem questões de cunho pecuniário dentro das paredes de um fórum, discute-se, ou melhor, se impõe o quanto a parte vencida deve pagar ao vencedor e quanto o mesmo deve arcar com as parcelas vencidas, a obrigação de fazer, mas pouco ou nada se avança na esfera do ânimo pessoal, animosidades persistem, se não pioradas pela querela ter sua batalha resolvida na campo jurídico.

Esperar-se-ia num mundo ideal que as pessoas de bom grado fizesse aquilo que a moral social cobra, sem que se precisasse litigar por conflitos de ordem familiar judicializando-o, mas no mundo real não aquilo que nem sempre acontece, Nelson Rosenvald (2015), assevera inclusive um dever de virtuosidade filial, ressaltando sobretudo para a necessidade da presença do, ou dos filhos adultos na vida dos pais para afirmar a dignidade do mesmo no "outono de suas vidas", mas ao contrário do que ocorre a opção por não judicializar pode significar submeter os mesmos à indignância, na qual o mesmo autor até dá um exemplo extremo encontrado na obra do ilustre *Balzac*, quando na *Cómedia Humana* temos o romance *Père Goriot*:

"É a história de um próspero empresário que doou todo o seu patrimônio a duas filhas, confiando receber delas carinho e apoio. Todavia, elas se casam com dois nobres e abandonam o pai. Com o passar do tempo ele vai decaindo, chegando à extrema miséria. *Rastignac*, um jovem que vive na mesma pensão que *Goriot* procura se relacionar com as filhas deste, transmitindo-lhes reiterados apelos do pai para que o visitem, até o momento da iminência de sua morte, nem assim elas o visitam, sequer comparecem ao enterro. Envia apenas as suas carruagens vazias para acompanhar o séquito."(ROSENVALD, 2015, pág. 330).

Desta feita, no mundo real, onde a ficção parece ser ainda mais leve do que a vida real, arena de conflito e de soluções passou a ser a sala do magistrado e a pessoa do mesmo, que por sua vez, é quem menos conhece das vicissitudes daquela relação familiar. Também aqui fica não a proposta de o judiciário não conhecer da matéria, uma vez que o judiciário conhecer de tudo aquilo que afetam o direito do cidadão é uma premissa, é algo basilar na carta constitucional, tendo em vista o que diz o artigo. 5o, XXXV, que declara: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, ou seja, trata-se um principio plasmado no texto constitucional, o

Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, pois se por um lado só tivermos presente a vontade dos contendores, que fosse mais forte seria o vencedor, como era no passado, ou seja, o retorno à barbárie e por outro lado, se a justiça tiver só a balança sem ter a forma de efetivar suas ações, sem ter o poder coercitivo, não seria justiça, seria tão somente uma censura moral.

Como dito, a lesão ao bem juridicamente tutelado, seja ele entendido como a afetividade ou o cuidado da ensejo a obrigação da parte responsável de reparar o ilícito e um dos caminhos pode ser a provocação do judiciário para se substituir as partes e resolver a causa do conflito pela ordem jurídica, isto, sancionar, ordem, impor o que caberá a parte vencida fazer ou dar, o que caberá a parte vencedora exigir.

Porém, outros caminhos se abrem como forma de solucionar as lides. O contencioso civil, como já é realidade no Processo Civil de 2015, orientar a se buscar primeiramente a conciliação.

Embora persista a indenização em pecúnia e a obrigação de fazer, é necessário se aliar aos meios tradicionais, a busca do entendimento das partes, como, por exemplo que o filho se comprometa a comparecer "a um número mínimo de eventos determinados ou em outras espécies de comportamento que, especificando os deveres próprios do Direito de Família, apontem um caminho a ser seguido na reconstrução da relação familiar". (SCHREIBER, 2015, pág. 45).

Dessarte, faz-se interessante que antes de se partir para o processo propriamente dito, se procure conciliar as partes e a via dessa tentativa de sair de um processo civil que demandará tempo, dinheiro e muitas vezes ainda deixará maiores sequelas na vida de uma família já conturbada, seria o da autocomposição nos moldes contemporâneos por meio da mediação, pois a autocomposição é assim explicada:

"A autocomposição, cujas principais modalidades são a conciliação e a mediação, utiliza um terceiro facilitador para ajudar os próprios interesses a solucionar o conflito. A conciliador tende à obtenção de um acordo e é mais indicada para conflitos que não se protraiam no tempo (acidentes de trabalho, relações de consumo). A mediação visa prioritariamente a trabalhar o conflito, constituindo na busca de um acordo objetivo secundário, e é mais indicada para conflitos que se protraiam no tempo (relações de vizinhança, de família ou entre empresas etc.) . A autocomposição é instrumento precipuamente voltado à pacificação social, mais do que sentença, pois lida com o conflito sociológico e não apenas com a parcela de conflito levada a juízo. (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER; 2013, pág. 38)"

A busca no Estado moderno é solução dos conflitos interindividuais, e hoje se persegue fundamentalmente um Estado que se proponha a promover a plena realização de valores humanos. Dito isso não é possível que se espere que a judicialização promova o intento a ser perseguido pelo mesmo, os escopos de ordem social, político e jurídico.

No nosso entender, pela moderna orientação da visão de justiça é que temos em mente que o papel restabelecimento dos laços familiares é se sentar à mesa e conversa os problemas e entraves que afligem a todos, e esse papel bem cabe à mediação, na qual o mediador na seja partícipe, seja apenas instrumento dos próprios membros do tecido familiar na busca da solução ora desejada por todos, ou a mais possível de se realizar, pois lembrando a lição de CINTRA; DINAMARCO e GRINOVER "a pacificação é o escopo máximo da jurisdição e por consequência de todo o sistema processual. [...] É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros felicidade pessoal de cada um". Em breve síntese, a busca maior da jurisdição é a pacificação social.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o abandono afetivo pela qual passa boa parte da população idosa encontram nas ações e legislações de combate à prática reiterada de desamparo aos idosos ainda um grande caminho a se percorrer para se efetivar a plenitude de proteção aos mesmos e coibir tal ação.

A exemplo disso temos a visão dicotômica da forma como muito dos doutrinadores enfrentam o problema, visto que, muitos acham que a responsabilização dos agentes infratores não deveria ser tratado por meio do uso de elementos próprios do Direito das obrigações, outros apontam que dada a impropriedade que o Direito de família tem perante aos desafios em se proteger essa parcela da população, a utilização de mecanismos próprios do Direito obrigacional em relação a esse, deve ser sim utilizada com as mitigações próprias que o tema deve ter.

A busca pela análise do caso nos possibilitou conhecer o grande desafio que será dar condições para a efetivação do dever de amparar os mais velhos. Vimos que nos anos vindouros, mais propriamente nos próximos trinta anos o Brasil terá um população de idosos igual a de jovens, com desafios ainda mais complicados, pois essa parcela de indivíduos tem em grande maioria limitações físicas e muitas vezes mentais, que muitas vezes necessita de remédios e cuidados especiais.

Contudo, ressaltamos que a busca pela efetivação do direito dos anciões começa na exigência que família, sociedade e Estado, solidariamente, amparem-nos no outono das suas vidas, permitindo aos mesmos gozar dos direitos positivados constitucionalmente, tantos daqueles explícitos como dos implícitos, como, por exemplo, o direito à vida, à moradia, à dignidade, ao convívio familiar, dentre outros.

Portanto, fundamentalmente, verificamos que para materializar esses direitos, o dever de amparar coaduna-se àqueles, como faces de uma mesma moeda, que esse dever no nosso entendimento não precisa de outro dever de cuidar pretérito, mas que o não cuidar pretérito também tem seus limites, pois o próprio Princípio da Afetividade restaria prejudicado ao passo que não haveria elo de ligação entre alimentante e

alimentando. Também não faria sentido se obrigar um filho a alimentar um pai, na qual o mesmo praticou uma desonra ou atentou contra a vida daquele, ainda que a parte mais frágil seja prejudicada.

Dada a importância desses assuntos, assertivamente verificamos que o lugar do idoso é junto a sua família. O homem é um ser social, é criado para viver em meio aos seus parentes, amigos e vizinhos e abandono ao qual muitos deles são submetidos, afetam o corpo e a mente dos mesmos. Não é fácil conviver com a ideia de ser rejeitado pela própria família.

Portanto, para além de quem ou como deve ser o ressarcimento, entendemos a partir daquilo que foi discutido no presente trabalho, é que no lar na qual reside sua família é que é o lugar correto onde devem ser prestados os deveres de amparo para com os mais velhos.

Nesse sentido, o ideal seria busca pela resolução de conflitos de forma que se procure a pacificação entre filhos e pais, pois, pelo que foi estudado entendemos que a judicialização da questão deve ser a última *ratio* e não a primeira. Conseqüentemente, a busca da satisfação pecuniária deve se dar por último, a solução do processo não deve ser estopim para disputas pessoais intermináveis.

Logo, por tudo que entendemos e que discutimos aqui, asseveramos que a mediação é o meio mais adequado a se resolver as questões de família. O ato de todos se sentarem à mesa, com o auxílio de um mediador e se discutir como cuidar daquele ente, agora tão necessitado do amparo material e psicológico de filhos ou netos, será muito mais produtivo do que judicializar a questão e, dessa forma, todos serem compelidos a brigarem na justiça. Conversar e buscar meios de desmonetarizar o afeto é o caminho mais sensato.

Por tudo já visto, concluimos que, como quase tudo que rege o Direito do idoso, o grande desafio, aliás, o mais importante deles, é para unir, não para separar. A grande tarefa no caso em questão será buscar o entendimento e a pacificação entre todos os membros da família.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Ensaio introdutório sobre a teoria da responsabilidade civil familiar. Disponível em: . Acesso em 20 de ago. de 2017

FEIJÓ, Maria das Candeias Carvalho, A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de cidadania. *Kairós Gerontologia*. São Paulo: PUC. v. 14. n. 1. p. 109-123. Acesso em 22 de agosto de 2018.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Obrigações**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil: Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY, Rosa. **Manual de Direito Civil: Família**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 39ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BATISTA, Sílvio Neves. **Manual de Direito do Família**. Recife: Bagaço, 2014.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias dos Idosos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIPERT, George. **A regra moral nas obrigações civis**. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador: Juspodium, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A Responsabilidade Civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Orgs.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32-49.

ROSENVOLD, Nelson. Responsabilidade Civil e Direito de Família. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Orgs.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 311-331.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade Civil pelo Abandono Afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Orgs.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 399-409.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 15/08/2018.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.865.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.865.htm). Acesso em 17/07//2018.

BRASIL. Lei 12.899, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm). Acesso em 17/07//2018.

BRASIL. Brasil: manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.