

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO**

LEILA ADRIANA VIEIRA SEIJO DE FIGUEIREDO

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESAMPARO AOS PAIS NA VELHICE

DOUTORADO EM DIREITO CIVIL

SÃO PAULO

2018

LEILA ADRIANA VIEIRA SEIJO DE FIGUEIREDO
RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESAMPARO AOS PAIS NA VELHICE

DOUTORADO EM DIREITO CIVIL

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil sob a orientação do Prof. Dr. Rogério Donnini.

SÃO PAULO
2018

LEILA ADRIANA VIEIRA SEIJO DE FIGUEIREDO

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESAMPARO AOS PAIS NA VELHICE

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Civil sob a orientação do Prof. Dr. Rogério Donnini.

Aprovada em: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini (Orientador)

Instituição: PUC-SP Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Para meus idosos, que partiram prematuramente, deixando um vazio imenso: meus avós e especialmente a meus pais, José Evandro e Maria Stela, com muito amor, saudades, e em agradecimento pelos valores preciosos que me foram passados. Como eu gostaria que estivessem ainda por aqui para compartilhar comigo este momento!

Mãe, sua coragem, sua resignação e sua constante alegria, no enfrentamento de famigerada enfermidade, deixaram, para todos nós, um notável legado e um exemplo para toda a vida. Você nos faz muita falta!

Mesmo você se apresentando sempre tão sério, sei que propicieei a você momentos de orgulho e felicidade, pai! Nunca duvidei, também, que me amava, de verdade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, à Nossa Senhora de Fátima e a Santo Expedito, essenciais para minha devoção, pela proteção e pelo que já alcancei até hoje, em especial meus estudos, com todos os seus obstáculos e desafios, ao longo do caminho, marco de uma vida a eles dedicada.

Agradeço a meu marido, Gabriel, minha inspiração e meu orgulho! Cada ano juntos, cada escolha e mudança, renova a certeza de que você seguirá sendo meu melhor amigo e único amor.

Agradeço a meus filhos maravilhosos, Maria Isabel e Luís Felipe, amor imensurável, por serem meu maior estímulo para tudo na vida, minha constante admiração! Vê-los crescer e tornar-se seres humanos cada vez mais notáveis é a maior das bênçãos.

Agradeço à minha família, que me impulsiona, com sua convivência, especialmente na pessoa de minha eterna apoiadora, Levina Seijo, que sempre encontra um espaço em sua agenda para me socorrer. A meus irmãos, lembrança eterna de minhas origens, Fábria, Jorge e José Evandro, com carinho, que me ajudaram e me incentivaram.

Agradeço a meu orientador, Professor Dr. Rogério José Ferraz Donnini, por sua especial atenção, bem como por me ajudar a abrir novos horizontes do pensamento jurídico e vislumbrar novos enfoques no decorrer da elaboração desta tese. Obrigada por me fazer persistir e pelos aprendizados propiciados.

Agradeço ao Prof. Dr. Francisco José Cahali, por me convocar a participar da seleção para este doutorado, que, pensava eu, só me seria possível muitos anos mais tarde. Obrigada por me fazer voltar aos estudos, minha mola propulsora. Já fora um privilégio ser sua aluna e orientanda no mestrado da Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo (PUC/SP). Voltar a ser sua aluna, no doutorado, e aprender outras lições, numa turma tão heterogênea quanto harmônica, teve um significado especial, em minha vida, assim como desfrutar de sua magnífica convivência e gentileza marcante.

Também agradeço aos membros da banca de qualificação prévia. Ao Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni, que, mais uma vez, honrou-me com sua brilhante presença em outro importante momento de minha vida. Fico agradecida pela criteriosa análise e valiosas sugestões para a melhoria deste trabalho. Ao Prof. Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues, também muito obrigada pelas maravilhosas contribuições.

Agradeço a meus professores do doutorado, aos meus incríveis colegas, pela magnífica oportunidade de convivência e pelo incomensurável apoio, bem como aos que me ajudaram com as publicações, Alexandre Jamal, IASP, Tatiana Bonatti Peres.

Agradeço ao Ministério Público do Estado da Bahia, instituição que integro há quase vinte anos de incessantes desafios, cujo impulso para prosseguir coincide com a convivência dos abnegados colegas. Agradeço, também, àquelas companheiras da lida diária que me estimularam nos momentos mais difíceis deste doutorado, com destaque para a colega Renata Costa Bandeira Lopes e a vocacionada e inspiradora Juíza de Direito Ana Cláudia de Jesus Santos.

Agradeço à Faculdade Ruy Barbosa - Wyden, pela oportunidade de lecionar, a meus ex-alunos e alunos, pela oportunidade de participar da formação acadêmica de cada um deles. Ensinar, enfim, sempre significa aprender mais e isso me serve de incentivo para prosseguir.

“A vida segue um curso muito preciso e a natureza dota cada idade de qualidades próprias. Por isso a fraqueza das crianças, o ímpeto dos jovens, a seriedade dos adultos, a maturidade da velhice são coisas naturais que devemos apreciar cada uma em seu tempo.”
(CÍCERO, Marco Túlio. Saber envelhecer. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017)

RESUMO

Esta tese passa a fazer uma reflexão sobre as funções da responsabilidade civil na pós-modernidade, especialmente na seara do direito de família, chegando ao seu cerne no exame do alcance do dever estabelecido aos filhos maiores, no art. 229 da Carta Magna, em sua segunda parte, de amparo a seus pais, na velhice e enfermidade, associado a princípios como a dignidade humana e a boa-fé objetiva, além do exame das diferenças nas noções de afeto e de cuidado, para melhor delinear tal obrigação. A projeção de envelhecimento populacional associa-se a essa problemática, passando pelo tratamento, do ponto de vista social, econômico e jurídico, dispensado ao indivíduo idoso, ao longo da história, e ao quadro atual de violências, abusos e abandonos contra esse grupo social, que se contrapõe aos seus direitos. Após delinear a possibilidade de responsabilização civil dos filhos que abandonam os pais idosos e analisar a figura da vedação de comportamento contraditório, cuida-se da tutela específica, tutela inibitória, fator de desestímulo e da pena civil, associando-os ao tema.

Palavras-Chave: Responsabilidade civil na pós-modernidade. Desamparo aos pais na velhice. Envelhecimento populacional. Família. Vulnerabilidade. Dignidade humana. Boa-fé objetiva. Cuidado. Afeto. Vedação de comportamento contraditório. Fator de desestímulo. Tutela Específica. Tutela Inibitória. Pena civil.

ABSTRACT

This thesis goes through a reflection on the functions of civil responsibility of postmodernity, especially in the area of family law, reaching its core in examining the scope of duty established for the eldest children, at art. 229 of the Magna Carta, in its second part, of protection for his parents, in old age and infirmity, associated with principles such as human dignity and objective good faith, as well as examining the differences in the notions of affection and care, for the better outline such an obligation. The projection of population aging is associated with this problem, from the social, economic and legal point of view, given to the elderly individual throughout history, and to the current situation of violence, abuses and abandonment of this social group , which runs counter to their rights. After delineating the possibility of civil responsibility of the children who leave the elderly parents and analyze the figure of the fence of contradictory behavior, it takes care of the specific guardianship, inhibitory guardianship, discouragement factor and civil penalty, associating them with the theme.

Keywords: Civil liability in postmodernity. Helplessness for parents in old age. Population-ageing. Family. Vulnerability. Human dignity. Objective good faith. Caution. Affection. Fencing of contradictory behavior. Discouragement factor. Specific Guardianship. Inhibitory Guardianship. Civil penalty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PÓS-MODERNIDADE.....	16
2. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	25
2.1 Desafios da responsabilidade civil nessa seara.....	29
3. CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA E A PROTEÇÃO AOS SEUS VULNERÁVEIS.....	32
3.1 Vulnerabilidade.....	34
4. DEVER DE AMPARO AOS PAIS NA VELHICE ASSOCIADO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	38
5. HISTÓRICO, VIOLÊNCIAS, ABUSOS CONTRA O IDOSO E O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL.....	46
5.1 A importância social, política e jurídica do idoso, ao longo da história.....	46
5.2 O envelhecimento populacional e de suas consequências.....	51
5.3 Violência e abuso contra os idosos hoje.....	55
5.3.1 Motivos para as subnotificações.....	58
5.4 Conclusões do capítulo.....	60
6. DIREITOS DOS IDOSOS E PRINCÍPIOS RELEVANTES.....	61
6.1 Considerações iniciais.....	61
6.2 Análise dos direitos decorrentes do Estatuto do Idoso.....	62
6.3 Significados do envelhecimento.....	68
7. A CLÁUSULA GERAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO ENVELHECIMENTO DIGNO.....	72
7.1 A dignidade do idoso em específico	80
8. CUIDADO, AFETO E ABANDONO AFETIVO.....	84
8.1 O cuidado.....	84
8.2 O afeto.....	89
8.3 Conclusões do capítulo.....	93

9. DO “ABANDONO AFETIVO” COMO OMISSÃO DE CUIDADO.....	94
9.1 Vedação do comportamento contraditório.....	101
9.2 Outras escusas.....	105
9.3 Conclusões do capítulo.....	106
10. POSSIBILIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA PÓS-MODERNIDADE PARA A SITUAÇÃO.....	111
10.1 Tutela específica.....	113
10.2 <i>Punitive damages</i> e fator de desestímulo.....	115
10.3 A tutela inibitória por danos causados pela omissão de cuidado inverso.....	121
10.4 Pena civil.....	125
11. EXEMPLOS DE OUTROS PAÍSES.....	128
11.1 O ministério da solidão inglês.....	128
11.2 O caso chinês.....	129
11.3 Conclusões do capítulo.....	131
CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

INTRODUÇÃO

A transformação operada na estrutura familiar nos últimos anos é inegável. Num passado não tão distante, família era apenas aquela patriarcal e oriunda do matrimônio, imperando as diferenças entre os sexos e entre os filhos. Vivia-se sob a influência do patrimonialismo: as pessoas se uniam, nos moldes sacramentais, objetivando a formação e a salvaguarda do patrimônio, para a sua posterior transmissão aos herdeiros, com menor importância dedicada aos laços afetivos.

Hoje, tais ideias parecem muito remotas e antigas, embora, numa perspectiva histórica, não o sejam em demasia. O estudo do direito das famílias sofre alterações e renovações constantes, em razão das transformações sociais, exigindo do operador do direito constante atenção, atualizações e novas reflexões.

De acordo com a Constituição Federal em vigor, (excluir) em seu art. 226, a família detém especial proteção do Estado. A interpretação do dispositivo sofre influência das mudanças da sociedade, de modo que a entidade familiar é identificada pela afetividade, acompanhada de elementos como a ostentabilidade e a estabilidade. Ademais, a família é o *locus* para a promoção do indivíduo e para que este alcance a felicidade e a realização pessoal.

Prepondera atualmente a pessoa sobre o patrimônio, com objetivo de proteção jurídica, especialmente (excluída a vírgula) após o fenômeno da constitucionalização do direito civil. Desse modo, a pessoa, considerada em sua individualidade, será o norte do trabalho cujo desenvolvimento se inicia. Assim, tratar-se-á do humano, em seu ciclo final de vida, suas vulnerabilidades e fragilidades que podem exsurgir, mas, no qual a cidadania e a autonomia devem prevalecer.

A tutela das pessoas vulneráveis, no modelo da justiça protetiva, tem, como um de seus principais instrumentos, a responsabilidade civil. Além dos dispositivos pertinentes da Carta Magna, princípios aplicáveis (especialmente a boa-fé objetiva),

bem como regras jurídicas constantes do Código Civil e do Estatuto do Idoso serão examinadas.

O campo da responsabilidade civil também suporta os efeitos das transformações sociais acima apontadas. A valorização da pessoa e da dignidade que lhe é inerente, bem como a proteção aos direitos de sua personalidade associam-se à boa-fé objetiva, ao agir corretamente, e também à prevenção de ilícitos. A função da responsabilidade civil na pós-modernidade é a de evitar e mitigar danos e não apenas a reparação integral da vítima.

No entrelace do direito de família com a responsabilidade civil, atualmente admite-se sem celeumas a possibilidade de indenização por dano moral resultante do descumprimento da obrigação de cunho familiar, presentes os requisitos-padrão (conduta humana, dano, nexo de causalidade e culpa ou dever jurídico preexistente). A jurisprudência produzida sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo dos genitores para a sua prole, ou em sentido contrário, não pode ser considerada pacífica, porém a tendência negatória parece em desconstrução. Defender-se-á nesta tese a admissibilidade desse dano, com base em regras jurídicas e princípios constitucionais aplicáveis, em especial no que se refere à segunda hipótese, rotulada de “abandono afetivo inverso”.

À família incumbe cuidar dos seus membros mais vulneráveis, dentre os quais se insere o idoso. Desde os tempos mais longínquos, da época de formação dos grupamentos humanos de cunho familiar, essa incumbência relativa ao cuidado com os mais frágeis, dentre os quais se insere o idoso (escolher onde inserir), já tocava ao grupo e, especialmente, àquelas do sexo feminino. Porém, na sociedade contemporânea hipercomplexa, aquilo que era um dever moral, de cunho sociológico e até antropológico, adquire características de dever jurídico.

O dano moral nas relações familiares é permeado por fatores de alto grau de subjetividade. No relacionamento entre pais e filhos, independentemente da origem do parentesco, o vínculo existente se configura como um liame objetivo e subjacente, numa espécie de sinalagma de deveres mútuos e recíprocos, de forma que as

obrigações inerentes ao poder familiar correspondem àquelas de cuidado com os genitores fragilizados por razões etárias ou relacionadas a enfermidades.

A incursão histórica, o quadro atual de violência e abusos contra os idosos evidenciam que os atos ilícitos praticados contra grupos deitam sobre fundamentos e origem no passado e ocorrem de modo preocupante nos dias de hoje. Soma-se à essa problemática o envelhecimento da população, em nível nacional e mundial, como prognóstico certo, fator que acarretará sua maior incidência.

Do entrecruzamento entre entidade familiar, responsabilidade civil e idoso, após traçado o rumo pretendido nesta tese, inúmeras são as questões que surgem. Se a afetividade é empregada como critério identificador de uma entidade familiar, pode-se concluir que há, no caso concreto, dever jurídico de afeto? A conduta exigida do filho maior, em relação a seus pais idosos ou enfermos, nos moldes da segunda parte do artigo 229, da Constituição Federal de 1988, seria essa afetividade?

Questão fundamental também se põe acerca do alcance desse dever. Aqueles que, no exercício da parentalidade responsável, optam por ter filhos e aceitam, de bom grado, todos os deveres inerentes ao poder familiar, exercendo-os com esmero, com base na boa-fé objetiva, certamente projetam a expectativa de que na velhice ou na enfermidade sua prole lhes proporcionará o amparo necessário, cumprindo suas obrigações, diante do vínculo de parentesco e afeto que os une. Quem se comporta de modo diverso e descumpra o que lhe cabia enquanto pai ou mãe, durante a menoridade dos filhos, poderia, no momento em que se torna “maior vulnerável”, demandar destes cuidado e afeto? Há soluções no âmbito da responsabilidade civil?

São essas as indagações a que este trabalho se dispõe a responder, dentro da perspectiva do direito civil, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, quando cabível, em comparação com modelos de legislações estrangeiras.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NA PÓS-MODERNIDADE

O sistema de responsabilidade civil não deve manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social.¹ No Século XIX, esse sistema estava centrado na culpa do agente e na respectiva punição. A partir da segunda metade do século XX, com base na ideia de solidariedade, a vítima transmutou-se no seu ponto principal. Após o advento da Constituição Civil de 1988 e do Código Civil de 2002, desbancado o enfoque outrora patrimonialista, a valorização da pessoa humana destacou-se como fundamento primordial do ordenamento jurídico nacional.

As perspectivas de proteção efetiva de direitos, por via material ou processual, combinam as funções basilares da responsabilidade civil, cada uma perseguindo uma necessidade de segurança: punição, precaução e compensação (ou reparação). Esta última objetiva uma segurança, em termos clássicos, no sentido de “certeza”. Com a primazia da liberdade e da autonomia privada, o direito não haveria de interferir, de modo prévio, no exercício de atos e atividades, permitindo a autorregulação do mercado. Ocorrido, posteriormente o dano, o ordenamento passaria a intervir, *a posteriori*, com a fixação de uma indenização, para corrigir o desequilíbrio econômico subsequente à lesão.

Por sua vez, as funções preventiva e punitiva prender-se-iam a uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social, pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam, de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Com tais funções, a lei retira-se de sua neutralidade e passa a induzir os cidadãos à prática de comportamentos socialmente desejáveis, visando prevenir

¹ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

danos iminentes e futuros, sob o argumento de coerção a uma pena civil, em face de condutas reprováveis ou por precaução, para que a prudência seja a tônica do exercício de atividades potencialmente danosas.

O desafio atual seria o de, sem abandonar a noção de solidariedade, por meio da função social da responsabilidade civil, buscar essa segurança, com o objetivo de prevenção de danos, ao tempo em que a sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas também os interesses lesados, sendo que a evolução tecnológica propiciou aos particulares potencial danoso, o que se associa à atuação empresarial e estatal.²

O risco de uma pessoa, uma coletividade, ou um número indeterminado de indivíduos sofrer uma lesão é muito grande e iminente, em razão do sistema de responsabilidade civil aguardar a inserção de regra específica, prevendo as hipóteses delimitadas de uma eventual indenização punitiva.³

Os interesses lesados se expandiram de modo considerável. O reconhecimento da normatividade de princípios constitucionais, a consagração da tutela de interesses existenciais e coletivos ampliaram o objeto protegido pelo direito, em face de sua atuação lesiva. Com base na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, novos danos são vislumbrados e surgem discussões recentes sobre suas respectivas ressarcibilidades.

Evitar e mitigar um dano se converte na questão central e maior desafio para a responsabilidade civil do século XXI. Assim, ao invés de agir reativamente ao dano consumado, pela via da indenização ou da compensação, visando conservar e proteger bens existenciais e patrimoniais, o direito necessita ser proativo.

² SCHREIBER, ANDERSON. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 04.

³ DONNINI, Rogério. Fundamento legal da função punitiva na responsabilidade civil. In: DONNINI, Rogério (coord.). *Risco, dano e responsabilidade civil*. Andrea Cristina Zanetti. Salvador (org.) Editora Podium, 2018, p. 17.

Toda pessoa ostentaria, assim, em tese, um dever de evitar um dano, agindo conforme a boa-fé e adotando comportamentos prudentes para impedir que o mesmo dano se produza ou que tenha sua magnitude reduzida. Se já produzido, seria o caso de o indivíduo evitar o seu agravamento (*duty to mitigate the own loss*).

As sociedades democráticas não podem funcionar se aos direitos concedidos aos indivíduos não lhe correspondam certos deveres. As prerrogativas dos outros são iguais às suas, portanto devem se comportar de forma a não prejudicar estas relações. Se estas regras fundamentais de convivência são derogadas, é indispensável que se sancione aquele que fere as prescrições impostas em prol do interesse geral. A responsabilidade civil é vocacionada a este mister.

Repensar hoje a responsabilidade civil significa compreender as exigências econômicas e sociais de um determinado ambiente e, nesse contexto, responsabilizar, que já significou punir, reprimir (culpa), com o advento da teoria do risco, converteu-se em reparação dos danos. Agora, soma-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de ilícitos.

SUZANNE CARVAL⁴ explana que a melhor maneira de defender as liberdades e os direitos extrapatrimoniais do indivíduo consiste nos pronunciamentos de medidas preventivas, aptas a exaurir os danos na origem.

Certamente, o desafio deste século seria o empenho na tarefa de tornar efetiva a realização da Justiça, para construir uma sociedade mais justa e mais solidária, com melhor qualidade de vida, para os cidadãos de hoje e para aqueles que vierem depois.⁵

⁴ Tradução livre da autora. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995, p. 287.

⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil. Da Responsabilidade Civil. Das preferências, dos privilégios creditórios. Arts. 927 a 965. V - XIII*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

A responsabilidade civil tornou-se a instância ideal para que, através do incremento das hipóteses de dano indenizável, não somente seja distribuída justiça, mas também seja posto em prática o comando constitucional da solidariedade social.⁶

Porém, no Brasil, o dever de cuidado, de proteção à pessoa humana, que deveria ser a tônica da responsabilidade civil, calcada na ideia de proteção, ainda está distante da realidade.⁷ Apenas diante do efetivo dano, há um certo movimento para a sua prevenção. Não há um meio diassussório efetivo para combate à prática reiterada de danos.⁸

A ideia de não lesar (ou ofender) a outrem, ou o princípio *neminem laedere*, elemento negativo da Justiça idealizado pelos gregos, antes do Digesto, tem como finalidade a proteção individual e coletiva, considerado um direito de humanidade, como empecilho à livre ação que cause danos a outrem, alcançando a reparação e também prevenção de danos.⁹ De outro lado, também serve como fundamento a justiça distributiva, traduzida na relação dever-direito de dar a cada um o que é devido (ou *suum cuique tribuere*), direito fundamental, previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, visando o bem comum, pois o ser humano dirige seus atos e atividades até onde encontra um obstáculo a seu comportamento, muitas vezes lesivo a outrem.

Em sua vertente mais contemporânea, o princípio da responsabilidade impõe um comportamento solidário que visa a proteção das pessoas (justiça protetiva), na atualidade e para o futuro (próximas gerações), com a finalidade de reparar adequadamente os danos suportados e, antes de tudo, preveni-los.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 23-24.

⁷ Nos termos do parágrafo 1º do art. 4º, do Estatuto do Idoso, é dever de todos prevenir a ameaça ou a violação dos direitos do idoso, sendo que o artigo 5º da mesma lei reza que a inobservância dessas normas de proteção importarão em responsabilidade à pessoa. Logo, a ideia de prevenção e o dever de cuidado aos anciões resta positivado, no sistema pátrio, na seara que se desenvolverá a presente tese.

⁸ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2015, p. 44.

⁹ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual. No direito civil, no direito do consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (livro digital), posições 1945 e 2591.

A justiça protetiva deriva dos direitos fundamentais do homem, obstando um poder absoluto do Estado sobre as pessoas e determinando, ao mesmo tempo, uma intervenção proporcional à liberdade do indivíduo, com o propósito de prevenção. Impõe uma vida digna, centrada na ideia do não lesar a outrem, prevenção e precaução de lesões, também a fim de evitar comportamentos antissociais, num verdadeiro vínculo de solidariedade, trazendo, no seu bojo, a ideia retributiva da lesão. Uma vida com dignidade associa-se a um comportamento correto, segundo a boa-fé, vinculado, ainda, ao imperativo de não lesar a outrem, para que haja cuidado e proteção à sociedade.¹⁰

A cláusula geral da dignidade da pessoa humana impõe o respeito à dignidade de todas as pessoas, com base em seus direitos fundamentais, o que há de se somar com a proteção, em todas as suas vertentes. Assim, agir de acordo com a dignidade humana seria o mesmo que atuar embasado na ética, o que se entrelaçaria com as noções que ora se busca desenvolver.

Caberia à jurisprudência ultrapassar, na responsabilidade civil, o reducionismo, e fundar uma arquitetura jurídica da culpa e do nexo causal, numa ressignificação da liberdade e da responsabilidade: a última, como dever, limite, garantia de alteridade, estando a dignidade humana como sua base e como imperativo ético existencial.¹¹

Uma releitura dos institutos, também na responsabilidade civil, especialmente quanto aos danos extrapatrimoniais, seria fruto do que a doutrina civilista vem produzindo, especialmente nas últimas duas décadas, no sentido da busca por uma sociedade justa, digna e solidária, da constitucionalização e da socialização.¹²

¹⁰ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2015, p. 39.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformação e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 153/154.

¹² HAEBERLIN, Martín. *Dano não enumerado não é dano não indenizável: uma análise da relação entre a indenizabilidade dos “novos danos” e a eficácia dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à privacidade*. Revista da AJURIS – v. 40 – n. 129 – Março 2013. Disponível em: [https://www.academia.edu/37354499/HAEBERLIN_Ma_rtin__Dano_na_o_enumerado_na_o_e_dano_na_o_indeniza_vel]. Acesso em: 14.12.2018.

Seria necessária uma nova sistemática dos danos extrapatrimoniais? A busca do ressarcimento integral da vítima revela-se como um fim a ser atingido. Esta pressupõe reanálise e mudanças dos elementos basilares da responsabilidade civil?

As dúvidas que se manifestam, nos dias de hoje, quanto ao papel que deve ser atribuído à responsabilidade civil, seus fundamentos e suas relações com as noções filosóficas e morais de responsabilidade indicam que a instituição não está estabilizada.¹³ Caberia à jurisprudência ultrapassar, na responsabilidade civil, o reducionismo, e fundar uma arquitetura jurídica da culpa e do nexa causal, numa ressignificação da liberdade e da responsabilidade? Para o Ministro EDSON FACHIN, a resposta seria positiva, funcionando a responsabilidade como dever, limite, garantia de alteridade e estando a dignidade humana como sua base e como imperativo ético existencial.¹⁴

Modificando-se a consciência moral, altera-se o modo de revisar a posição do indivíduo no seio da sociedade, modifica-se, também, o âmbito dos direitos essenciais da personalidade, como leciona ADRIANO DE CUPIS.¹⁵ A amplitude da tutela dos direitos da personalidade reconhecida pela legislação civil (e processual) possibilita ao jurista, rompendo dogmas existentes e apego tradicional ao texto literal da lei, fazer efetivo o ordenamento jurídico, podendo, assim, construir uma sociedade calcada nos direitos e garantias fundamentais, esses sim, pilares do Estado Democrático de Direito.¹⁶

As questões de mercantilização e quantificação econômica desse direito refletem a mentalidade de centrar a tutela jurisdicional no domínio econômico e pecuniário, tal como no passado liberal-burguês, mas que não teria sentido ou traria

¹³ Explicação extraída e traduzida da obra de VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 125.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 153/154.

¹⁵ CUPIS, Adriano. *I diritti dela personalità. Tomo I. Teoria generali – Diritto alla vita e all'integrità física – Diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere – Diritto ala libertà – Diritto all'onore e ala riservatezza*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 13.

¹⁶ Nesse sentido são as observações de FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Famílias*. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2018, p. 405.

a resposta social adequada, numa sociedade preocupada com os direitos novos, de conteúdo não patrimonial.¹⁷ De outro lado, o princípio da prevenção, tal como antes tratado, pauta-se na virtude e na necessidade do ordenamento de introduzir parâmetros de comportamento desejáveis que devem ser observados generalizadamente.¹⁸

O art. 12 do Código Civil reza: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Cuida-se de demanda de caráter preventivo, que visa evitar esse tipo de dano.

Direitos da personalidade são todos os direitos subjetivos destinados a dar conteúdo à mesma personalidade, com função de mínimo necessário, reservada aos direitos essenciais.¹⁹ Forçoso é reconhecer que a tutela de indenização de danos morais, de modo isolado, não ofereceria a resposta adequada, quando se trata de direitos da personalidade. Entretanto, o problema seria encontrar os meios de individualizar, adequadamente, os danos sofridos e valorá-los sempre em relação à pessoa da vítima.²⁰

A sociedade evoluiu, mas continua tratando os direitos como se o patrimônio ainda fosse o elemento mais importante. Contudo, novos direitos foram concebidos e a sociedade passou a dar mais importância a direitos não patrimoniais. Cuidam-se, geralmente, de direitos que não eram reconhecidos pela ordem jurídica, até a quebra do paradigma individualista, inovando-se com essas hodiernas formas de atuação jurisdicional. Devendo o Direito acompanhar a evolução da sociedade, com o aparecimento de “novos direitos”, incumbe ao Estado, como detentor do monopólio

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada. Coleção temas atuais de direito processual civil*. vol. 2. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 23.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

¹⁹ Tradução livre de DE CUPIS, Adriano. Op; cit., p. 13.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 295.

da tutela jurisdicional, garantir instrumentos capazes de dar guarida a essa nova realidade.²¹

Embora possa-se concluir que a indenização por dano moral seja instituto de difícil aplicabilidade, por não se adaptar às peculiaridades do direito material, é, ainda, a medida usual e, via de regra, a única de que pode se servir a pessoa, em caso de violação já cometida contra seus direitos à vida privada, à honra, à imagem e à intimidade.²²

A responsabilidade civil, ainda, comporta reflexões sobre qual seria o seu fundamento para as gerações futuras, buscando desenhar quais seriam os seus contornos teóricos, no contexto dos danos a ela causados:

En premier lieu, le fondement de la responsabilité envers les générations futures ne doit pas se penser dans un seul contexte d'incertitude. En second lieu, il suppose d'accepter de penser une responsabilité de manière transitive et asymétrique. Cette mutation du fondement de la responsabilité n'est possible qu'en intégrant pleinement une transformation des fonctions et vocations du droit de la responsabilité envers l'avenir dont les illustrations sont déjà légions en droit positif.²³ (PRECISA DE TRADUÇÃO NA NOTA DE RODAPÉ)

Certamente, o desafio desse século seria o empenho na tarefa de tornar efetiva a realização da Justiça, para construir uma sociedade mais justa e mais solidária, com melhor qualidade de vida, para os vivos e para aqueles que vierem depois.²⁴

(EXCLUIR ESTE PARÁGRAFO, pois isto já foi incessantemente repetido)

²¹ PEREIRA, Eduardo Calais. *Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (stricto sensu) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec*, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Universidade FUMEC. Orientador: Prof. Dr. Raphael Frattari. Belo Horizonte. 2017.

²² ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 233.

²³ GAILLARD, Émilie. *Générations futures et droit privé vers un droit des générations futures*. Paris: LGDJ, 2011, p. 366.

²⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil. Da Responsabilidade Civil. Das preferências, dos privilégios creditórios. Arts. 927 a 965. V. XIII*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

Nessa reflexão, há que se registrar, nos dias de hoje, o que se poderia chamar de um verdadeiro declínio da eficiência do processo penal enquanto instrumento destinado à punição e prevenção de delitos, que nos conduz a excluí-lo da tarefa antes mencionada.²⁵ Sobre esse tema, de inegável amplitude, deixa-se de tecer maiores considerações, trazendo, tão somente, breve reflexão a esse respeito, para que, quanto à problemática apresentada na presente tese, o amadurecimento dessas questões possa se assomar na busca de melhores estratégias para lidar com a problemática que será explanada.

²⁵ Ao assumir uma função mais garantista e delimitar a intervenção punitiva estatal, a política criminal de um Estado Democrático de Direito reserva o direito penal para as relações jurídicas mais severas, ou para as situações em que a paz social não pode ser atingida por meios menos drásticos. O processo penal caminha, atualmente, no sentido da despenalização, da aplicação de medidas alternativas à pena, do Direito Penal mínimo e do garantismo, com pretensões de se humanizar e restar justificado como *extrema ratio*²⁵. De outra banda, a busca de soluções externas ao direito penal pode permitir a construção de um sistema de ilícitos e sanções não penais que possuam as mesmas garantias de fundo previstas para aquelas penais, com a vantagem de obtenção de resultados palpáveis em termos de confiança no ordenamento e combate à impunidade (Nesse sentido é a análise de ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 147).

Medidas de natureza cível parecem, muitas vezes, ser a melhor alternativa para se alcançar os anseios das vítimas. Na hipótese da presente tese, cuida-se de vulneráveis por conta da idade avançada, que demandam a ação estatal para os proteger, o há de ocorrer por meio das alternativas na esfera cível, pelo menos de modo mais efetivo, segundo se entende e se pretende defender, ao longo do desenvolvimento desse trabalho.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Se, no passado, o Direito de Família era visto como quase incomunicável com a responsabilidade civil, pois o primeiro representava um capítulo mais existencial, ao passo que o segundo seria aquele patrimonial, com as transformações operadas, desde a segunda metade do século XX, os dois setores aproximaram-se. O dano moral,²⁶ incluindo as lesões a interesses existenciais, libertou a responsabilidade civil das amarras da patrimonialidade, com novo terreno de aplicação de consequências quantitativas, mas também qualitativas.²⁷

Nota-se que não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e do conseqüente dever de indenizar (ou compensar), no Direito de Família. O fato de existir entidade familiar não se constitui, dessa forma, em uma causa de imunidade civil. Os textos legais²⁸ que regulam a matéria tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, regulando, assim, as relações nascidas no seio familiar. No entanto, é forçoso reconhecer que fatores envolvendo alto grau de subjetividade, como afetividade, amor ou mágoa, dificultam, na espécie, a constatação dos elementos configuradores do dano moral.²⁹

²⁶ O dano moral pode ser entendido como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela, ou a interesse jurídico atinente à personalidade, necessita ser devidamente comprovado (SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 628).

²⁷ SCHREIBER, Anderson. *Responsabilidade civil e direito de família. A proposta da reparação não pecuniária*. In: MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 32.

²⁸ Inicialmente, em seu art. 5º prevê a Constituição Federal de 1988:

“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; (...)”

Por sua vez, o Código Civil de 2002 prevê que:

“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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes(...)

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

²⁹Nesse sentido foram as considerações da Ministra Nancy Andrighi, no seu voto, durante o julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), julgado em 24/02/2012.

Demanda-se uma atenção especial, diante das características especiais dessa área do direito civil. A ação de responsabilidade civil por infração de regra de direito de família pode ser livremente intentada, com as restrições impostas pelas peculiaridades das relações familiares. A possibilidade de reparação, por meio do dano moral, busca fortalecer esses valores atinentes ao respeito humano para aquele que jamais recebeu afeto ou o mínimo de cuidado.³⁰

Os interesses merecedores da proteção do ordenamento jurídico devem ser distinguidos daqueles caprichosos, fúteis ou que tratem de meros aborrecimentos ou transtornos do dia a dia, no âmbito da entidade familiar. Nesse diapasão, não pode ser acolhida toda situação ensejadora de tristeza, sofrimento ou aborrecimento como condutora, de modo cabal, a uma indenização por dano moral. Somente as demandas graves o suficiente para afetar a dignidade humana, em seus diversos substratos materiais, seja a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, é que poderiam fundamentar a análise da responsabilidade civil, no âmbito da família, e ensejar eventual reparação.

Com o reconhecimento do dano moral no direito de família, necessária é a ressalva de que esse deve ser restrito a casos extremos de efetivo excesso nas relações familiares, ou seja, admitido apenas em situações excepcionais. Pensar de modo contrário traria uma série de graves consequências para os relacionamentos em geral, com melindres e engessamentos. Os valores éticos em conflitos não de ser ponderados pelo magistrado, buscando-se o atendimento da finalidade da norma social. O grande desafio é como equilibrar essas duas premissas, não permitindo que logrem êxito pretensões infundadas, mas que restem acolhidas os interesses merecedores de tutela.

Altamente recomendável, na hipótese, é a utilização da técnica da ponderação de princípios, mormente, para a seleção destes, quando, normalmente, ocorre colisão

³⁰ CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do dano moral no direito de família*. RJLB, ano 1 (2015), nº 6, p. 1673- 1714.

de princípios.³¹ O exame objetivo do fato, no equilíbrio entre a conduta e a lesão, é que selecionará o interesse existencial concretamente merecedor de tutela e evidenciará se, de fato, tratar-se de dano reparável. Assim, na análise do direito à reparação de danos concretos sofridos, evitar-se-ia um campo fluido e despido de pretensões compensatórias injustas, despidas de razoabilidade ou incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade.³²

Em sentido oposto, acaso negada a reparação por danos materiais e morais causados por um membro da família ao outro, poderia ocorrer estímulo à reiteração dessa conduta lesiva, o que poderia acelerar o processo de desintegração familiar. Ainda, é factível o surgimento de dano social maior do que aquele que se pretende reparar,³³ bem como de malefícios, desgastes e deterioração de uma relação já desgastada. Existiria, porém, para a hipótese outro caminho além do indenizatório?

Outro argumento que sobrevém na discussão do assunto é que a indenização não restitui ou assegura o afeto. Em outra medida, por meio dessa ação, os danos poderiam ser minorados, por exemplo, por tratamentos psicológicos,³⁴ entre outros que possam ser custeados com esses valores e que importem em algum tipo de melhora para o autor.

A responsabilidade por dano moral no âmbito familiar há de ser analisada de forma casuística, exigindo o julgador provas irrefutáveis para que não ocorra a

³¹ MENDES, Guillianno Caçula. *A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo*. Revista da AGU, Brasília- DF, v. 15, n. 02, p. 127-154, abr./jun.2016., p. 139.

³² ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso*. In: MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

³³ AGUIAR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no Direito de família. Doutrina do STJ – edição comemorativa – 15 anos, p. 472. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout15anos/article/.../3776]. Acesso em: 04.11.2018.*

³⁴ A título de exemplo, ainda, no ressarcimento por falta de assistência material e intelectual aos filhos, o valor pago a este título serviria para que a pessoa pudesse alcançar uma melhor condição socioeconômica e educacional que, certamente teria adquirido, se o auxílio houvesse sido prestado tempestivamente.

banalização do dano moral. Todo relacionamento familiar é permeado não apenas por momentos felizes, mas também por sentimentos negativos, como a raiva, a mágoa, a vingança, a inveja.

Alguns autores, a exemplo de ALINE BIASUZ SUAREZ KAROW,³⁵ entendem que a reparação, na espécie, seria do tipo *in re ipsa*. Assim, demonstrar-se-ia o dano e o nexos causal. Para GUILLIANNIO CAÇULA MENDES³⁶ haveria a possibilidade de responsabilização por condutas mesmo que lícitas, pois o dano em si seria “objetivamente antijurídico”, numa objetivação do dever de ressarcir o dano causado, ainda que a conduta não seja propriamente ilícita ou antinormativa.

Na jurisprudência, podem ser encontradas dispensas de demonstração da dor, da mágoa, ou outra forma de lesão sofrida pela vítima, em razão do dano moral ser supostamente presumido, diante da lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.³⁷ Na realidade, esses sentimentos são a mera consequência da violação de um ou mais direitos da personalidade, que pode ou não suceder. Para que se configure uma

Entende-se que o fato de se dispensar a prova da dor, da humilhação, do sofrimento, ou da mágoa em si não justifica que se dispense a prova quanto à própria existência do dano moral,³⁸ elemento mais importante da responsabilidade civil. Essa é a função primordial do instituto e a adoção de posicionamento diverso poderia servir

³⁵ *Abandono afetivo. Valorização do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 289.

³⁶ A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo. *Revista da AGU*, Brasília- DF, v. 15, n. 02, p. 127-154, abr./jun.2016, p. 140.

³⁷ A título de ilustração, o Recurso Especial1643051 / MS (2016/0325967-4), sendo Relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, com julgamento em 28/02/2018 e publicação no DJe de 08/03/2018, submetido ao rito dos repetitivos (art.1.036 do CPC, c/c o art. 256, I, do RISTJ), considerou, nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória. Consoante o Ministro Relator: “Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa”.

³⁸ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão...* cit., p. 322-324.

de grande estímulo à propositura de ações infundadas. Esse dano somente poderia ser presumido, no plano das consequências sobre as variáveis subjetivas da vítima, mas jamais no que concerne à própria demonstração da sua existência.³⁹ A investigação há de ser centrada na concreta ofensa a um direito da personalidade ou a um direito fundamental do ofendido.

Essa prova pode ser feita, por exemplo, por laudos psicológicos ou estudos sociais, determinando a existência e a extensão desse dano psíquico porventura existente. Assim, verificar-se-ia o direito à reparação de danos concretos sofridos, evitando-se, em um campo fluido e despido de enumerações taxativas, pretensões compensatórias injustas, despidas de razoabilidade, ou incapazes de possibilitar uma verdadeira conjugação entre a afirmação da dignidade com o dever de solidariedade.⁴⁰

Possibilitar, como regra, a indenização por dano moral, sem prova da sua existência, configura enorme risco para a sociedade, que não restaria, assim, sob o manto da justiça protetiva. Importaria, ademais, em demasiado poder ao julgador, em demandas que poderiam, nem sempre, estar revestidas de comportamento ético e correto. A análise casuística revela-se como a melhor solução.

2.1 Desafios da responsabilidade civil nessa seara

Prevenir a produção de danos à vida social e familiar persiste como desafio, no choque do caráter existencial, não econômico, e relacional que marca o direito de família com a responsabilidade civil em seus moldes mais tradicionais.⁴¹ A compensação, nesse contexto, seria o mais relevante?

Se a indenização for compreendida como um dos meios para alcançar a reparação, teria o juiz a liberdade para combinar o remédio pecuniário com outros que,

³⁹ Nesse sentido se manifestam FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil. Responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2017, p. 966.

⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade por omissão... cit, p. 323.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. Op. cit.

sem exprimir valor monetário, permitam o atendimento do seu direito material, a integral reparação do dano sofrido?

Os remédios específicos e tradicionais do Direito de Família mostram-se, mais das vezes, como insuficientes para tutelar os interesses lesados no âmbito das relações familiares, a exemplo da perda do poder familiar, para o pai negligente. A responsabilidade civil, remédio geral e irrestrito, em muitos casos, passou a funcionar como única esperança para onde convergiam os anseios.

Como diretrizes de uma nova perspectiva de estudo da responsabilidade civil, evitar que novos danos da mesma natureza continuem a ser produzidos no ambiente social e restituir a vítima à posição mais próxima possível daquela ocupada anteriormente à lesão podem dar um tratamento mais efetivo a esses danos.

O caminho de manutenção do remédio exclusivamente pecuniário para a reparação dos danos extrapatrimoniais seria o ideal? Esse induziria à conclusão de que a lesão a interesses existenciais seria a todos autorizada, desde que o ofensor esteja disposto a arcar com o valor correspondente?

Ademais, há a preocupação de que a exclusividade da reparação em pecúnia possa reforçar a tese do dano moral como instrumento de mercantilização, mensurando o que não seria quantificável ou convertendo a lesão ao direito de personalidade em uma mercadoria.

Outros remédios podem reparar o dano sofrido que não sejam apenas o pagamento em dinheiro? Na decisão judicial, como alternativa, poder-se-ia somar, à condenação do pagamento de quantia em dinheiro, o emprego de meios não pecuniários de reparação do dano, a exemplo de um pedido de desculpas ou retratação, pública ou privada ou publicação de nota, em jornal de circulação?

O Poder Judiciário poderia, assim, exercer papel efetivamente pedagógico, a ser alcançado não apenas por meio do desestímulo à conduta lesiva, mas também

por meio de especificações de deveres de conduta, estimulando a real reparação do dano sofrido por meio da reconstrução da relação familiar? Quais os limites para a atuação judicial nessa seara sem atingir os direitos fundamentais dos indivíduos em questão?

Constata-se que, no Direito de Família, o pagamento da indenização não encerra, como nas outras áreas do direito civil, a relação existente entre autor e réu. Continuando a existir o parentesco ou o afeto, novos danos da mesma natureza poderiam ser deflagrados, bem como as violações de deveres podem apresentar características de permanência e continuidade. Frequentemente, o próprio dano persiste, tal como no abandono afetivo. Uma espécie de reparação duradoura, tal como a relação familiar, pode ser exigida para uma reparação integral à vítima, nesse âmbito em particular. Forçoso é concluir que essa persiste como um grande desafio, diante das diversas implicações de que pode se revestir.

3. CONCEITO ATUAL DE FAMÍLIA E A PROTEÇÃO AOS SEUS VULNERÁVEIS

A partir do século XX, a família foi perdendo suas características rígidas de patrimonialidade, hierarquia e patriarcalismo. E assim foi deixando de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução para ser o espaço de amor e de afeto,⁴² abandonando o tradicional modelo familiar, que instrumentalizava as relações sociais como instituição erigida sobre o tríplice estandarte do matrimônio, patrimônio e do pátrio poder (hoje: poder familiar).

Tendo o conceito de entidade familiar sofrido inúmeras alterações, ao longo da história, indubitavelmente, o Direito necessita acompanhar tais mudanças, uma vez que ele é instrumento regulador do meio social. Assim, atualmente, destaca-se a denominada “família nuclear eudemonista”,⁴³ com foco nas pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas.⁴⁴ Nesse diapasão, PIETRO PERLINGIERI⁴⁵ leciona que o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem, cada vez mais, o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar.

Nota-se que o conceito de família sofreu inúmeras alterações ao longo da história e o Direito há de se movimentar para acompanhar tais mudanças, uma vez que ele é instrumento regulador do meio social.⁴⁶ A família deixa, nesse contexto, de ser supervalorizada enquanto instituição, passando a visualizar os membros que a

⁴² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

⁴³ Pode esta ser entendida como família cuja formação decorre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidade em seus componentes, bem supremo da existência humana. Família eudemonista é a que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade (MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas 9 (*Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41-42).

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. Op. cit., p. 161.

⁴⁵ O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 973.

⁴⁶ BEGALLI, Ana Sílvia Marcatto. *Temas relevantes de direito de família*. Jundiaí: Paco editorial, 2015. Livro digital.

compõem de uma forma individualizada.⁴⁷ Assim, devem ser considerados os pais na velhice, como parte integrante dessa família eudemonista, como indivíduo em busca de sua felicidade nesse *locus*.

O que prevalece, na constituição de uma família, é a comunhão de vida, com fundamento nos objetivos e nos sentimentos compartilhados. Os indivíduos se unem, com a finalidade de promoção, desenvolvimento e realização da personalidade de cada um, assim surgindo as diversas formas de organização familiar,⁴⁸ na forma da felicidade de cada um e do seu bem-estar emocional.

PERLINGIERI⁴⁹ destaca, nesse contexto, a relevância do papel global da pessoa, na entidade familiar, respeitando as suas peculiaridades intelectivas, entre outros aspectos. No caso do idoso, algumas vezes, essa, sob o fundamento de cuidar do seu bem-estar, de protegê-lo e poupá-lo, acaba-se alijando-o das decisões, retirando-lhe sua liberdade de escolha, até para coisas mínimas do dia a dia.⁵⁰

No entanto, o respeito à autonomia do cidadão dessa faixa etária, na medida da sua individualidade, promovendo a sua dignidade, em concreto, realizando a sua personalidade, respeitando-lhe os valores e sentimentos, especialmente por sua família, mas também pela sociedade e pelo Estado, revela-se como um grande desafio.

Nesse contexto familiar, na formação desse grupamento, surge a necessidade de proteção aos mais fracos, àquele que necessitem de maior atenção e mais cuidados, pelo que se passa, no próximo capítulo, à análise do que se entende por vulnerabilidade, especialmente nesse âmbito.

⁴⁷ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Regras, princípios e postulados no direito das famílias*. In: RIBEIRO, Ana Cecília Rosário et al. *Os princípios e os institutos do direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 231.

⁴⁸ Op. cit., p. 231.

⁴⁹ *O direito civil na legalidade constitucional...cit.*, p. 978.

⁵⁰ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.

3.1 Vulnerabilidade

Pode-se definir “vulnerável” como aquele que pode ser ferido, física ou moralmente, bem como no âmbito econômico e de sua integridade psicológica. Diz-se, também, do lado fraco de um assunto ou de uma questão, e do ponto por onde alguém pode ser ferido ou atacado. No dicionário etimológico, “vulnerar” relaciona-se, ainda, além de ferir, com prejudicar ou ofender.

Deriva o vocábulo “vulnerabilidade” do acrescer remédio para favorecer a cicatrização da ferida.⁵¹ Conforme a psicologia, seria “a suscetibilidade a desenvolver a condição, transtorno ou doença quando exposto a agentes ou condições específicas”.⁵² Essa se refere a um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários de especial proteção, justificando-se o tratamento diferenciado em razão de suas condições políticas, sociais e culturais.⁵³

Esse conceito seria aplicado a um dado grupamento social, conforme sua capacidade de prevenir, resistir e contornar potenciais impactos. Por diversas razões, as pessoas vulneráveis são aquelas que não têm essa capacidade desenvolvida e, por conseguinte, encontram-se em situação de risco,⁵⁴ apresentando maiores chances de se tornarem vítimas de ilícitos civis ou penais. Ressalva-se, porém, que não coincidem os conceitos de “vítima” e “vulnerável”, pois, para o último, o dano ainda não ocorreu, estando esse, porém, exposto a um risco.⁵⁵

⁵¹ Tradução livre de dados disponíveis para consulta no site www.etimo.it. Acesso em 20.0.2018.

⁵² VANDERBOS, Garu R. (org.). Dicionário de psicologia. American Psychological Association. Tradução: Daniel Bueno, Maria Adriana Veríssimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2010. Reimpressão 2015, p. 19.

⁵³ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (livro digital), posições 2483 e 2490.

⁵⁴ Disponível em: [\[www.conceito.de.com.br\]](http://www.conceito.de.com.br). Acesso em: 20.10.2018.

⁵⁵ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Mútuo bancário e vulnerabilidade do consumidor idoso analfabeto. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Civil sob a orientação do Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini. 2016. Disponível em: [\[https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19268\]](https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19268). Acesso em: 03.11.2018.

Assim, explica ANNICK BATTEUR⁵⁶ o conceito, no direito francês:

Parmi les personnes humaines, certaines font l'objet d'une protection particulière, en raison de leurs faiblesses naturelles. Il s'agit des mineurs et de ceux que l'on appelle « les majeurs protégés », c'est-à-dire essentiellement ceux qui ont besoin d'être représentés ou assistés dans leur vie juridique en raison d'une altération de leurs facultés mentales. (...) La protection des majeurs est dispensée par le droit appelé aujourd'hui « Droit des majeurs protégés » : il concerne essentiellement les personnes placées sous tutelle ou curatelle.

Da citação anterior, a respeito desse tópico, registra-se que, entre as pessoas humanas, algumas necessitam ser objeto de uma proteção particular, em razão de suas fraquezas naturais, incluindo os “maiores protegidos”, denominação naquele sistema para aqueles que carecem de representação ou assistência, por conta de alteração em suas faculdades mentais, algo que se aproxima do sistema pátrio, especialmente após a edição do Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência.⁵⁷

No Brasil, cumpre, primeiramente, à família cuidar de seus membros que apresentem quaisquer desses traços e que demandem tratamento especial. No agrupamento familiar, uns devem se responsabilizar pelos outros, independentemente da existência, ou não, de afeto, conceito que merecerá maior atenção, a seguir, nesse trabalho. Trata-se de dever de conduta objetivo, com fonte na lei e com origem no parentesco, tal como o dever de cuidado, de que se tratará, por igual, e que apresenta inegável vínculo com o objeto do tema dessa tese.

Enquanto a vulnerabilidade seria inerente à existência da pessoa, a hipossuficiência estaria vinculada à pobreza, sendo, portanto, conceitos diversos.

⁵⁶ BATTEUR, Annick. *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*. 8. ed. LGDJ: Issy les Moulineaux, 2015, p.19

⁵⁷ Após o advento dessa lei, a capacidade, para os atos da vida civil, passou a ser a regra geral e a incapacidade, a exceção, o que tem ampla aplicação quando se cuida dos maiores que necessitam de proteção, ou seja de pessoas plenamente capazes até que o fator cronológico e fragilidade decorrente do próprio envelhecimento humano passam a interferir no discernimento desse indivíduo, fazendo-o demandar apoio para exercer os seus direitos e autonomia, na medida da sua individualidade, a que essa assistência ou representação fica adstrita.

Cumpra ao Direito, diante da maior vulnerabilidade potencial de determinado segmento da família, perceber os perigos que os cercam e os proteger, na medida da proteção que cada um demande, e de acordo com a sua individualidade.

A tutela ao grupo de cidadãos de idade mais avançada, nesse ínterim, deve conciliar com a sua capacidade de autodeterminação e, sobretudo, com o respeito, da família, do Estado e da própria sociedade. Exsurge a necessidade de, nesse caso, materializar a capacidade civil desses indivíduos, em alcance do princípio da igualdade, por meio da proteção e promoção de sua dignidade.⁵⁸ Vale destacar, ademais, que o idoso não é individualmente incapaz, porém ele compõe um grupo com vulnerabilidade em potencial.

A elevada idade cronológica, por si só, não significa, mas pode implicar em condição de vulnerabilidade. A noção de incapacidade, porém, muito se distancia dessa. A entidade familiar é solidária nesse processo, pois, tal como os pais edificam a autonomia de seus filhos, simetricamente, os descendentes preservam a autodeterminação de seus ascendentes, quando vulneráveis.⁵⁹

No que pertine ao indivíduo mais velho, reconheceu-se, juridicamente, a sua vulnerabilidade, com a edição do Estatuto do Idoso. O diploma legal em questão escolheu um parâmetro mínimo, de cunho objetivo, para definir a partir de que idade alguém seria considerado idoso, o que se fez necessário. Em 2003, à época da edição da Lei 10.741, a escolha fixou-se na idade de 70 (sessenta) anos. Embora a velhice seja um processo que se instala de modo diverso em cada indivíduo, seria inviável analisar cada caso individual para se classificar alguém como idoso e para que esse, só assim, pudesse buscar o amparo dessa legislação.

Passados 14 (quatorze) anos, a Lei 13.266 veio a assegurar aos maiores de 80 (oitenta) anos, uma prioridade em relação aos demais idosos, de idade menor do que

⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão...* cit., p. 316.

⁵⁹FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil. Responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2017, p. 962.

essa, inclusive para a tramitação de seus processos e em atendimentos de saúde. Criou-se a figura denominada de super-idoso. Acredita-se que a novel lei tenta remediar, em parte, as críticas sofridas, pela escolha dos 70 (sessenta) anos como parâmetro inicial, bem como reflete o aumento da expectativa da vida e o próprio envelhecimento da população mundial, assunto que será objeto de tratativa no decorrer desse trabalho.

4. DEVER DE AMPARO AOS PAIS NA VELHICE ASSOCIADO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A origem da boa-fé relaciona-se ao culto de *Fides*, que lhe empresta o nome, esse centrado na mão direita da divindade, símbolo de entrega e lealdade. A confiança e a crença associavam-se à *fides facta* ou *fides ética*, à época da Lei das XII Tábuas, associadas a valores de ordem moral, social ou religiosos, portanto, sem a proteção jurídica.⁶⁰ Em seguida, no desenvolvimento da *bona fides*, o conceito passou a ser bastante diluído, utilizado em diversas situações jurídicas, primeiramente em difusão horizontal⁶¹ e, depois, em vertical.⁶²

A lição do *bona fides* romana está associada ao *honeste vivere*, a ser um homem bom, a agir com honra, em prol do bem da comunidade. Ainda, associada estaria a noção de justiça e de lealdade. No direito justianeu, esse, além de significar honestidade,⁶³ trazia, em seu bojo, uma noção mais ampla, abarcando as ideias de boa-fé, justiça e igualdade.⁶⁴ No Direito canônico, o termo contrapunha-se ao pecado, traduzindo a noção de retidão de conduta decorrente da prescrição divina.⁶⁵

⁶⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

⁶¹ Expressão qualitativa de um instituto jurídico concreto, que passa a designar um instituto diferente.

⁶² Expressão qualitativa de um instituto concreto comunica-se a um princípio de direito, passando então a traduzi-lo.

⁶³ Consoante CÍCERO: “Há quatro fontes de onde decorrem tudo o que é honesto. A honestidade em descobrir a verdade pela astúcia do espírito, ou em manter a sociedade humana dando a cada um o que é seu e observando fielmente as convenções; encontra-se, ainda, ou na nobreza e força da alma indômita e inquebrantável ou nessa ordem e medida perfeita das palavras e ações, resultando daí a moderação e o comedimento” (CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres (De officiis)*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001).

⁶⁴ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual. No direito civil, no direito do consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (livro digital), posição 424.

⁶⁵ MONTEIRO, Cláudio Vicente. O princípio da boa-fé e sua função limitadora a exercício de direitos nas relações contratuais. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para a obtenção do título de mestre. Professor orientador: Sílvio Luís Ferreira da Rocha. 2003.

No Código Civil de 2002, os artigos 113⁶⁶ e 422⁶⁷ preveem, de modo expresse, o princípio da boa-fé objetiva. Hoje tido como um dos princípios jurídicos fundamentais do direito civil, vislumbrado em três dimensões: como critério interpretativo das normas jurídicas, como limitador da autonomia privada, ou como dever geral de conduta.⁶⁸

Pode a boa-fé ser identificada como cláusula geral, impondo ambos os dispositivos antes indicados (e o fundamento do princípio em questão) um comportamento correto, ético, equilibrado e segundo a moral, em qualquer relação jurídica.⁶⁹

Outrossim, sobre o princípio da boa-fé objetiva, no ordenamento jurídico brasileiro, paira a ameaça da sua utilização excessiva, o que poderia acabar banalizando o conceito, à semelhança do que ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, invocado para todo tipo de ocorrência, mesmo com regra jurídica específica ou outro fundamento que possa ser invocado.

Há que se alertar, nesse sentido, para o risco desse princípio servir de fundamento a decisões judiciais, com ‘papel puramente decorativo’, como ‘receptáculo de todas as esperanças, e, assim revelar-se-ia salutar a construção de um ‘acordo interpretativo mínimo’, em vista do resultado de sua incidência, nos casos concretos, possibilitando-se a sua aplicação técnica.⁷⁰

⁶⁶ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁶⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁶⁸ LÔBO, Paulo. *Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta*. In: LOBO, Fabíola Albuquerque, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Livro digital, posição 194.

⁶⁹ DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil pós-contratual. No direito civil, no direito do consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (livro digital), posições 762 e 1842.

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Disponível em: [www.lbfdam.org.br_img/congressos/anais/6.pdf]. Acesso em: 04.10.2018.

A importância desse princípio, que consta da Parte Geral do Código Civil de 2002, espalha-se em todas as áreas do direito civil, inclusive pelo direito de família. Consoante JUDITH MARTINS-COSTA, nas relações de Direito de Família, o matizamento da boa-fé, fortemente atingida pelo reflexo das relações pessoais pelos direitos da personalidade e, também, por elementos de cunho publicístico que possam prevalecer.⁷¹

Esse há de preponderar, decerto, no cuidado e no respeito, que a família deve ter com o “seu” idoso. A boa-fé tem inegável importância, visto que sua incidência não se restringe ao direito privado, mas abarca todo o direito, bem como por se tratar de princípio polissêmico, não sendo a sua incidência condicionada à função a que é destinada.⁷²

De modo espelhado, o artigo 1634 do Código Civil,⁷³ no que pertine ao poder familiar, outorga aos pais a possibilidade de exigir que os filhos lhes prestem obediência e respeito.⁷⁴

A responsabilidade pelos vulneráveis, dentro da entidade familiar, seja em qual extremidade da linha da vida se situem, demanda comportamento ético, correção, a *correttezza* do direito italiano, o agir correto, o cuidar de quem cuidou, antes, de si, durante a época da vulnerabilidade da infância. Significa retribuir a educação recebida, nesse momento especial e inicial de sua vida, especialmente no referente aos ideários de vida, de ética, aos valores morais, sociais e afetivos, compreendidos na maturidade e boa formação humana.⁷⁵

⁷¹ *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 300.

⁷² DONNINI, Rogério. *Bona fides: do direito material ao processual*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. Ano 41, v. 251. Jan/2016. São Paulo: Ed. RT, 2016.

⁷³ “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (...)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

⁷⁴ Respeito, etimologicamente traz a noção de olhar para trás, de resguardar-se e relaciona-se à figura de esperar ou à expectativa (Tradução livre de dados disponíveis para consulta no site: www.etimo.com. Acesso em: 02.11.2018).

⁷⁵ Acerca do dever de educação dos pais, em relação aos filhos, vale conferir as lições de MADALENO Rolf. *Direito de família.. cit.*, (livro digital), posições 23513-23521.

Alguns autores, a exemplo de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, preferem adotar a terminologia “princípio da confiança”, quando se referem ao âmbito das relações familiares, reservando a boa-fé objetiva, para funções, quando se trate de algum efeito econômico da relação familiar por um conteúdo ético. O último pretenderia vedar o enriquecimento ilícito e a frustração das expectativas alheias, ao passo que, no âmbito existencial, o “princípio da confiança” seria entendido como “afeto”, com a preocupação de preservação da dignidade dos componentes de cada núcleo familiar.⁷⁶ Discorda-se dessa diferenciação, entendendo que, em ambos os casos, cuida-se da mesma boa-fé objetiva, sendo, portanto, desnecessária a distinção. Ademais disso, não se entende qual seria a utilidade dessa distinção atualmente no direito de família, que, permeado pela dignidade de cada indivíduo, considera o âmbito existencial e individual mais importante do que o patrimonial, diferente de outrora.

Entende-se que a noção de “cuidado” proposta nesse trabalho, a seguir, seria uma melhor escolha e denominação para o conteúdo que essa subclassificação propicia em termos da exteriorização de atos e de sua visualização. O afeto traduziria um aspecto psicológico e de ordem íntima do indivíduo, na forma em que se buscou posicionar, ao longo do presente trabalho, impossível de ser aferido, ou medido. Nessa seara, outros princípios constitucionais poderiam incidir diretamente e, diante do caso concreto, por serem considerados superiores à boa-fé.⁷⁷

Deveres anexos ou acessórios dessas medidas de justiça ou de boa-fé seriam a proteção, a dignidade humana, a solidariedade e a liberdade. Do mesmo modo, a própria cláusula geral da dignidade da pessoa humana impõe um comportamento correto, equânime e ético, dessa resultando as cláusulas gerais da boa-fé objetiva.⁷⁸

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. A tutela jurídica da confiança aplicada ao Direito de família. Escritos de Direito de Família. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 43.

⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no direito de família.. cit.

⁷⁸ Op. cit, posição 1945.

O art. 229, da Carta Magna de 1988, indica a justa expectativa dos pais idosos, de que seus filhos lhe amparem, na velhice, carência e enfermidade, tal como cuidaram deles, enquanto infantes desprotegidos e indefesos. Como premissa para a aplicação desse entendimento, não podem os pais, quando na infância da prole, tê-los abandonado, para que exijam, na velhice, carência ou enfermidade, não serem eles os abandonados, os que sofram quaisquer tipos de abuso ou de violência, como se pretende voltar a tratar ao longo desses escritos. Essa seria a sua justa expectativa.

Como cânone interpretativo, a boa-fé objetiva teria como uma de suas principais funções, a limitação ao exercício de situações jurídicas subjetivas, em razão do comportamento continuado de um sujeito e da conseqüente expectativa que cria no outro.

O princípio em tela, constante da Parte Geral do Código Civil de 2002, aplicável em todas as áreas do direito civil, inclusive no direito de família e, portanto, a preponderar no cuidado e no respeito, que a família deve ter com o idoso, no âmbito familiar. A responsabilidade pelos vulneráveis, nesse, demanda comportamento ético, correção, o cuidar de quem cuidou, antes, de si, durante a época da vulnerabilidade do outro. A justa expectativa dos pais idosos é de que seus filhos lhe amparem, na velhice, carência e enfermidade, tal como cuidaram deles, enquanto infantes indefesos. O ordenamento jurídico não dá guarida à ingratidão. Ao revés, caso essa configure ato ilícito, a lei prevê a possibilidade de responsabilização, seja em âmbito cível ou penal.

Ser honesto, agir com correção, importa, afinal, em demonstrar, com gestos exteriores, o cuidado, a reciprocidade esperada e a gratidão por tudo que se recebeu, em momento anterior e, no momento em que situações da vida o demandarem, agir da forma como a expectativa sobre a ação desse filho pairava.

Assim, ao testemunhar os cuidados, todo o esforço e paciência ideais, em um filho, ao tratar de um de seus genitores doente, com limitações variadas de ordem física ou mental próprias da idade, o julgamento moral que pairará sobre o mesmo há

de ser o de admiração, sim, mas sobretudo um “não se esperava dele nada de diferente”.

Vocacionada a entidade familiar a promover, efetivamente e em concreto, a dignidade da pessoa humana e a realização da personalidade de cada um dos seus membros, com seus sentimentos, esperanças e valores próprios, há que se reconhecer a necessidade de existência de regras de postura ética entre os componentes dos núcleos familiares, para que, assim, a solidariedade e o respeito recíproco se materializem.⁷⁹

Assim, condutas individualistas, ou egoísticas, não merecem amparo, em âmbito familiar, onde imperam naturais expectativas de ética, de solidariedade, de confiança, de respeito e de acolhimento, entre outros.⁸⁰ A ideia, proveniente do direito romano, do *neminem laedere*, de não lesar a outrem, seria aplicável à situação, pois essa seria a conduta menos esperada, de alguém tão próximo, de quem se esperaria reciprocidade daquele tratamento, tal como dado na infância.

Mesmo adulto, perfeitamente autônomo, mais ativo e melhor remunerado do que seus pais, os filhos devem respeitar a dignidade de seus pais e, sobretudo respeitar a vontade desses.⁸¹ Em um processo de desenvolvimento adequado do ciclo da vida familiar, com o desenvolvimento da lealdade familiar e da confiança, esses ascendentes passam a cuidar dos genitores idosos, que permitem sejam cuidados, invertendo-se os papéis, diante da circunstância do envelhecimento.⁸²

⁷⁹ Observações de teor semelhante podem ser extraídas dos escritos de FARIAS, Cristiano Chaves de. *A tutela jurídica da confiança...* cit., p. 19.

⁸⁰ A propósito do assunto, vale registrar que SAMIR NAMUR e VINICIUS KLEIN⁸⁰ (A boa-fé objetiva e as relações familiares. In TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. V. III. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2012, p. 355-372) concluem que não se aplicaria o princípio da boa-fé objetiva, em situações em que o interesse da criança deva ser identificado, independente de como se manifestaram os pais, com base no princípio do melhor interesse. Discorda-se de tais conclusões. Tratando-se de situação de conflitos de princípios constitucionais, a solução mais adequada seria, no caso concreto, a ponderação desses.

⁸¹ DREYER, EMMANUEL. *La dignité des personnes âgées*. In: BINET, Jean-René (direction). *Droit et vieillissement de la personne*. Paris: Lexis Nexis, 2008, p. 55, tradução livre.

⁸² PENSO, Maria Aparecida e MORAIS, Ivalda Alves de. *O ciclo da violência em famílias com idosos*. In: FALEIROS, Vicente de Paula; LOUREIRO, Altair Machado Lahud e PENSO, Maria Aparecida (org.). *O conluio do silêncio: a violência intrafamiliar contra a pessoa idosa*. São Paulo: Roca, 2009, p. 57 e 60.

HELOÍSA HELENA BARBOZA⁸³ alinha tal princípio àquele de melhor interesse do idoso, esse de base constitucional, consectário natural da cláusula geral da tutela da pessoa humana, sendo fonte da proteção integral devida ao idoso, que precisa da força protetora da lei para manter a sua autonomia, em constante ameaça de sua negação ou subtração, no confronto com sua crescente e natural fragilidade, em sentido contrário às crianças e aos adolescentes.

Merece transcrição trecho do REsp 1025769/MG, que teve, como Relatora, a Ministra Nancy Andrichi:

Sob a perspectiva inescapável da boa-fé objetiva – que deve guiar não apenas as relações negociais, como também as decorrentes de vínculos familiares, como um manancial criador de direitos e deveres jurídicos entre os envolvidos, de cunho preponderantemente ético e coerente, como são os deveres de lealdade, de respeito, de honestidade e de cooperação –, munir-se-á o Juiz de um verdadeiro radar a fim de auscultar a melhor forma de concretização das expectativas e esperanças recíprocas outrora criadas, nascidas do afeto e nutridas pela confiança.

Observa-se que, em geral, nas obras que cuidam do direito de família, normalmente, não se trata dos idosos e de seus direitos, no âmbito familiar, ou então o tema é tratado de modo tímido, *en passant*.

Defende-se que deveria ser ampliado esse tratamento, e não no que se refere a eventual microsistema referente ao Estatuto do Idoso. Tal como a criança e o adolescente dispõe de seu próprio estatuto e contam com dispositivos legais relativos aos seus direitos, no Código Civil, *de lege lata*, esse poderia ser o caminho adotado para o melhor tratamento dos direitos dos idosos, especialmente considerados os mesmos no seio familiar, integrando-os indubitavelmente.

⁸³ *O Princípio do Melhor Interesse do Idoso*. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 37.

Quanto ao princípio da boa-fé objetiva, no âmbito do direito de família, de igual modo, dispõe-se de pouca doutrina sobre o assunto. Ademais, quanto ao tema relacionado ao cuidado que se demanda dos filhos, com seus pais idosos, mais difícil ainda encontrar material sobre o tema, embora o Estatuto do Idoso, associado ao disposto na Constituição Federal de 1988 já permitam concluir a existência desse dever jurídico normativo, a configurar evidente ato ilícito.

Com envelhecimento populacional projetado, o assunto, certamente, merece maior tratativa e amadurecimento.

5. HISTÓRICO, VIOLÊNCIAS, ABUSOS CONTRA O IDOSO E O ENVELHECIMENTO POPULACIONAL

Optou-se por agrupar, nesse capítulo, questões referentes ao idoso, indivíduo a que se dedica essa tese, que podem auxiliar na compreensão do quadro social atual, esse também, a ser analisado, em seguida. Por fim, cuidar-se-á do prognóstico de envelhecimento populacional, situando-o como problemática que demanda reflexão

5.1 A importância social, política e jurídica do idoso, ao longo da história

Estudar como o cidadão recebia tratamento diverso, à medida que o seu processo de envelhecimento se verificava, em cada época histórica, pode, certamente, contribuir para a compreensão do estágio atual, bem como para uma proveitosa reflexão a respeito do tema.

O respeito ao indivíduo mais idoso pode ser verificado, em períodos históricos diversos, o que podia, a depender de cada sociedade e contexto, associar-se a maior importância social ou política e quiçá jurídica. Entretanto, há registros que remontam a um passado longínquo sobre um certo comportamento de rejeição ao idoso, diante de uma suposta ideia da inutilidade do que envelhece, embasada nos fundamentos sociais de cada período.⁸⁴

Para os filósofos gregos, a velhice trazia consigo maior sabedoria, a capacidade de se tornar professor, para os mais de jovens, e a possibilidade de ser ouvido, revestindo-se, de inegável, importância social. Por outro lado, também, era sinônimo de fragilidade física.⁸⁵ Assim, na obra de Homero, a velhice associava-se à sabedoria, encarnada por Nestor, cujo tempo conferiu experiência, a arte da palavra e a autoridade, apesar do enfraquecimento físico. Porém, quando a Grécia viveu um

⁸⁴ Observações constantes da obra de BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 23.

⁸⁵ Idem, p. 24.

regime feudal, os mais velhos tiveram funções mais honoríficas do que eficazes, pela demanda de vigor físico para essas.

Para Platão, a fase da velhice estaria ligada ao conhecimento, diante das suas opções políticas. O reinado das competências que ele almejava era uma gerontocracia, pois apenas, após os cinquenta anos e depois de estudar, segundo o que escreveu, o homem teria condições de governar com inteligência. Destacavam-se as relevâncias sociais e políticas dadas aos mais velhos, segundo esse entendimento.

Por sua vez, Aristóteles entendia que, sendo o homem uma união de mente e corpo, era necessário que o último permanecesse intacto para uma velhice feliz. Com o declínio do mesmo, ocorreria o declínio do indivíduo como um todo. Essa concepção de velhice o leva a afastar o poder desses indivíduos, visto como enfraquecidos. Essa filosofia retirava dos anciões a importância política, portanto, o que se associava à social.⁸⁶

Em algumas das civilizações mais antigas, em países orientais, os jovens procuravam os anciões, em busca de conhecimento e experiência, relevando-se as suas funções sociais e políticas.

No Egito, por volta de 3.000 a.C., há registros de que já havia a obrigação dos filhos cuidarem dos pais idosos. A Bíblia traz evidências de respeito, dos judeus, aos mais velhos. Ademais, do ponto de vista legal, era crime, que poderia ser punido até com a morte, maltratar os pais. O órgão máximo do povo hebreu, o Sinédrico, ademais, era constituído por setenta “anciões do povo”, com destaque as funções cabíveis aos mais velhos, nesse período histórico e nessa cultura. Também entre incas e astecas, os indivíduos da terceira idade eram valorizados.⁸⁷

⁸⁶ ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de e LUCENA E CARVALHO, Virgínia Ângela de. *Aspectos sócio-históricos e psicológicos da velhice*. In *Mneme. Revista de humanidades*. Publicação do Departamento de História e Geografia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ensino Superior do Seridó – Campus de Caicó. V. 0-6. N. 13, dez. 2004/jan.2005 – semestral. ISSN-1518-3394. Disponível em: [www.cerescaico.ufrn.br/mneme]. Acesso em: 30.04.2018.

⁸⁷BOUCINHAS, Ana. *A velhice pela história*. Disponível em: [www.amantesdavid.com.br/a-velhice-pela-historia]. Acesso em: 30.04.2018.

Na Roma Antiga, podia-se constatar uma estreita relação entre a condição do mais velho e a estabilidade da sociedade, quanto ao “pater famílias”, que podia ocupar, ainda, importante cargo no Senado. No entanto, evidenciava-se um inegável contraste entre os destinos dos idosos da elite daqueles que integravam as massas. Com a queda do Império Romano, os idosos foram perdendo esse seu lugar de destaque na sociedade.⁸⁸

Na Idade Média, a velhice era ainda mais desprotegida, discriminada e renegada, inclusive quanto à proteção às suas propriedades ou bens, que deveriam ser defendidos, então, pela força das armas, porque o sistema repousava nos mais jovens, com a realidade do poder.⁸⁹ Implantou-se, no período, acompanhando essa questão social e até mesmo de cunho patrimonial, uma visão bastante negativa da idade avançada. Submetidos aos mais fortes, os anciãos formavam parte da população escrava e servil.⁹⁰

No século VI, passou-se a identificar a velhice como a cessação da atividade, iniciando-se a ideia moderna de isolamentos das pessoas desse grupo em retiros. Na França Feudal, as viúvas eram repelidas para os arredores dos mosteiros, ao passo que os pais mais idosos eram impelidos para o retiro religioso, tipo numa viagem preparatória para a morte.⁹¹ Era a ideia do isolamento social, pela inutilidade causada pela inatividade e fragilidades decorrentes da idade mais avançada, quando se perdia importâncias nas esferas social, política e jurídica.

⁸⁸ BOUCINHAS, Ana. Op. cit.

⁸⁹ ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de e LUCENA E CARVALHO, Virgínia Ângela de. Aspectos sócio-históricos e psicológicos da velhice. In Mneme. Revista de humanidades. Publicação do Departamento de História e Geografia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ensino Superior do Seridó – Campus de Caicó. V. 0-6. N. 13, dez. 2004/jan.2005 – semestral. ISSN-1518-3394. Disponível em: [www.cerescaico.ufrn.br/mneme]. Acesso em: 30.04.2018.

⁹⁰BOUCINHAS, Ana. Op. cit.

⁹¹ DUBY, Georges (org.). *História da vida privada. V. 2: da Europa medieval à Renascença*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 68.

Nos períodos do Renascimento e Barroco, persistiu a ideia de decrepitude e do caráter melancólico da velhice, tal como, no século XV, é possível perceber, na literatura francesa, a presença do pessimismo e a retratação da velhice como declínio e vergonha⁹² e, no século XVI, diante do culto à beleza e os anciãos não se enquadrarem na imagem considerada como ideal, à época, passam a ser alvo de preconceitos.⁹³

Com o avanço da medicina, nos séculos XVII a XIX, o número de pessoas em idade avançada aumenta, o que conduz à novas reflexões sobre as importâncias desse grupo social. No século XIX, com a Revolução Industrial, não sendo os idosos absorvidos, pelo mercado de trabalho, a velhice era tratada como uma questão de mendicância, em decréscimo de seu destaque dos pontos de vista econômico e social.⁹⁴

No século XX, surgem a geriatria e gerontologia como disciplinas formais. Com o novo milênio, evidencia-se a necessidade de esforços, a nível mundial, para atingir a meta de redução da violência contra esse grupo social. Resta em evidência a questão dos direitos humanos, especialmente no segmento populacional da terceira idade. Para a sociedade capitalista, a velhice simbolizava o fim de um período de produtividade, o que acarretaria, via de regra, uma diminuição do poder aquisitivo, com correlatas perdas em importância social, econômica e política.⁹⁵

Geralmente, nos diferentes contextos históricos, há uma atribuição de poderes para cada ciclo da vida. Mas também faz parte da história um descrédito político e social na pessoa do idoso.⁹⁶ A maioria das culturas tende a separar esses indivíduos, segregá-los e, real ou simbolicamente, desejar a sua morte. Em sociedade, esse

⁹² BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

⁹³BOUCINHAS, Ana. Op. cit.

⁹⁴ ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de e LUCENA E CARVALHO, Virgínia Ângela de. Op. cit.

⁹⁵ FEIJÓ, Maria das Candeias Carvalho e MEDEIROS, Suzana da A. Rocha. A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de cidadania. In *Revista Kairós Gerontologia*, 14(a), ISSN 2176-901X, São Paulo, março 2011: 109-123. Disponível em: [<https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/6930>]. Acesso em: 30.04.2018.

⁹⁶ MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2005, p. 784.

desejo social de morte dos idosos se expressa, sobretudo, nos conflitos intergeracionais, maus-tratos e negligências, cuja elaboração cultural e simbólica se diferencia no tempo, por classes, por etnias, e por gênero.

Conclui-se que, historicamente, a trajetória do idoso é marcada por exclusão, degradação e ausência de garantias de direitos.⁹⁷ Da observação dos mais variados sistemas, em épocas diversas, a conclusão a que se chega é a de que o conceito de velhice seria “uma construção social que depende dos contextos sociais, culturais e históricos”.⁹⁸

Assim resume essa questão SIMONE DE BEAUVOIR:⁹⁹

Se o problema da velhice é uma questão de poder, esta questão não se coloca no interior das classes dominantes” (...)

Tanto a etnologia quanto a biologia mostram que a contribuição positiva dos idosos para a coletividade é sua memória e sua experiência, que, no campo da repetição, multiplicam suas capacidades de execução e de julgamento. O que lhes falta é a força e a saúde; e também a faculdade de se adaptar à novidade e, com muito mais razão de inventar. Pode-se presumir, a priori, que os adultos se apoiarão nos velhos, nas sociedades fortemente organizadas e repetidoras. Nas sociedades divididas, nos períodos conturbados ou revolucionários, a juventude tomará a dianteira. O papel que os homens de idade representam privadamente, na família, reflete o que o Estado lhes confere (...).

O que se sobressai, da incursão histórica empreendida, é que esse período da vida já teve diferentes significados, trazendo consigo, desde remotas épocas, carga de preconceito, que se reflete no quadro atual, bem como na violação aos direitos e garantias desse grupo social. A questão da fragilidade física decorrente do próprio

⁹⁷ FEIJÓ, Maria das Candeias Carvalho e MEDEIROS, Suzana da A. Rocha. Op. cit.

⁹⁸ BÁRBARA, Ana Teresa dos Santos. *O idoso institucionalizado no contexto sócio-jurídico português*. In: CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). *Estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007, p.35.

⁹⁹ *A velhice*. 2. ed. Tradução: Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 94-95.

passar dos anos e da própria natureza humana, socialmente, pode-se traduzir em descrédito, com reflexos social, econômico e jurídico.

5.2 O envelhecimento populacional e de suas consequências

Após analisar, historicamente, a figura, em si, do mais velho e sua relevância, segundo diversos pontos de vista, registra-se que, até o século XIX, a baixa expectativa de vida não permitia que a velhice se tornasse, efetivamente, um problema social digno de reflexão. Entretanto, nos dias atuais, o quadro sofreu evidente alteração. Pesquisas e estudos foram empreendidos a respeito da temática que, cada vez mais, demanda maior atenção e planejamento das próximas ações.

O prognóstico constante do Relatório sobre o Envelhecimento da População Mundial, de 2013, da Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU,¹⁰⁰ considerando a redução das taxas de natalidade, é o de que o número de pessoas com mais de 70 (sessenta) anos deverá triplicar, alcançando o número de dois bilhões, em 2050, o que seria equivalente à população infantil (de zero a catorze anos de idade). Ainda, na maioria de países, segundo o mesmo relatório, a projeção é de que o número de pessoas acima dos 80 (oitenta) anos deverá quadruplicar até o mesmo marco temporal.

É a primeira vez, na história da humanidade, em que os países registram contingentes tão elevados de idosos, em suas respectivas populações, em anos recentes, especialmente no grupo de idade extrema, acima de 80 (oitenta) anos.¹⁰¹ É notório que o fenômeno do envelhecimento populacional é percebido mundialmente. A longevidade, por igual, pode ser constatada de modo global. Assim, na pós-modernidade, a velhice passou a ser tratada como um problema e veio a integrar as preocupações sociais do momento.¹⁰²

¹⁰⁰ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). World Population Ageing 2013. ST/ESA/SER.A/348.

¹⁰¹ VERAS, Renato. *Novos desafios contemporâneos no cuidado ao idoso em decorrência da mudança do perfil demográfico da população brasileira*. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio e ZAGAGLIA, Rosângela Alcântara (orgs.). *A arte de envelhecer. Saúde, trabalho, afetividade e Estatuto do Idoso*. 2 ed. Rio de Janeiro: UERJ, Editora Ideias & letras, 2004, p. 149.

¹⁰² SANTA ROSA, Ana Lucia Cardozo de. *O envelhecimento na pós-modernidade*. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio e ZAGAGLIA, Rosângela Alcântara (orgs.). *A arte de envelhecer. Saúde, trabalho, afetividade e Estatuto do Idoso*. 2 ed. Rio de Janeiro: UERJ, Editora Ideias & letras, 2004, p. 26.

O envelhecimento populacional revela-se como um verdadeiro desafio do mundo contemporâneo, afetando países diversos, independentemente de serem ricos ou pobres, de forma específica a cada sociedade, cultura e contexto socioeconômico. Associado ao aumento da expectativa de vida, exsurge a questão da solidariedade entre as gerações para o centro do debate e da necessidade de provisão de recursos financeiros ou de cuidados.¹⁰³

É inegável que o prolongamento da vida humana seria um ganho social, de cunho coletivo. No entanto, pode-se concluir que esse, também, encerra, em si, um risco, a exemplo de custos com aposentadoria e assistência médica, entre outros aspectos. Diante do fenômeno do acelerado crescimento do número de idosos, nas populações mundiais, vários dilemas surgem, para as sociedades e para os seus governos.

Nota-se a necessidade de revisão entre os ciclos da vida tradicionalmente usados; os limites de idade para aposentadoria; a organização dos serviços de saúde, para que passem a contemplar, em seu planejamento e práticas, as necessidades específicas desse grupo; a formação de pessoas para lidar com as necessidades próprias desta população; a organização dos espaços, dos equipamentos e dos materiais, dentro das moradias familiares, nas instituições sociais e nas ruas, para que os idosos possam viver protegidos, minimizando-se os riscos evitáveis de quedas e outros agravos; e mudanças culturais relativas à visão do envelhecimento e uma maior participação dos idosos na sociedade.¹⁰⁴

A estruturação do novo paradigma depende de como a sociedade absorverá os avanços trazidos pelo aumento da longevidade.¹⁰⁵ Seria necessário formular um conceito de cidadania multigeracional, para que cada um, independentemente da

¹⁰³ MAIO, Iadya Gama. *Pessoa idosa independente. Política públicas e cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 28.

¹⁰⁴ MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2005, p. 784.

¹⁰⁵ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.

idade que possua, possibilitando a sua participação de forma pública e contínua. Pode o conceito ser o continente que abrigue a dimensão da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais.¹⁰⁶

Urge enfrentar a visão deturpada que se tem hoje sobre o idoso, deixando clara a sua função na sociedade. Tais questões necessitam revisão para o próprio bem da humanidade ou das gerações futuras,¹⁰⁷ ou seja, aos seres que pertencem ao porvir, em relação a uma pessoa ou à humanidade atual, aos quais eles são genealogicamente ligados. Os legados para as gerações futuras são de responsabilidade coletiva dos cidadãos de hoje, o que envolve a noção de que todos têm importância, devendo ser respeitados, em suas diferenças e particularidades.¹⁰⁸ Uma sociedade para todas as idades não privilegia apenas as pessoas idosas, mas, a partir delas, com certeza, beneficia todas as gerações.¹⁰⁹ Uma sociedade que não tem velhos não se preocupa com eles. Mas, à medida que esta sociedade envelhece, passa-se a perceber que algo precisa ser feito.

Os cidadãos em processo de envelhecimento continuam querendo exercer sua autonomia, sua cidadania, seus direitos em geral. No entanto a sociedade, e até mesmo a própria família, só enxergam o outro como velho e não a si própria. A sociedade precisa se identificar com o idoso, deixando-o de o considerar como uma categoria à parte.¹¹⁰

No Brasil, do mesmo modo, a questão da redução da natalidade seria um dos fatores a considerar para que o antes considerado “país de jovens” se torne um “país

¹⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000, p. 330.

¹⁰⁷ GAILLARD, Émilie. *Génération futures et droit privé vers un droit des générations futures*. Paris: LGDJ, 2011, p. 07, tradução livre do francês, no original : « Les générations futures désignent les êtres qui appartiennent à l’avenir, para rapport à une personne ou à l’humanité actuelle, auxquelles ils sont généalogiquement reliés ».

¹⁰⁸ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Op. cit., p. 49.

¹⁰⁹ BRASIL, manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É preciso superar. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. Brasília: secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014

¹¹⁰ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Op. cit. 46.

de idosos”. No que se refere ao Censo Demográfico brasileiro, o prognóstico é a de que, nos próximos 20 (vinte) anos, a população idosa poderá exceder trinta milhões de pessoas, passando a representar 13% (treze por cento) da população. Observa-se, ainda, que a proporção de idosos, no país, cresce mais rapidamente do que a de crianças. Em 2025, porém, as projeções são de que o Brasil deve ocupar a 7.^a (sétima) posição, em números absolutos de idosos, com contingente de cerca de 30 (trinta) milhões de pessoas.¹¹¹

Há registros de que o Brasil é um país que envelhece, a passos largos e que as alterações, na sua dinâmica populacional, são claras, inexoráveis e irreversíveis.¹¹² Observa-se que o país dobrou a esperança de vida ao nascer, numa velocidade muito maior do que os países europeus, que levaram cerca de 140 (cento e quarenta) anos para envelhecer. Esse quadro projetado, de considerável aumento da terceira idade, conduz à necessidade de se repensar as atuações do Estado, da sociedade e da própria família, quanto a essa questão.

Forçoso é concluir que nações em desenvolvimento, como o Brasil, ainda não equacionaram, satisfatoriamente, sequer as necessidades básicas da infância e adolescência e se defrontam com a emergência, em termos quantitativos, de um outro grupo etário, também fora da produção econômica, em busca de investimentos para atender a demandas específicas, o que dificulta, em certa medida, a atenção a ser dada ao tema.¹¹³

Situada a questão do envelhecimento historicamente, com as importâncias dadas em cada época, e como fenômeno e problemática, diante do quadro atual, passa-se, no próximo tópico, a cuidar da violência e abusos contra os idosos, onde situa-se a hipótese tratada nesse trabalho.

¹¹¹ ZAGAGLIA, Rosângela Alcântara e PEREIRA, Tânia da Silva. *O Estatuto do Idosos e os desafios da modernidade*. In: LEMOS, Maria Teresa Toríbio e ZAGAGLIA, Rosângela Alcântara (org.). *A arte de envelhecer. Saúde, trabalho, afetividade e Estatuto do Idoso*. 2 ed. Rio de Janeiro: UERJ, Editora Ideias & letras, 2004, p. 177.

¹¹² VERAS, Renato. *Novos desafios contemporâneos no cuidado ao idoso em decorrência da mudança do perfil demográfico da população brasileira*. Op. cit., p. 149.

¹¹³ CALDAS, Célia Pereira. *A valorização do conhecimento da pessoa idosa e a manutenção do espírito crítico*. Op. cit., p. 54.

A questão de violência e abusos contra os idosos pode se materializar como o “abandono afetivo”. Outras condutas tidas como ilícitas, civis ou penais, podem se verificar no mesmo contexto, motivo pelo qual se entende importante a atenção a esses conceitos e a análise desse tema.

5.3 Violência e abuso contra os idosos hoje

Violência¹¹⁴ é um conceito referente a processos, a relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gênero, ou objetivadas por instituições, quando empregam diferentes formas, métodos e meios de aniquilamento de outrem, ou a sua coação direta ou indireta, causando-lhes danos físicos, mentais e morais.¹¹⁵

A violência contra os idosos, problema universal,¹¹⁶ é denominada, muitas vezes, de maus-tratos¹¹⁷ e abusos, físicos, psicológicos ou sociais, também abandono, negligências, abusos financeiros e autonegligência. De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS, a violência ou negligência contra os idosos pode ser definida como: ações únicas ou repetidas que causam sofrimento ou angústia, em uma relação que há certa expectativa de confiança. Não se trata apenas da violência física, mas também da violência velada, na esfera psicológica, moral,

¹¹⁴ A etimologia do vocábulo remete à noção de agir com força (In BONOMI, Francesco (org.). Vocabolario etimológico della língua italiana. Disponível em: [<http://etimo.it/?term=cura&find=cerca>]. Acesso em: 07 nov. 2018).

¹¹⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria. 2ª ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2005, p. 784.

¹¹⁶ Como reflexo de que a violência contra os idosos não é apenas um problema nacional. A Organização das Nações Unidas instituiu o dia 15 de junho como o Dia Mundial de Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa, buscando alertar a sociedade mundial sobre o considerável aumento de ocorrências de maus tratos cometidos a população da terceira idade.

¹¹⁷ Sugere MINAYO, Maria Cecília de Souza. (Violência contra idosos: relevância para um velho problema. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, 19(3); 783-791, mai-jun, 2003. Disponível no site http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2003000300010&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em 09.05.2018) que seja feito um monitoramento mais cuidadoso dos médicos que inclua visitas domiciliares periódicas, em caso de suspeita de maus-tratos. Nesse contexto, a participação desse grupo social que desponta como ator fundamental na trama das organizações sociais do século XXI.

econômica ou sexual. Os episódios dessa podem ocorrer no ambiente familiar, social e institucional, sendo caracterizados também pela negligência e/ou omissão.¹¹⁸

A negligência,¹¹⁹ por sua vez, é conceituada como a recusa, omissão ou fracasso por parte do responsável pelos idosos em lhes aportar os cuidados de que necessitam. É uma das formas de violência mais presente, tanto em nível doméstico quanto institucional. Dela, advém, frequentemente, lesões e traumas físicos, emocionais e sociais para a pessoa.¹²⁰ Associada a práticas que incidam nessa hipótese podem ocorrer situações que desemboquem na questão central dessa tese.

Embora a vitimização dos idosos seja um fenômeno cultural de raízes seculares e suas manifestações, facilmente reconhecidas, desde as mais antigas estatísticas epidemiológicas, esse problema não se apresentava com relevância social. Entretanto, estudos de várias culturas e de cunho comparativo entre os países têm demonstrado que pessoas da faixa etária mais avançadas de todos os *status* socioeconômicos, etnias e religiões são vulneráveis aos maus-tratos.

A violência familiar representa a intolerância, com a transformação do lugar originariamente destinado ao afeto, em ambiente de agressões, frustrando o desenvolvimento salutar da personalidade humana.¹²¹

No atual momento histórico, a quantidade crescente de idosos oferece um clima de publicização dessas informações e tornam essa temática, da violação de

¹¹⁸ BALUTA, Maria Cristina, MOREIRA, Dircéia e FIGUEIREDO, Rodrigo Cesar de Menezes. *A presciência do princípio da não violência no direito das famílias*. RJLB, ano 4 (2018), nº 3. P. 1009-1036. Disponível em: www.cidp.pt/revistas/rjlb. Acesso em: 02.05.2018.

¹¹⁹ Também são indicadas, como questões relacionadas com a violência, um tipo de negligência social difusa, que se manifesta como uma cultura de relação com os idosos, juntando, em sua configuração, o Estado, que se omite quanto a programas de proteção e quanto à avaliação das instituições que oferecem assistência, instituições que cuidam dos mais velhos, como se eles estivessem em um corredor de espera da morte; e famílias que, por dificuldades financeiras e outros motivos, costumam abandonar seus parentes em asilos e clínicas (MINAYO, Maria Cecília de Souza. Op. cit.

¹²⁰ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Op. cit., p. 784.

¹²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos...cit.*, p. 153/154.

seus direitos fundamentais dos mais velhos, como obrigatória na pauta de questões sociais.¹²²

A família é, certamente, um lugar de paradoxos, onde, também, seus membros podem ser objetos das mais tenebrosas sevícias.¹²³ A violência intrafamiliar é entendida como o abuso, ou a agressão, praticada por um membro da família contra outro, ou outros membros, seja de forma explícita, ou velada. A incidência progressiva do fenômeno, com relação aos idosos, tornou-se mais significativa com a longevidade humana e com o envelhecimento populacional.¹²⁴

Do ponto de vista antropológico e social, observa-se que a violência contra os idosos seria um problema que caminha *pari passu* com a elevação da consciência de direitos. A partir dos movimentos em que se proclamam e se reafirmam os direitos (individuais, sociais, coletivos, políticos e de grupos específicos), e, nos momentos em que a questão da cidadania se pronuncia, independente de etnia, sexo, religião, idade ou condição social. Nessa dinâmica de crescimento da consciência social, a idade cronológica, em suas diferentes etapas, passou, decerto, a ser ressignificada como um princípio norteador de direitos e deveres, sobretudo no caso de grupos mais vulneráveis.

Os abusos aos idosos, apesar de afetarem, segundo pesquisas realizadas, mais de cento e quarenta milhões de idosos, ou seja, um em cada seis, não encontram a mesma prioridade dada pela saúde pública a outras formas de violência. Em 2015, o disque 100, serviço do governo federal, recebeu 62.563 (sessenta e duas mil, quinhentas e sessenta e três) denúncias de violência contra idosos, sendo que a maior parte relata ter sido essa provocada pelos próprios familiares e aponta a negligência como a forma mais comum dessa violência. Como hipótese, se a proporção de abusos

¹²² MINAYO, Maria Cecília de Souza. Op. cit., p. 784.

¹²³ Registro de LANÇA, HUGO CUNHA. *Cartografia do direito das famílias, crianças e adolescentes*. Lisboa: Sílabo, 2018, p. 14.

¹²⁴ BALUTA, Maria Cristina, MOREIRA, Dircéia e FIGUEIREDO, Rodrigo Cesar de Menezes. *A presciência do princípio da não violência no direito das famílias*. RJLB, ano 4 (2018), nº 3, p. 1009-1036. Disponível em: [www.cidp.pt/revistas/rjlb]. Acesso em: 02.05.2018.

a vítimas idosas for mantida constante, o número de vitimados crescerá rapidamente, devido ao envelhecimento da população, para trezentos e trinta milhões, já em 2050.¹²⁵

Ainda, cumpre analisar a realidade das subnotificações desse tipo de violência, o que agrava, ainda mais, a problemática exposta.

5.3.1 Motivos para as subnotificações

Esse “silêncio” pode deitar raízes na visão compartilhada de que a família seria um local de união, solidariedade, confiança e afeto, apesar dos conflitos que venha a experimentar. Seria a manutenção do ideal de família, que supõe, em tese, o mito do amor dos pais pela sua prole, e, dos filhos, pelos genitores.¹²⁶

Também já se observou que, nas situações fáticas, muitos agredidos se sentem envergonhados e relutam em admitir que sofreram violência, sendo essa praticada por seus próprios parentes. Isso implicaria em reconhecer falha na criação dos próprios filhos, por exemplo.

Ademais, as vítimas idosas temem a consequência dessa delação. Em muitas situações, não dispõem de outra opção de lugar para ficar, ou mesmo condições de se manterem sozinhos. A dependência (seja de ordem fática ou até mesmo econômica e emocional), em relação aos agressores, persiste, sendo que, a essa, soma-se o receio que a situação possa piorar, ao se tornar pública a agressão.¹²⁷

Problemas de espaço físico, choque de gerações e dificuldades financeiras somam-se a um imaginário social que considera a velhice como decadência e, muitas

¹²⁵ ObYON, Yongjie et al. Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis. Disponível em: [www.thelancet.com/lancetgh]. V.5, february 2017. Acesso em: 04.04.2018, p. 154/155.

¹²⁶ FALEIROS, Vicente de Paula e BRITO, Denise Orbage de. Representações da violência intrafamiliar por idosas e idosos. Op. cit., p. 16.

¹²⁷ BRAGA, Pérola Melissa Vianna. Op. cit., p. 28.

vezes, os abusos e as negligências verificam-se no interior dos próprios lares.¹²⁸ Como a população brasileira envelhece rapidamente, sendo forçoso concluir que é fundamental atuar para prevenir a sua ocorrência,¹²⁹ ou a sua persistência, sendo necessários estratégia e planejamento, nesse enfrentamento.

Há, ainda, um longo caminho a trilhar para que a proteção dos idosos não seja apenas uma norma programática despida de concretização. Não bastam leis e estudos. Necessita-se modificar a norma social, ou o pensamento egoísta dominante, que convive mal com a utilização do vocábulo “velhos”, mas que se revela, muitas vezes, insensível ao abandono de pessoa idosa.¹³⁰

A violência intrafamiliar, de maneira transversa poderia afetar a aplicabilidade dos princípios fundamentais do Direito das Famílias, como defendem MARIA CRISTINA BALUTA, DIRCÉIA MOREIRA, e RODRIGO CESAR DE MENEZES FIGUEIREDO, que defendem uma mudança de consciência que se faz necessária, mudando-se, da cultura da violência, para a cultura da paz, essa como um novo paradigma. E, assim, sugerem a inclusão do princípio da não violência como um norteador do Direito das Famílias.¹³¹

¹²⁸ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Op. cit., p. 784.

¹²⁹ FALEIROS, Vicente de Paula; LOUREIRO, Altair Machado Lahud e PENSO, Maria Aparecida (org.). O conluio do silêncio: a violência intrafamiliar contra a pessoa idosa. São Paulo: Roca, 2009, p. IX.

¹³⁰ Observações de LANÇA, Hugo Cunha, no direito luso, mas que parecem aplicáveis ao contexto brasileiro, por igual. Cartografia do direito das famílias, crianças e adolescentes. Lisboa: Sílabo, 2018, p. 33.

¹³¹ Podendo a violência se manifestar de diversas formas e, potencialmente, ser praticada contra todos os integrantes da família, a depender da fragilidade da vítima e da situação vivenciada, a cultura da não violência seria salutar, na constituição da família, especialmente considerando as consequências que ações violentas poderiam gerar. O reconhecimento jurídico desse princípio, de maneira extensiva, poderia representar adaptar a *práxis do Direito de Família* a esse conceito da cultura de paz, já que o princípio estabeleceria “indiretamente um valor pelo estabelecimento de um estado ideal de coisas a ser buscado”, tal como lecionam os mencionados autores.

Observam, ademais, que, na legislação brasileira dos últimos anos, a não violência já se encontraria inserida como princípio jurídico, na área de família, intrinsecamente, tal como na preferência pela guarda compartilhada; na obrigação da mediação nas questões familiares; na “lei da palmada”; e na justiça restaurativa. Todas essas leis apresentam em comum uma mudança de postura, frente ao conflito, com a substituição da cultura do confronto, do contencioso, e do olhar individual, pela cultura de paz, do diálogo, da resolução e do olhar do outro. Assim se justifica a tendência contemporânea de busca do diálogo, para a resolução extrajudicial dos conflitos, por meio da mediação, e da justiça restaurativa, entre outros.

5.4 Conclusões do capítulo

Postas nesse setor do trabalho, a importância dada ao indivíduo de idade mais avançada, ao longo da história, compreende-se como se chegou hoje no quadro que se apresenta. A violência e os abusos contra os idosos se revelam como uma realidade e esses, certamente, tendem a se agravar, diante do prognóstico de envelhecimento populacional, em futuro próximo.

O Brasil estaria preparado para, em poucos anos, contar com uma população com quantitativo tão significativo de idosos? Certamente, mais mães e pais podem ser vítimas de violências e abusos, esses quase sempre associados ao desamparo, em suas velhices. Os respectivos filhos os acolherão? Se não o fizerem, o que a responsabilidade civil da pós-modernidade pode oferecer como resposta para esse grupo social?

Em seguida, analisaremos o quadro das regras jurídicas e princípios mais relevantes associados à questão-problema apresentada.

Acrescem que o aprendizado da tolerância e do comportamento ético, possibilitando-se a modificação e o abrandamento do sofrimento provocado pela agressão desmedida entre os familiares, bem como a conscientização de que a violência gera mais violência, no ambiente familiar, seriam os primeiros passos para a conquista da pacificação.

Considerando o suporte axiológico e a aproximação com a vontade do constituinte, a visibilidade jurídica do princípio da não violência no Direito das Famílias pode consolidá-lo como coadjuvante na concretização de princípios, como a solidariedade, a igualdade, a convivência, etc, e direitos constitucionais, com vistas à harmonia familiar e com reflexo direto na pacificação social, a qual representa uma preocupação universal e inadiável. (BALUTA, Maria Cristina, MOREIRA, Dircéia e FIGUEIREDO, Rodrigo Cesar de Menezes. A presciência do princípio da não violência no direito das famílias. RJLB, ano 4 (2018), nº 3. P. 1009-1036. Disponível em: [<https://www.cidp.pt/revistas/rjlb>]. Acesso em: 02.05.2018).

6. DIREITOS DOS IDOSOS E PRINCÍPIOS RELEVANTES

6.1 Considerações iniciais

Traduzindo verdadeiros valores assentados numa dada sociedade, é certo que princípios seriam normas de amplo alcance, que podem estar inseridas expressamente em textos legais, ou não. Pela relevância da matéria a que se referem, esses vinculam o intérprete do direito, impondo a observância a seus preceitos. Trazem consigo regras fundamentais que servem de embasamento a todo o ordenamento jurídico.¹³²

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja a aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta, havida como necessária à sua promoção.¹³³ São eles que estabelecem as bases para a criação, interpretação e aplicação de um Direito mais justo. Os princípios inspiram a norma posta, mas, em confronto com essa, a aplicação da norma é iníqua, por serem aqueles o suporte axiológico de um ordenamento jurídico, que há de ser coerente com a sua própria pretensão de legitimidade e validade, direcionado para uma materialização ética de justiça.¹³⁴

Os princípios constitucionais podem possibilitar ao intérprete e ao aplicador do direito, segundo um juízo crítico racional de ponderação, atentos à conformação da ordem normativa na realidade, averiguar a necessidade, ou não, de intervenção do Estado nas relações familiares.¹³⁵

Na seara dos direitos dos idosos, alguns princípios despontam, constando, ainda, expressamente da norma posta, ou não.

¹³² FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

¹³³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2014, p. 225.

¹³⁴ LANÇA, Hugo Cunha. Cartografia do direito das famílias, crianças e adolescentes. Lisboa: Sílabo, 2018, p. 19.

¹³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos...* cit., p. 158.

Optou-se, inicialmente, por cuidar da boa-fé objetiva, associada à justa expectativa dos pais que seus filhos os amparem na velhice, de forma autônoma, em capítulo próprio, pela relevância do tema, como fundamento da presente tese.

Servindo de base, como regra, aos institutos de direito de família, também, reservou-se capítulo próprio à cláusula geral¹³⁶ da dignidade da pessoa humana, associando-a com o direito ao envelhecimento digno, que, também, serve como fundamento para o trabalho que se desenvolve.

Tratando o cuidado e o afeto de assuntos fundamentais para o desenvolvimento da tese, do mesmo modo, pretende-se cuidar do assunto em capítulo distinto.

Passa-se a tratar do assunto reservado ao presente capítulo, com as ressalvas antes em destaque, partindo da Lei 10.741/2003.

6.2 Análise dos direitos decorrentes do Estatuto do Idoso

Em qualquer etapa da vida em que se encontre, o indivíduo possui idênticos direitos e garantias, em destaque para aqueles ditos fundamentais.¹³⁷ Além desses, assegurados, por igual, às demais pessoas, direitos específicos e diferenciados são conferidos aos idosos, diante da proteção integral¹³⁸ que o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, confere-lhe.

¹³⁶Consoante a esclarecedora definição de JUDITH MARTINS-COSTA, cláusula geral se apresenta como um conceito multissignificativo, proteiforme e que assume significação diversa, de acordo com o ângulo de análise do estudioso. Em busca de ilustração para o conceito, a autora menciona o mito da luta entre Menelau e o deus marinho Proteu, cujo poder era o de assumir, a cada momento, uma figura diversa, para melhor ilustrar o conceito. (*A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. 1.ed. 2ª.tir. São Paulo: Ed. RT, 2000).

¹³⁷ Direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado (In SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 200, p. 35).

¹³⁸ A proteção integral aos direitos da pessoa idosa traduz-se na garantia legal de atenção a seus interesses em detrimento de qualquer outra pessoa, com exceção da criança e adolescente, que contam com semelhante garantia. Nesse contexto, o princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, seria consectário natural da cláusula geral da tutela da pessoa humana, sendo fonte da

Essa legislação específica para a proteção desse grupo vulnerável, de 01.10.2003, além de reafirmar que esse indivíduo seria detentor de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos de idade, e determina outros assuntos relativos aos seus direitos como a prioridade no atendimento.

Notadamente após a edição dessa lei, foram atribuídos, ao idoso, esses direitos especiais e proteção integral. Tal tratamento diferenciado, em respeito ao princípio da isonomia, justifica-se pelo próprio processo natural e biológico do envelhecimento, que decorre do próprio direito à vida e que, muitas vezes, pode estar associado a doenças e maior fragilidade.

O tratamento qualitativamente diverso dado ao idoso pelo ordenamento jurídico se fundamenta, ainda, na sua vulnerabilidade fática, tema que mereceu atenção em capítulo anterior, para que assegure, na medida do que for necessário, no caso concreto, o livre desenvolvimento de sua personalidade e a libertação de suas necessidades.¹³⁹

Antropológica e culturalmente, a idade cronológica veio a ser ressignificada como um princípio norteador de novos direitos e deveres.¹⁴⁰ Alguém não perde direitos ou se torna incapaz ao completar 70 (sessenta) anos. O envelhecimento não determina a entrada do ser humano em uma subclasse de sujeitos de direito, e sim, ao revés, adquire, como *plus*, outros direitos específicos que lhe servem de suporte e estímulo à manutenção dos direitos que sempre lhe pertenceram e que tendem a ser desrespeitados à medida que a idade cronológica avança.¹⁴¹

proteção integral devida ao idoso. Esse precisa da força protetora da lei para manter a sua autonomia, em constante ameaça de sua negação ou subtração, no confronto com sua crescente e natural fragilidade, em sentido contrário às crianças e aos adolescentes.

¹³⁹ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...cit.*, p. 316

¹⁴⁰ MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2ª ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2005, p. 784.

¹⁴¹ Observações constantes de BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Op. cit.*, p. 58.

A baliza objetiva da idade cronológica, para a determinação do conceito de idoso, com efeito, pode se revelar insuficiente, porém, forçoso é concluir que seria a única factível. Condicionantes, como o estilo de vida, a região, a cultura, podem distinguir as pessoas, quanto à degradação da capacidade e apresentarem as mesmas diferentes graus e gradações de envelhecimento. A aferição individual da condição de velhice de cada um não é concretizável e poderia levar a arguições de ausência de isonomia, entre outras. Essa foi, porém, a opção do Estatuto do Idoso, ao fixar a idade de 70 (sessenta) anos como marco inicial para a proteção que propicia.

Destaca-se, *ab initio*, os termos do art. 10, do Estatuto do Idoso, segundo o qual, é obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. Em seu § 2º, o mesmo dispositivo legal prevê que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais. Por fim o § 3º reza que: “É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor”.

A base constitucional que vem influenciar a legislação pátria se sustenta nos pilares/valores eleitos da isonomia, cidadania, dignidade e solidariedade, como base de apoio das regras e princípios relacionados ao indivíduo idoso.¹⁴²

Em especial em relação ao direito à vida, anota-se que o idoso tem o direito de viver, preferencialmente, junto à família, que somada à sociedade e ao Estado têm o dever de ampará-lo, garantindo esse seu direito personalíssimo, nos termos do

¹⁴² RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. Mútuo bancário e vulnerabilidade do consumidor idoso analfabeto. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Civil sob a orientação do Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini. 2016. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19268]. Acesso em: 03.nov.2018.

ordenamento jurídico em vigor. Esse relaciona-se, nesse viés, ainda, com o princípio da convivência familiar.

No que toca àqueles com idade igual, ou maior, a 70 (sessenta) anos, merecem destaque, dentre aqueles princípios que se consegue vislumbrar, da análise do artigo 2º, do Estatuto do Idoso, quais sejam: a igualdade e a proteção integral.¹⁴³

Os artigos 8º e 9º, do Estatuto do Idoso, determinam a proteção ao envelhecimento, por se tratar de um direito social, ou seja, não é direito apenas daquele que já envelheceu, “mas também um elemento de segurança jurídica que atinge a sociedade como um todo”.¹⁴⁴ O direito ao envelhecimento digno entrelaça-se à cláusula geral da dignidade da pessoa humana, sobre a qual se tecerá alguns comentários no seguimento dessa tese.

O direito à liberdade significa que o idoso há de continuar fazendo, normalmente, as suas escolhas, podendo optar pelo tratamento de saúde que lhe foi indicado ou outros alternativos ou mesmo se negar a fazer algum, bem como é livre para gastar seus recursos como bem entender. Ademais, pode escolher onde vai morar e se relacionar, afetivamente, com quem quiser.¹⁴⁵

Os artigos 8º e 9º, do Estatuto do Idoso, determinam a proteção ao envelhecimento, por se tratar de um direito social, ou seja, não é direito apenas daquele que já envelheceu, “mas também um elemento de segurança jurídica que atinge a sociedade como um todo”.¹⁴⁶

¹⁴³ Políticas públicas necessitam somar-se, visando redefinir, de modo positivo, o lugar do idoso na sociedade, privilegiando o cuidado, a proteção e sua subjetividade, tanto em suas famílias, como nas instituições, tanto nos espaços públicos como nos âmbitos privados (MINAYO, Maria Cecília de Souza. Op. cit.).

¹⁴⁴ Op. cit, p. 63.

¹⁴⁵ No que pertine aos direitos à liberdade e isonomia da pessoa idosa, registra-se que se entende, nessa toada, inconstitucional a imposição do regime da separação obrigatória de bens ao maior de setenta anos, consoante o artigo 1641, inciso II, do Código Civil de 2002.

¹⁴⁶ Op. cit, p. 63.

Para garantir a isonomia para as pessoas em sua idade mais avançada, qualquer discriminação em razão de origem, raça, sexo, cor, e, principalmente, de cunho etária não pode prosperar. Assim, o idoso há de ser tratado de forma desigual justamente para se garantir a igualdade dita substancial.¹⁴⁷

Justamente por se encontrar nesse momento particular de sua vida, que envolve peculiaridades de ordem física, psíquica, psicológica e emocional, o indivíduo necessita de integral e especial proteção, como garantia a um envelhecimento sadio e digno, com o fortalecimento de todas as formas possíveis de assistência. Em paralelo, na extremidade inicial da linha da vida, a criança e o adolescente, tal como lhes assegura a Carta Magna e a Lei 8.069/1990, demanda, de igual modo, proteção por sua peculiar condição, que envolve maior fragilidade e vulnerabilidade, tal como no caso da terceira idade, cada situação de acordo com a sua singularidade.

Trata-se, outrossim, de um momento delicado, quando as dependências da pessoa humana podem aumentar, demandando toda a atenção,¹⁴⁸ sendo por isso que se situa no mesmo patamar da infância e adolescência, considerando várias nuances.¹⁴⁹

EMMANUEL DREYER¹⁵⁰ observa que a necessidade de proteção não é devido à idade avançada em si, mas sim à fragilização da pessoa que pode se instalar, em cada um, com maior ou menor velocidade, em cada um, a vulnerabilidade que resulta da idade.

¹⁴⁷ Na imortal lição de RUY BARBOSA Oração aos moços: Disponível em [www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508]. Acesso em: 28.10.2018): "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem".

¹⁴⁸ De modo semelhante, ROLF MADALENO apresenta-nos as suas observações. *Direito de família*. (livro digital), posição 2597.

¹⁴⁹ SANTA ROSA, Ana Lucia Cardozo de. O envelhecimento na pós-modernidade....cit., p. 31.

¹⁵⁰ La dignité des personnes âgées. In BINET, Jean-René (direction). *Droit et vieillissement de la personne*. Paris: Lexis Nexis, 2008, p. 32, tradução livre.

O princípio da prioridade absoluta se encontra na efetivação e na proteção dos interesses e direitos, com fundamento no art. 3º, da Lei 10.741/2003, e artigo 230, da Constituição Federal. O Estatuto do Idoso impõe a todo cidadão prevenir ameaça ou violação aos direitos do idoso, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, acerca das eventuais violações. Inovou a lei em questão ao arrolar a comunidade como ente obrigado a garantir a dignidade da pessoa idosa, além da família, da sociedade e do Estado, como sujeitos passivos obrigacionais.

Essa ordem das entidades protetoras e garantidoras dos direitos do idoso não deve ser interpretada como obrigatória e taxativa, dependendo de cada situação casuística.¹⁵¹ Não há, pois, ordem preferencial, tratando-se de obrigação solidária,¹⁵² com a imposição a todos do dever jurídico de amparar os idosos, com absoluta prioridade e verificando-se o sujeito passivo capacitado, em cada caso concreto, para a garantia do melhor interesse da pessoa idosa. Razões fáticas e jurídicas podem alterar essa ordem de chamamento dos entes obrigado, dependendo de cada situação.

A prioridade absoluta, nesse âmbito, quer traduzir a necessária proteção integral aos direitos da pessoa idosa, a garantia legal de atenção a seus interesses em detrimento de qualquer outra pessoa, com exceção da criança e adolescente, que contam com semelhante garantia.

Consoante o princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, decorrente da cláusula geral da tutela da pessoa humana, é indicado como fonte da proteção integral devida ao idoso, que demanda essa força protetora da lei, para manter a sua autonomia, em constante ameaça de sua negação ou subtração, em contraste sua crescente e fragilidade, o que caminha em sentido contrário à

¹⁵¹ RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 21.

¹⁵² FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 11

dependência e maturidade de crianças e aos adolescentes, que, ao crescerem, cada vez mais, demandam menos de seus genitores.¹⁵³

Sendo os idosos um grupo social em franco crescimento quantitativo, como antes exposto, um reconhecimento especial para a sua vulnerabilidade e a atenção para os fundamentais cuidados demandados enquanto seres humanos tornou-se pauta emergencial.¹⁵⁴ Os dados em questão não devem ser preteridos pelo Direito, para que os fatos não surpreendam as sociedades¹⁵⁵ e a responsabilidade civil pode desempenhar importante função nessa prevenção.

6.3 Significados do envelhecimento

Permanecer vivo significa envelhecer, a cada dia. Alternativa a esse fato, há apenas a morte. A chegada à terceira idade merece ser encarada como uma decorrência inevitável e inexorável do ciclo da vida,¹⁵⁶ sem que o desfrute da longevidade garanta sabedoria.¹⁵⁷

Observa-se que, nessa fase da vida, o indivíduo assiste a uma inversão de papéis. Se, antes ele era competente e independente, o quadro pode se inverter, para a dependência e impotência. Pode haver, ainda, a necessidade de enfrentar a relação com a família ou com a sociedade em que se insere, o que depende da situação individual de cada um.¹⁵⁸

Tarefas banais do cotidiano e de fácil execução, paulatinamente e de modo imperceptível, tornam-se mais difíceis de serem realizadas, com a verificação do

¹⁵³ HELOÍSA HELENA BARBOSA. O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.

¹⁵⁴ Indica, também, esse sujeito MADALENO, Rolf. *Direito de família...* cit., posições 2483 e 2606.

¹⁵⁵ Nesse sentido são as considerações de HELOÍSA HELENA BARBOSA. Op. cit., p. 37.

¹⁵⁶ De modo semelhante, ROLF MADALENO apresenta-nos as suas observações. *Direito de família.*, posição 2597.

¹⁵⁷ LARANJA, Anselmo Laghi. Estatuto do Idoso: ampliação e alargamento dos direitos humanos na sociedade brasileira. Op. cit., p. 26.

¹⁵⁸ BÁRBARA, Ana Teresa dos Santos. Op. cit., p. 26.

processo de envelhecimento, até que, em determinado momento, surge a situação de dependência de outra pessoa para auxiliar esse determinado indivíduo, para cuidar do mesmo.¹⁵⁹

Os idosos, grupo de pessoas identificado pela condição humana específica do estado de velhice demandam proteção dirigida, em razão das fragilidades próprias da idade, com limitações que afetam, inclusive, a capacidade de exercício das ações diárias, sendo que a debilitação física e mental se agrava com o passar do tempo.¹⁶⁰

Certo é que a idade não pode ser um aspecto que incida sobre o *status personae*, como enfatiza PERLINGIERI.¹⁶¹ Esse não há de sofrer qualquer mutação, apesar da mudança que possa ser verificada nas situações da vida.

A inclusão do idoso necessita do desenvolvimento de um olhar que considere o função do idoso, na sociedade, sua história pessoal, sua vivência de trabalho, suas relações sociais, seus gostos, suas habilidades e seus interesses, traduzindo em ações, o que pode ser feito para favorecer seu potencial de crescimento e sua realização, o que pode, ou não ser mudado e o que contribui para seu bem-estar e dignidade.¹⁶²

A velhice carece de uma reinterpretação, sem preconceitos, mitos e fábulas, como o passado e o presente espelham, para que o futuro possa ser diferente.¹⁶³ Ao revés, a condição de idoso passou a ser, de modo gradativo, vista como uma fraqueza, uma deficiência, uma condição humana degradante.¹⁶⁴ Urge uma cultura que volte a valorizar o indivíduo nessa faixa etária.

¹⁵⁹ MAIO, Iadya Gama. Pessoa idosa independente. Política públicas e cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2016, p. 35.

¹⁶⁰ Em sentido assemelhado, SOARES, RICARDO MAURÍCIO FREIRE e BARBOSA, CHARLES SILVA apresentam suas anotações ao tema. *A tutela da dignidade da pessoa idosa... cit.*, p. 25.

¹⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Tradução: Maria. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 785.

¹⁶² CALDAS, Célia Pereira. Op. cit., p. 53.

¹⁶³ LANÇA, Hugo Cunha. Op. cit., p. 293.

¹⁶⁴ LARANJA, Anselmo Laghi. Op. cit., p. 26.

Aqueles que hoje detêm o poder político, o poder econômico, o poder da comunicação social, publicitária ou não, precisam agir, com a consciência de que eles serão os idosos de amanhã, de que podem ser eles as futuras vítimas de uma marginalização, caso persista uma orientação que se preocupa quase exclusivamente com a chamada população ativa e jovem.¹⁶⁵

Com o aumento paulatino da população idosa, políticas protetivas para lhes assegurar a dignidade como princípio fundamental são cada vez mais demandadas. No Brasil, a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso tratam do assunto. Essa lei reflete a preocupação mundial com a questão e de que esse segmento de indivíduos atua e há de atuar, de forma ativa e participativa, na sociedade.¹⁶⁶

PIETRO PERLINGIERI¹⁶⁷ alerta que uma categoria de idoso e uma normativa *tout court* podem constituir fonte de nova marginalização. Assim, tais previsões normativas devem ter sempre uma justificação, em termos de razoabilidade, para que adquiram relevância, a exemplo de intervenções voltadas a remover eventuais obstáculos de fato ao efetivo desenvolvimento do idoso. Ademais, em verdade, algumas soluções legislativas que, presumindo uma decadência natural devido à idade, teriam a pretensão de se apresentarem como concretizadoras dos interesses do idoso, podem ser inspiradas na necessidade de realizar um *turn over* com pessoas mais jovens.

Os mais velhos têm muito a contribuir para a sociedade, para o Estado e para o País, pois carregam uma gama de experiências adquiridas, ao longo dos anos, que podem ajudar àqueles que estão entrando no mercado de trabalho, bem como podem auxiliar, nos mais variados eventos sociais, com as expertises adquiridas com a vivência individual de cada um.¹⁶⁸ A análise histórica das funções desenvolvidas pelos

¹⁶⁵ LANÇA, Hugo Cunha. Op. cit., p. 293.

¹⁶⁶ CARVALHO, Adriana Pereira Dantas e ALVES, Fabiana Maria Simões Silva Vilar. Op. cit.

¹⁶⁷ *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução: Maria. Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 789.

¹⁶⁸ CARVALHO, Adriana Pereira Dantas e ALVES, Fabiana Maria Simões Silva Vilar. *Direitos humanos e cosmopolitismo: o reconhecimento dos direitos dos idosos e o princípio da dignidade da pessoa*

anciãos, antes empreendida, confirma-nos isso. Essa, porém, não coincide com a realidade fática.

A esse propósito, FLORENCE REUSENS e ALEXANDRA TASIAUX constatarem que:

Há, nos dias de hoje, um discurso “juvenil” que tende a desqualificar a velhice, em razão do que o que se espera dela ser necessariamente fora de moda, ou visto como ultrapassado, em atenção às mutações aceleradas da vida social e econômica. Vai longe o tempo em que considerávamos, ao contrário, como os verdadeiros sábios, os únicos aptos, em razão da experiência acumulada, a indicar, aos mais jovens, a voz da moderação e do justo equilíbrio.¹⁶⁹

A longevidade, associada a melhores condições de saúde, demanda o reexame da capacidade laborativa¹⁷⁰ e da idade ideal para aposentadoria, o que se discute no mundo todo.¹⁷¹ A sociedade brasileira inicia na quebra de paradigmas a esse respeito, aceitando e utilizando melhor a mão de obra idosa, que tem muito a contribuir com a atividade produtiva, em decorrência da sobreposição da capacidade intelectual sobre a física.

humana. RJLB, ano 1 (2015), nº 1, p. 239-263. Disponível em: [www.cidp.pt/revistas/rjlb]. Acesso em : 02.05.2018.

¹⁶⁹ Tradução livre do francês: *Il y a aujourd’hui un discours « jeunist » qui tend à disqualifier le grand âge au motif que ceux qui l’auraient atteint nécessairement « demodés », voire « dépassés » au regard des mutations accélérées de la vie sociale et économique. Il est loin le temps où on les considèrait, au contraire, comme les vrais sages, seuls aptos, en raison de l’expérience accumulée, à indiquer aux plus jeunes la voie de la modération et du juste équilibre. In L’adulte âgé dans le droit des personnes et de la famille. Chronique de jurisprudence belge. Bruxelles: Larcier, 2016, p. 06.*

¹⁷⁰ Observa-se, na sociedade contemporânea, que essa condição, por simbolizar o fim de um período de produtividade e acarretar, muitas vezes, diminuição de poder aquisitivo, incomodaria alguns dos indivíduos, especialmente aqueles da faixa etária denominada como ativa (EIJÓ, Maria das Candeias Carvalho e MEDEIROS, Suzana da A. Rocha. *A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de cidadania*. Revista Kairós Gerontologia, 14(a), ISSN 2176-901X, São Paulo, março 2011: 109-123. Disponível em: [https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/6930]. Acesso em: 30.04.2018).

¹⁷¹ A ideia a ser mais desenvolvida hoje é a de que o idoso pode voltar à ativa, exercendo uma atividade profissional compatível com sua condição, o apresenta amplo espectro. Assim, há que se dissociar o envelhecimento da improdutividade.

A sociedade exerce um papel muito importante para o idoso, pois ela o aceitará como parte integrante do processo produtivo, permitindo que as pessoas da terceira idade, como assim são chamados, possam viver suas vidas de forma plena, fazendo parte do contexto social,¹⁷²valorizadas as suas habilidades, como aconselhar.¹⁷³

7. A CLÁUSULA GERAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO ENVELHECIMENTO DIGNO

A dignidade de alguém compreendia, na Roma antiga, a soma do valor individual da pessoa com aquele de sua família, sendo que determinava a mesma o status de um homem no Senado. Ter mais *dignitas* poderia significar maiores salas para consultas. Ter ancestrais famosos resultaria em mais dignidade, sendo que uma simples ação poderia aumentá-la ou destruí-la. O método mais importante para alavanca-la, durante a República, era ganhando glória, ao comandar exércitos à vitória. Normalmente, os nobres ambicionavam aumentar sua dignidade para ultrapassar os seus rivais, em hierarquia.¹⁷⁴

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a *dignitas* da pessoa dizia respeito, em regra, à posição social ocupada pelo indivíduo e ao seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, podendo-se, nesse contexto, falar de pessoas mais dignas ou menos dignas, numa quantificação ou modulação da mesma.¹⁷⁵

Pelo pensamento estoico, essa seria uma qualidade inerente ao ser humano, uma noção ligada a liberdade pessoal de cada indivíduo. No Cristianismo, a dignidade relacionava-se com a ideia de Deus ter criado o homem à sua imagem e semelhança.

¹⁷² CARVALHO, Adriana Pereira Dantas e ALVES, Fabiana Maria Simões Silva Vilar. Op. cit.

¹⁷³ ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de e LUCENA E CARVALHO, Virgínia Ângela de. Op. cit.

¹⁷⁴ Tradução e redação livre das informações obtidas in GWYNN, David M. The roman republic. A very short introduction. United Kingdom : Oxford University Press, 2012, p. 29.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015. Livro digital.

GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA já apresentava a ideia de que, se a liberdade (e a autodeterminação) seria um dom recebido, a dignidade estaria em saber utilizá-la adequadamente, transformando o mundo e a si mesmo em direção ao melhor.¹⁷⁶

Desde o começo do século XIX, consoante KANT, cada homem tinha o mesmo valor, essa “dignidade da natureza humana”.¹⁷⁷ Assim, o valor intrínseco que faz do homem um ser superior às coisas, que podem ser precificadas, seria a dignidade. Isso faria dele uma pessoa, um ser dotado de consciência racional e moral, portanto capaz de responsabilidade e liberdade.¹⁷⁸ Sobrepõe-se esse até à autonomia da vontade, quando o exercício acarretar qualquer forma de subjugação ou degradação da pessoa.¹⁷⁹ Ela seria uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impediria a sua coisificação e se materializaria por meio de sua capacidade de autodeterminação, que os indivíduos possuem através da razão. Assim, afirma-se que o homem é um fim em si mesmo, pois não se presta a servir como simples meio para a satisfação de vontades alheias.

Por suas particularidades, a dignidade humana não dependeria de reconhecimento jurídico para existir, estando acima de especificidades culturais e morais. Possui, assim, capacidade de persistir mesmo naquelas sociedades que não a respeitam.

Essa exige respeito e proteção, por parte da sociedade e do Estado, por ser o resultado de um consenso social. Serve de parâmetro, assim, para o exercício do controle do poder da sociedade e das autoridades, que se incumbem de protegerem, contra sua violação. Só há dignidade quando a condição humana, em si, é

¹⁷⁶ PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. 6 ed. Lisboa: Edições 70, LDA, 2011.

¹⁷⁷ Assim ensina PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 112.

¹⁷⁸ Ob. Cit., 2016, p. 114-115.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier e SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.) *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015, p. 62.

compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, impondo-se a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana, como um ideal ou objetivo a ser antevisto ou atingido.¹⁸⁰

Assim, EMMANUEL DREYER¹⁸¹ sintetiza o conceito: “La dignité suppose d’admettre un rapport d’égalité, de voir dans l’autre également une personne, de ne jamais dénier em lui toute part d’humanité”.

Novos valores foram trazidos para as Constituições contemporâneas e a questão patrimonial deixou de ser o centro, como anteriormente. A dignidade da pessoa humana passava, então, ao ápice do ordenamento jurídico. Os conceitos sobre a dignidade humana convergem no sentido de que ela é um atributo possuído por todos os seres humanos, sendo o que os diferenciaria das demais criaturas da natureza. A pessoa passa a ser concebida dentro de um contexto social, e não mais individualmente. Com os novos valores e novas constituições, ganhou relevo, também, o princípio da solidariedade.

Todo ser humano estaria incluído nessa “redoma protetiva”, que seriam “sempre finalidade, nunca meio ou instrumento para a consecução de qualquer bem da vida”¹⁸². Em Portugal, DIOGO LEITE DE CAMPOS E MÓNICA, MARTINEZ DE CAMPOS¹⁸³ observam, quanto ao tema tratado, o seguinte:

“O dogma da vontade, extraído do domínio do comércio das coisas, foi transferido para o domínio das pessoas. Excluindo-se qualquer interesse que não seja o interesse subjectivo; nomeadamente, a solidariedade, o inter-relacionamento, o nó solidário apagado pelo eu absoluto, predador do tu”.

¹⁸⁰ Nesse diapasão são as considerações de BITTAR, EDUARDO C. B. *Hermenêutica e Constituição*. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. *Dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 264.

¹⁸¹ La dignité des personnes âgées. In: BINET, Jean-René (direction). *Droit et vieillissement de la personne*. Paris: Lexis Nexis, 2008, p. 32, tradução livre.

¹⁸² Expressão empregada por NALINI, José Renato. *A dignidade do idoso no Brasil*. In: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge, GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). *Direito e dignidade da família. Do começo ao fim da vida*. Coimbra/ São Paulo: Almedina, 2012, p. 437.

¹⁸³ *Lições de direito de família*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 19.

Conforme LUIZ EDSON FACHIN, a Constituição de 1988 levou o Direito Civil a abandonar a postura patrimonialista, herdada do século XIX, em especial, do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada em suas relações interpessoais.¹⁸⁴

Do mesmo modo, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, III, fortaleceu a posição da “pessoa humana” e da sua *dignitas*, colocada no ápice da pirâmide. A dignidade da pessoa humana foi consagrada pela Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, podendo-se, hoje, assim, num direito subjetivo constitucional à mesma.¹⁸⁵

Desde que a Constituição Federal de 1988 erigiu a dignidade da pessoa a fundamento do Estado, toda interpretação necessitaria passar pelo crivo constitucional. A legislação infraconstitucional, então, conta com esse limite e parâmetro permanente.¹⁸⁶ A base legal se encontra na cláusula geral de tutela da pessoa, que contém nela, implícito, o preceito milenar do *neminem laedere*.¹⁸⁷

Dito princípio compreende o dever de respeito mútuo entre os indivíduos como direito inato e fundamental, no sentido de sua não violação. Nesse sentido, merecem ser conferidas as lições de GIOVANNI ETTORE NANNI.¹⁸⁸

¹⁸⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformação e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 58.

¹⁸⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil. Da Responsabilidade Civil. Das preferências, dos privilégios creditórios. Arts. 927 a 965. V. XIII*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 34.

¹⁸⁶ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo. Valorização do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73

¹⁸⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 286.

¹⁸⁸ As situações jurídicas exclusivas do ser humano: entre a superutilização do princípio da dignidade humana e a coisificação do ser humano. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 133 - 180.

O respeito e a proteção à dignidade da pessoa constituem (ou deveriam constituir) metas permanentes da humanidade, do Estado e do Direito.¹⁸⁹ Cuidar-se-ia de princípio que se admite preponderante, em relação aos demais princípios, por se tratar de valor fundamental que atrai o conteúdo dos demais direitos fundamentais?

O “reverso da medalha” dessa proteção normalmente é interpretado como a determinação de cabal reparação de todos os prejuízos causados injustamente à pessoa humana.¹⁹⁰ Seria a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem? O dano moral, assim, seria uma violação ao direito à dignidade em si?¹⁹¹ Seria esse um “super-princípio”?¹⁹² Ou macroprincípio?¹⁹³ Tratar-se-ia de uma cláusula geral, em verdade? Parece que sim.

Seria tal princípio um “valor máximo dessa nova ordem jurídica” ou “motor de impulsão de todo o sistema jurídico, elevando o ser humano ao centro das relações do Direito”, tal como o conceituam CRISTIANO FARIAS e NELSON ROSENVALD?¹⁹⁴

Ainda sobre a Dignidade da Pessoa Humana, consoante ROGÉRIO DONNINI:¹⁹⁵

Por ser o conteúdo de sua noção formado por contornos abertos e vagos não é passível de um conceito, ao menos de uma maneira rigorosa, estática, mas sim mediante sua concretização pela prática constitucional e infraconstitucional, normalmente a partir de sua violação.

¹⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.

¹⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 286.

¹⁹¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes e CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil...* Op. cit., p. 34.

¹⁹² Expressão empregada por NALINI, José Renato. Op. cit., p. 437.

¹⁹³ Ou seja, dele se irradiam todos os demais, como autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade. In: ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família – Angústias e aflições nas relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015 (livro digital), posição 940.

¹⁹⁴ Curso de direito civil. Sucessões. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.15.

¹⁹⁵ *Responsabilidade civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2015, p. 71.

Esse princípio é apontado como um dos mais importantes, senão como o mais importante, por ter um sentido subjetivo, dependendo de cada indivíduo, do seu respeito às diferenças físicas, sociais e culturais, de seus sentimentos e da sua consciência.¹⁹⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa funcionaria como ponto de contato para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais elencados no catálogo constitucional, dando-lhes unicidade e coerência.¹⁹⁷

Desse, exsurge o dever geral de respeito, entre outros. Assim, violaria o dito “princípio” toda conduta que “coisifique a pessoa”, equiparando-a a uma coisa disponível ou a um objeto.¹⁹⁸

Observa-se, na jurisprudência, uma utilização alargada da dignidade humana, como fundamento para os pedidos mais diversos, o que gera a preocupação de reflexo na seara do que se entende por dano moral e no espectro a que se pode chegar. As reflexões sobre o tema são relevantes e servem de alerta para se evitarem abusos e distorções no futuro.¹⁹⁹

O princípio pode ser invocado para negar o que se intenciona ou para o conceder, e ainda, de modo genérico, em uma situação em que outros princípios ou regras jurídicas (mais simples e diretas) poderiam ser invocados. O abuso parece evidente, sendo a cláusula geral em questão mencionada e invocada em muitos casos em que não haveria tal necessidade.

¹⁹⁶ CARVALHO, Adriana Pereira Dantas e ALVES, Fabiana Maria Simões Silva Vilar. *Direitos humanos e cosmopolitismo: o reconhecimento dos direitos dos idosos e o princípio da dignidade da pessoa humana*. RJLB, ano 1 (2015), nº 1, p. 239-263. Disponível em: [www.cidp.pt/revistas/rjlb]. Acesso em 02.05.2018.

¹⁹⁷ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo. Valorização do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 103.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37.

¹⁹⁹ Uma das autoras que cuida desse assunto é ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 27.

Com base no alargamento da utilização da dignidade da pessoa humana, de que antes já se tratou, como fundamento para a incidência da reparação civil, por dano moral, este também sofre expansão e sua regulamentação tem se perdido em meio à ausência de sistematização.²⁰⁰

É preciso, ainda, observar que o princípio da dignidade da pessoa humana não desfruta de supremacia absoluta. É necessário que sua análise se dê com ponderação, considerando, inclusive, o princípio da autonomia privada, sem o qual se desnaturará, igualmente, a finalidade da democracia.

É justamente pela fluidez da noção de dignidade humana que a necessidade de seleção se faz tão imperativa. A própria força ética e jurídica de que é portadora a ideia da dignidade da pessoa humana pode impedir uma seleção criteriosa dos interesses merecedores de tutela, possibilitando o ressarcimento de qualquer prejuízo, que pode não ter afetado a personalidade do ofendido.²⁰¹

Com isso, surgem as críticas e as objeções ao *pan-princípioalismo*, e ao ver tem sido feito em nome da “abertura” do direito civil, dos valores descobertos como fundamento para as *cláusulas gerais* e da construção de “princípios” que não teriam a ver com a normatividade, tais como como “felicidade, afetividade e a *superafetação da dignidade da pessoa humana*”, os quais tornariam possível, atualmente, decidir de qualquer modo, ao servirem como fundamento.²⁰²

O conceito, como um cânone perdido e vazio, presta-se a todo e qualquer tipo de abusos e interpretações equivocadas. Trata-se de conceito dinâmico, sempre

²⁰⁰ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 130.

²⁰¹ ANDERSON SCHREIBER. *Novos paradigmas da responsabilidade civil... cit.*, p. 126.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. Zimermann, Schmidt, Streck e Otavio: todos contra o pan-princípioalismo. Disponível em: [www.conjur.com.br/.../senso-incomum-balde-agua-fria-pan-princípioalismo-clausu..]. Acesso em: 04.10.2018.

passível de concretização.²⁰³ A alusão descomprometida à dignidade traz em seu bojo o perigo da banalização justamente daquilo que mais se visa proteger.²⁰⁴

Em reforço a tais colocações, após análise de conjunto jurisprudencial que invoca o princípio sob comento, conclui o Ministro LUIZ ROBERTO BARROSO²⁰⁵ que a dignidade, raramente, serve como fundamento central do argumento e tem, menos ainda, o seu conteúdo explorado ou explicitado.

Parâmetros normativos que impeçam a desnaturação e perda de sentido do princípio seriam necessários, segundo o entendimento de PATRÍCIA DE MOURA ROCHA,²⁰⁶ “sob pena de tudo encontrar guarida dentro de seu contexto”. Seria esse o melhor caminho para evitar essa invocação excessiva do dito princípio?

Há de se concluir que o valor da dignidade seria relativo e construído, ideologicamente, à medida que as concepções subjetivas vão mudando. Não seria o princípio em si que seria relativizado, mas apenas os subprincípios que compõem o seu conteúdo, ocorrendo, em verdade, ponderação de princípios, de modo a se determinar de que forma a dignidade será alcançada.²⁰⁷

Tudo seria relativo, ponderável, em relação a esse à dignidade da pessoa humana, único princípio, capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico atual, tal como ressalta MARIA CELINA BODIN DE MORAES.²⁰⁸

Sobre o tema, o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO²⁰⁹ apresenta o prognóstico otimista:

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.

²⁰⁴ ANDERSON SCHREIBER. *Novos paradigmas da responsabilidade civil.*, p. 128.

²⁰⁵ A dignidade da pessoa humana no Direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 4ª reimpr. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 122.

²⁰⁶ *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 29.

²⁰⁷ Assim ensina PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 122 e 126.

²⁰⁸ O conceito de dignidade humana: substrato axiológico...cit., p. 149.

²⁰⁹ A dignidade da pessoa humana no Direito constitucional contemporâneo... cit., p. 112-113.

Em algum lugar do futuro, com a dose adequada de idealismo e de determinação política, a dignidade se tornará a fonte do tratamento especial e elevado a todos indivíduos: cada um desfrutando o nível máximo atingível de direitos, respeito e realização pessoal (...).

Esse, além de um ideal, necessita ser um norte para o aplicador do direito, especialmente ao tratar de temática tão intrincada e complexa como a ora proposta, cuja projeção de envelhecimento populacional, em futuro próximo, demanda, como se busca desenvolver melhor em seguida.

7.1 A dignidade do idoso em específico

JORGE DUARTE PINHEIRO²¹⁰ enfatiza que as ilusões, em torno de uma proteção familiar natural espontânea do idoso, terminaram. Segundo o mesmo autor, o grau de civilização de uma sociedade não se afere apenas pela forma como ela trata as suas crianças, mas também pela forma como trata os seus idosos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito do presente trabalho, pode ser vislumbrado ou interpretado como o direito a um envelhecimento digno, buscando-se efetivar a proteção integral devida ao idoso, em razão da sua situação de vulnerabilidade, potencializada pelas contingências existenciais, especialmente a cláusula geral de tutela da pessoa humana, além de valer como critério hermenêutico.

A prioridade à dignidade do idoso, em sua dimensão negativa (respeito), ou, em sua vertente positiva (autonomia), é um dever de família primeiramente.²¹¹ Termo empregado na área dos estudos sobre envelhecimento, autonomia, que, etimologicamente, traduz a ideia de liberdade de viver com as suas próprias leis,²¹² traduz a capacidade que a pessoa tem de se cuidar, de realizar tarefas domésticas e participar da vida social,²¹³ ou a “habilidade de controlar, lidar e tomar decisões pessoais sobre como se deve viver diariamente, de acordo com suas próprias regras e preferências”.²¹⁴

²¹⁰ O direito de família contemporâneo. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 313 e 316.

²¹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 961.

²¹² BONOMI, Francesco. Vocabolario etimológico della lingua italiana. Disponível em: [<http://etimo.it/?term=cura&find=cerca>] Acesso em: 07.11.2018. Tradução livre.

²¹³ BRASIL, manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É preciso superar. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. Brasília: secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

²¹⁴ MAIO, Iadya Gama. *Pessoa idosa independente. Políticas públicas e cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 37.

De outra banda, independência seria a habilidade de executar funções relacionadas à vida diária, ou a capacidade de viver independentemente na comunidade com alguma ou nenhuma ajuda de outros.

Ao estabelecer o paradigma da dignidade da pessoa humana dentre os direitos fundamentais, na Carta Magna de 1988, tal circunstância tende a alcançar com maior força justamente aqueles segmentos da população mais alijados de seus direitos, como ocorre com a população idosa.²¹⁵

Ao cuidar do princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, HELOÍSA HELENA BARBOZA afirma ser esse consectário natural da cláusula geral da tutela da pessoa humana, sendo fonte da proteção integral devida ao idoso.²¹⁶

Nesse contexto, merece registro que mecanismos, como a interdição ou a assistência, estariam longe de proporcionar soluções adequadas, não sendo concebidos para a proteção de idosos, de modo específico. Eles não cobrem os casos de incapacidades temporárias e pouco valorizam a autonomia das pessoas com capacidade diminuída.²¹⁷

Embora não concebido especialmente para os mais velhos, a tomada de decisão apoiada,²¹⁸ inserida, pelo Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência, no

²¹⁵ SOARES, RICARDO MAURÍCIO FREIRE e BARBOSA, CHARLES SILVA. *A tutela da dignidade da pessoa idosa no sistema jurídico brasileiro* LEITE, George Salomão et al (coord.). Manual dos direitos da pessoa idosa. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

²¹⁶ O Princípio do Melhor Interesse do Idoso. In PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57.

²¹⁷ Tais considerações servem tanto ao sistema português, quanto ao brasileiro. A observação consta de PINHEIRO, JORGE DUARTE. *O direito de família contemporâneo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 313.

²¹⁸ “A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

§ 1.º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

§ 2.º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no caput deste artigo.

art. 1783-A, do Código Civil, pode ter importante função como solução de preservação da sua capacidade e da autonomia e no alcance do apoio que o idoso demande no caso concreto.

Assim, o idoso precisa da força protetora da lei para manter a sua autonomia, em constante ameaça de sua negação ou subtração, no confronto com sua crescente e natural fragilidade, em sentido contrário às crianças e aos adolescentes.²¹⁹

A dignidade da pessoa humana reflete-se no direito a um envelhecimento digno, com autonomia, com independência e, tal, como a imagem de alguém que oferece o braço para o idoso se segurar e obter o apoio necessário traduz, propiciando ao indivíduo apenas a ajuda de que necessite e solicite, no âmbito de sua individualidade.

Em sentido oposto à figura proposta, o próprio filho segurar e apertar o braço do pai e arrastá-lo até o final de sua vida, como um fardo, não traduziria o que se pretende aqui ilustrar.

§ 3.º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

§ 4.º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

§ 5.º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado.

§ 6.º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

§ 7.º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz.

§ 8.º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio.

§ 9.º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada.

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria.

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.”.

²¹⁹ BARBOSA, HELOÍSA HELENA. *O Princípio do Melhor Interesse do Idoso*. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.

Procura-se, com esse, efetivar a proteção integral devida ao idoso, tal como nas linhas já adotadas para a criança, o adolescente e o consumidor, em razão da sua situação de vulnerabilidade, potencializada pelas contingências existenciais, especialmente a cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Infelizmente, o abuso aos idosos é uma séria violação de direitos humanos, que requer ação urgente, por seu efeito negativo na família e na sociedade em geral,²²⁰ como se buscou tratar em capítulo anterior, onde foi posta a questão fática.

²²⁰ YON, Yongjie et al. Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis. Disponível em: [www.thelancet.com/lancetgh]. Vol.5, february 2017. Acesso em: 04.04.2018, p. 147.

8. CUIDADO, AFETO E ABANDONO AFETIVO

No presente capítulo, tratar-se-á dos conceitos de cuidado e de afeto, analisando-os, ainda, em observância aos dispositivos legais relacionados à matéria objeto da presente tese, para que, assim, seja possível a conclusão pretendida acerca, inclusive, da terminologia mais adequada para a espécie.

8.1 O cuidado

As raízes históricas do cuidar nos remetem àquelas atividades tradicionalmente atribuídas às mulheres, que eram as encarregadas da continuidade da vida, enquanto os homens repeliam os perigos.²²¹

O vocábulo vem do latim, traduzindo as noções de “atenção”, “interesse” e, também, “fardo” ou “solicitude”. No dicionário etimológico, extrai-se, na origem do termo, a ideia de solicitude; de grande e assídua diligência, de vigilância atenciosa, de assistência, de grave e contínua inquietude. Por extensão, associam-se à “cura” os negócios, os ofícios e tudo mais que indique algo que se solicita e que demanda vigilância, sendo o termo, também, empregado em referência ao cuidado com as coisas sacras e com as almas.²²² No mundo antigo, traduzi-a como algo que oprimia o homem ou que o elevaria ao nível dos deuses. Durante a Idade Média, com o Cristianismo, a preocupação, ou o cuidado, era mais no sentido espiritual ou das almas.

O cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, é um fator indispensável à criação e à formação de uma pessoa humana adulta e autônoma e independente, para que o mesmo tenha integridade, física e psicológica, e seja capaz de conviver (e sobreviver) em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente a sua cidadania.²²³

²²¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e afetividade na velhice...*cit., p. 618.

²²² BONOMI, Francesco. Op. cit.

²²³ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...* cit., p. 312.

A noção atual desse cuidar permanece, ainda na atualidade, ligada à ideia de solidariedade, mas com a substituição pela noção de responsabilidade, pois passa a gerar direitos e deveres, em âmbito social e jurídico.²²⁴ Essa noção relaciona-se, ainda, com aquela de vulnerabilidade, critério a ser delineado de acordo com a específica situação de vulneração,²²⁵ assunto de que se cuidou anteriormente.

O dever de cuidado, nas relações familiares, pode ser conceituado como o conjunto de atos que devem ser praticados, pelos integrantes da família, para proteção daqueles que são suscetíveis de vulneração, em razão de suas circunstâncias particulares.²²⁶

A intervenção do Estado se faz necessária, quando se verifica a potencialidade lesiva à constituição da personalidade de uma pessoa mais vulnerável, devido às suas condições pessoais, a exemplo de crianças e adolescentes, incapazes, idosos e aqueles que sofrem violência familiar. Essa intervenção, de modo, positivo, pode se dar, inclusive, por meio de proteção legislativa.²²⁷

A Constituição Federal, em seu artigo 229, atribui aos filhos maiores o dever de ajudar e amparar os pais, na velhice, carência ou enfermidade, como justa retribuição pelo cumprimento de seus deveres para com os filhos.

Embora a palavra “cuidado” não seja empregada, de forma literal, no artigo 229, da Carta Magna, os deveres estampados no dispositivo constitucional, de ajuda e amparo, que obrigam os filhos maiores, em relação aos pais, na velhice, carência e

²²⁴ PEREIRA, Tânia da Silva. Op. cit., p. 618.

²²⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit., p. 182.

²²⁶ Vale registrar que o dever de cuidado a que se refere esse tópico difere daquele mencionado, no início desse trabalho, ao tratar da responsabilidade civil, relacionado aquele à proteção da pessoa humana, que deveria ser a tônica da responsabilidade civil, calcada nessa ideia de proteção e para a sua prevenção. Entretanto, observa-se que ambas as noções tragam, em seus bojos, noções do cuidar, na forma explicada nesse tópico.

²²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos...* cit., p. 167.

enfermidade, traduzem decerto atividades inerentes à prática do cuidar, e, portanto, consagram-no como um dever.

A doutrina reconhece o cuidado como valor implícito no ordenamento jurídico, informador da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, integrantes do núcleo da nova ordem constitucional, nas situações existenciais, com importante papel na interpretação das normas jurídicas, notadamente nas relações de afeto, solidariedade, responsabilidade familiar e social.²²⁸

Pode, ainda, ser interpretado como uma obrigação, de cunho moral e jurídico, implícito na cláusula geral da proteção da pessoa humana.²²⁹ Assim, além de dano moral indenizável, a inobservância do dever de cuidado nas relações familiares pode produzir outros efeitos, inclusive de ordem criminal, de acordo com cada situação, tal como previsto pela lei.²³⁰

De modo comparativo, observa-se que o artigo em questão utiliza os termos “assistir, criar e educar”, no que se refere aos pais, em relação aos filhos menores e “ajudar e amparar”, quanto aos filhos maiores, relativamente aos pais, na velhice, carência e enfermidade.

Os verbos eleitos pela norma legal ilustram a conduta esperada, em cada uma dessas fases da vida em que se encontrem aqueles que seriam os obrigados. A reciprocidade de cuidados que se demanda exige comprometimento e responsabilidade mútuos.²³¹

O princípio da solidariedade familiar, que pode ser vislumbrado como reflexo do cuidado (e quiçá da afetividade, ou de sua exteriorização em certas situações), no âmbito da entidade familiar, observa-se quando os pais edificam a autonomia de seus

²²⁸ BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit., p. 180.

²²⁹ TUPINAMBÁ, Roberta. *O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares*. PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 357-379.

²³⁰ BARBOZA, Heloísa Helena. Op. cit., p. 184.

²³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e afetividade na velhice...* cit., p. 623.

filhos e, simetricamente, quando os filhos preservam a autodeterminação dos pais, ao que esses se tornam idosos e podem ter incremento na sua vulneração, mantendo-se, nesse momento, o respeito aos anciãos e sua inclusão, no ambiente familiar e social, bem como sua importância para a construção e continuidade dos vínculos.

A crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão na responsabilidade civil, com a ideia subjacente de que o ser humano precisa, além do básico para sua manutenção – alimento, abrigo e saúde -, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessário, para fins variados, a exemplo de uma adequada formação, lazer etc. O cuidado, alçado à categoria de obrigação legal, acaba por superar o grande empecilho, ao se discutir o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar -, como se desenvolverá melhor, a seguir, nesse trabalho. Esse é tisonado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, exurgindo da avaliação de ações concretas, tais como presença e contatos, e ações voluntárias, mesmo que não presenciais.²³²

A comprovação de que essa imposição legal foi descumprida implicaria na ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois o *non facere* atingiria a um bem juridicamente tutelado e importaria em vulneração de imposição legal.²³³

O descumprimento dessa obrigação de cuidar do idoso pode desembocar no crime do art. 99 do Estatuto do Idoso, que tipifica, como delito, a conduta de abandono do idoso, por um membro da família, quanto à sua subsistência e necessidades básicas. Ademais, há os efeitos que a conduta como essa pode gerar, na esfera cível.

Quanto à pessoa humana de idade mais avançada, o cuidado emerge como um valor jurídico que assegura, em toda sua dimensão, o livre exercício ao direito ao

²³²O parágrafo contém trechos extraídos do voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), de 24/02/2012.

²³³ Trecho extraído do voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), de 24/02/2012.

envelhecimento digno,²³⁴ traduzindo, ademais, um dever imaterial, imprescindível à estruturação psíquica dos entes mais vulneráveis no âmbito familiar, como o grupo de indivíduos em questão.²³⁵

À família cabe apoiar o seu membro de idade mais elevada, que não deve jamais ter expropriadas as suas próprias decisões, ainda que sob argumento protetivo. Resta cristalino que o avanço etário está totalmente desatrelado do exercício da capacidade. O idoso apenas poderia ser impedido de gerir a sua própria vida, após de ser comprovada, judicialmente, sua eventual incapacidade, ainda assim na medida demandada para seu caso específico, especialmente após a edição do Estatuto da Pessoa portadora de Deficiência.²³⁶⁻²³⁷

Constata-se que, na sociedade atual, a solidariedade familiar descendente não tem paralelismo na linha ascendente e a atuação voluntária desse princípio muitas vezes se revela como um mito.²³⁸

Nesse cenário, a diminuição estatística do número de filhos, a ausência de parentes, a falta de condições financeiras, a mudança do papel social exercido pelas mulheres, com a necessidade de trabalho externo ou problemas derivados de violência intrafamiliar são fatores que fazem com que a família possa não ter

²³⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. *O princípio do melhor interesse do idoso...* cit., p. 70.

²³⁵ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...* cit., p. 319).

²³⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole. *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir. /UFRGS. Edição digital. Porto Alegre. Vol. 11, n.3, 2016, p. 168-201. P. 176.*

²³⁷ “(...) o EPD veio a significar, no contexto brasileiro, uma total mudança de paradigma, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana. A incapacidade, antes presumida, diante de um quadro de doença mental, hoje precisa ser devidamente comprovada(...).

Desse modo, até curatela, com os limites estabelecidos, de acordo com a especificidade de cada caso, entende-se, pós-EPD, que todos são plenamente capazes, com todas as consequência e desdobramentos que vão surgindo e conclamando a doutrina e a jurisprudência à reflexão e à manifestação”.(FIGUEIREDO, Leila Adriana Vieira Seijo de. *Aspectos polêmicos do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In MELO, Diogo Leonardo Machado de (org.). *PRODIREITO: Direito civil. Programa de Atualização em Direito. Ciclo 2. Organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017, p. 12 e 13)*

²³⁸ LANÇA, Hugo Cunha. *Op. cit.*, p. 44.

condições de exercer, de modo isolado, essa tarefa do cuidado de seus entes idosos, pela complexidade do que é demandado.²³⁹ No entanto, o presente trabalho não deitará o seu foco na atuação social ou estatal, nessa seara, por não ser esse o seu objetivo. Ademais, no sistema pátrio, a família continua exercendo, de modo preponderante e fundamental, a função de cuidadora, na proteção de seus membros que apresentem vulnerabilidades, independente da responsabilidade solidária, estabelecida pela Constituição Federal, entre essa, a sociedade e o Estado.

Anota-se que as noções de afeto (que se cuidará a seguir) e de cuidado são confundidas, por vezes,²⁴⁰ como se demonstrará, para se chegar às conclusões desse capítulo.

8.2 O afeto

Buscando a etimologia da palavra “afeto”, encontra-se o seguinte significado:

Dicesi di colui che è tocco di passione per qualche oggetto, per es. <<essere affetto di amore>>, cioè preso d'amore: e taluni l 'usano ala latina anche per Ammalato – Sost. Maniera di sentire; Passione dell'anima in forza di cui si eccita um interno movimento, onde incliniamo ad amare o ad odiare; ala compassione, ala misericórdia, all'ira, ala vendeta ec; Desiderio, Amore, Benevolenza.²⁴¹

Paixão, amor, desejo, ódio, ira, misericórdia, compaixão, benevolência ou vingança e a maneira de senti-lo... Certamente, a pesquisa etimológica revela que o termo se relaciona, de modo inegável, desde a sua origem, ao domínio dos sentimentos.

²³⁹ MAIO, Iadya Gama. *Pessoa idosa independente. Política públicas e cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 44.

²⁴⁰ GIANDOSO, Wanessa de Figueiredo. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno/materno filial. Dissertação apresentada à banca examinadora da PUCSP, para obtenção de título de mestre*. Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues. São Paulo. 2014. Disponível em: [<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6658>]. Acesso em: 02.03.2018, p. 86.

²⁴¹ BONOMI, Francesco. Op. cit.

O afeto é conceituado, na área da psicologia, como “estado sentimental que se caracteriza, por uma parte, pela inebriação física perceptível e, por outra parte, por uma perturbação peculiar do processo representativo” ou “qualquer espécie de sentimento e (ou) emoção associada a ideias ou a complexos de ideias”.²⁴²

Ainda, consoante dicionário da mesma área, ele é “qualquer experiência de sentimento ou emoção, variando do sofrimento à exultação, da mais simples à mais complexa sensação de sentimento e da mais normal à mais patológica reação emocional”.²⁴³ O conceito, assim, pertence ao campo das emoções positivas, em referência a pessoas, coisas, fatos e situações. Assim sendo, conclui-se, de forma irrefutável, que o afeto é sentimento, ou emoção, algo interno ao ser humano e subjetivo.

Por se encontrar “nas redondezas das emoções humanas”,²⁴⁴ forçoso é concluir que o afeto necessita de ações externas (de exteriorizações) que possibilitem a um outro indivíduo especular sobre a sua existência, ou não, numa situação particular.

É certo que o afeto se consagrou, na atualidade, como elemento identificador de relações familiares. Na dúvida, para saber se determinado grupamento humano é uma família, perquire-se acerca da existência desse componente, para que a conclusão seja em sentido positivo. Tornou-se, assim, definidor de situações jurídicas, quando o direito fez prevalecer a realidade prática (ou social ou real) das famílias sobre os modelos clássicos e tradicionais dos Códigos.²⁴⁵ Certo, porém, é que, para

²⁴² Constante do site: [www.psicologiavirtual.net/2018/01/afeto-significado-na-psicologia.html]. Acesso em: 21.03.2018.

²⁴³ VANDERBOS, Garu R. (org.). Dicionário de psicologia. American Psychological Association. Tradução: Daniel Bueno, Maria Adriana Verissimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2010. Reimpressão 2015, p. 40.

²⁴⁴ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 105.

²⁴⁵ Antes do advento da Carta Magna de 1988, o conceito de família coincidia, em sua plenitude, com o grupamento de indivíduos formado após a realização de matrimônio válido, entre homem e mulher, bem como da prole e patrimônio desse decorrente, por muitas vezes, com maior destaque patrimonial

caracterizar uma entidade familiar, esse há de estar acompanhado de outros elementos, como solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência,²⁴⁶ ou, ainda, a ostentabilidade e a estabilidade.

No âmbito familiar, esse, certamente, é um elemento desejado. A expectativa é de que haja sentimentos de amor e outros correlatos de cunho positivo entre parentes, no entanto, esse pode, em dada situação, em verdade, não existir. A família, na falta do afeto, para RODRIGO DA CUNHA PEREIRA,²⁴⁷ seria uma desordem ou uma desestrutura. Mas poderia, em meio ao caos, existir, tratando-se, portanto, substância dispensável para uma entidade familiar, em tese.

Consoante ROLF MADALENO,²⁴⁸ o afeto seria a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para, ao fim e ao cabo, dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente, segundo MADALENO, nos vínculos familiares, envolvendo a liberdade de se afeiçoar ao outro e residem em morada insuscetível de qualificação e tratamento jurídicos. De outra banda, existe certa aproximação com o princípio da solidariedade e com o dever de cuidado, que não podem, porém, ser confundidos com afeto ou afetividade,²⁴⁹ como se objetiva distinguir, no trabalho que ora se desenvolve.

PAULO LÔBO²⁵⁰ diferencia afeto e afetividade, sendo esse fator psicológico. Associa, porém, afetividade ao dever que seria imposto aos filhos e reciprocamente. Salvo melhor entendimento, esse último conceito parece mais se relacionar ao núcleo do cuidado, tal como desenvolvido ao longo desse trabalho.

do que para o ser humano em sua individualidade. Longa foi (e ainda é) a luta para o reconhecimento de direitos para aqueles que não se enquadrassem nesse conceito.

Numa considerável mudança de paradigmas, as famílias monoparentais, aquelas resultantes de união estável e outras entidades familiares vieram a ser reconhecidas como tal. O Direito de Família iniciava uma incansável mutação para tentar acompanhar a realidade fática, embora nem sempre consiga caminhar no mesmo ritmo, posto que sempre pautado nos valores que são pilares dessa sociedade.

²⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, P. 218.

²⁴⁷ *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, P. 218.

²⁴⁸ *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (livro digital), Posição 3535.

²⁴⁹ ROCHA, Patrícia de Moura. *Op. cit.*, p. 118.

²⁵⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil... cit.*, p. 48.

Em sua dimensão objetiva, a afetividade se manifestaria, em verdade, em práticas de cuidado, atos que autorizam a sua constatação,²⁵¹ sendo que essas podem traduzir a afetividade, que é subjetiva, conferindo-lhe objetividade.²⁵² Logo, afetividade necessita se externar e, muitas vezes, pode fazê-lo por meio do cuidado, ainda mais quando se trata de pais, na velhice, e filhos maiores, que o ajudam e amparam.

Tal como maxivalorização da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, ocorre o mesmo com o afeto. Tal fator acaba por obscurecer o autêntico fenômeno ocorrido: a transposição do critério patrimonial, na formação familiar, para a autonomia privada. Refletindo-se melhor sobre o tema, conclui-se que, em verdade, o elemento constitutivo necessário da família (e de outras relações nas quais se atribua efeitos jurídicos) é a autonomia da vontade.²⁵³ Notório é que não existe o dever de amor. No entanto, na atualidade, as pessoas formam vínculos e permanecem juntas porque assim desejam, ou, até mesmo, porque lhes é conveniente.

O denominado “princípio da afetividade” passou a ser apontado como um princípio de direito de família, implícito, resultado de interpretação e com função interpretativa ou integrativa de outras normas e decorrente da valorização da dignidade da pessoa. Diretamente, tal princípio não deveria gerar efeitos jurídicos, tais como impor deveres decorrentes de vínculos familiares.²⁵⁴

Registra-se, por fim, o Projeto 2.285/2007, o Estatuto das Famílias, que prevê a afetividade com princípio. Esse não parece, segundo o entendimento esposado na presente tese, ser o entendimento mais adequado, diante das questões conceituais e terminológicas apresentadas e manifesta-se, na oportunidade, contrariamente, a afetividade como um princípio.

²⁵¹ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 321-322.

²⁵² BARBOZA, Heloísa Helena. *Perfil jurídico do cuidado e da afetividade nas relações familiares...* cit., p. 190.

²⁵³ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo...* cit., p. 104.

²⁵⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. *Perfil jurídico do cuidado e da afetividade...* cit., p. 189.

Acredita-se que a autonomia privada merece reger as relações humanas, inclusive aquelas familiares, apenas com pequenas ressalvas, diante da particularidade da matéria.

Na verdade, seria a obrigação de cuidado pelos entes familiares mais vulneráveis que se exige, essa com base em dever objetivo, traçado em norma legal, gerador desse da possibilidade de responsabilização civil.

8.3. Conclusões do capítulo

Buscou-se, nesse tópico do trabalho, distinguir as duas noções anteriores, com o objetivo de se concluir que apenas a omissão de cuidado, em relação a ascendentes idosos, configuraria ato ilícito e poderia servir como fundamento para a pretensão de eventual indenização, ou desembocar em outras consequências jurídicas na subárea foco desse trabalho.

Se o filho maior não ampara ou ajuda seus pais, em idade avançada, ou enfermidade, omitindo-se e deixando, de modo deliberado, de promover ações externas que digam respeito à preservação da integridade, física e psicológica, à convivência em família e em sociedade e ao exercício da cidadania, pode-se estar diante da situação-problema que ora se apresenta.

O cuidado funciona, salvo melhor entendimento, como a exteriorização do afeto porventura existente. Demonstra-se, cuidado com o ente querido idoso com atos exteriores próprios do cuidar e que podem, e normalmente são, ser interpretado por terceiros como amor.

Propõe-se, no decorrer da presente tese, ademais, o desuso da terminologia amplamente adotada de “abandono afetivo”, aqui dito “inverso”, por ter surgido a discussão em análise do descumprimento das obrigações dos pais em relação a seus filhos menores. Em verdade, a causa de eventual responsabilidade civil, na hipótese,

seria a inobservância do cuidar, compreendendo ações externas, que podem ser visualizadas e exigidas, chamado o Estado a atuar na hipótese contrária.

9. DO “ABANDONO AFETIVO” COMO OMISSÃO DE CUIDADO

Etimologicamente, o termo “abandono” teria surgido como ideia oposta a “caçar em bando”, seguindo-se do sentido de “deixar”. O prefixo “ab” indica separação ou destaque, em relação à tropa e, em outras derivações, chega-se ao significado de “jogar fora” ou deixar de ter um objeto, deixando-o com o ânimo de não mais o querer, ou renunciando ao mesmo.²⁵⁵

Do dicionário de psicologia, extrai-se o conceito de abandono como sendo “a deserção ou negligência de um dependente pelos pais ou cuidadores primários”²⁵⁶ Configura-se abandono quando alguém se abstém, de forma negligencial, em relação a uma pessoa ou a um bem em determinada situação, causando consequências jurídicas.

O abandono pode ser de ordem material ou imaterial. Na primeira hipótese, trata-se de privar o sujeito (no caso: o idoso) do acesso a itens básicos de sua subsistência, a exemplo de água, comida ou vestimenta. O abandono material pode ser descrito como um crime do desamor, consistindo na “omissão injustificada na assistência familiar, ocorrendo quando o responsável pelo sustento de uma determinada pessoa deixa de contribuir com a subsistência material de outra, não lhe proporcionando recursos necessários ou faltando com o pagamento de alimentos fixados judicialmente”.²⁵⁷ O Estatuto do Idoso trouxe, alinhado a esse, um novo tipo penal especial, em consideração à pessoa da vítima.²⁵⁸

²⁵⁵ BONOMI, Francesco. Op. cit.

²⁵⁶ VANDERBOS, Garu R. (org.). *Dicionário de psicologia. American Psychological Association*. Tradução: Daniel Bueno, Maria Adriana Veríssimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2010. Reimpressão 2015, p. 19.

²⁵⁷ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. *Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole*. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir. /UFRGS. Edição digital. Porto Alegre. Vol. 11, n.3, 2016, p. 168-201, p. 182-4

²⁵⁸ “Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena - detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa”.

Há, ainda, a obrigação alimentar dos filhos, em relação aos pais idosos necessitados.²⁵⁹ Afora esse dever, vale registrar que o direito fundamental à convivência em prol dos ancestrais é tutelável, sendo que o seu descumprimento, em desconformidade com a Constituição Federal, pode ser sancionado, na esfera cível e quiçá na criminal, a depender da conduta individual e de seu enquadramento. Comprometida a vida digna do ancião, restariam contrariados os artigos 229 da Constituição Federal,²⁶⁰ 1696 do Código Civil²⁶¹, entre outros dispositivos do Código Penal.²⁶²

Por sua vez, o abandono imaterial seria aquele protegendo a dignidade desses, coibindo atos que prejudiquem sua saúde mental e física. Esse é previsto no art. 2º, do Estatuto do Idoso, que visa proteger a dignidade desses, coibindo atos que prejudiquem sua saúde mental e física. Tratam-se de deveres de ordem moral, de danos emocionais.

O “abandono afetivo” dos pais idosos pode ser compreendido como uma forma de negligência, que se configura pela ausência dos filhos relacionada a questões imateriais, ainda que haja o custeio de gastos e despesas materiais.²⁶³ Esse seria

²⁵⁹ Dispõe o artigo 11, da Lei 10.741/2003, que os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil, remetendo esse, portanto, ao art. 1696 do Código Civil.

²⁶⁰ Dispõem o dispositivo legal em questão que: “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”.

²⁶¹ Reza o artigo em questão que: “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”.

²⁶² No capítulo III, no título dos crimes contra a assistência familiar, encontra-se o delito de abandono material, cujo tipo penal tem o seguinte conteúdo, após a redação dada pela Lei 10.741, de 2003: “Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”

²⁶³ CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de

constituído, especificamente, pela ausência de cuidado dos filhos, em face de seus genitores de idade avançada, fundado no valor jurídico imaterial de solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.

O art. 4º, do Estatuto do Idoso, estatui, como diretriz, que nenhum idoso há de ser objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, seria punido na forma da lei. O art. 99, da mesma lei, em complementação, apresenta tipo penal respectivo.²⁶⁴

Assim sendo, quando o filho não ampara seu pai ou sua mãe, na velhice, deixando de cumprir obrigação do tipo imaterial, comete, o ato ilícito em questão, com reflexos nas esferas criminal e cível, no último caso, podendo ensejar indenização por danos morais.

O ordenamento jurídico delinea uma rede de solidariedade e responsabilidade que constituem uma via de mão dupla, e não podia ser diferente. Tal como se desenvolveu em capítulo anterior, aplica-se, nessa interpretação, ademais, o princípio da boa-fé objetiva, associada à dignidade da pessoa humana, também impondo comportamento correto, equânime e ético.

A responsabilidade pelos vulneráveis, no seio da entidade familiar, demanda comportamento ético, exige o cuidar de quem cuidou, antes, de si, durante a época da vulnerabilidade da infância, retribuindo a educação recebida, bem como os ideários de vida, de ética, aos valores morais, sociais e afetivos. A Constituição Federal de 1988, especialmente em seu artigo 229, traz, em seu bojo, essa justa expectativa dos pais idosos, de que seus filhos adultos lhe amparem, na velhice, carência e enfermidade, tal como cuidaram deles antes, quando crianças, carecedoras de

São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali. Disponível online. Acesso em: 04.03.2018, no site [<https://tede.pucsp.br/handle/handle/20846>], p. 126.

²⁶⁴ “Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa”.

proteção. Como os princípios constitucionais e, em especial, a boa-fé objetiva, não acolhem a ingratidão, configurando ato ilícito, a lei prevê a possibilidade de responsabilização.

Tal como em relação à obrigação alimentar, o dever de cuidado decorre do vínculo de parentesco (legal ou sanguíneo). Logo, podem ser acionados ascendentes por descendentes, e vice-versa, independente da origem do vínculo.

O denominado “abandono afetivo” traduz-se, concretamente, na hipótese dessa tese, no apoio, no cuidado, na participação na vida do idoso e no respeito por seus direitos da personalidade como o direito de conviver no âmbito da família. Essa assistência emocional que seria obrigação legal dos filhos consistiria em afeto, em cuidado e em amor? Acredita-se que a resposta deva ser negativa. Entende-se que o que a lei demanda, em verdade, seria o cuidado.

Muitas vezes, pode ser entendido como exteriorização do amor ou do afeto, que se tratam de sentimentos e, sobre esses, não se pode ter ingerência. Não se pode impor o afeto, visto que não existe obrigação legal de amar, como enfatizado, no RESP 1.159.242/SP, por sua ilustre Relatora, a Ministra Nancy Andrighi. “Amar é uma faculdade, porém há a imposição biológica e constitucional de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de ter, ou não, filhos. Desrespeitar essa obrigação pode gerar a possibilidade de se pleitear danos morais por “abandono afetivo”.²⁶⁵

Embora não se possa conceber o amor como fruto de um dever, no seio da família, há determinados cuidados, zelos e providências, voltadas ao interesse e bem-estar da prole ou no equivalente dever de cuidar dos pais idosos, na mesma situação de vulnerabilidade, passíveis de caracterização como dever jurídico, que, uma vez violados, exsurge a obrigação de reparar os danos.²⁶⁶

²⁶⁵ Filia-se ao entendimento de NELSON ROSENVALD. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...* cit., p. 311/312), especialmente nesse assunto.

²⁶⁶ Esse parágrafo sintetiza trechos do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, no julgamento do REsp 1.579.021 – RS (2016/0011196-8), de 29.11.2017.

No âmbito jurisprudencial, observa-se, ainda, uma certa resistência ao tema, com julgados inclusive que ainda afastam a indenização em hipóteses semelhantes ao caso-paradigma. Muitos deles o fazem também com base na existência de prescrição²⁶⁷ da pretensão,²⁶⁸ ou com base na oposição geral ao dano moral e à responsabilidade civil no âmbito de direito de família.

O Estado-Juiz não pode, certamente, impor a obrigação de alguém amar outrem. A falta de amor, ou de afeto, não pode e não deve ser considerada ato ilícito, fugindo à seara do Direito Positivo.²⁶⁹ Assim, a afetividade não se constitui de dever juridicamente exigível, por inexistir norma jurídica que, sobre ela, disponha. Forçoso é concluir que a incoerência de afeto não produz ilicitude.²⁷⁰

Pela ausência de objetivação, o que é inerente ao afeto, por se tratar de sentimento, de inerente subjetividade, não pode o abandono afetivo, considerado e sua pureza, ser considerado como um ilícito e como gerador da responsabilidade civil. Acaso admitido, restaria clara a insegurança jurídica que se causaria e quiçá a tão temida monetarização do afeto.

A pessoa pode ser punida, se abandona seus pais idosos, se não cuida deles, mas não porque não os ama. Pode até se sentir assim e nunca externar esse sentimento. Pensar de modo diverso pareceria absurdo e poderia conduzir a teratologias e a configuração de uma indevida ingerência na autonomia privada. Como diz o ditado popular: “parente não se escolhe”.

²⁶⁷ Nas ações de indenização por danos morais oriundos das relações familiares aplica-se o prazo de 3 (três) anos previsto no inciso V do § 3º do art. 206 do Código Civil brasileiro.

²⁶⁸ TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: [<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/482143063/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/amp>]. Acesso em: 27.03.2018.

²⁶⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Revista Esmat, Palmas, ano 3, n. 3, p. 33-56, jan./dez./2011, P. 47

²⁷⁰ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 148.

Em verdade, a violação a um dever normativo expresso seria a base de uma demanda de abandono afetivo, e não a violação ao dever de amar ou de dar afeto.²⁷¹ O abandono afetivo no sentido literal, portanto, não pode ser enquadrado como um ilícito e como fato gerador de responsabilidade civil. A antijuridicidade reside na omissão do dever de cuidado, esse exteriormente possível de fiscalização e passível de exigibilidade.

Como seria viável se pode judicializar, de modo impositivo, o amor? O Estado não possui legitimidade para tanto. Seria uma ingerência extrema e desmedida, na vida íntima e na privacidade do cidadão, defender algo contrário, atentatório, inclusive contra a sua dignidade humana. O norte moral do indivíduo é o livre arbítrio, seja para amar, para odiar, para zelar, ou até para maltratar, ciente das consequências jurídicas que podem se verificar na escolha desse caminho.

Paradoxalmente, pela lógica inversa, ter-se-ia o argumento de que eventual excesso afetivo possa ser fonte de uma pretensão por reparação de danos, por filhos mimados, por desejos e caprichos, que desconheçam limites, e jamais ouviram a palavra “não”, mesmo que vivam no mesmo lar, por suposta falta de carinho. “Na privacidade da relação filial, o adimplemento do cuidado é fato jurídico que interessa ao ordenamento jurídico.”²⁷²

Seria, então, adequado o termo “afetivo”, já que não se quer referir, em verdade, à obrigação de afeto ou de amor? Em verdade, o que se estaria chamando de “afetivo” se constituiria em adimplemento dos deveres de cuidado, como já se demonstrou. Logo, mais acertado acredita-se ser a opção por mudança dessa terminologia, passando-se a adotar outra mais técnica e que melhor reflete a situação fática: “omissão de cuidado inverso”, ou, aqui, simplesmente: desamparo de pais, na velhice (pelos filhos adultos maiores), empregando a terminologia adotada pela Constituição Federal de 1988.

²⁷¹ ANDERSON SCHREIBER. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...cit.*, p. 183.

²⁷² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil... cit.*, p. 957.

A questão referida como o “afeto”, na vida dos idosos, de fato, volta-se para o dever de cuidado recíproco entre pais e filhos. A autonomia dos idosos pode exigir a assistência filial, moral e afetiva. Exige-se, dos filhos, algo que se pode vislumbrar, externamente.²⁷³ Assim, a ausência da prole, quando não cuida de seus pais idosos, configura-se a vulnerabilidade desses, caracterizada como “abandono afetivo inverso”. Não seria qualquer caso de “ausência de afetividade” que poderia servir de base para a reparação civil, em demandas desse tipo. Apenas em casos específicos, em que reste evidente o abandono emocional e presentes os elementos básicos que integram o instituto da responsabilidade civil, poder-se-ia cogitar da mesma.²⁷⁴

Os membros de uma família, independente de nutrirem, ou não, afeto, uns pelos outros, havendo algum tipo de vulnerabilidade, como antes já se tratou, são obrigados a cuidar e a responsabilizar-se mutuamente. Esse é um dever de conduta objetivo, que tem como fonte o parentesco. Se as obrigações em questão não forem exercidas de forma espontânea, o Estado resta autorizado a intervir e a responsabilizar a quem de direito, seja em âmbito criminal, cível ou administrativo. Sob nessa ótica, para que se conclua ser essa pretensão merecedora de tutela, ou não, a conduta apontada como lesiva deve ser verificada para que se conclua em um sentido ou no outro, socorrendo-se o magistrado de fatos objetivos, na análise do caso concreto.

Observa-se que, no universo jurídico, a presente demanda apresenta-se não apenas como uma omissão do dever de cuidado, dos filhos, em relação aos pais idosos, mas, com efeito, como forma de garantir o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade familiar e o princípio da boa-fé objetiva, evitando-se ou compensando-se o abalo psicológico, físico e social sofrido pelos idosos. Ademais, o ilícito de omissão de cuidado viola, de outra banda, o direito à convivência familiar, previsto no art. 227, da Constituição Federal, bem como, da leitura dos arts. 229 e 230, exsurge essa omissão de cuidado como conduta objetivamente antijurídica.

²⁷³ ANDERSON SCHREIBER. *Novos paradigmas da responsabilidade civil...* cit., p. 185 e187.

²⁷⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo. Valorização do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 210.

Merece registro que eventuais pagamentos de despesas, custeio de cuidadores, de mantimentos ou de clínicas não cumprem o dever de convivência familiar, de amparo, de apoio. Eventualmente, podem atender à obrigação alimentar, porém participação, presença, dedicação e tempo são exigidos para o cumprimento daquele dever de cuidado sob comento.²⁷⁵

Assim, custear questões materiais não basta para se sustentar a licitude de conduta de filho que, culposamente, ignora os pais idosos. Além de ser socialmente reprovável, é de clara ilicitude essa conduta, uma vez que contrária aos artigos 3º, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), e 229, da Constituição Federal. Se essa ilicitude causa danos, desde que presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, existe o dever de indenizar.

Configura-se, por exemplo, a omissão de cuidado inverso, o “abandono afetivo”, em caso de pais idosos com condições de se sustentar, mas com sofrimento, por ausências familiares e por solidão, grande mal da atualidade, ou em internações asilares sem a monitoração ou acompanhamento ou visitas de familiares. O asilo há de ser a última opção, reservado para aqueles casos em que não há família para apoiarem os membros da família de idade mais avançada.

9.1 Vedação do comportamento contraditório

A contraditoriedade com a própria conduta e a deslealdade estão no núcleo dessa figura, conhecida como *venire contra factum proprium*, que sanciona a própria violação objetiva do dever de lealdade para com a contraparte, valorizando-se a confiança investida.²⁷⁶

²⁷⁵ CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali. Disponível online. Acesso em: 04.03.2018, no site <https://tede.pucsp.br/handle/handle/20846>, p. 137.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 679-680.

A vedação de comportamento contraditório pode ser conceituada como princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência, sendo instrumento pelo qual se atenta contra a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial. Seu fundamento normativo, no ordenamento jurídico brasileiro, é a cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil de 2002. Ademais, o artigo 3º, da Constituição Federal de 1988,²⁷⁷ que prevê o princípio da solidariedade social lhe serve de base, na medida em que seria instrumento da realização desse valor constitucional.²⁷⁸

A figura sob comento, também denominada de princípio da tutela da confiança legítima, relaciona-se, diretamente, à boa-fé objetiva, à lealdade e à cláusula geral da dignidade da pessoa humana, tendo, segundo se entende, nítida aplicação, na situação apresentada, pois aquele que escolheu um determinado comportamento não pode se opor às consequências jurídica dele oriundas, em razão da justa expectativa da outra parte, que, de boa-fé, pressupõe a ocorrência de determinados efeitos.²⁷⁹

Seriam requisitos para a verificação desse instituto:

“(i) a ação de uma pessoa da qual se segue um benefício para alguém; (ii) a contrariedade a essa ação, em desfavor daquele a quem fora criado o benefício, por meio de outra ação do mesmo agente; (iii) a conexão entre as condutas contraditórias, entre si e com o inconformismo que a contradição gera no lesado; (iv) o investimento de confiança por parte do suposto lesado, sendo esse investimento de confiança traduzido em atos ou atividades; (v) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada, em geral ocasionando

²⁷⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

²⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório...cit.*

²⁷⁹ PRETEL, Mariana Pretel e. *O princípio constitucional da vedação do comportamento contraditório.* Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/12801]. Acesso em: 07.11.2018.

um dano, atual ou potencial, para o lesado, por ter confiado, legitimamente, na primeira conduta; (vi) a não vinculabilidade obrigacional do *factum proprium* no comportamento; (vii) a ausência de motivo justo para a mudança no comportamento; (viii) a deslealdade implicada no voltar atrás, lesando a confiança legitimamente investida; e (ix) a imputabilidade do ato a quem, deslealmente, voltou atrás”.²⁸⁰

Na hipótese trazida nos presentes escritos, os pais que abandonaram, imaterialmente, os filhos, na infância, poderiam exigir na velhice, carência ou enfermidade, ser a prole responsabilizada por omissão de seus cuidados? Enquadrar-se-ia essa situação na figura do *venire contra factum proprium*? Haveria a possibilidade de o filho elidir a culpa, em juízo, alegando ter sido, no passado, vítima de omissão de cuidado, por parte daquele que agora clamaria por sua presença?²⁸¹

Na análise de semelhante hipótese, um exercício mental se revela interessante: se esse filho (hoje maior), diante da situação fática que vivenciou, no passado, estivesse, naquela época, habilitado, mesmo que não procedesse desse modo, para lograr êxito numa demanda indenizatória, com base no descumprimento dos deveres jurídicos normativos atinentes ao poder familiar, contra esse genitor, invertido, no momento atual, o contexto, verificar-se-ia uma espécie de compensação? A resposta deve ser afirmativa. Como cuidar de alguém que não cuidou de si no passado? Seria essa uma conduta humana esperada, com base no princípio da tutela da confiança adjetivada pela boa-fé objetiva justa e virtuosa? Acredita-se que não.

Entende-se que, sem qualquer relação de afetividade entre as partes, não se poderia impor obrigação alimentar ou dever de cuidado, com base na cláusula geral da boa-fé objetiva, de aplicação ilimitada no direito civil.

Assim, o abandono imaterial anterior, pelos pais, torna inexigível a presença e cuidado, a ser praticada pela prole, quando os progenitores forem idosos. Aplicar-se-

²⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 674-679.

²⁸¹ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...* cit., p. 320.

ia, ademais, diante dessa situação a mesma regra referente ao abandono material. Permanece a obrigação moral,²⁸² mas incidiria o parágrafo único do artigo 1708 do Código Civil.²⁸³

Consoante o entendimento que se esposa, não teria direito a demandar cuidados e amparo do filho maior aquele idoso que, em momento anterior, descumpriu os deveres inerentes ao poder familiar em relação a sua prole.²⁸⁴

Presentes estariam, em tese, os quatro pressupostos, para a fundamentação e para a invocação dessa justificativa, nas decisões judiciais. O *factum proprium* (ou conduta inicial) consistiria, no exercício dos princípios da autonomia privada e da paternidade (ou maternidade) responsável, na opção de ter prole. A legítima confiança do filho advindo dessa decisão, segundo requisito, seria no sentido de ser devidamente cuidado por seus genitores, no momento de vulnerabilidade da infância, quando o exercício desses direitos-deveres se revela fundamental para a sua formação, em aspecto amplo. O comportamento contraditório, terceiro pressuposto, seria o anterior abandono imaterial, ou de descumprimento dos deveres jurídicos normativos estabelecidos no artigo 1634 do Código Civil, relativos à responsabilidade parental, praticado pelo genitor, no momento anterior. O dano (ou o potencial de dano) restaria evidenciado, de forma individualizada no caso concreto, mas, como regra, traduz-se na mágoa, na dor ou nos traumas, que podem se materializar por meio de testemunhas e laudos técnicos.

Tratando do aspecto que se exterioriza, do dever jurídico, embora complexa, a questão recebe essa proposta. O tema, porém, agrava-se e emaranha-se na seara

²⁸² CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali. Disponível online. Acesso em: 04.03.2018, no site [https://tede.pucsp.br/handle/handle/20846], p. 168.

²⁸³ “Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

²⁸⁴ FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 99.

dos sentimentos. Afeto e amor, nesse contexto, não podem ser objetivados, mensurados ou exigidos, porém, forçoso seria concluir que dificilmente existiriam em concreto, se houvesse meio factível para a sua constatação.

O vínculo de afetividade se forma pela convivência, pela confiança, pela franqueza e pela vontade de fazer, do outro, parte de sua própria vida,²⁸⁵ com base no princípio da boa-fé objetiva.

A expectativa a se formar por quem abandonou os filhos não deveria ser outra que não fosse receber o mesmo tratamento. Se jamais existiu um laço de cuidado e afeto entre pai e filho, não pode ser esse imposto por decisão judicial e, com mais razão ainda, exigir-se que esse se concretizasse no sentido inverso (de filho para pai).

A conclusão mais justa a que se pode chegar é essa: não há ilicitude, no comportamento omissivo desse parente que se nega a dar assistência afetiva, mormente quando foi desamparado materialmente pelo ascendente.

9.2 Outras escusas

As escusas merecem ser contextualizadas e demonstradas, no caso concreto. Na presente demanda, antes de se precisar se a conduta antijurídica filial se qualificou por leviandade ou por manifesta indiferença pela figura do ascendente, faz-se necessário averiguar o nexos causal²⁸⁶ entre a omissão do amparo e os danos sofridos pelo genitor, sendo, então, a causalidade que funcionaria como medida da responsabilidade, e não a culpabilidade.

²⁸⁵ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo...* cit., p. 143.

²⁸⁶ Esse pode ser definido como a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente, ou o fato, e o dano.

De igual modo, não caracteriza a vulneração do dever de cuidado a impossibilidade prática de sua prestação, o que pode comportar inúmeras hipóteses com tal circunstância verificada no caso concreto.²⁸⁷

Outros fatores podem concorrer com o comportamento antijurídico do descendente. Sendo esse o caso, poderia ocorrer uma repartição de danos, com eventual condenação do filho a um montante proporcional à sua participação para causar o resultado lesivo.

No mais, sendo vários os obrigados, e acionado apenas um deles, a responsabilidade seria, segundo se entende, nitidamente solidária, podendo haver direito de regresso em relação aos demais.

Por outro lado, com base no princípio da eticidade e até mesmo da boa-fé objetiva, aplicando-se o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, diante da concreta aferição de desproporção entre a severidade dos danos psíquicos sofridos pelo ascendente e a culpa leve, ou levíssima, do ofensor, seria possível, ainda, uma mitigação do *quantum* compensatório, suavizando-se, assim, a norma genérica do princípio da reparação integral, em face de circunstâncias particulares.²⁸⁸ Entende-se que o dispositivo legal em questão certamente pode ser aplicado ao dano moral referente à hipótese.

Em caso de conflito entre os princípios da autonomia privada e dos interesses do vulnerável, entende-se que a ponderação entre os interesses do lesado e a conduta apontada como lesiva seria o caminho, para que possa analisar se há dano ressarcível

9.3 Conclusões do capítulo

²⁸⁷ Trecho extraído do voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.159.242 – SP (2009/0193701-9), de 24.02.2012.

²⁸⁸ A faculdade de redução da indenização devida, quando houver excessiva desproporção entre o dano causado e gravidade da culpa parecem traduzir a intenção do legislador brasileiro em dar função compensatória à indenização²⁸⁸. A obrigação de indenizar se contentaria com um mínimo de culpa. Existindo essa, mesmo que em reduzido grau, já haveria aquela. Pode a gradação dessa, porém, interferir na extensão da obrigação, atentando para limites humanitários: condições pessoais da vítima e do ofensor.

Como já tratado, o STJ já decidiu, em caso de “abandono afetivo”, dos pais em relação aos filhos, haveria a obrigação de indenizar. Logo, da mesma forma na hipótese inversa, quando os filhos abandonam a mãe ou o pai idoso à sua própria sorte, estar-se-ia, automaticamente diante de hipótese de responsabilização civil?

Diante dessa situação, um dispositivo legal expresso garantiria segurança jurídica e possibilitaria certa uniformidade na responsabilização dos indivíduos?²⁸⁹ Entende-se ser desnecessária essa previsão de indenização, de modo expresso. Ela parece clara e resultar da simples análise do ordenamento jurídico vigente, dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria, em especial da boa-fé objetiva, e da constatação de reciprocidade, também com base nos princípios vigentes, na seara de Direito de Família. Parece restar cristalino que haverá ilícito, quando filhos maiores e capazes privarem os pais idosos de companhia, visitação e apoio psicológico, pois se trata de responsabilidade parental mútua. Mas, afinal de contas, como no repertório jurisprudencial ainda não há decisão favorável sobre caso específico, *quod abundat non nocet...*

Nessa toada, o Projeto de Lei 4294/2008, do Deputado Carlos Bezerra, paralisado desde o ano de 2013, acrescenta parágrafo ao art. 3 , do Estatuto do Idoso, prevendo, expressamente, a repara o por dano moral decorrente do abandono de idosos por sua família,   semelhança do pretendido pelo Projeto 4562/2016, da lavra do Deputado Francisco Floriano. O último teve última movimentac o em 06.023.2018, sendo-lhe apensado outra proposi o, com o mesmo teor, essa de número 9446/2017, da Deputada Carmen Zanotto.

O projeto do deputado Floriano obteve parecer da Comissão de Constitui o e Justiça, que reconheceu sua constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa. No mencionado parecer, de outubro de 2017, reconheceu-se que “a falta do amparo afetivo pelos familiares causa danos   pessoa do idoso em forma de dor,

²⁸⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e afetividade na velhice...*:cit., p. 634.

mágoa ou sofrimento, podendo inclusive lhe acarretar transtornos psicológicos e o agravamento de doenças”.

Nos termos do parecer da CCJ, o descaso dos filhos é algo que deve ter repercussão na órbita da responsabilidade civil decorrente de ato ilícito, consubstanciado pela grave afronta provocada à garantia da preservação dos deveres de assistir e cuidar. Indica, ademais, caráter punitivo e pedagógico-educativo da medida de direito civil projetada, opinando-se pelo reconhecimento expresso em lei do abandono afetivo de idoso por familiar como ilícito civil nos termos do caput do art. 927 do Código Civil com consequências legais que incluam a possibilidade de reparação civil por danos, consoante o que foi proposto no âmbito do Projeto de Lei 4.562, de 2016.²⁹⁰

Seria a pretensão de reparação pelo dano moral a solução mais adequada para reforçar o imprescindível dever de cuidado de filhos perante pais idosos?²⁹¹ Deve-se reconhecer que, na prática, pode trazer mais malefícios a uma família do que o dano causado pelos seus próprios membros. Entretanto, haveria outras sanções, outros remédios jurídicos mais eficazes para o caso?

Em que pese que a indenização desemboque em pecúnia e não tenha o condão de apagar o sofrimento causado ao pai idoso, a mesma pode valer como um desestímulo ao filho que, culposamente, rejeita e prejudica o pai ou mãe idosos. Serve, também, para acalantar a sensação de abandono, ao demonstrar que o Estado, por meio do Judiciário, está agindo, para tutelar e defender os direitos das pessoas vulneráveis em função da idade.

²⁹⁰ O projeto 6.125, de 2016, da lavra do Deputado Vicentinho Júnior, propõe a tipificação específica do crime de abandono afetivo de idoso por familiar, vislumbrando providência penal com possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995 – composição civil de danos, transação penal e suspensão condicional do processo –, pretendendo privilegiar a reparação de danos à vítima em detrimento da efetiva aplicação de pena privativa de liberdade (detenção de um a três meses), ao veicular, expressamente, a possibilidade de conversão desta em indenização à vítima (modalidade de prestação pecuniária consoante definição dada pelo § 1o do art. 45 do Código Penal).

²⁹¹ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...*cit., p. 319.

Aquele que busca a reparação, em juízo, por ter sido abandonado, não pode ser rotulado de ganancioso. Há de ser considerado o dano, muitas vezes injusto, que, na hipótese, pode merecer reparação. Pode se cuidar de um grito de socorro, em determinados casos, ou em uma tentativa desesperada de chamar a atenção do ausente.²⁹² Inadequado, também, é penalizar, de modo indiscriminado e cego, o ofensor, que são os filhos ausentes, em toda e qualquer situação. Merecem ser sopesadas as circunstâncias da vida que podem tê-lo afastado. A complexidade das relações humanas e familiares não pode ser olvidada.

Quando os filhos maiores privam os pais, na velhice, de companhia, visitação e apoio psicológico, nessa responsabilidade parental mútua, exsurge o ato ilícito.

Não se acredita, porém, que a pretensão de repara o pelo dano moral, de modo isolado e desacompanhado de outros meios legais, ou outras estratégias seja a soluço adequada, para reforçar o imprescindível dever de cuidado de filhos perante pais idosos.   possibilidade de repara o civil podem se somar outras formas de responsabiliza o, com finalidades diversas, como se expor  nesse trabalho, para que se alcance, no âmbito cível, o objetivo de preservar a dignidade do idoso.

Na análise do grau de cuidado, decerto há que se sopesar se aquele adotado pela pessoa seria aquele desejável de pessoas em situa o assemelhada, considerando similar base intelectual e socioecon mica, o mesmo tempo e o mesmo local.

No ilícito de negligência filial, em amparar e ajudar os pais, na terceira idade ou doença ou na necessidade, a conduta agrava-se, por se prostrar no tempo para que seja notado, podendo-se tratar de atividade que se renova a cada dia.

²⁹² BRANDÃO, Tom Alexandre. Ainda sobre o abandono afetivo: reflexões sobre as consequências de uma condena o ao pagamento de indeniza o. MILAGRES, Marcelo e ROSENVALD, Nelson (coord). *Responsabilidade civil. Novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017, p. 450.

Na espécie, bastaria que o comportamento antijurídico fosse praticado com a consciência de faltar ao seu dever de cuidado. A culpa grave seria equiparada ao dolo nesse caso. A razão para se instalar a culpa grave no mesmo patamar sancionatório que dolo seria a natureza difusa dos danos produzidos pelos ilícitos que a sanção visa retribuir.²⁹³

Nesse ponto, verificar-se-ia uma equiparação dos comportamentos pautados pela indiferença e superficialidade dos filhos às condutas arrogantes daqueles que se consideram imunes ao aparato civil e desconsideram completamente a relevante função da autoridade parental.

Apenas a análise do caso concreto pode propiciar a melhor decisão para cada situação, com o auxílio de equipe multidisciplinar, entre outros meios de prova. Em semelhante situação, para a verificação das consequências da omissão de cuidado pode haver a necessidade de auxílio de profissionais da área de saúde, sobretudo da psicanálise,²⁹⁴ ademais o estudo do caso por assistente social seria também adequado.

²⁹³ ROSENVALD, NELSON. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...* cit., p. 320.

²⁹⁴ KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo. Valorização do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 240.

10. POSSIBILIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA PÓS-MODERNIDADE PARA A SITUAÇÃO

Uma crítica que se faz, em relação à demanda que se propõe analisar, na presente tese, é de que o sistema jurídico não inibiria o fato jurídico da irresponsabilidade filial, tolerando-a, portanto. Uma vez verificadas consequências lesivas decorrentes dessa omissão de cuidado inverso, poderiam essas ser, então, monetarizadas.

Nesse contexto, a condenação pecuniária funcionaria como uma moeda de troca para a falta de cuidado, restando potencializadas as críticas a uma subversão axiológica do direito de família, na medida em que a patrimonialização das demandas caminhará na direção contrária dos objetivos constitucionais de reforço da solidariedade familiar e de proteção integral dos vulneráveis, no âmbito familiar.²⁹⁵

De outro lado, argumenta-se que a transmutação do dano em dinheiro poderia proporcionar auxílio médico e psicológico para o tratamento de eventuais sequelas oriundas da falta de visitação e de descaso, numa espécie de mitigação dos danos. Questiona-se, em outro sentido: Assim o processo teria agido como instrumento de concretização de direitos fundamentais?

Não há como negar que a compensação econômica produz uma espécie de mitigação de danos, através de experiências e sensações favoráveis que o dinheiro possa propiciar à vítima.²⁹⁶ No entanto, seria essa uma resposta eficaz dentro do sistema em vigor, considerando as premissas de capítulos anteriores, com a projeção de envelhecimento populacional e possibilidade de incremento de abusos contra genitores idosos num futuro próximo?

²⁹⁵ ROSENVALD, Nelson. *A responsabilidade por omissão de cuidado inverso...* cit., p. 326.

²⁹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 969.

Seria a função de punir da responsabilidade civil? E, ainda, que o alargamento extremado de seus limites poderia acarretar sua adulteração, a exemplo de eventual inserir dos *punitive damages*, no sistema pátrio?²⁹⁷

Assim, seria possível vislumbrar um caráter dúplice da verba indenizatória: ressarcimento e prevenção, sendo o que melhor se ajustaria ao sentido pretendido pelo legislador.²⁹⁸

O objetivo precípua dos artigos 229 e 230, da Carta Magna, parece ser o de estimular condutas virtuosas que promovam a dignidade do membro da família no estágio de desenvolvimento de sua subjetividade.

Refletem os dispositivos legais indicados a mudança da essência do conceito de família, que passou a eleger a cooperação e a democracia como elementos dessa nova relação²⁹⁹.

A responsabilidade civil e o seu mecanismo da condenação pecuniária, como antes registrado, falhariam como medidas capazes de reforçar a inobservância do direito fundamental à convivência familiar.

Quanto ao idoso, o sentido de justiça protetiva recebe o reforço do parágrafo 1º do artigo 4º, do Estatuto do Idoso, que atribui a todos o dever de prevenir ameaça ou violação aos direitos do idoso, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, acerca das eventuais violações.

Em caso de reiterada omissão do dever imaterial de cuidado, a atitude legislativa ideal seria aquela que remetesse o filho a exercitar o dever de amparo em sua plenitude. E seria isso possível? Quais as alternativas vislumbradas nesse contexto?

²⁹⁷ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 12/14.

²⁹⁸ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 86-87.

²⁹⁹ GARCIA, Maria, LEITE, Flávia Piva Almeida e SERAPHIM, Carla Matuck Borba (coord.). *Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

Passa-se, adiante, à análise individualizada de outras possibilidades, na responsabilidade civil da pós-modernidade, para o problema.

10.1 Tutela específica

Conceder tutela específica significa constituir ou desconstituir uma situação jurídica, segundo os desígnios do direito material, ou condenar o demandado a fazer, ou não fazer, o que estava obrigado (obrigação positiva ou negativa).

O objetivo da chamada tutela específica seria o de obter o resultado prático que deveria ser produzido, mediante o adimplemento da obrigação, visto que a conversão em perdas e danos teria o último lugar, como regra, na preferência do legislador. Havendo possibilidade, o juiz ditaria a providência vislumbrada possível que assegurasse o resultado prático equivalente ao adimplemento.³⁰⁰

Na hipótese trazida pela presente tese, seria possível a tutela específica? O que a vítima do abandono pretende, normalmente, é o efetivo cumprimento desses deveres filiais, obtendo-se o resultado prático do dever primário dessa forma. Objetiva a atenção dos filhos maiores, que, vivendo as suas próprias e individuais vidas, cada dia mais atribulada, negligencia-os das mais variadas formas.

Seria melhor, dependendo da circunstância de cada caso, a condenação do omissor a adotar condutas específicas, como modo de se evitarem novas violações a seus deveres filiais ou parentais, a exemplo da determinação de passar certo número de dias um com o outro. Mas a questão é muito delicada, assemelhando-se, nessa medida, ao direito de visitas de pais a seus filhos menores.³⁰¹

³⁰⁰ BARBOSA, Ana Luísa Barreto. *A tutela específica para a efetivação da defesa do consumidor*. Disponível em: [www.pucsp.br/tutelacoletiva/.../artigo-a-%20tutela-especifica-do-consumidor-ana-luisa]. Acesso em: 17.10.2018.

³⁰¹ Vale transcrever comentário de MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas (*Curso de Direito de Família...* cit., p. 641) sobre o tema: “Sendo o direito de visitação um ato de amor e afetividade entre as partes, qual seria o valor de a parte “ser obrigada” a realizá-la? Ser

Seria demasiado poder nas mãos do magistrado, tal como o art. 497, do Código de Processo Civil³⁰² lhe possibilitaria? Nas obrigações, a solução *in natura* é a preferida, o primeiro caminho ou via prioritária. Haveria possibilidade de tutela específica, nessa hipótese, como imperativo da cláusula geral da dignidade da pessoa humana?

A questão é polêmica e não se pretende esgotá-la no âmbito dessa tese, porém se entende que apenas a análise do caso concreto pode guiar o julgador, no sentido da concessão de tutela específica, na situação em tela, primeiramente analisando os possíveis malefícios que podem advir dessa decisão.

Seria possível, em tese, obrigar o filho a visitar os pais idosos e até cuidar (ou fiscalizar os cuidados que esses recebem de seus cuidadores imediatos), mas é necessário sopesar, tal como em relação aos filhos menores, se não se resultariam mais em mais danos de cunho psicológico, com essas determinações.

Quem não cumpre voluntariamente os seus deveres previstos em lei, de forma clara, indubitável, passaria a cumpri-los apenas por que o magistrado deu uma ordem nesse sentido? Como seria o ânimo desse indivíduo assim condenado em realizar esse cuidado? Danos maiores não poderiam ser assim produzidos?

Embora a hipótese possa parecer, à uma primeira vista, sedutora e parecer ser a solução para problemas dessa ordem, os desdobramentos e implicações mais preocupam do que tranquilizam quem se debruça sobre o tema.

forçado a visitar um filho? Representaria essa forma de convivência um exemplo do 'melhor interesse da criança', baseada no medo da responsabilização em danos morais pelo abandono afetivo? Não cremos!

³⁰² Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Se o réu descumpre ao que estava obrigado na sentença, restaria apenas a aplicação dos mecanismos patrimoniais do direito processual, *astreintes* ou multa diária, para estimular a postura determinada na decisão judicial.

10.2 *Punitive damages* e fator de desestímulo

Danos punitivos (ou *punitive damages*), figura oriunda da *civil law*, referem-se a acréscimo de soma em dinheiro à indenização pelo dano em si mesmo considerado e em sua função punitiva.³⁰³ Assim, uma condenação do autor do fato lesivo ao pagamento de alta soma em dinheiro funcionaria, no caso, como punição, pela conduta praticada.

Naquele sistema, ao júri, cabe, em primeiro lugar, decidir se é conveniente a imposição de danos punitivos e, em caso afirmativo, estabelecer o *quantum* devido. Não há parâmetros objetivos para guiar a atividade deste júri, de modo a assegurar julgamentos imparciais. Na análise, consideram-se, geralmente, fatores como: o grau de culpa do ofensor, com a finalidade de prevenção de condutas semelhantes, o nexo entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido, a eventual prática anterior de condutas semelhantes, a lucratividade da conduta ofensiva, a situação econômica do réu e o valor das custas judiciais.

Muitos problemas são apontados como decorrentes da utilização da indenização punitiva, a exemplo de grandes prejuízos à segurança jurídica, pela instabilidade provocada principalmente por sua previsibilidade.

Enquanto o dano moral possui uma função precipuamente compensatória, os denominados *punitive damages* (ou danos punitivos) teriam, como função principal, a punição do responsável pelo dano e, secundariamente, a constituição de prevenções, em relação ao autor e à sociedade como um todo.³⁰⁴

³⁰³ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo...cit.*, p. 68.

³⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 254.

A função precaucional não existe, de modo expresso ou de forma independente, no ordenamento jurídico brasileiro. A tipicidade de condutas seria imprescindível para autorizar a sua aplicação? Existiriam os danos punitivos no Brasil?

Deve-se atentar, inicialmente, para origem da figura, pois o *civil law* é um sistema completamente diverso do pátrio. Parte da doutrina brasileira, porém, defende sua pertinência ao ordenamento jurídico pátrio, sob o argumento de socialização da responsabilidade civil.

PATRÍCIA DE MOURA ROCHA posiciona-se contrariamente, defendendo a impossibilidade de se configurar o *bis in idem* no Direito brasileiro, ao ver-se-ia questionada mediante a adoção indiscriminada deste caráter, uma vez que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor caráter punitivo, configura-se também como crime.³⁰⁵ Esse argumento não se revela, segundo se entende o mais acertado e não parece que tal aspecto, *prima facie*, e de modo isolado, seria óbice a uma adoção, em tese, dos danos punitivos. A indenização punitiva por abandono afetivo restauraria as antigas controvérsias sobre a culpa.³⁰⁶ Discorda-se, no entanto, desse argumento, pois a culpa pode fundamentar pretensão indenizatória, no âmbito do direito de família.

Observa-se, outrossim, uma propensão a expandir o dano que seria ressarcível, com diversificadas construções teóricas, algumas dotadas de admissibilidade e outras que se obstaculizam uma melhor sistematização do tema. Entende-se que a prevenção dos danos pode se operar por meio da tutela inibitória, de que se cuidará a seguir, e do fator de desestímulo. A primeira visa impedir, de maneira imediata e definitiva, a violação de um direito, proibindo ato contrário ao direito ou, no caso de ação que se protraia no tempo, obstando a sua continuação, visando coibir que a mesma se repita.

³⁰⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil...cit.*, p. 104.

³⁰⁶ ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo...cit.*, p. 146.

No sistema pátrio, uma real e efetiva prevenção de danos há de suceder com a fixação do valor do desestímulo, quando do arbitramento da indenização, não podendo exceder o valor dessa, no que difere dos *punitive damages*. Permite, outrossim, ao magistrado, de modo proporcional e compatível com o valor fixado para a indenização, aumentar seu valor, para inibir a prática do ato causador de dano.

Destacam-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988; o arts. 12, 186, 187 e 927, do Código Civil, e o art. 6º, do Código do Consumidor. Tais ponderações de justiça já integram o direito pátrio. O próprio princípio da boa-fé objetiva pode ser entendido como violado, nesse contexto, por não aplicação do valor do desestímulo. Há que se atentar aos indivíduos, aqui em especial aos idosos, prevenindo, ou inibindo, que esses sejam vítimas de violências e abusos.

O caráter punitivo apenas deve ser reservado a situações sérias. Assim, como exceção, poderia ser admitido uma figura semelhante ao dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, sendo conduta particularmente ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva³⁰⁷. No campo da dignidade da pessoa humana, a função punitiva poderia exercer papel decisivo e importante.³⁰⁸

Há que se atentar para a complexidade envolvida no arbitramento de indenizações “punitivas” por danos morais em geral e os riscos em não reconhecer a sua profunda dimensão sociocultural, como destaca MARIA CELINA BODIN DE MORAES.³⁰⁹

³⁰⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...* cit., p. 263.

³⁰⁸ MARINANGELO, Rafael. A evolução da indenização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva. In LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 691.

³⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...* cit., p. 228.

A indenização punitiva por abandono afetivo encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro? Sua aplicabilidade, de forma ostensiva ou furtiva, seria uma frontal agressão ao sistema? À responsabilidade civil brasileira não caberia finalidade punitiva ou preventiva?³¹⁰

Essa função preventiva é associada à tese francesa de cessação do ilícito, na sua relação e contribuição para a eficácia da função preventiva, pois essa seria capaz de prevenir a ocorrência do próprio dano.³¹¹ A cessação do ilícito seria uma variante da reparação *in natura*, tal como é geralmente apresentada pela doutrina francesa, distinguindo-se da noção de pena, de execução e de reparação. Conserva a responsabilidade civil uma vocação geral e subsidiária a autorizar medidas corretivas tendentes ao retorno ao respeito da legalidade.³¹²

O caráter punitivo há de restar restrito, no Brasil, decerto, a hipóteses excepcionais e taxativamente previstas em lei, para que se vigore a lógica do razoável nesta matéria.³¹³ E a necessária proteção aos vulneráveis em razão da idade avançada, grupo em franco crescimento quantitativo, conforme as projeções, seria uma exceção possível, diante da previsão legal expressa, antes mencionada (art. 4º, EI).

Em reforço a esse entendimento, na seara dos direitos dos idosos, o art. 4º, em seu primeiro parágrafo, da Lei 10.741/2003, atribui função protetiva à responsabilidade civil, de modo específico, ao atribuir a todos na sociedade, a obrigação de atuar, de modo preventivo, para evitar lesões aos direitos desse grupo social, ou até mesmo ameaças de lesão a esses.

³¹⁰ ROCHA, Patrícia de Moura. Op. cit., p. 175.

³¹¹ FERREIRA, Keila Pacheco. Prevenção e responsabilidade civil: revisitando os aspectos teleológicos na primeira década do CC. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues (coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 714-716.

³¹² Explicação extraída e traduzida da obra de VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3 ed. Paris: L.G.D.J, 2008, p. 95.

³¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana...cit.*, p. 261.

A função de punir seria da responsabilidade civil? Acredita-se que sim. O alargamento extremado de seus limites poderia acarretar sua adulteração?³¹⁴ Defende-se que não ao longo desse tópico do trabalho.

Compartilha-se o entendimento de CLAYTON REIS,³¹⁵ para quem o *quantum* indenizatório pode possuir, também, um sentido punitivo, contendo a ideia de função preventiva. Assim, seria possível vislumbrar um caráter dúplice da verba indenizatória: ressarcimento e prevenção, sendo o que melhor se ajustaria ao sentido pretendido pelo legislador.³¹⁶

No campo de estudo da presente tese, essa pode se afigurar como uma alternativa que possa ser empregada e que, assomada, poderia contribuir de modo positivo para a grave problemática que se avizinha e que exige providências. E haveria a necessidade de dispositivo legal expresso a esse respeito?

A função preventiva não tem merecido a mesma atenção, da doutrina e da jurisprudência, sendo que essa, necessariamente, há de se vincular à função punitiva para que possua efetividade, como se voltará a tratar no próximo tópico. A descon sideração da função punitiva violaria a função social da responsabilidade civil, consistente na reparação adequada, proporcional e justa, realizada de acordo com a realidade financeira e econômica das partes, em razão do repúdio social causado?³¹⁷

Arbitrar-se uma soma pela violação dos direitos da personalidade (dano moral) seguida de outra destinada a combater o ato ou a atividade ilícita reprovável seria a teoria da dupla função da indenização por danos morais.³¹⁸

³¹⁴ ROCHA, Patrícia de Moura. Op. cit., 12/14.

³¹⁵ Avaliação do dano moral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 86-87.

³¹⁶ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, P. 86-87.

³¹⁷ DONNINI, Rogério. *Fundamento legal da função punitiva na responsabilidade civil...cit.*, , p. 25.

³¹⁸ Idem, p. 18.

Seria a manifestação do legislador, para delinear as extremas do instituto e estabelecer as garantias processuais respectivas seria, conveniente, caso se entenda que se trata de juízo de punição?³¹⁹

Após reflexão sobre o tema, até diante do antes explanado, entende-se que seria desnecessário um dispositivo legal específico para acolher esse valor do desestímulo, no ordenamento jurídico brasileiro. Princípios com função de cláusulas gerais já o tornam possível, inibindo atividades lesivas. Entre tais cláusulas gerais, ter-se-ia a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a solidariedade, a vedação ao abuso de direito e a função social dos institutos de Direito Privado.³²⁰

Poderia o valor do desestímulo, nesse contexto, um caráter social, impedindo o aumento em estatísticas de violências e abandono de pais idosos. Esse importe, ao beneficiar o ofendido, poderia lhe servir de algum modo benéfico, como para dar-lhe mais conforto.

Aqui, faz-se preciso uma visão mais humanista do que patrimonialista do direito, com o cuidado que o Estado, a Sociedade e, especialmente a Família, devem ter com as suas vítimas, ou ofendidas em potencial, atentando para uma justiça protetiva, essa fundada no princípio *nenimem laedere*, integrante do princípio da responsabilidade.

Há que se atentar, ademais, para o prognóstico de que, num futuro não muito distante, o quantitativo dessa faixa da população aumentará e, junto com esse, certamente caminhará o aumento de taxas das diversas formas de abandono e violência contra os integrantes da terceira idade. Tal questão tornar-se-á, cada vez mais, um problema social de grande monta, a demandar atenção contínua e início de estratégias e ações imediatas.

³¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana....* cit., p. 263.

³²⁰ Responsabilidade civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2015, p. 94/95.

Uma vida digna não se coaduna com ofensas, de ordem física ou moral, ou com comportamento contrário à ideia de solidariedade, o que aqui, no tema sob análise, reflete-se, ainda, como o respeito, como o direito a um envelhecimento digno, que se revela umbilicalmente ligado ao direito à vida, primário direito da personalidade e todos vinculados à dignidade do ser humano.

Vida, pessoa e dignidade são valores essenciais, vinculados entre si e o direito natural do ser humanos em ser titular desses direitos corporificaria o princípio da cidadania.³²¹ Assim: “Respeito, liberdade e dignidade são ingredientes imprescindíveis para que a pessoa humana, mormente a idosa, tenha garantidos seus direitos à vida e ao envelhecimento dignos e saudáveis, com a integral proteção dos seus interesses (individuais e sociais), asseguradas a aplicabilidade da cidadania”.³²²

10.3 A tutela inibitória por danos causados pela omissão de cuidado inverso

O remédio inibitório se insere, no sistema de responsabilidade civil, como um mecanismo de reação ao ilícito, assumindo relevo central o comportamento lesivo a interesses protegidos. Trata-se de uma condenação pecuniária, acessória e condicional, mais comumente oriunda de demanda do credor, que se junta à condenação principal, em vista de, assim, assegurar a execução, sendo o montante proporcional ao retardamento trazido pelo devedor na execução da condenação principal.

As *astreintes* se constituem, ademais, um meio de pressão, dirigido para a força de sua resistência do devedor,³²³ que consiste em condená-lo, sujeitando-o a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, ou a pagar uma soma em dinheiro,

³²¹ A cidadania pode ser definida como o direito de ter direitos, ou como o direito de pertencer a uma comunidade política, o que permitiria a construção de um mundo comum, através do processo de asserção dos direitos humanos.

³²² RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. Op. cit., p. 30 e 64.

³²³ Tradução livre de trecho de MAZEUD, Henry et Léon, MAZEUD, Jean e CHABAS, François. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6 ed. Tomo III. V. 1. Paris: L.G.D.J., 2014, p. 879/880.

por vezes pequena, mas que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações.³²⁴

Com feição acautelatória *ex ante*, a tutela inibitória funcionaria como elemento diássusivo de potenciais comportamentos ofensivos a interesses alheio,³²⁵ encontrando-se prevista nos artigos 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³²⁶ e 497, do Código de Processo Civil.³²⁷

A tutela inibitória, no viés estrutural, seria um remédio de natureza processual, inserido na categoria das tutelas de urgência, que objetiva criar um constrangimento psicológico para que alguém seja inibido a fazer, ou não fazer, alguma coisa, cessando o comportamento tido como ilícito, pela via de uma medida de execução indireta. Trata-se de tutela específica preventiva, direcionada à realização do próprio interesse violado, e não de propicia, ao titular, uma utilidade equivalente.³²⁸

O fundamento material da tutela inibitória repousa na ideia de inviolabilidade dos novos direitos, de regra, não passíveis de conversão em pecúnia e que necessitam de uma atuação jurisdicional preventiva, em face de eventual ameaça que possam sofrer.³²⁹

Para a prestação da tutela inibitória, ao juiz pode usar de meios de coerção direta ou indireta, para compelir o demandado a cumprir com o que foi ordenado,

³²⁴ Op. cit, p. 192.

³²⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...cit.*, p. 120.

³²⁶ “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:
(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”

³²⁷ “Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

³²⁸ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...cit.*, p. 121.

³²⁹ PINTO, Edson Antônio Sousa e FARIA, Daniela Lopes de. A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 252/2016. p. 303-318. Fev/2016. DTR\2016\217. Disponível em: [<https://edisdisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1687874>]. Acesso em: 13.07.2018.

permitindo-se que busque, em cada caso concreto, a melhor solução, e para que se preste, caso se afigure possível, a tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Entretanto, conclui-se que, de modo isolado, a tutela ressarcitória seria inadequada para assegurar uma tutela aos direitos de conteúdo e função não patrimonial. Nessa seara, os direitos fundamentais dos idosos abandonados por seus filhos parece resvalar.

A ofensa ao *neminem laedere* se manifestaria apenas em lesões relacionadas à circulação de riquezas, ou seja, nas situações subjetivas patrimoniais e na propriedade? Defende-se que essa se manifestaria quanto ao valor da dignidade da pessoa humana ou nas situações subjetivas existenciais. A atipicidade da tutela ressarcitória se justifica sobremaneira por ser coligada genericamente à pessoa.³³⁰

A indenização por dano moral pode contribuir, no caso concreto, para tornar ainda mais grave a situação. E, assim, a tutela ofertada, ao invés de proteger o direito, muitas vezes incentiva sua violação.³³¹ A tutela inibitória, por seu turno, buscaria evitar que se consuma a lesão ao direito, com cunho nitidamente preventivo e dirigida para o futuro. Essa se propaga antes que o dano se produza, sinalizando o compromisso do direito com o desestímulo a comportamentos antijurídicos e, fundamentalmente, com a transformação social suscitada pela Constituição Federal.

Na situação fática, o ideal seria que se cumulasse a pretensão inibitória (em que a avaliação do dano não tem qualquer pertinência) com uma pretensão indenizatória, pelos danos causados. A tutela inibitória é desprovida de finalidade ressarcitória, operando antes que o dano se verifique, prescindindo de sua verificação, podendo ser cumulada com a condenação ao ressarcimento de danos. A medida coercitiva opera para o futuro, ao passo que o ressarcimento se aplica ao já passado.

³³⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

³³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 26.

Apesar das críticas possíveis, não se pode abolir a pretensão indenizatória, como remédio jurídico para situação como a que ora se apresenta. O que se propõe, nesta tese, é que a tutela inibitória a ela se associe para que possa propiciar mais efetividade e para que se evitem novas violações, podendo funcionar como freio para a dita mercantilização do afeto, em pretensões indenizatórias por danos morais no âmbito do direito de família, podendo oferecendo uma resposta mais efetiva, tal como pretendida pela vítima.

Com a busca da valorização da dignidade da pessoa humana, houve o desenvolvimento e fortalecimento dos chamados direitos não patrimoniais, que não se coadunam com a tutela apenas ressarcitória, simplesmente pelo fato de não poderem ser expressos em pecúnia³³². Com o escopo de dar guarida a esses direitos, aos quais não se pode mensurar monetariamente, faz-se necessário o desenvolvimento de uma tutela jurisdicional preventiva plena, que atue com o objetivo de evitar a prática, repetição e continuação do ilícito.

Nas hipóteses de possíveis conflitos de valores, utilizar-se-ia de critérios da proporcionalidade e ponderação de princípios,³³³ atentando às particularidades de cada caso.

A fruição *in natura* do direito seria o fundamento substancial do provimento inibitório, visando afastar as ameaças que os cercam, mediante a imposição de condutas, positivas ou negativas, ao agente causador do ilícito, ou àquele que esteja na iminência de realizar o ato que atentaria contra o direito.³³⁴

³³² PEREIRA, Eduardo Calais. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Universidade FUMEC. Orientador: Prof. Dr. Rafael Frattari. Belo Horizonte. 2017.

³³³ Sobre a ponderação de princípios, explica ROBERT ALEXYS: “No primeiro nível trata-se o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância de cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele” (Teoria discursiva do direito. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2014, p. 154).

³³⁴ PINTO, Edson Antônio Sousa e FARIA, Daniela Lopes de. Op. cit., p. 303-318. Fev/2016. DTR\2016\217. Disponível em: [<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1687874>]. Acesso em: 13.07.2018.

No geral, o direito fundamental de convivência familiar pode ser concretizado pela via de tutelas que incitem pais e filhos ao relacionamento familiar, com a possibilidade de uma multa, fixa, periódica ou progressiva, como fato diassuasório em face da reiteração de comportamentos antijurídicos,³³⁵ o que se pode constatar, por exemplo, em casos de descumprimento de direito de visitas. A tutela específica inibitória poderia vivificar o direito fundamental à convivência, também, impelindo filhos a prestarem cuidados aos genitores idosos? Entende-se que sim, podendo possibilitar a prevenção de danos inclusive.

Muitas vezes, os abusos praticados contra os mais velhos se reiteram, repetem-se, ao longo do tempo, sendo da própria natureza da negligência filial de amparar os genitores, na velhice. Fazê-los cessar por meio da pressão exercida pelo remédio inibitório pode funcionar como uma relevante ferramenta.

As astreintes³³⁶ servem de importante instrumento de indenização antecipada, para fazer cessar qualquer dano moral causado no espectro mais amplo da família. A utilidade da tutela cominatória, com aplicação de multa diária, ou mesmo um valor único imposto pelo juiz, como instrumento coativo, para fazer cessar a lesão causada no âmbito da célula familiar à dignidade de membro dessa família. Tem a multa ampla

³³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. Op. cit., p. 980 e 982.

³³⁶ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente (...)

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente (...).”

incidência na execução de obrigação de fazer, como sucede no dever ou direito de convivência^{337_338} e se acredita que poderia se assomar na resposta que se busca.

10.4 Pena civil

A pena civil consiste, normalmente, na criação de uma obrigação de caráter privado que serve como preço pela culpa ou na perda ou de uma situação jurídica subjetiva patrimonial, jamais incidindo sobre a liberdade física de alguém, imediatamente ou por conversão de pena de origem patrimonial. Confere efeito dissuasivo à responsabilidade civil, propiciando uma alternativa mais dinâmica e informal do que o direito penal, para dotar de maior efetividade as sanções a violações de bens de menor gravidade na esfera criminal.

A implantação, no âmbito do direito das famílias, do modelo jurídico da pena civil, poderia auxiliar na problemática apresentada na presente tese? Por meio dessas, as sanções punitivas seriam hábeis a conceder efetividade a um sistema que quer diluir todas as resistências à concretização de seus princípios e funções?³³⁹

Observa-se que a tendência mundial é de uma justiça destinada a atender os interesses da vítima, coadunando-se o processo penal brasileiro ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos.

Poderiam as vítimas, de regra vulneráveis, em questão ser melhor atendidas dessa forma? Há uma tendência ressarcitória, no direito penal brasileiro, que, somada à tradicional reparação do direito privado, culmina por constituir um suprassistema reparatório.³⁴⁰

³³⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de família...cit.*, posições 12049,12052 e 15435.

³³⁸ Nesse sentido já decidiu o STJ, no REsp 701.872/DF, sendo Relator o Ministro Fernando Gonçalves.

³³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil. Responsabilidade civil...cit.*, p. 972.

³⁴⁰ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil...cit.*, p. 156.

Consoante SUZANNE CARVAL,³⁴¹ a função punitiva da responsabilidade civil não é apenas uma reminiscência de tempos distantes quando a responsabilidade civil e a penal eram uma só. Trata-se, ao revés, de um aspecto muito atual do direito e uma ferramenta repressiva que, sendo reconhecida oficialmente, pode rivalizar com o prestígio do direito penal, podendo ser utilizada para sancionar os ataques aos interesses corporais, materiais ou morais do ser humano e também para regular a atividade econômica. A pena privada poderia ser aplicada em substituição à compensação dos danos, diante da necessidade de um mecanismo normativo eficaz, mas poderia, ainda, pode ser útil nos domínios em que o direito da vítima a indenizar seja muito forte e a função punitiva necessite completar a função reparatória.

Acredita-se que a pena civil pode ser mais uma possibilidade que, associada às demais possível, possa, na esfera cível, tentar alcançar, no caso concreto, a dignidade ao idoso abandono, àquele que não recebeu cuidado, praticado, pois, ato ilícito, em contrariedade a dispositivo legal, mas necessita ser melhor desenvolvida.

³⁴¹ Tradução livre da autora. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995, P. 379 e Ss.

11. EXEMPLOS DE OUTROS PAÍSES

Nesse capítulo final, apenas a título ilustrativo e reflexivo, traz-se notícia sobre estratégias de enfrentamento para a questão social de abandono de genitores idosos, em dois países, comprovando que se trata de problema mundial, para que, na medida do possível aproveite-se cada lição.

11.1. O Ministério da Solidão Inglês

Em janeiro de 2018, a primeira-ministra britânica, Theresa May, criou o denominado Ministério da Solidão, com a finalidade de enfrentar “a epidemia oculta da sociedade moderna”, com destaque para os idosos solitários, ou ignorados por seus filhos, sem receber visitas ou qualquer demonstração de carinho.³⁴²

Observou-se, naquele sistema, que, morrendo sozinhos, os britânicos faleciam mais cedo. Como resultado dessa constatação, projetou-se que, a cada dois anos, o país perde quase um ano, em termos de expectativa de vida, e deixa, assim, o país para trás, na corrida da longevidade, em comparação com outros países.

Na velhice, segundo o observado, não raro, os pais irritam os filhos, por desaprender de conversar ou até de deglutir. Percebem os anciões que os filhos não querem mais sua companhia. Uns se envergonham de pedir atenção, outros protestam, carentes. E muitos desejam, nesse momento, morrer. Não conseguem engolir a solidão. Essa é, certamente, um desafio a nível mundial.

Registra-se, ademais, o egoísmo de alguns filhos e netos, convictos de que bastam algumas poucas visitas, rápidas e ocasionais, para ajudar no bem-estar dos mais velhos. Constatou-se que, muitas vezes, nos abandonos aos ascendentes idosos, as distâncias ocupam algumas quadras ou quilômetros, vencíveis em poucas horas. Será essa uma geração de pais órfãos de filhos vivos?

³⁴² AQUINO, Ruth de. *A solidão de seus pais*. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/opinioao/a-solidao-de-seus-pais-22539934>]. Acesso em: 15.05.2018.

Não se negam ajuda financeira, ajudar com netos na escola, pagar outras despesas, antecipam heranças, mas não têm assento na vida particular dos mais jovens (filhos ou netos), por acreditarem que seus pais se bastam e não precisam fazê-lo.

Esse ministério confirma a pandemia que vem se tornando o abandono dos idosos em suas mais variadas formas.

Porém, tal como registra-se: “uma das formas de viver com dignidade é amar quem se dedicou a nós”.³⁴³

A criação desse ministério inglês passa por críticas e reflexões, ainda não se projetando com exatidão como funcionará, porém, o grande valor do registro é demonstrar que, em todo o mundo, a questão ficou evidente e reclama as ações mais diversas.

11.2. O caso chinês

Uma Lei chinesa, do ano de 2013, obriga os filhos adultos a visitarem os pais idosos, regularmente. Se houver alguma falha, os filhos podem ser acionados pelos pais. A lei também determina cuidados mínimos que os adultos devem ter, em relação a seus pais, como “nunca renegar ou ignorar as pessoas mais velhas” e zelar por suas “necessidades espirituais”

Naquele país, a notícia que se tem é de que muitos idosos já processavam os filhos por abandono, demandando, no âmbito do processo, “apoio emocional”. As regras, então, foram criadas para tentar amenizar o crescente problema de isolamento de idosos no país.

³⁴³ AQUINO, Ruth de. Op. cit.

Normalmente, na China, relata-se que os casos terminam em acordos, sob a supervisão da Justiça, entre pais e filhos, sem notícia de aplicação de penas. Uma das maiores críticas feitas a tal lei, até então, é que não se sabe como seria a mesma executada pelas autoridades, exigindo-se que os membros da família que morem longe de seus pais visitem-nos ou, pelo menos, mantenham contato com frequência. Outra crítica feita é a de que não define a regularidade mínima de visitas.

Essa lei, porém, indica vertente mundial de preocupação com os idosos,³⁴⁴ bem como objetiva despertar a conscientização dos chineses para a questão, enfatizando o direito das pessoas idosas ao suporte emocional.

Embora a tradição, na China, já trouxesse essa cultura, pela lei, os filhos passaram a ter que cuidar dos pais envelhecidos. Observa-se que muitos chineses acreditam que se trata de uma questão moral, sendo algo que não poderia ser imposto pela lei. Por detrás da lei e de suas supostas boas intenções, exsurge a preocupação do governo chinês, com um problema social que não deseja, certamente, enfrentar sozinho.

Em 2012, a população chinesa com mais de sessenta anos era de 14,3% (quatorze, vírgula três por cento), o que significaria quase 194.000.000 (cento e noventa e quatro milhões) de pessoas. Até 2020, projeta-se que o percentual deve alcançar 17,1% (dezessete, vírgula um por cento) e, até 2053, a população de idosos chineses deve representar 35% (trinta e cinco por cento da população), ou seja, cerca de 487.000.000 (quatrocentos e oitenta e sete milhões) de pessoas.

Constata-se que, nas últimas cinco décadas, a expectativa de vida chinesa passou dos 43 (quarenta e três) anos de idade para 73 (setenta e três) anos, também como consequência do planejamento familiar chinês, que limita a uma criança a quantidade de filhos da maioria das famílias.

³⁴⁴ CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. Op. cit., p. 171.

1.3. Conclusões do capítulo

Esse exemplo de solução legislativa não seria necessário, no Brasil, segundo se entende. Já existem, no sistema pátrio, a previsão constitucional mencionada alhures, além de princípios, cláusulas gerais e regras jurídicas diversas que podem auxiliar na tentativa de solucionar essa grave problemática, com destaque para o Estatuto do Idoso.

Também, o estatuto em questão divide as responsabilidades com o idoso, entre Estado, família e sociedade, como alhures. Não se imagina outro modo de lidar com a questão. As estratégias e planejamento de como agir, decerto, podem variar, inclusive atentando para as especificidades de cada cultura e de cada nação.

CONCLUSÃO

No desfecho dessa tese, optou-se por uma breve recapitulação do que tratou nos capítulos anteriores, com ênfase para os pontos entendidos como mais relevantes e para o que se pôde concluir, com base nos estudos empreendidos, fontes consultadas e reflexões correlatas.

No sistema de responsabilidade civil, com as ideias de culpa do agente e de punição, na sua evolução, e passando pela ideia de solidariedade, atualmente, destaca-se o papel da vítima, de seus direitos da personalidade e de sua dignidade enquanto pessoa humana, fundamento do ordenamento jurídico nacional. O desafio atual da responsabilidade civil na pós-modernidade seria o de, por meio da função social e ainda na busca por segurança, prevenir danos e construir uma sociedade mais justa e solidária, para os cidadãos de hoje e para as gerações futuras, com respaldo no dever de cuidado associado à ideia de justiça protetiva, da ideia do não lesar a outrem, da boa-fé objetiva e de solidariedade social, com vistas, ademais, para os novos direitos e a necessidade de o Direito acompanhar a evolução da sociedade.

Com a aproximação entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil, admitido o dano moral, forçoso é concluir que o alto grau de subjetividade que envolvem as relações humanas e os sentimentos a essas vinculados importam em restrições. Nessa empreitada, no âmbito da entidade familiar, a maior dificuldade é separar os interesses merecedores da proteção do ordenamento jurídico daqueles caprichosos, fúteis, que tratem de meros aborrecimentos ou transtornos do dia a dia visto que somente demandas graves o suficiente para afetar a dignidade humana, em seus diversos substratos materiais (a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social), poderiam fundamentar a análise da responsabilidade civil e ensejar eventual reparação, sob pena de, em caso contrário, monetarizar o afeto e banalizar o dano moral. Assim, o magistrado, em uma análise necessariamente casuística, buscando atender a finalidade da norma social, utilizando-se da técnica da ponderação de princípios, em caso de colisão, e respondendo à questão se a reparação poderia ser alcançada por remédio que não seja o pecuniário, deve ponderar os valores éticos em conflitos. Mesmo com o risco

de produção de um dano social maior do que aquele que se pretende reparar, ou de deterioração de uma relação já desgastada, negar a reparação por danos materiais e morais causados por um membro da família ao outro, poderia significar num maior estímulo à reiteração de conduta lesiva, com a especial nuance de que, nesta área, o pagamento da indenização não encerra a relação existente entre autor e réu.

O Direito, instrumento regulador do meio social, necessita de dinamicidade para acompanhar as incansáveis mudanças na família, que, atualmente, concebe seus membros de modo individualizado, incluindo o idoso, parte integrante dessa família eudemonista e em busca de sua felicidade nesse *locus*. Há que se cuidar do bem-estar do indivíduo mais velho, respeitando a sua autonomia enquanto cidadão, promovendo a sua dignidade em concreto e atentando para os seus valores e sentimentos. No contexto familiar, há a necessidade de especial proteção, atenção e cuidado aos vulneráveis, grupo no qual se inserem os idosos, diante de suas condições peculiares. Essa responsabilidade, na entidade familiar, independe da existência de afeto, decorrendo de dever de conduta objetivo, com fonte na lei e com origem no parentesco. A simétrica obrigação de cuidado funciona, tal como os pais edificaram a autonomia de seus filhos, com a preservação, pelos descendentes, da autodeterminação de seus ascendentes, durante sua vulnerabilidade de origem etária.

Identificada como cláusula geral, a boa-fé objetiva impõe um comportamento correto, ético, equilibrado e segundo a moral, em qualquer relação jurídica, espalhando-se por todas as áreas do direito civil, inclusive pelo direito de família. A responsabilidade pelos vulneráveis, dentro da entidade familiar demanda comportamento segundo a boa-fé objetiva, ou seja, o cuidar de quem cuidou de si, durante época anterior, significando uma justa retribuição ao antes recebido, em especial: a educação, os ideários de vida, os valores morais, sociais e afetivos. O art. 229, da Carta Magna de 1988, positiva essa expectativa dos pais, de que seus filhos lhe amparem, na velhice, carência e enfermidade, tal como cuidaram deles, enquanto infantes indefesos. Agir segundo a boa-fé objetiva, nesse contexto, importa demonstrar, com gestos exteriores, o cuidado. No ciclo da vida familiar, com lealdade e da confiança mútuas, os descendentes passam a cuidar dos genitores, respeitando

suas dignidades, invertendo-se os papéis, diante da circunstância do envelhecimento. O princípio do melhor interesse do idoso, de base constitucional, consectário natural da cláusula geral da tutela da pessoa humana, é fonte da proteção integral devida ao esse cidadão, que precisa da força protetora da lei para manter a sua autonomia, em constante ameaça de sua negação ou subtração, no confronto com sua crescente e natural fragilidade.

Conclui-se que, historicamente, a trajetória do idoso apresenta marcas da ausência de garantias de direitos, sendo o conceito de velhice uma construção social que depende dos contextos sociais, culturais e históricos, notando-se, desde remotas épocas, carga de preconceito, que se reflete no quadro atual, de violação aos direitos e garantias desse grupo social. A questão de poder situava-se no interior das classes dominantes, valorizando-se aptidões como memória e experiência. Os demais adultos se apoiaram nos mais velhos, nas sociedades fortemente organizadas e repetidoras e, nas sociedades divididas, nos períodos conturbados ou revolucionários, a juventude tomou a dianteira.

O prognóstico constante do Relatório sobre o Envelhecimento da População Mundial, de 2013, da Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da ONU, considerando a redução das taxas de natalidade, é o de que o número de pessoas com mais de sessenta anos deverá triplicar, alcançando o número de dois bilhões, em 2050. Ainda, a projeção é de que o número de pessoas acima dos 80 (oitenta) anos deverá quadruplicar até o mesmo marco temporal. Sendo a primeira vez, na história da humanidade, em que os países contarão com contingentes tão elevado de idosos, em suas respectivas populações, passa a velhice a ser tratada como um problema e a integrar as preocupações sociais do momento, para o próprio bem da humanidade ou dos seres que pertencem ao porvir.

Do mesmo modo, a temática da violação de seus direitos fundamentais dos mais velhos, problema universal e fenômeno cultural de raízes seculares, integra, atualmente, obrigatória na pauta de questões sociais. A incidência da violência intrafamiliar tornou-se mais significativa com a longevidade humana e com o envelhecimento populacional. Como hipótese, se a proporção de abusos a vítimas

idosas for mantida constante, o número de vitimados deve crescer rapidamente, o que pode ser, na verdade, mais grave diante da realidade das subnotificações desse tipo de violência.

Além de direitos e garantias fundamentais assegurados a todas as pessoas, direitos específicos e diferenciados são atribuídos aos maiores de sessenta anos, diante da proteção integral que lhes confere o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, justificáveis pelo próprio processo natural, biológico e de maior vulnerabilidade fática, com base no princípio da isonomia. São, ainda, pilares constitucionais influenciadores, com fulcro em regras e princípios relacionados ao indivíduo idoso: a cidadania, a dignidade e a solidariedade. Ademais, enquanto o direito à vida traduz que o idoso tem o direito de viver, preferencialmente, junto à família, com base, ainda no princípio da convivência familiar, o direito à liberdade significa que o idoso há de continuar fazendo as suas escolhas.

Hodiernamente, a dignidade da pessoa humana ocupa o ápice do ordenamento jurídico e das constituições contemporâneas, antes ocupado pela questão patrimonial. Trata-se de atributo de todos os seres humanos, sendo o que os diferenciaria das demais criaturas da natureza, referindo-se ao dever de respeito mútuo entre os indivíduos, no sentido de sua não violação, encontrando-se sua base legal no preceito milenar do *neminem laedere* e sendo o outro lado dessa proteção normalmente interpretado como a determinação de cabal reparação de todos os prejuízos causados injustamente à pessoa humana. A presente cláusula geral, no âmbito desse, interpreta-se como o direito a um envelhecimento digno, efetivando-se a proteção integral devida ao idoso, por sua situação de vulnerabilidade potencializada pelas contingências existenciais, sendo dever de família primeiramente a prioridade à dignidade do idoso, em sua dimensão negativa (respeito), ou, em sua vertente positiva (autonomia).

Relaciona-se o afeto com o campo das emoções, sendo algo interno ao ser humano e subjetivo. Desse modo, forçoso é concluir que necessita de atos externos, que possibilitem a um outro indivíduo especular sobre a sua existência, ou não, numa

situação particular. Consagrado, na atualidade, como elemento identificador de entidade familiar, mesmo para essa finalidade, o afeto há de estar acompanhado de outros elementos, como solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência, convivência, ostentabilidade e estabilidade. Não existe dever jurídico de afeto. Amar é faculdade. A afetividade passou a ser apontada como um princípio de direito de família implícito, com função interpretativa, ou integrativa, de outras normas, uma decorrência da valorização da dignidade da pessoa, porém, consoante se sustenta nessa tese, essa não seria um princípio. Em sua dimensão objetiva, a afetividade pode se manifestar em práticas de cuidado, em atos exteriores que autorizem a sua constatação, conferindo-lhe objetividade. Então, não se trataria mais de afeto, e sim de cuidado.

Ligado às ideias de solidariedade e de vulnerabilidade, o cuidado pode ser conceituado, nas relações familiares, como o conjunto de atos que devem ser praticados, pelos integrantes da família, para proteção daqueles que circunstâncias particulares tornam mais suscetíveis de vulneração. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 229, não empregou a palavra “cuidado”, de forma literal, porém os deveres previstos, de ajuda e amparo, que obrigam os filhos maiores, em relação aos pais, na velhice, carência e enfermidade, traduzem decerto atividades inerentes à prática do cuidar, consagrando-os como deveres jurídico-normativos. Esse valor implícito no ordenamento jurídico é, ademais, informador da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva, integrantes do núcleo da nova ordem constitucional, com importante papel na interpretação das normas jurídicas. Simetricamente, os pais edificam a autonomia de seus filhos e os filhos preservam a autodeterminação dos pais, quando idosos. A noção de cuidado refere-se a elementos imateriais, necessários para fins variados, exurgindo da avaliação de ações concretas. Alçado à categoria de obrigação legal, supera-se o obstáculo, ao se discutir o “abandono afetivo”, sobre a impossibilidade de se obrigar a amar, diante da presença de elementos objetivos, no cuidado, pela possibilidade de sua verificação e pela comprovação de seu cumprimento. Conclui-se que, em verdade, exige-se a obrigação de cuidado dos entes familiares mais vulneráveis, com base em dever objetivo, traçado em norma legal, geradora da possibilidade de responsabilização civil, e jamais o afeto em si.

Desse modo, configura ato ilícito apenas a omissão de cuidado, em relação a ascendentes idosos, servindo como fundamento para eventual pretensão indenizatória. Se o filho maior não ampara ou ajuda seus pais, em idade avançada ou enfermidade, omitindo-se e deixando, de modo deliberado, de promover ações externas que digam respeito à preservação da integridade, física e psicológica, à convivência, em família e em sociedade, e ao exercício da cidadania desses, pode-se estar diante da situação-problema que ora se apresenta. Propõe-se, nesta tese, o desuso da terminologia amplamente adotada de “abandono afetivo”, aqui dito “inverso”, porque a causa de eventual responsabilidade civil, na hipótese, seria a inobservância dessas ações externas do cuidar, que podem ser visualizadas, exigidas e se chamar o Estado a atuar, na hipótese contrária. Mais acertado se entende mudar essa terminologia, adotando-se outra mais técnica, que melhor reflète a situação fática e adota a terminologia adotada pela Constituição Federal de 1988: desamparo de pais, na velhice (pelos filhos adultos maiores), caminho seguido no momento de fixação do título dos presentes escritos.

O “abandono afetivo” dos pais idosos pode ser compreendido como uma forma de negligência, que se configura pela ausência dos filhos relacionada a questões imateriais, à assistência emocional, ainda que haja o custeio de gastos e despesas materiais. O ordenamento jurídico delinea uma rede de solidariedade e responsabilidade que constituem uma via de mão dupla, aplicando-se, nessa interpretação, o princípio da boa-fé objetiva, associada à dignidade da pessoa humana. Tal como a obrigação alimentar, o dever de cuidado decorre do vínculo de parentesco, independentemente de sua origem. Há a imposição constitucional de cuidar, como dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de ter, ou não, filhos. A falta de afeto, no sentido literal, não pode e não deve ser considerada ato ilícito e fato gerador de responsabilidade civil. Os membros de uma família, independente de nutrirem, ou não, afeto, uns pelos outros, havendo algum tipo de vulnerabilidade, são obrigados a cuidar e a responsabilizar-se mutuamente, em razão desse dever de conduta objetivo.

A vedação de comportamento contraditório é instrumento pelo qual se atenta contra a legítima confiança depositada por outrem, na manutenção do comportamento inicial, em consonância com a boa-fé objetiva, com fundamento nos arts. 422, do Código Civil de 2002, e 3º, da Constituição Federal de 1988. Sendo essa figura aplicável à situação apresentada nesta tese, o filho pode elidir a culpa, em juízo, alegando ter sido, no passado, vítima de abandono imaterial, por parte daquele que, agora vulnerável, clama por sua atuação, verificando-se uma espécie de compensação. Defende-se que, sem qualquer relação de afetividade entre as partes, não se pode impor obrigação alimentar ou dever de cuidado, com base na cláusula geral da boa-fé objetiva e aplicando-se o fundamento do parágrafo único do artigo 1708, do Código Civil, que conduz ao entendimento de que não havendo vinculação entre as partes, permanece apenas a obrigação moral. Os quatro pressupostos, para a invocação dessa justificativa, nas decisões judiciais, podem ser encontrados no ilícito em questão. A conduta inicial consistiria, no exercício dos princípios da autonomia privada e da paternidade responsável, na opção de ter prole. A legítima confiança do filho resultante, segundo requisito, seria no sentido de ser devidamente cuidado por seus genitores, no momento de vulnerabilidade da infância, quando o exercício desses direitos-deveres se revela fundamental para a sua formação. O comportamento contraditório, terceiro pressuposto, seria o anterior abandono imaterial, ou de descumprimento dos deveres jurídicos normativos estabelecidos no artigo 1634, do Código Civil, relativos à responsabilidade parental, praticado pelo genitor, no momento anterior. O dano (ou o potencial de dano) restaria evidenciado, de forma individualizada no caso concreto, traduzindo-se, normalmente, em mágoa, dor ou traumas, que podem se materializar, por exemplo, por testemunhas e laudos técnicos.

Outras escusas podem ser contextualizadas e demonstradas, no caso concreto, fazendo-se necessário averiguar o nexo causal entre a omissão do amparo e os danos sofridos pelo genitor, funcionando a causalidade como medida da responsabilidade, e não a culpabilidade. De igual modo, não caracterizaria a vulneração do dever de cuidado a impossibilidade prática de sua prestação, podendo ocorrer uma repartição de danos, com eventual condenação do filho a um montante proporcional à sua participação no resultado lesivo. Sendo vários os obrigados, e

acionado apenas um deles, a responsabilidade seria, segundo se entende, nitidamente solidária, podendo haver direito de regresso em relação aos demais. Por outro lado, com base no princípio da eticidade e até mesmo da boa-fé objetiva, aplicando-se o parágrafo único do art. 944, do Código Civil, diante da concreta aferição de desproporção entre a severidade dos danos psíquicos sofridos pelo ascendente e a culpa leve, ou levíssima, do ofensor, seria possível, ainda, uma mitigação do *quantum* compensatório, suavizando-se a norma genérica do princípio da reparação integral, em face de circunstâncias particulares. Na análise do grau de cuidado, há que se sopesar se aquele adotado pela pessoa seria aquele desejável de pessoas em situação assemelhada, considerando similar base intelectual e socioeconômica, tempo e local. No ilícito de negligência filial, em amparar e ajudar os pais, na terceira idade ou doença ou na necessidade, a conduta agrava-se, por se protrair no tempo.

Entende-se desnecessária uma previsão expressa da possibilidade de indenização, em caso de abandono de mãe ou o pai idoso, pelos filhos maiores. Essa parece resultar da simples análise do ordenamento jurídico vigente, dos princípios constitucionais aplicáveis à matéria, em especial da boa-fé objetiva, e da constatação de reciprocidade. Mas, como no repertório jurisprudencial ainda não há decisão favorável sobre caso específico, logo semelhante previsão poderia ser proveitosa, a exemplo daquela objetivada pelos Projetos de lei 9446/2017, 4562/2016 e 4294/2008.

Em caso de reiterada omissão do dever imaterial de cuidado, a atitude legislativa ideal seria aquela que remetesse o filho a exercitar o dever de amparo em sua plenitude, pois o que a vítima do abandono imaterial pretende, normalmente, é o efetivo cumprimento dos deveres filiais. Na tutela específica objetiva, havendo possibilidade, o juiz ditaria a providência vislumbrada possível que assegurasse o resultado prático equivalente ao adimplemento, o que depende da circunstância de cada caso concreto, tal como a possibilidade, para se evitar violações a seus deveres filiais ou parentais, uma determinação de passar certo número de dias um com o outro. Porém, diante da impossibilidade de prever cada situação e, de outra banda, da necessidade de também assegurar os direitos fundamentais dos filhos maiores, via de regra, não seria factível. Mas a questão é muito delicada, assemelhando-se, nessa

medida, ao direito de visitas de pais aos filhos menores. Seria necessária cautela, sopesando-se os malefícios que podem advir dessa decisão. Em tese, pode-se obrigar o filho a visitar os pais idosos e a cuidar deles (ou fiscalizar os cuidados que esses recebem de seus cuidadores imediatos), mas é necessário ponderar sobre eventuais danos de cunho psicológico gerados com essas determinações. Embora a hipótese pareça, à uma primeira vista, sedutora e a solução para todos os problemas dessa ordem, os desdobramentos e implicações mais preocupam do que tranquilizam quem se debruça sobre o tema.

No direito pátrio, a prevenção dos danos pode se operar, de modo adequado por meio da tutela inibitória, e do fator de desestímulo. A primeira visa impedir, de maneira imediata e definitiva, a violação de um direito, proibindo ato contrário ao direito ou, no caso de ação que se protraia no tempo, impedir a sua continuação. Quanto à segunda, a real e efetiva prevenção de danos há de suceder com a sua fixação, quando do arbitramento da indenização, não podendo exceder o valor dessa, no que difere da figura norte americana dos *punitive damages*, cuja a função principal seria a punição do responsável pelo dano e, secundariamente, a constituição de prevenções, em relação ao autor e à sociedade como um todo. Destacam-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988; o arts. 12, 186, 187 e 927, do Código Civil, e o art. 6º, do Código do Consumidor. O próprio princípio da boa-fé objetiva resta violado, no contexto dessa tese, por não aplicação do valor do desestímulo. É preciso ter atenção aos vulneráveis, prevenindo que sejam vítimas de violências e abusos. Cuida-se de situação séria, mantida a reserva do caráter punitivo para situações sérias e em sua função da exemplaridade, por ser imperioso dar uma resposta à sociedade, pela prática de conduta ultrajante, em relação à consciência coletiva, destacando-se a função protetiva da responsabilidade civil no que se refere aos idosos, tal como prevista no art. 4º, primeiro parágrafo, da Lei nº 10.741/2003, que atribui a todos o dever de prevenir ameaça ou violação aos direitos do idoso, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, acerca das eventuais violações. Necessário nessa toada impedir o aumento das estatísticas de violências e abandono de pais idosos, fundada no princípio *nenimem laedere*, atentando-se para o prognóstico de que, num futuro não muito distante, o

quantitativo dessa faixa da população aumentará, o que deve vir acompanhado de incremento desses ilícitos.

As *astreintes* se referem a condenação pecuniária e acessória que se junta à condenação principal, em vista de assegurar a execução, em montante proporcional ao retardamento trazido pelo devedor na execução da condenação principal, prevista nos artigos 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e 497, do Código de Processo Civil. O fundamento material da tutela inibitória repousa na ideia de inviolabilidade dos novos direitos, de regra, não passíveis de conversão em pecúnia, na busca da valorização da dignidade humana, e que necessitam de uma atuação jurisdicional preventiva, em face de eventual ameaça que possam sofrer. Propõe-se que a tutela inibitória se associe à indenização em pecúnia, para que se propicie mais efetividade, para que se evitar novas violações, quiçá como freio para a dita mercantilização do afeto, em pretensões indenizatórias por danos morais no âmbito do direito de família, como a que discute esse trabalho. O direito fundamental de convivência familiar pode ser concretizado pela via de tutelas que incitem pais e filhos ao relacionamento familiar, com a possibilidade de uma multa, fixa, periódica ou progressiva, como fato diassuasório, em face da reiteração de comportamentos antijurídico, vivificando o direito fundamental à convivência, impelindo filhos a prestar cuidados aos genitores idosos.

Consiste a pena civil, normalmente, na criação de uma obrigação de caráter privado que serve, como preço, pela culpa ou na perda ou de uma situação jurídica subjetiva patrimonial, mas jamais incidindo sobre a liberdade física de alguém, imediatamente ou por conversão de pena de origem patrimonial, Acredita-se que a pode ser uma possibilidade que, associada às anteriormente indicadas, na esfera cível, tentar alcançar, no caso concreto, a dignidade ao idoso em abandono, àquele que não recebeu cuidado, praticado, pois, ato ilícito, em contrariedade a dispositivo legal.

O abandono dos idosos também é um problema no Reino Unido, onde se criou um ministério, para tratar dos idosos solitários, ou ignorados por seus filhos, que não

recebem visitas ou qualquer demonstração de carinho e que acabavam morrendo mais cedo. Essa é, certamente, um desafio a nível mundial. De modo semelhante, na China, a notícia é que muitos idosos já processavam os filhos por abandono, demandando, apoio emocional, advindo uma lei que obriga os filhos adultos a visitarem os pais idosos, regularmente, e que determina cuidados mínimos que os adultos devem ter, em relação a seus pais muitos idosos. Extrai-se, pois, que a questão proposta nessa tese seria uma pandemia, ultrapassando o plano de mera questão moral para o de dever de cuidado e demandando ações concretas dos países, cada um de acordo com a sua cultura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil no Direito de família. Doutrina do STJ – edição comemorativa – 15 anos*, p. 472. Disponível em: [<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Dout15anos/article/.../3776>]. Acesso em: 04.11.2018.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica. *Revista Doxa* n. 05.1988.

_____. *Teoria discursiva do direito. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____; BAEZ, Narciso Leandro Xavier e SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.) *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família – Angústias e aflições nas relações familiares*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015 (livro digital).

ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÈ, Plínio (org.). *Dignidade da pessoa humana. Fundamentos e critérios interpretativos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

- ALVES, Jones Figuerêdo. *Filhos que abandonam. Dignidade do idoso é pauta de urgência*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul11/jones-figueiredo-alves-idoso-pauta-urgencia]. Acesso em: 18.10.2014.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. vol. 2.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMADO, Melina Carneiro; MENEZES, Rita de Cássia Barros de. Abandono afetivo inverso do genitor com Alzheimer e a sobrecarga do cuidador. *Revista de Direito Privado*. vol. 69. São Paulo: Ed. RT, set.-2016.
- AMARILLA, Silmara Domingues Araújo. *O afeto com paradigma da parentalidade. Os laços e os nós na Constituição dos vínculos parentais*. Curitiba: Juruá, 2014.
- AQUINO, Ruth de. *A solidão de seus pais*. Disponível em: [<https://oglobo.globo.com/opiniao/a-solidao-de-seus-pais-22539934>]. Acesso em: 15.05.2018.
- ARAÚJO, Ludgleydson Fernandes de; LUCENA E CARVALHO, Virgínia Ângela de. Aspectos sócio-históricos e psicológicos da velhice. *Revista de humanidades. Publicação do Departamento de História e Geografia da Universidade Federal do Rio Grande do Norte*. Centro de Ensino Superior do Seridó – Campus de Caicó. V. 0-6. N. 13, dez. 2004/jan.2005 – semestral. ISSN-1518-3394. Disponível em: [www.cerescaico.ufrn.br/mneme]. Acesso em: 30.04.2018.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Trad. Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2013.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada. Coleção temas atuais de direito processual civil*. vol.2. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- AUGUSTIN, Sérgio (coord.). *Dano moral e sua quantificação*. 4. ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2007.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 15. ed. São Paulo, Malheiros, 2014.
- BALUTA, Maria Cristina, MOREIRA, Dircéia e FIGUEIREDO, Rodrigo Cesar de Menezes. *A presciência do princípio da não violência no direito das famílias*. RJLB, ano 4 (2018), nº 3. P. 1009-1036. Disponível em: [www.cidp.pt/revistas/rjlb]. Acesso em: 02.05.2018.

- BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. *Responsabilidade civil extracontratual. Novas perspectivas de nexos de causalidade*. Cascais: Principia, 2014.
- BARBOSA, Ana Luísa Barreto. *A tutela específica para a efetivação da defesa do consumidor*. Disponível em: [www.pucsp.br/tutelacoletiva/.../artigo-a%20tutela-especifica-do-consumidor-ana-luisa]. Acesso em: 17.10.2018.
- BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. Disponível em: [www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=38508]. Acesso em: 28.10.2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 4. Reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- BATTEUR, Annick. *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*. 8. ed. LGDJ: Issy les Moulineaux, 2015.
- BEARD, Mary. *SPQR: uma história da Roma Antiga*. Trad. Luis Reis Gil. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2017.
- BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. 2. ed. Tradução: Maria Helena Franco Martins. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- BEGALLI, Ana Sílvia Marcatto. *Temas relevantes de direito de família*. Jundiaí: Paco editorial, 2015. Livro digital.
- BIANCA, Massimo C. *Diritto civile. La responsabilità*. vol. 1. Milano : Giuffrè, 2003.
- BINET, Jean-René (direction). *Droit et vieillissement de la personne*. Paris: Lexis Nexis, 2008.
- BLANC, Didier (direction). *Âge(s) et droit(s). De la minorité à la vieillesse au miroir du droit*. Varenne: Institut Universitaire Varrene, 2016. Dist. LGDJ.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis*. *Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba*. vol. 3, n.3, p. 117-139, set.-dez. 2016. DOI: 10.5380/RINC.V3I3.48534.
- BONOMI, Francesco. *Vocabolario etimológico della lingua italiana*. Disponível em: [<http://etimo.it/?term=cura&find=cerca>]. Acesso em: 17.10.2018.

- BOUCINHAS, Ana. *A velhice pela história*. Disponível em: [www.amantesdavid.com.br/a-velhice-pela-historia]. Acesso em: 30.04.2018.
- BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL, *Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É preciso superar*. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Texto de Maria Cecília de Souza Minayo. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.
- CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- CAMPOS, Diogo Leite de (coord.). *Estudo sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2007.
- _____; CAMPOS, Mónica, Martinez de. *Lições de direito de família*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- CANDIA, Ana Carolina Nilce Barreira. *Responsabilidade civil por abandono imaterial (ou afetivo) direto e inverso*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direito civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali. Disponível em: [https://tede.pucsp.br/handle/handle/20846]. Acesso em: 04.03.2018.
- CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa. Na perspectiva da repersonalização do direito*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2011.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Tome 1. Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017.
- _____. _____. Tome 2. Les biens, les obligations. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017.
- _____. *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. 10. ed. Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J., 2001.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Do dano moral no direito de família*. RJLB, ano 1 (2015), nº 6, p. 1673- 1714. Disponível em: [www.cidp.pt/11. ed.revistas/rjlb]. Acesso em: 02.05.2018.
- CARVAL, Suzanne. *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris: LGDJ, 1995.

- CARVALHO, Adriana Pereira Dantas e ALVES, Fabiana Maria Simões Silva Vilar. *Direitos humanos e cosmopolitismo: o reconhecimento dos direitos dos idosos e o princípio da dignidade da pessoa humana*. RJLB, ano 1 (2015), nº 1, p. 239-263. Disponível em: [www.cidp.pt/revistas/rjlb]. Acesso em: 02.05.2018.
- CASSETTARI, Christiano. *O abandono afetivo dos filhos como fato gerador da responsabilidade civil dos seus pais*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos e ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coords). *Leituras complementares de direito civil. Direito das famílias*. Salvador: Jus Podium, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CHARTIER, Roger (org.). *História da vida privada. vol. 3: da Renascença ao Século das Luzes*. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- CHEDICK, Juliana da Silva Ribeiro Gomes. *Novas controvérsias em tema de responsabilidade civil nas relações familiares*. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo *Problemas de responsabilidade civil nas relações familiares*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- CHOQUET, Luc-Henry e SAYN, Isabelle. *Obligation alimentaire et solidarités familiales*. Entre droit civil, protection sociale et réalités familiales. Droit et société. Vol. 31. Paris: LGDJ, 2000.
- CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres (De officiis)*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- _____. *Saber envelhecer e a amizade*. Trad. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de direito de família. Direito da filiação. Estabelecimento da filiação. Adopção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. t.1. vol. 2.
- COLANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Grace. *Abandono afetivo: indenização por dano moral*. Florianópolis: Empório do direito, 2015.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- DAKERS, Stewart. *The minister for loneliness will need all the friends she can get*. *The Guardian*. Disponível em: [www.theguardian.com/society/2018/jan/23/tracey-

crouch-minister-loneliness-friends-powerful-vested-interests]. Acesso em: 16.05.2018.

D'ÁPOLO, Luca. *Il risarcimento del danno in famiglia*. Casistica e rimedi. Milano: Giuffrè, 2010.

DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Tomo I. Teoria generali – Diritto alla vita e all'integrità física – Diritto sulle parti staccate del corpo e sul cadavere – Diritto alla libertà – Diritto all'onore e alla riservatezza. Milano: Giuffrè, 1973.

_____. _____. Tomo II. Diritto all'identità personale - Diritto ai segni distintivi personale – Diritto morale d'autore. Milano: Giuffrè, 1961.

DE MARCO, Charlotte Nagel e DE MARCO, Cristhian Magnus. *O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis*. II Simpósio Internacional de Direito: dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. p. 35-48. Disponível em: [www.mpgp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_idoso.pdf]. Acesso em: 02.03.2018.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Ed. RT, 2010.

_____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil. Da Responsabilidade Civil. Das preferências, dos privilégios creditórios*. Arts. 927 a 965. V - XIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

DONNINI, Rogério. *Bona fides: do direito material ao processual*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. ano 41, vol. 251. jan.-2016. São Paulo: Ed. RT, 2016.

_____. *Responsabilidade civil pós-contratual. No direito civil, no direito do consumidor, no Direito do Trabalho, no Direito Ambiental e no Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011 (livro digital).

_____. *Responsabilidade civil na pós-modernidade. Felicidade, proteção enriquecimento com causa e tempo perdido*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2015.

_____. (coord.). *Risco, dano e responsabilidade civil*. Andrea Cristina Zanetti (org.). Salvador: Editora Podium, 2018.

DUBY, Georges (org.). *História da vida privada. Vol. 2: da Europa medieval à Renascença*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformação e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2000.

FALEIROS, Vicente de Paula; LOUREIRO, Altair Machado Lahud e PENSO, Maria Aparecida (org.). *O conluio do silêncio: a violência intrafamiliar contra a pessoa idosa*. São Paulo: Roca, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A aplicação do abuso do direito nas relações de família: o venire contra factum proprium e a supressio/surrectio*. Disponível em: [www.linselins.com.br/wp-content/uploads/2015/11/artvenireBAIANA.pdf]. Acesso em: 05.10.2018.

_____. *Curso de direito civil. Famílias*. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2018.

_____. *Escritos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

_____; _____ e BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil. Responsabilidade civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2017.

_____. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FÉLIX, Jorge. Por que Theresa May criou o Ministério da Solidão. Portal do Envelhecimento. Disponível em: [www.portaldoenvelhecimento.com.br/por-que-theresa-may-criou-o-ministerio-da-solidao]. Acesso em: 17.05.2018.

FEIJÓ, Maria das Candeias Carvalho e MEDEIROS, Suzana da A. Rocha. *A sociedade histórica dos velhos e a conquista de direitos de cidadania*. Revista Kairós Gerontologia, 14(a), ISSN 2176-901X, São Paulo, março 2011: 109-123. Disponível em: [https://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/view/6930]. Acesso em: 30.04.2018.

FIGUEIREDO, Leila Adriana Vieira Seijo de. *Aspectos polêmicos do Estatuto da Pessoa com Deficiência*. In: MELO, Diogo Leonardo Machado de (org.). *PRODIREITO: Direito civil. Programa de Atualização em Direito. Ciclo 2*. Organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017.

- _____. *Estudando a boa-fé. Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*. Vol.10. n. 12. Salvador. Jan.-dez.2004.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAILLARD, Émilie. *Génération futures et droit privé vers un droit des générations futures*. Paris: LGDJ, 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Responsabilidade civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. vol. 3.
- _____. _____. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. vol. 6 (livro digital).
- GARCIA, Maria, LEITE, Flávia Piva Almeida e SERAPHIM, Carla Matuck Borba (coord.). *Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GIANDOSO, Wanessa de Figueiredo. *Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno/materno filial*. Dissertação apresentada à banca examinadora da PUCSP, para obtenção de título de mestre. Orientador: Prof. Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues. São Paulo. 2014. Disponível em: [<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6658>]. Acesso em: 02.03.2018.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Responsabilidade civil*. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. vol. 4: Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Livro digital.
- _____. *Responsabilidade civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GWYNN, David M. *The roman republic. A very short introduction*. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.
- GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais, subárea de Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali. Disponível em: [<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8093>]. Acesso: em 05.10.2018.
- HAEBERLIN, Martín. *Dano não enumerado não é dano não indenizável: uma análise da relação entre a indenizabilidade dos “novos danos” e a eficácia dos direitos fundamentais, com ênfase no direito à privacidade*. Revista da AJURIS – vol. 40 – n.

129 – março 2013. Disponível em: [www.academia.edu/37354499/HAEBERLIN_Ma_rtin__Dano_na_o_enumerado_na_o_e_dano_na_o_indeniza_vel]. Acesso em: 06.02.2018.

HATTON, Celia. *China cria lei que obriga filhos adultos a visitar os pais*. Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/noticias/20136/07/130701_china_visit_parents]. Acesso em: 30.04.2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - além da obrigação legal de caráter material*. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos e ALVES, Leonardo Barreto Moreira (coords.). *Leituras complementares de direito civil. Direito das famílias*. Salvador: Jus Podium, 2010.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. *Abandono afetivo. Valorização do afeto nas relações paterno-filiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

LALOU, Henri. *La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques*. 10. ed. Dalloz: Paris, 1932.

LANÇA, Hugo Cunha. *Cartografia do direito das famílias, crianças e adolescentes*. Lisboa: Sílabo, 2018.

LEFEUVRE, Karine e MOISDON-CHATAIGNER, Sylvie (direction). *Protéger les majeurs vulnérables. Quelle place pour les familles*. Rennes Cedex: Presses de l'École des Hautes Études en Santé publique, 2015.

LEITE, George Salomão et al (coord.). *Manual dos direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEMONS, Maria Teresa Toríbio e ZAGAGLIA, Rosângela Alcântara (org.). *A arte de envelhecer. Saúde, trabalho, afetividade e Estatuto do Idoso*. 2. ed. Rio de Janeiro: UERJ, Editora Ideias &letras, 2004.

VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. vol. 1.

LOBO, Fabíola Albuquerque, EHRHARDT JÚNIOR, Marcos e PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Livro digital.

LÔBO, Paulo. *Direito civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOTUFO, Renan. *Da oportunidade da codificação civil*. Revista do Advogado, São Paulo: AASP, n. 68, dez. 2002. p. 19-30.

_____; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo. Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. *Curso avançado de direito civil. Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. vol. 5.

MADALENO, Rolf. A tutela cominatória no direito de família. Disponível em: [www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_rolf_tutela.pdf]. Acesso em: 04.04.2018.

_____. *Direito de família*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016 (livro digital).

_____. *Repensando o Direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015.

MAIO, Iadya Gama. *Pessoa idosa independente. Políticas públicas e cuidados intermediários ao idoso no Brasil e a atuação do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016.

MALUF, Carlos Alberto Dabus e MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. *Curso de Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. 1.^a ed. 2.^a tir. São Paulo: Ed. RT, 2000.

_____. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MAZEUD, Henry et Léon, MAZEUD, Jean e CHABAS, François. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6.ed. Tomo III. V. 1. Paris: L.G.D.J., 2014.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *O valor jurídico do cuidado. Família, vida humana e transindividualidade*. Jointh, Escola de Educação e Humanidades – PUCPR –

Jornada Interdisciplinar de Pesquisa em Teologia e Humanidades. Páginas 41-51. Disponível em: [ww2.pucpr.br/reol/ondex.php/3jointh?dd1=....pdf]. Acesso em: 04.03.2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife/ Curitiba: Renovar, 2009.

MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, Diogo Leonardo Machado de (org.). *PRODIREITO: Direito civil. Programa de Atualização em Direito. Ciclo 2*. Organizado pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2017.

MELO, João Ozorio de. *Pais idosos podem processar filhos por abandono na China*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-jul-01/lei-chinesa-permite-pais-idosos-processarem-filhos-abandono-emocional]. Acesso em: 30.04.2018.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de direito civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. vol. 4.

MENDES, Guillianno Caçula. *A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo*. Revista da AGU, Brasília- DF, v. 15, n. 02, p. 127-154, abr./jun.2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A família e o direito de personalidade: A cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada*. Disponível em: [www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/5456/3462]. Acesso em: 27.10.2018.

MILAGRES, Marcelo e ROSENVALD, Nelson (coord). *Responsabilidade civil. Novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2017.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É possível superar*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.

_____ (org.) *Antropologia, saúde e envelhecimento*. Organizado por Maria Cecília de Souza Minayo e Carlos E. A. Coimbra Jr. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.

_____. *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria*. 2. ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2005.

_____. *Violência contra idosos: relevância para um velho problema*. Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, 19(3); 783-791, mai-jun, 2003. Disponível em:

- [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2003000300010&script=sci_abstract&tlng=pt]. Acesso em: 09.05.2018.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTEIRO, Cláudio Vicente. *O princípio da boa-fé e sua função limitadora a exercício de direitos nas relações contratuais*. Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo para a obtenção do título de mestre. Professor orientador: Sílvio Luís Ferreira da Rocha. 2003.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Org.). *Problemas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Revista. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A velhice, segundo Cícero*. Disponível em: [www.emporiiododireito.com.br/leitura/a-velhice-segundo-cicero]. Acesso em: 15.03.2018.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil. Vol .7. Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado e legislação extravagante*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- OBERTO, Giacomo e CASSANO, Giuseppe. *I diritti personali dela famiglia in crisi. Matrimonio, unione civile, convivenza*. Milano: Giuffrè, 2017.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Antônio Dantas de. *A incidência do art. 186 do Código Civil brasileiro no abandono afetivo dos pais. É possível?* Revista Esmat, Palmas, ano 3, n. 3, p. 33-56, jan./dez./2011.
- PLATÃO. *A república*. Brasília: Kiron, 2012.
- PRETEL, Mariana Pretel e. *O princípio constitucional da vedação do comportamento contraditório*. Disponível em: [<https://jus.com.br/artigos/12801>]. Acesso em: 07.11.2018.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*. Barueri: Manole, 2012.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge, GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). *Direito e dignidade da família. Do começo ao fim da vida*. Coimbra/ São Paulo: Almedina, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente. Uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro/ São Paulo/ Recife: Renovar, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *O Cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; _____. COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal – 2016/2017*. São Paulo: Atlas, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

PEREIRA, Eduardo Calais. *Tutela Inibitória e o novo CPC. A consolidação da tutela preventiva como modelo ideal para proteção de direitos não patrimoniais*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito (*stricto sensu*) da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade Fumec, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. Universidade FUMEC. Orientador: Prof. Dr. Raphael Frattari. Belo Horizonte. 2017. Disponível em: [www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5429]. Acesso em: 13.07.2018.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos idosos*. Curitiba: Juruá, 2011.

PERROT, Michelle (org.). *História da vida privada. V. 4: da Revolução Francesa à Primeira Guerra*. Trad. Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *Discurso sobre a dignidade do homem*. 6. ed. Lisboa: Edições 70, LDA, 2011.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O direito de família contemporâneo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

PINHEIRO, Naide Maria (coord.). *Estatuto do idoso comentado*. 3. ed. 2a. tir. Campinas: Servanda, 2014.

- PINTO, Edson Antônio Sousa e FARIA, Daniela Lopes de. *A tutela inibitória e os seus fundamentos no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Vol. 252/2016. P. 303-318. Fev/2016. DTR\2016\217. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1687874]. Acesso em: 13.07.2018.
- PROST, Antoine e VINCENT, Gérard (org.). *História da vida privada. V. 5: da Primeira Guerra a nossos dias*. Trad. Denise Bottmann e Dorothée de Bucharth (posfácio). São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- REUSENS, Florence e TASIAUX, Alexandra. *L'adulte âgé dans le droit des personnes et de la famille. Chronique de jurisprudence belge*. Bruxelles: Larcier, 2016.
- RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. *Mútuo bancário e vulnerabilidade do consumidor idoso analfabeto*. Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito Civil sob a orientação do Professor Doutor Rogério José Ferraz Donnini. 2016. Disponível em: [https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19268]. Acesso em: 03.11.2018.
- RIBEIRO, Ana Cecília Rosário et al. *Os princípios e os institutos do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ROCHA, Patrícia de Moura. *A natureza punitiva da indenização por abandono afetivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- RODRIGUES, Luiz Fernando Afonso. *Tutela de urgência no direito de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. *Direitos da pessoa idosa*. São Paulo: Verbatim, 2016.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 6
- ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade por omissão de cuidado inverso. In MADALENO, Rolf e BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.
- _____. *As funções da responsabilidade civil. A reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *O direito civil em movimento. Desafios contemporâneos*. Salvador: Jus Podium, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015. Livro digital.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

SANTOS, Eduardo dos. *Direito de família*. Coimbra: Almedina, 1999.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. vol. 15.

SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de envelhecer ou Senília*. Baseado na transcrição de Ernst Ziegler. Organização e introdução de Franco Volpi. Trad. Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro digital.

_____. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Disponível em: [www.lbdfam.org.br_img/congressos/anais/6.pdf]. Acesso em: 04.10. 2018.

SERRA, Leila Maria Chagas e WAQUIM, Bruna Barbieri. *Abandono afetivo no âmbito da responsabilidade civil subjetiva: violação ao dever legal de cuidar e de agir*. Revista IBDAFAM: Família e Sucessões. vol. 28 (jul/ago.). Belo Horizonte, IBDAFAM, 2018.

SILVA Regina Beatriz Tavares da e CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida (coord.). *Grandes temas de direito da família e das sucessões*. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos. *O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: contornos da responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana*. Artigo científico apresentado como exigência de curso de pós-graduação lato sensu da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro. 2013. Rio de

- Janeiro. Professores orientadores: Mônica Areal, NBéli Luiza C. Fetzner e Nelson C. Tavares Júnior. Disponível em: [www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2013/trabalhos_22013/RachelVerissimosdosSantosSoares.pdf]. Acesso em: 15.03.2018.
- SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. Zimermann, Schmidt, Streck e Otavio: todos contra o pan-principialismo. Disponível em: [www.conjur.com.br/.../senso-incomum-balde-agua-fria-pan-principialismo-clausu]. Acesso em: 04.10.2018.
- SUTTER, José Ricardo. *Mediação no direito de família. Gestão democrática de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- TARTUCE, Flávio. *Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira*. Disponível em: [https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/482143063/da-indenizacao-por-abandono-afetivo-na-mais-recente-jurisprudencia-brasileira/amp]. Acesso em: 27.03.2018.
- TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. 2.
- TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson(org.). *Diálogos sobre direito civil. Vol. II*. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2008.
- _____. *Diálogos sobre direito civil. Vol. III*. Rio de Janeiro/ São Paulo/Recife: Renovar, 2012.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde et al. *Direito civil constitucional*. In: Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder (coord.). São Paulo: Atlas, 2016. Livro digital.
- TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. *Manuale di diritto privato*. 17. ed. Milano: Giuffrè, 2004.
- VANDERBOS, Garu R. (org.). *Dicionário de psicologia. American Psychological Association*. Trad. Daniel Bueno, Maria Adriana Veríssimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2010. Reimpressão 2015.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. 1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. vol. 6.

VEYNE, Paul (org.). *História da vida privada*. Vol. 1: do Império Romano ao ano mil. Tradução: Hildegard Feist. Consultoria editorial: Jônatas Batista Neto. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. *Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidado por parte da prole*. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito PPGDir. /UFRGS. Edição digital. Porto Alegre. Vol. 11, n.3, 2016, p. 168-201.

VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J, 2008.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro. O novo direito de família*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013). *World Population Ageing 2013*. ST/ESA/SER.A/348.

YEGINSU, Ceylan. U.K. appoints a Minister for Loneliness. The New York Times. Disponível em: [www.nytimes.com/2018/01/17/world/europe/uk-britain-loneliness.html]. Acesso em: 16.05.2018.

YON, Yongjie et al. Elder abuse prevalence in community settings: a systematic review and meta-analysis. Disponível em: [www.thelancet.com/lancetgh]. Vol. 5, february 2017. Acesso em: 04.04.2018.