



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Helen Cristina Leite de Lima Orleans

Melhor idade?

A responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar

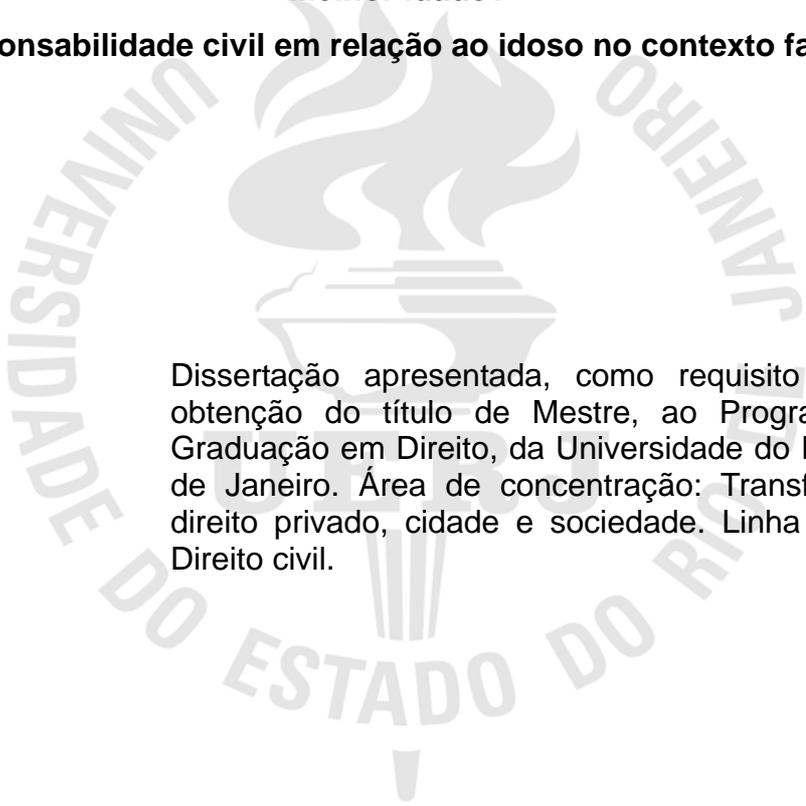
Rio de Janeiro

2011

Helen Cristina Leite de Lima Orleans

Melhor idade?

A responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do direito privado, cidade e sociedade. Linha de pesquisa: Direito civil.

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O71m Orleans, Helen Cristina Leite de Lima.

Melhor idade? A responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar / Helen Cristina Leite de Lima Orleans. – 2011.
210 f.

Orientador: Guilherme Calmon Nogueira da Gama.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Idosos - Teses. 3. Dano moral - Teses. I. Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Helen Cristina Leite de Lima Orleans

Melhor idade?

A responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do direito privado, cidade e sociedade. Linha de pesquisa: Direito civil.

Aprovado em: 30 de agosto de 2011

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Guilherme Calmon Nogueira da Gama (orientador)
Faculdade de Direito da UERJ

Profa. Dra. Heloisa Helena Barboza
Faculdade de Direito da UERJ

Profa. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira
Faculdade de Direito do Centro Universitário UNA

Rio de Janeiro
2011

DEDICATÓRIA

A Deus, sem o qual nada disso seria possível.

Aos meus pais, Pedro e Marilda, e minha irmã Fabíola, grandes responsáveis por mais esta vitória.

Ao meu marido Luís Fernando, melhor parte da minha vida, sem o qual nada disso seria possível ou faria sentido.

Ao meu orientador, Prof. Guilherme Calmon, pelos conselhos sempre úteis com que direcionou minha pesquisa, pelos ensinamentos e paciência.

Aos amigos do mestrado em direito civil da UERJ: companheiros de jornada e de ideias.

Tenho todos eternamente em meu coração e em minha memória.

O mundo dos velhos, de todos os velhos, é, de modo mais ou menos intenso, o mundo da memória. Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos, amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos aquilo que lembramos.

Norberto Bobbio, Tempo da memória

RESUMO

ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. *Melhor idade? A responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar*. Brasil. 2011. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

Busca-se no presente estudo tecer alguns comentários sobre tema muito controvertido: a possibilidade, ou não, de condenação à reparação de danos morais nas relações de família envolvendo idosos. Primeiramente, o objetivo será traçar notas sobre a evolução do direito de família e a importância da Constituição de 1988 nesse contexto. Também será dado destaque para os elementos da responsabilidade civil, a noção de dano moral e os direitos garantidos pelo Estatuto do Idoso. Apontado como paradigma para uma melhor análise do tema principal, será analisada a obrigação de reparar danos morais em razão de abandono afetivo de filho menor. O terceiro ponto, por sua vez, pretende trazer à baila a discussão acerca da responsabilidade civil nas relações com idosos no seio da família. Serão enfrentadas questões importantes, introduzidas por uma análise psicanalítica do processo de envelhecimento. Serão estudados qual o conceito de família e de idoso para os fins da responsabilidade civil, os seus elementos aplicados à hipótese, bem como a possibilidade de reparação pecuniária nestes casos.

Palavras-chave: Idoso. Dano moral. Direito de família. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

In this paper we seek to make some comments on a very controversial topic: the possibility or not of condemnation for compensation for pain and suffering damage in family relationships involving the elderly. First, the goal is to plot notes on the evolution of family law and the importance of the 1988 Constitution in such context. The elements of liability, the notion of pain and suffering damages and the rights guaranteed by the Elderly Statute will be highlighted. Appointed as a paradigm for a better analysis of the main theme, we will analyze the obligation to repair damages due to emotional abandonment of minor child. The third point, in turn, intends to bring up the discussion of liability in dealings with elders in the family. Important issues will be faced, introduced by a psychoanalytic analysis of the aging process. The concept of family and elderly for the purposes of civil liability will be studied, as well as the elements applied in the event, and also the possibility of monetary compensation in such cases.

Keywords: Elderly. Pain and Suffering Damage. Family Law. Human Dignity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	FAMÍLIA, RESPONSABILIDADE CIVIL E IDOSO.....	15
1.1	A Constituição de 1988 e o Direito de Família.....	15
1.2	A responsabilidade civil e os chamados “novos danos”.....	22
1.3	A violação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a configuração dos danos morais.....	29
1.4	Alguns comentários sobre a Lei nº 10.741 e os direitos relacionados à responsabilidade civil.....	36
2	A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS.....	47
2.1	Abordagem interdisciplinar.....	48
2.2	Alguns princípios constitucionais relevantes.....	53
2.3	Correntes sobre o tema.....	58
2.3.1	<u>Da não configuração de responsabilidade civil.....</u>	<u>58</u>
2.3.2	<u>Da configuração de responsabilidade civil em relação aos danos morais reparáveis na hipótese.....</u>	<u>61</u>
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO AO IDOSO NO CONTEXTO FAMILIAR.....	68
3.1	A necessária análise interdisciplinar da velhice.....	68
3.2	O conceito de idoso e de família para fins de responsabilidade civil.....	78
3.3	O fundamento constitucional da reparação.....	94
3.4	Os elementos da responsabilidade civil aplicados à hipótese do idoso..	100
3.5	Aplicabilidade da indenização pecuniária.....	110
4	CONCLUSÃO.....	122
	REFERÊNCIAS.....	124

ANEXO A – Pesquisa <i>Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade</i>	136
ANEXO B – Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009.....	206

INTRODUÇÃO

Com o avanço da sociedade e o reconhecimento dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, tornou-se realidade uma série de novas demandas perante o Poder Judiciário. O Direito de Família não restou imune a este movimento, de maneira que os tribunais foram instados a responder, por exemplo, sobre a possibilidade de configuração de danos morais por abandono de um pai em relação ao seu filho quando menor, ou, então, se nas relações conjugais haverá responsabilidade civil pelo descumprimento dos deveres inerentes ao casamento.

A pergunta a ser respondida pela presente dissertação, a par de suas características próprias, segue a linha das dúvidas apontadas acima: questiona-se se as relações entre o idoso e sua família estão sujeitas à responsabilidade civil. O tema, sem dúvida, apresenta grande complexidade e relevância, na medida em que, não obstante o substancial aumento da população idosa, a ser analisado ao longo deste trabalho, é notável a ausência de soluções acerca de vários temas envolvendo a velhice.

Verifica-se que alguns autores já se debruçaram sobre a questão do abandono moral nas relações paterno-filiais, bem como sobre o descumprimento dos deveres conjugais, mas a relação dos idosos com a sua família e os princípios que lhe são inerentes é tema ainda à espera de um autor. A crescente importância deste debate é inversamente proporcional aos textos doutrinários que se dedicam a ele. São raros em doutrina os trabalhos acadêmicos que tratam deste assunto sob o ponto de vista jurídico, o que justifica uma análise mais aprofundada da questão. Inclusive, mesmo nas questões vinculadas a outras ciências, a preocupação com a realidade do idoso é recente, como demonstra Andréa Moraes Alves:

Foi a partir dos anos 1970 que as questões da família e da sociabilidade passaram a fazer parte do repertório de estudos sobre a velhice no Brasil. Este fato coincide com o movimento das pessoas idosas, principalmente as mulheres, para fora dos domicílios. Nesse momento, a visão binária de família (extensa e patriarcal X nuclear e conjugal) começou a ceder espaço para a idéia de pluralidade das composições familiares. O retrato dicotômico que opõe a família hierárquica tradicional e a família moderna, esta voltada para a realização individual dos seus membros,

principalmente dos filhos, deu lugar a uma imagem da família permeada por tensão constante entre laços de dependência e escolha pessoal¹.

Neste contexto, o presente trabalho terá por escopo lançar algumas luzes sobre a controvérsia, pretendendo, em alguma medida, antecipar discussão que, provavelmente, em breve será observada nos tribunais. Hipóteses envolvendo, por exemplo, abuso e abandono de idosos, tem sido observadas com cada vez maior frequência, não podendo o Direito se mostrar alheio a este tipo de preocupação, até porque, muitas vezes, “o fim da vida evidencia a ampliação das desigualdades sociais, a deterioração dos sistemas de previdência e de saúde públicos, a predominância dos processos de exclusão sobre os de inclusão social”².

De fato, o processo de envelhecimento da população mundial é confirmado pelos mais diversos institutos de pesquisa, de maneira que os anseios desta parcela da sociedade não podem mais ser negligenciados. Nesta linha, a violação dos direitos dos idosos, apesar de se apresentar como uma realidade social e, por vezes, cultural - como será melhor debatido adiante -, deve ser minorada, como exemplifica Maria Elaine Catunda de Siqueira:

a violência se materializa, nas palavras dos idosos, em ofensas, ironias, humilhações e menosprezo, tanto no âmbito público como no doméstico, na negligência e na má qualidade dos serviços públicos a eles ofertados, nas agressões físicas, na negação de acesso a trabalho e crédito, na falta de garantia para a convivência familiar e em diversos outros tipos de constrangimento. Os dados relevam também que a violência contra idosos no Brasil segue padrões internacionais, destacando-se o dado que as mulheres enfatizam – a violência familiar -, enquanto os homens se ressentem mais da violência no espaço público³.

De fato, o número de nascimentos hoje é bem inferior do que em anos anteriores. Ganham relevo as alterações sociais ocorridas nas últimas décadas, ocasionadas, dentre outras razões, pelo desenvolvimento de novas tecnologias de controle de natalidade, pela mudança das populações para a cidade e pela maior presença da mulher no mercado de trabalho. Por outro lado, os avanços da Medicina, principalmente nas áreas ligadas a tratamentos e medicamentos, e o acesso ao saneamento básico por um número maior de indivíduos, culminam numa

1ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 125-126.

2HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. Abusos e maus-tratos ao idoso. *Boletim IBCCrim*, nº 95, out. 2000. p. 11.

3SIQUEIRA, Maria Elaine Catunda de. Velhice e políticas públicas. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p.214.

maior expectativa de vida aos idosos. Estes, além de representar uma parcela cada vez maior da população, observam um aumento significativo no número de anos vividos. Estas duas premissas, quando conjugadas, trazem novas questões no âmbito da sociedade, ainda sem resposta definitiva, como a releitura dos conceitos de previdência e políticas públicas, bem como das relações de família:

A redução do número de filhos e a instabilidade maior dos laços conjugais observadas hoje entre as gerações mais jovens podem indicar que, no futuro, esse suporte vindo da família nuclear tenha que ser revisto, tanto para os homens quanto para as mulheres. Talvez o percentual de idosos sem apoio ou com apoio de não parentes e não co-residentes aumente. Isso indica que a sociedade e os indivíduos devem se preocupar desde já com a disponibilidade de auxílios não baseados no vínculo conjugal e na parentalidade para as gerações de velhos no futuro⁴.

A delicadeza e as peculiaridades que permeiam o grupo estudado exigem, portanto, o constante debate do tema nos mais diversos meios sociais. Como referido, a tendência da população brasileira – no mesmo sentido da mundial – é o aumento significativo do número de idosos nos próximos anos. O crescimento não se dará apenas em relação ao percentual de pessoas com idade superior a sessenta anos, ou em números absolutos, mas se verificará também um maior envelhecimento da própria população idosa. Confirmando estas informações, de acordo com dados disponibilizados pelo IBGE, referentes ao ano de 2009 – em anexo ao presente trabalho -, o Brasil possuía 21.736.000 pessoas idosas, número que corresponderia a 11,3% da população total. Dentro deste percentual, 3,5% estavam na faixa etária entre 60 e 64 anos; 2,8% entre 65 e 69 anos; 2,1% no intervalo entre 70 e 74 anos; 1,4% apresentavam idade entre 75 e 79 anos; e, por fim, 1,5% tinham 80 anos ou mais⁵. Como demonstra a *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010*, desenvolvida pelo IBGE:

No Brasil, o ritmo de crescimento da população idosa tem sido sistemático e consistente. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD 2009, o País contava com uma população de cerca de 21 milhões de pessoas de 60 anos ou mais de idade. Com uma taxa de fecundidade abaixo do nível de reposição populacional, combinada ainda com outros fatores, tais como os avanços da tecnologia, especialmente na área da saúde, atualmente o grupo de idosos ocupa

4ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 128.

5Disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2010/default_tab.shtml. Acesso em: 04 jun. 2011.

um espaço significativo na sociedade brasileira. No período de 1999 a 2009, o peso relativo dos idosos (60 anos ou mais de idade) no conjunto da população passou de 9,1% para 11,3%. O Gráfico 7.1 mostra, também, a evolução do peso relativo das pessoas 65 anos ou mais de idade, faixa etária considerada para fins de estudos demográficos e, também, como limite da condição de velhice nos países mais desenvolvidos⁶.

Desta forma, a sociedade, a família e o Poder Público precisam estar preparados para as demandas e necessidades que surgirão no futuro, cada vez em maior número. Inclusive, a participação do segmento diretamente envolvido nos debates é de extrema relevância, no sentido de evitar que indivíduos que não conhecem ou convivem com as dificuldades inerentes ao passar da idade decidam sem uma real perspectiva do problema. “Não é esperar para ver o que acontece, mas anteciparmo-nos à exteriorização dos confrontos sob a forma de embates familiares irreconciliáveis e de adoecimentos desencadeados ou acentuados pela depressão”⁷.

O principal objetivo da dissertação, portanto, será proceder à análise e pesquisa sobre tema muito controvertido: a possibilidade, ou não, de reparação por danos morais nas relações de família envolvendo idosos. Primeiramente, serão traçadas notas sobre a evolução do Direito de Família e a importância da Constituição de 1988 nesse contexto, sobretudo com a nova leitura que deve ser dada à família e seu papel na sociedade. Serão visitados alguns princípios relacionados, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana. Neste momento inicial, serão sedimentados, ainda, os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade civil e a leitura a ser dada aos chamados "novos danos".

Prosseguindo nesta fase introdutória, será apresentado o conceito de dano moral utilizado como base da pesquisa, consubstanciado pela violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista sua importância no que diz respeito ao reconhecimento de direitos dos idosos, serão apresentados alguns comentários sobre a Lei nº 10.741 - Estatuto do Idoso. O destaque recairá sobre os princípios que permeiam o tema e as garantias previstas pelo diploma legal, o que,

⁶Disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoadevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf. Acesso em: 04 jun. 2011.

⁷LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 150.

entretanto, não afasta a indicação de críticas apontadas pelos trabalhos acadêmicos que cuidam da questão.

Ao fim desta primeira etapa, será analisado importante precedente acerca da responsabilidade civil nas relações de família: abandono moral de filho menor. Como recurso para uma melhor compreensão do ponto, serão feitos alguns comentários a partir de uma perspectiva interdisciplinar, dando-se especial relevo à Psicanálise. Partindo para a discussão jurídica, serão avaliadas as duas principais correntes doutrinárias sobre o tema e a forma com que a questão vem sendo analisada pelos Tribunais.

No terceiro capítulo, a preocupação, então, se direcionará mais detidamente para a responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar. Mais uma vez, será utilizado como recurso a interdisciplinaridade, necessária para a melhor compreensão do tema e da vulnerabilidade que é inerente ao idoso - decorrente do processo de envelhecimento -, bem como do relacionamento deste indivíduo em sociedade, sobretudo com seus familiares. Vale destacar que a doutrina não tem se manifestado sobre o tema, com raras e importantes exceções, apesar da expressa previsão constitucional acerca da proteção do idoso.

O conceito de idoso para fins de responsabilidade civil – se aferido através do critério cronológico ou psicobiológico - e de família – se correspondente ou não à visão tradicional, vinculada, no geral, ao parentesco, matrimônio e companheirismo - também é ponto que será analisado de forma mais detalhada, limitando subjetivamente o âmbito de atuação das ideias defendidas ao longo da dissertação.

Os fundamentos aptos a ensejar a reparação por danos morais nestes casos também serão tema de tópico próprio, baseado, sobretudo, nas disposições constitucionais envolvendo os idosos e no dever de cuidado. Serão referidos ainda os elementos clássicos da responsabilidade civil, à luz da relação dos idosos no contexto familiar, que caracterizam o dever de reparar, lidos e ilustrados conforme alguns exemplos típicos das relações familiares com idosos.

Por fim, haverá preocupação com a justificativa e importância da reparação pecuniária nesses casos. O principal objetivo, neste ponto, será delimitar qual das soluções apontadas melhor se enquadra no mandamento constitucional, conforme o arcabouço principiológico da Carta.

Quanto à metodologia empregada na pesquisa, é recorrente a utilização de livros e artigos de doutrina jurídica, com enfoque prioritário nos autores brasileiros. Em várias passagens, são utilizadas referências a elementos de Psicanálise e o recurso a dados estatísticos sobre a velhice é amplo. Por outro lado, a indicação referente à jurisprudência restou prejudicada por tratar-se de tema ainda pouco observado nos tribunais, além da corrente classificação sigilosa destes processos, que tramitam, no geral, em segredo de justiça.

Houve grande dificuldade no acesso a dados concretos atualizados referentes às demandas deste grupo social, não obstante as inúmeras tentativas perante o Ministério Público e as ouvidorias nas três esferas da Federação. Verifica-se que, apesar da importante implantação de delegacias voltadas ao atendimento dos idosos, serviços do tipo "disque-idoso" e setores de proteção específicos junto ao Ministério Público, as informações colhidas não são catalogadas ou mesmo agrupadas pelos receptores das denúncias. Esta ausência de preocupação com os dados estatísticos, além de não transparecer ao grupo social a real extensão do problema, inviabilizou um estudo de impacto efetivo das medidas sugeridas por esta dissertação. Desse modo, como forma de suprir esta lacuna na pesquisa, foram utilizados os dados estatísticos obtidos pela pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, realizada pelo SESC Nacional, SESC São Paulo e Fundação Perseu Abramo, no ano de 2009, que é apresentada em anexo a esta dissertação.

1 FAMÍLIA, RESPONSABILIDADE CIVIL E IDOSO

1.1 A Constituição de 1988 e o Direito de Família

O conceito de família evolui através dos tempos – essa é uma consideração inegável. Basta reconhecer-se, por exemplo, que a família da antiga Roma⁸ possuía configuração totalmente diversa da atual. Na verdade, nem seria preciso ir tão longe: é possível verificar-se todas as profundas alterações relacionadas ao Direito de Família que ocorreram no Brasil durante o último século.

Sem dúvida, apenas uma coisa se mantém estável: a família permanece sendo o *locus* fundamental de desenvolvimento do ser humano, apresentando-se como uma constante em todas as culturas, ainda que com certas peculiaridades. Será em seu seio que a pessoa evoluirá em seus mais diversos aspectos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”⁹.

O conceito de família, portanto, reflete os anseios e valores da sociedade. No caso brasileiro, pode-se afirmar que houve, em poucos anos, uma notória alteração de um modelo tipicamente patriarcal, fundado no casamento, para uma nova configuração, baseada na igualdade entre os cônjuges, bem como entre os filhos, dentro da família. Além disso, houve expresse reconhecimento, através da Constituição de 1988, da legitimidade de outras entidades familiares, oriundas não apenas do casamento. Configurou-se, desta forma, clara evolução da família como instituição e célula básica da sociedade. Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que:

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15: “No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido”.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

A família brasileira do início do século XX representava o modelo aristocrático estruturado no patriarcalismo, na exclusão, na matrimonialização, no patrimonialismo e na legitimidade dos filhos [...]. A estruturação da família jurídica do Código de 1916 representava o reconhecimento legal de apenas uma família sociológica: a família matrimonializada, ainda que se encontrasse desfeita de fato por eventual separação de corpos dos cônjuges, ou que um dos cônjuges tivesse procriado fora do casamento, o que impedia o ingresso da pessoa resultante de tal procriação na entidade familiar, nos termos dos arts. 358 e 364, ambos do revogado Código Civil de 1916. A proibição do reconhecimento de filho ilegítimo sob a modalidade de filho espúrio adúlterino era absoluta no início do século XX, diante do sério risco à paz familiar que a criança poderia gerar à família legítima¹⁰.

Assim como a família, o Direito não é estático. Por isso, em sequência às transformações sociais – ou, muitas vezes, estimulando-as – o Direito busca se adequar aos novos anseios. O legislador, sem dúvida, não apenas acompanha os fatos no contexto de determinada sociedade, para dar nova solução aos problemas e questionamentos da coletividade, mas, igualmente, é capaz de promover, ou, ao contrário, desestimular comportamentos. Gustavo Tepedino esclarece o ponto:

Com efeito, o ordenamento caracteriza-se por esta complexidade de fontes, dotadas de dinâmica própria, sensíveis às mudanças relevantes ocorridas na sociedade, a denotar a abertura do sistema a múltiplos matizes culturais, informados por valores historicamente determinados, presentes no seio social. Nesta esteira, a dinamicidade do ordenamento deve ser entendida, portanto, em duplice sentido: expansível por regras e por princípios introduzidos legalmente dia a dia no sistema e condicionado pela evolução das exigências e hábitos, isto é, pela cultura como atualidade dos problemas e das possíveis soluções¹¹.

No caso específico do Direito de Família, ponto que interessa ao presente trabalho, após uma série de graduais alterações legislativas, a Constituição Federal de 1988 trouxe a consagração de uma linha de evolução que prioriza a dignidade da pessoa humana no seio das relações familiares. A partir da Constituição – de seus princípios e disposições específicas sobre o tema – tornou-se obrigatória a releitura dos conceitos e categorias tradicionais, fundamentados no paradigma axiológico e histórico anterior.

O Código Civil de 1916 apresentava uma visão estritamente burguesa, possuindo como principal sujeito o homem, casado, pai de família, proprietário de bens e testador. Esta era a concepção que prevalecia no mundo jurídico, recebendo

¹⁰V. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 331-332.

¹¹TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 363.

forte influência da ideia de família que se observava no âmbito social: esta somente seria legítima se consagrada pelo casamento; além disso, o marido seria seu chefe, exercendo a devida autoridade e comando sobre mulher e filhos. O pai de família típico seria a figura a exercer todo o controle sobre os demais indivíduos daquele grupo, qual seja, a esposa (que, em razão da visão tradicional, deveria apresentar postura notadamente submissa e leal ao marido) e os filhos (pois, até alcançarem a maioridade, no caso dos homens, ou casarem-se, no caso das mulheres, deveriam cumprir para com o seu pai seu dever de respeito e submissão).

Neste contexto, também releva a posição de inferioridade relegada aos idosos. A primazia conferida aos patriarcas e matriarcas no contexto familiar, típica de períodos históricos anteriores¹², é definitivamente abandonada. O idoso passa a exercer dentro da família um papel secundário, culminando muitas vezes em isolamento psíquico e social. A visão de que aquele indivíduo está “ultrapassado”, aliada às dificuldades típicas do envelhecimento, resultava, no comum dos casos, em vulnerabilidade nos mais diversos campos, abandono e desinteresse por parte dos demais participantes do grupo familiar. Aquele indivíduo, portanto, passa a ser tratado como uma espécie de membro “deficitário”, que traz muito mais prejuízo do que vantagem para a coletividade.

A família, neste momento, era protegida como uma instituição detentora de um fim em si mesma. Até por isso, o casamento era indissolúvel. Em seu nome, não eram raras as hipóteses nas quais o direito das pessoas, individualmente consideradas, deveria ceder: nenhum direito individual, regra geral, poderia prevalecer diante da necessária proteção à família. Um exemplo claro desse fenômeno poderia ser observado no campo da responsabilidade civil. Entendia-se

¹²Este papel era principalmente observado na sociedade romana, como demonstra Carlos Roberto Gonçalves: “O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15. Comentando a China histórica, Fernanda Paula Diniz esclarece que: “Na China, toda a família devia obediência ao idoso. Ao pai caberia decidir sobre a vida dos filhos e, frequentemente, matava as filhas ou então as vendia como escravas. A mulher, quando velha, hierarquicamente se tornava superior, mandando nas noras e netos. O quinquagésimo aniversário de um homem era uma data especial. Aos setenta anos, abandonava seus cargos oficiais e se dirigia para a morte, deixando o filho mais velho no comando da casa e responsável pelo culto aos ancestrais. Eram muito raros os casos de longevidade, em razão das condições de vida da época. Para esse povo, aos sessenta anos o homem poderia se libertar de seu corpo através do êxtase e se tornar um santo. A santidade era a arte de não morrer, a absoluta posse da vida”. DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.p. 8.

que entre os membros da família haveria uma espécie de imunidade, não sendo legítima a pretensão de se obter qualquer tipo de reparação, ainda nos casos de violência ou abuso por parte de algum de seus membros. Como demonstra Juliana de Sousa Gomes Lage:

as novas condições históricas e legislativas aumentaram consideravelmente a possibilidade da discussão a respeito do reconhecimento da reparação de danos morais nas relações conjugais, isto porque, se ainda estivéssemos sob a égide da família patriarcal, hierarquizada, edificada no casamento e tendo o marido e pai o poder de decisão sobre a vida da mulher e dos filhos, não haveria qualquer possibilidade de tal questionamento, uma vez que qualquer problema teria sido decidido dentro da própria família pelo seu chefe e em prol daquela paz doméstica institucional de outrora¹³.

A própria evolução social, sobretudo pela luta feminista por igualdade, em conjunto com as alterações legislativas que se seguiram, culminaram na transformação deste quadro, modificando profundamente as relações de poder dentro do contexto familiar. Não somente a mulher passou a ser detentora de direitos e voz ativa no seio da família, exercendo seu comando em conjunto com o marido, mas também os filhos passaram a ser protegidos dos desmandos dos pais, tendo o direito de influir em sua própria educação assegurado pela Constituição. Da mesma forma, o movimento pelo reconhecimento dos direitos dos idosos, tendo em vista sua especial condição de vulnerabilidade, ganhou fôlego novo a partir da Carta Magna de 1988.

A família tutelada pela Constituição de 1988, portanto, não possui prevalência com base na antiga ideia de “paz doméstica”, como um interesse supra-individual. A entidade familiar vai encontrar sua justificativa de proteção por tratar-se de uma instituição meio, instrumento para o desenvolvimento das pessoas que nela estão integradas, titulares de um amplo feixe de direitos e interesses de natureza existencial. A família deverá ser analisada a partir de duplo ponto de vista: como estrutura e na qualidade de função, como aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

A grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. Não há mais espaço para o Direito de

13LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 489.

Família aristocrático e excludente, em que a tutela da *'família legítima'* era o objetivo maior das instituições sociais e organismos estatais, a ponto de, sob o argumento de proteção da paz familiar e do patrimônio construído, haver impossibilidade jurídica do estabelecimento da paternidade de criança fruto de reprodução carnal de homem casado com outra mulher¹⁴.

Com as alterações trazidas pela Constituição de 1988, essas ideias foram permeadas pelo ordenamento jurídico como um todo. É necessário ter por norte que o Direito Civil, incluindo-se o Direito de Família de modo especial, deve ser lido à luz dos preceitos constitucionais. Assim, relevante se mostra, sobretudo, o art. 1º, III, da Constituição, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da ordem constitucional brasileira, criando uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana. Esta consideração é de suma importância, como destaca Pietro Perlingieri:

o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito civil possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte idéia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito¹⁵.

Como referido acima, houve clara despatrimonialização – ou, como mencionam alguns autores, uma repersonalização – do Direito de Família, com preponderância do *ser* em relação ao *ter*. Firmou-se, sem dúvida, um virtuoso e necessário processo de valorização das situações existenciais, sendo reconhecida a preponderância destas em relação às situações patrimoniais. Assim, também as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros: a família, por ser comunidade intermédia, deve, antes de mais nada, estar a serviço das pessoas que a integram.

Sobretudo após o impulso inicial dado pela Lei do Divórcio de 1977 e em função da Constituição de 1988, prevalece a ideia de que a família não é tutelada em sua dignidade como instituição, mas sim será protegida como um instrumento. Inclusive, o art. 226, §8º, da Constituição é claro ao afirmar que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram,

14GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118.

15PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Pietro Perlingieri corrobora o ponto, ao afirmar que:

Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um 'interesse familiar' superindividual, de tipo público ou corporativo¹⁶.

Reforçando esta ideia de despatrimonialização das relações familiares, a Constituição de 1988 garantiu expressamente a igualdade entre os cônjuges¹⁷, a igualdade na proteção das entidades familiares¹⁸ (que não mais se resumem ao casamento), a isonomia entre os filhos¹⁹ (havidos ou não na constância do casamento). Da mesma forma, no tocante ao idoso, o referido diploma dispõe expressamente, em seu art. 230, *caput*, que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Antes, aos filhos oriundos de relação extraconjugal, o tratamento era o pior possível: não havia a possibilidade sequer de registro pelo genitor, ainda que este assim o desejasse, tudo em nome da já mencionada paz familiar. O fato de não estar inserido no contexto de uma família tradicional trazia reflexos negativos ao longo de toda a vida daquele indivíduo. Comentando o Código Civil de 1916, Carlos Roberto Gonçalves explica as classificações existentes acerca da filiação:

Os filhos que não procediam de justas núpcias, mas de relações extramatrimoniais, eram classificados como ilegítimos e não tinham sua filiação assegurada pela lei, podendo ser *naturais* e *espúrios*. Os primeiros eram os que nasciam de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial. Os espúrios eram os nascidos de pais impedidos de se casar entre si em decorrência de parentesco, afinidade ou casamento anterior e se dividiam em *adulterinos* e *incestuosos*. Somente os filhos naturais podiam ser reconhecidos, embora apenas os legitimados pelo casamento dos pais, após sua concepção ou nascimento, fossem em tudo equiparados aos legítimos (art. 352). O art. 358 do mencionado Código Civil de 1916 proibia, no entanto, expressamente, o reconhecimento dos filhos adulterinos e

16PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 245.

17CF/88, art. 226, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

18CF/88, art. 226: “§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

19CF/88, art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

incestuosos. O aludido dispositivo só foi revogado em 1989 pela Lei n. 7.841, depois que a Constituição Federal de 1988 proibiu, no art. 227, §6º, qualquer designação discriminatória relativa à filiação, proclamando a igualdade de direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação do casamento²⁰.

Da mesma forma, a mulher desquitada ou que abandonasse o lar conjugal passava a sofrer com o forte estigma negativo dentro da sociedade. Às mulheres não se reconhecia o direito de reconstruírem suas vidas após o doloroso processo de separação. Em complemento, e como já mencionado, ao idoso cabia o papel de coadjuvante em relação à sua própria vida, não sendo mais senhor de seu próprio destino.

O texto constitucional, portanto, representou um verdadeiro marco dentro desta importante inversão axiológica, na qual foram consagrados, além da dignidade da pessoa humana²¹, outros princípios relevantes, tais como: (i) a solidariedade²²; (ii) a defesa do melhor interesse da criança²³, através da doutrina da proteção integral²⁴; (iii) a paternidade responsável; (iv) o planejamento familiar²⁵, e (v) o cuidado especial com crianças e idosos²⁶.

Como afirma Paulo Lôbo, boa parte da doutrina civilista defendeu, desde o primeiro momento, a aplicabilidade direta da Constituição, sobretudo no que diz respeito aos seus arts. 226 e 227, que estabelecem a igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem²⁷. Desta forma, o caminho das mudanças sociais

20GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 12-13.

21CF/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana".

22CF/88, art. 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".

23CF/88, art. 227, *caput*: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

24A doutrina aponta como origem do princípio do melhor interesse da criança o Direito Inglês. Os casos *Rex v. Delaval* e *Blissetts*, de 1763, foram importantes precedentes na linha deste reconhecimento. Já a jurisprudência norte-americana faz referência ao princípio no caso *Commonwealth v. Addicks*, de 1813, no qual a mãe, apesar de ter sido acusada de adultério, obteve a guarda da criança. Para maiores dados acerca da evolução deste princípio, v. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança" no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 208 e ss.

25CF/88, art. 226, §7º: "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

26CF/88, art. 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

27V. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 22: "Os civilistas brasileiros, estudiosos do processo de constitucionalização, nunca tiveram dúvidas da força

fora reforçado positivamente pelo arcabouço jurídico, culminando no atual quadro, que, se ainda longe do ideal, certamente privilegia o desenvolvimento dos indivíduos, com uma distribuição mais igualitária do poder dentro da família.

Exemplo recente desta nova perspectiva da família foi o resultado do julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ pelo Supremo Tribunal Federal. Decidiu-se que, em nome da busca da felicidade dos indivíduos, da dignidade da pessoa humana e do fim do preconceito, deveria ser reconhecida como família a relação homoafetiva. Neste sentido, nos termos do voto do Relator, Min. Carlos Ayres Britto, deu-se interpretação conforme a Constituição em relação ao art. 1.723 do Código Civil, para que dele fosse excluído qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Concluiu-se ainda que o reconhecimento desta união se daria de acordo com as mesmas regras, e com iguais consequências, da união estável entre pessoas de sexos diferentes, em respeito ao princípio da isonomia²⁸.

1.2 A responsabilidade civil e os chamados “novos danos”

A responsabilidade civil atualmente apresenta feição bem diversa daquela tradicional, questão que, por sua inegável relevância, vem sendo abordada por vários doutrinadores. Tendo em vista que o presente trabalho pretende discutir a configuração dos danos morais, ou seja, a aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações de família envolvendo idosos, necessária se faz uma breve digressão sobre o tema, sobretudo acerca dos novos rumos da responsabilidade civil e como o debate desta dissertação se insere nos chamados “novos danos”.

Inicialmente, vale destacar que a responsabilidade civil, segundo seu conceito clássico, se configura mediante a presença de quatro elementos: a conduta, o dano,

normativa da Constituição [...]. Para os civilistas brasileiros, é indiscutível a distinção que se consagrou entre nós das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo ambos força normativa completa, sem dependência de regulamentação infraconstitucional. Assim foi, por exemplo, com o princípio da igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem, estabelecido nos arts. 226 e 227 da Constituição, que representou verdadeira revolução no direito de família, conseqüentemente revogando a legislação civil anterior”.

²⁸Para maiores informações, v. informativo do STF. Disponível em: www.radiojustica.jus.br/radiojustica/exibir/Home!downloadArquivo.action?downloadConteudo=178964. Acesso em: 10 jul. 2011.

o nexa causal e a culpa. Presentes estes requisitos, diante do caso concreto, configurada estará a responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparar o dano causado.

Em rápida referência a cada um destes elementos, a conduta será, regra geral, a ação ou omissão do agente²⁹ que causará o dano na esfera material ou imaterial de terceiro. Como afirma Humberto Theodoro Júnior, “a conduta, para chegar à responsabilidade civil, deve ter sido controlada pela vontade, ainda que o resultado final não tenha entrado na linha de intenção do agente”³⁰.

O dano, por sua vez, pode ser identificado como a perda patrimonial –na hipótese dos danos materiais, ou seja “a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso”³¹ – ou o atingimento ao aspecto imaterial do indivíduo – que, como melhor explicitado no próximo tópico, será a agressão a um dos corolários da dignidade da pessoa humana – que coloca a vítima, em ambos os casos, numa situação pior do que a observada anteriormente.

Em complemento, o nexa causal é justamente o liame que vincula a conduta do agente ao dano sofrido pela vítima, numa relação muito próxima, para fins didáticos, à noção tradicional de causa-consequência. Contudo, várias teorias permeiam o tema, dentre as quais destacam-se (i) teoria da causalidade adequada; (ii) teoria da causalidade direta e imediata; (iii) teoria da causalidade eficiente; e (iv) teoria da equivalência das condições³².

Como último requisito, a culpa, para fins de responsabilidade civil, deriva da ideia de violação a um dever jurídico. Poderá estar vinculada a duas noções distintas: (i) ao conceito de dolo - quando o agente pretende causar o dano a outrem, tendo a intenção de violar o dever; e (ii) à culpa em sentido estrito - vinculada ao conceito de negligência, imprudência e imperícia³³. Constata-se uma evolução no

²⁹ Como afirma VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. O fenômeno da objetivação da responsabilidade na Lei Civil brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 887: “a atitude ativa consiste, em geral, num ato doloso ou imprudente, enquanto a passiva, via de regra, caracteriza-se pela negligência”.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 143.

³² Sobre estas e outras teorias, vale destacar o trabalho de CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³³ A diferença entre os conceitos é apontada por AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.).

próprio conceito de culpa, que deixou de ter um viés moralizador, conectando-se “à figura do desvio de conduta, verificável por meio de *standards* correlacionados a cada situação específica. Noutras palavras, assume uma feição menos psicológica e mais objetiva, normativa”³⁴. Ou seja: não é mais necessário que a pessoa tenha a intenção deliberada de lesar outrem.

Para que a responsabilidade civil tradicional fosse reconhecida, necessária seria a presença – e conseqüente prova – de todos estes elementos. Contudo, esta referência aparentemente simples do ponto de vista teórico transformava-se, no mundo dos fatos, em verdadeira barreira para a devida reparação pelos danos causados. E isto porque, para a vítima, em boa parte dos casos, é impossível demonstrar a presença de todos os requisitos, principalmente no que diz respeito à prova da culpa do agente agressor.

Deste modo, a preocupação do instituto da responsabilidade civil, em sua visão clássica, era sobretudo com o agressor, com aquele que causou o dano alegado pela vítima. Não seria razoável que a pessoa fosse “punida”, através da obrigação de pagar o *quantum* devido pelos danos referidos, sem que restasse comprovada sua concorrência com culpa para os mesmos, ou seja, sem que, em alguma medida, fosse verificado o seu comportamento reprovável. “O pensamento liberal impunha, portanto, que a responsabilidade civil apenas emergisse diante da voluntária (embora não necessariamente intencional) violação a um dever de conduta anteriormente estabelecido”³⁵. Não havendo prova, caberia à vítima suportar todos os prejuízos. Como afirma Anderson Schreiber:

A dogmática da responsabilidade civil, concebida pelos juristas da Modernidade e até hoje repetida acriticamente em diversas faculdades de direito, não favorece em nada a vítima dos danos. Muito ao contrário: forjada em um contexto liberal-individualista, em que a liberdade era a regra e a responsabilidade, a exceção, a construção teórica do instituto é calcada em barreiras probatórias muito bem

Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65: “Negligência é a falta de diligência na prática de um ato jurídico, é toda falta de cuidados normais, que se esperam das pessoas. [...] Imprudência é a ‘precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. [...]’ Ela existe quando são descumpridas regras técnicas preestabelecidas, como, por exemplo, ultrapassar veículos em local proibido, desenvolver velocidade incompatível com o local [...] etc. A imperícia é a atuação de quem não possui habilitação técnica para a prática do ato, como o fato de alguém dirigir veículo a motor sem a devida carteira de habilitação”.

³⁴MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 762.

³⁵SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 746.

definidas, das quais a vítima precisava, historicamente, se desincumbir. A prova da culpa, a prova do dano e a prova do nexo de causalidade funcionavam, assim, no delineamento teórico da responsabilidade civil, como verdadeiros *filtros da reparação*, aptos a selecionar quais dentre os inúmeros danos inerentes à vida social deveriam ser passíveis de imputação a outros sujeitos, gerando o dever de indenizar³⁶.

Esta visão da responsabilidade civil foi decisiva para a ocorrência de inúmeras injustiças nesta seara, até porque, no comum dos casos, a vítima é justamente a parte mais vulnerável na relação. Esta afirmativa fica ainda mais evidente quando se observa o âmbito das relações de trabalho³⁷ e de consumo³⁸, campos em que a importância da responsabilidade civil ganhou maior relevo após a Revolução Industrial e o aumento do mercado de consumo. Em razão disso, o legislador pretendeu dar resposta à nova conjuntura social através de diplomas legais específicos, como a Consolidação das Leis do Trabalho e o Código de Defesa do Consumidor, absorvendo conceitos e proposições antes levantados pela doutrina e pela jurisprudência, na tentativa de, a par da inexistência de lei, solucionar os clamores sociais.

Empreendeu-se, portanto, um virtuoso e necessário caminho, que passou da primazia da culpa do agressor para a reparação do dano causado à vítima³⁹. Atualmente, a ideia preponderante reside na constatação de que a vítima não pode

³⁶ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 722.

³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 814: “Segundo esta teoria, todo risco deve ser garantido, visando a proteção da pessoa humana. De um modo particular, esta proteção jurídica buscou alcançar, primeiro, os trabalhadores e as vítimas de acidentes do trabalho, para livrá-las da insegurança material decorrente. A indenização, neste caso, decorreria não da culpa, mas se assentaria no conceito material o fato danoso. Trata-se exatamente, da evolução da responsabilidade em razão do seu fundamento, vale dizer, em razão do motivo pelo qual alguém passa a ser titular do dever de indenizar”.

³⁸ No que diz respeito às relações de consumo, vale destacar passagem de CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008. p. 3: “Destarte, à falta de uma disciplina jurídica eficiente, reestruturada, moderna, proliferaram, em ambiente propício, práticas abusivas de toda ordem, como as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle do mercado, a eliminação da concorrência e assim por diante, resultando em insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor. João Calvão da Silva, notável autor português, afirma que o ‘ideário liberal individualista era hostil ao consumidor; erguia-se como verdadeiro dique à proteção dos seus interesses’. [...] A culpa, assinala Vicent Pizzaro, atuava como uma espécie de couraça intransponível, que protegia o fornecedor, tornando-o praticamente irresponsável pelos danos causados ao consumidor”.

³⁹ Neste sentido, MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 29: “Com o advento da Constituição de 1988, fixou-se a prioridade à proteção da dignidade da pessoa humana e, em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa) do agente, passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto – daí o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que independe da culpa, isto é, da prática do ato ilícito”.

ficar sem o devido ressarcimento pelos danos causados. Esta premissa, vinculada ao ideal de justiça distributiva, contribuiu para um certo esvaziamento do conceito tradicional de culpa. Tornou-se comum a utilização de alguns recursos, pelo legislador e pela jurisprudência, para obter-se tal resultado, como a aplicação dos conceitos de culpa presumida, responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova, dando maiores condições para que a vítima pudesse sair, ao fim do processo, vitoriosa. A preocupação maior será, portanto, com a reparação, como se verifica, inclusive, do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, com sua cláusula geral de responsabilidade objetiva aplicável às hipóteses envolvendo atividades de risco⁴⁰.

Da mesma forma que ocorreu com a culpa, também o nexo causal passou a ser flexibilizado. Assim, em meio a tantas teorias aplicáveis, já referidas anteriormente, observa-se, em verdade, uma utilização atécnica destes critérios. Por vezes, o magistrado refere-se a uma teoria, aplicando o raciocínio de outra. Em certos casos, verifica-se ainda a invocação de determinada corrente em detrimento de outras, mas sem ser apresentada a motivação para tanto, resultando, em verdade, numa escolha puramente subjetiva por parte do juiz, na tentativa de fundamentar o resultado pretendido. Anderson Schreiber comenta o ponto, nos seguintes termos:

Em que pese a inegável importância deste debate, a jurisprudência brasileira – e não só ela, como se verá adiante – tem se recusado a dar à prova do nexo causal o mesmo tratamento rigoroso e dogmático que, no passado, havia atribuído à prova da culpa. O que se vê, em muitos casos, é que os tribunais, muito pelo contrário, se valem da miríade de teorias exatamente para justificar uma escolha subjetiva, e muitas vezes atécnica, da causa do dano. Com efeito, expressões como ‘causalidade adequada’ e ‘causalidade eficiente’ têm sido empregadas, frequentemente, em procedimentos racionais que refletem o uso de outras teorias, como a subteoria da necessariedade. Em outros casos, tais expressões têm sido usadas mesmo sem refletir qualquer construção teórica, mas tão-somente a eleição, com ampla discricionariedade, da causa que, no entendimento do magistrado, melhor assegura proteção à vítima⁴¹.

Esta tendência de avanço da responsabilidade civil foi, sem dúvida, um dos grandes marcos do direito no século passado. Na esteira destas mudanças, da verdadeira ampliação do instituto, surgiram os chamados “novos danos”, dentre os

⁴⁰ CC, art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 748.

quais se inserem pontos hoje mais debatidos- como o direito ambiental e suas leis protetivas⁴² -, bem como questões mais recentes, a exemplo da responsabilidade civil no Direito de Família, abarcando a discussão acerca da caracterização dos danos morais na relação com idosos no contexto familiar. Como afirma Gustavo Tepedino, todas estas alterações culminaram na “explosão de novos danos ressarcíveis e, ao mesmo tempo, de técnicas processuais cada dia mais eficientes de tutela da vítima, independentemente da atuação culposa do agente causador do dano”⁴³.

Em consequência, o instituto da responsabilidade civil passou a ser aplicado em áreas antes impensáveis, como, justamente, no Direito de Família. Como mencionado em tópico anterior, deve prevalecer o entendimento no sentido de que a família não está “blindada” no que diz respeito à ocorrência e reconhecimento destes danos. “Antes, porém, tais situações se prolongavam por anos a fio, às vezes por toda uma vida, terminando por serem remediadas com mecanismos típicos da convivência familiar [...] ou por não serem remediadas de todo”⁴⁴.

O próprio reconhecimento da possibilidade de reparação do dano moral, que antes sofria grande restrição⁴⁵, tendo em vista a dificuldade em se aceitar compensação pecuniária para danos de natureza existencial⁴⁶ - mas que restou

⁴² VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 44: “É o caso também do movimento ecologista, hoje a pleno impulso e que se exprime doravante pela inserção, em numerosas constituições nacionais ou convenções internacionais, de uma disposição prevendo ‘o direito de toda pessoa a um ambiente saudável’. Esse movimento pôs em evidência certo número de princípios fundamentais, particularmente os princípios ‘poluidor-pagador’ e o ‘princípio da precaução’ que, segundo certos autores, teriam a natureza de transformar radicalmente as funções e, em consequência, o regime da responsabilidade civil, fazendo desta última o instrumento de uma política de prevenção, voltada para o futuro”. Sobre o tema, v. ainda RODRIGUES, Marcelo Abelha; AMIGO, Bianca Neves. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 450-464.

⁴³ Prossegue o autor afirmando que “Emblemático demonstra-se, nesse sentido, o gradual aumento das hipóteses de reparação admitidas pela jurisprudência, traduzindo novas espécies de lesões a valores existenciais decorrentes das situações de risco surgidas na contemporaneidade”. V. TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 358.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 721.

⁴⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 145-146: “Até relativamente pouco tempo atrás, entendia-se como contrário à moral e, portanto, ao direito, todo e qualquer pagamento indenizatório em caso de lesão de natureza extrapatrimonial se esta se delineava unicamente como sofrimento. O chamado *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica, com exceção dos casos expressamente previstos pelo legislador civil”.

⁴⁶ Como menciona Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, comentando o RE 59.940-SP, “data de 1966 a decisão

pacificado⁴⁷ pelo art. 5º, V e X, da Constituição⁴⁸ - contribuiu para a visualização devida destes novos danos. Atualmente, inclusive, discute-se o dano moral coletivo: mais um passo na evolução da responsabilidade civil acima referida⁴⁹.

Assim, deve ser feita uma verdadeira releitura da responsabilidade civil, não para afastar a importância de seus elementos tradicionais, mas sim para reconhecer sua ocorrência em hipóteses antes não imaginadas, com a possibilidade de ressarcimento ainda quando todos os elementos não se encontrem presentes de maneira inequívoca, mas sim, ao menos, indiciária. Como menciona Anderson Schreiber, “o aumento não é apenas quantitativo, mas também qualitativo, na medida em que ações de indenização vêm sendo empregadas diante de situações que, antes, não eram vistas, por razões as mais variadas, como capazes de gerar uma demanda reparatória”⁵⁰.

Esta nova visão da responsabilidade civil embasará a reparação por danos morais quanto ao tema objeto desta dissertação. Será justamente esta maior preocupação com a vítima o fundamento para o reconhecimento das consequências jurídicas, apontadas nos próximos capítulos, para o descumprimento do dever de

do Supremo Tribunal Federal (STF) que admitiu, pela primeira vez, a reparabilidade dos danos morais, muito embora a decisão transparecesse, ainda, apego à ótica patrimonialista”. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 758.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98: “Antes da Constituição de 88, mesmo quando se admitia indenização por dano moral, havia um entendimento no sentido de que o valor da indenização pelo dano moral não podia ultrapassar a 100 salários mínimos; era uma espécie de valor tabelado. Isso porque a Lei de Imprensa estabelecia como indenização máxima 100 salários mínimos, e também o Código de Telecomunicações estabelecia este mesmo valor. A partir da Constituição de 88 firmou-se entendimento de que não há mais tabelamento”.

⁴⁸ CF, art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁴⁹ Sobre o tema, ver, dentre outros, CARPENA, Heloisa. Dano moral coletivo nas relações de consumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 827-846. Autora introduz o ponto, nas p. 827-828, com os seguintes questionamentos: “O dano moral, que se opõe ao prejuízo material e decorre da lesão a direitos personalíssimos, pode ser causado coletivamente a um grupo? Ou, pela perspectiva do dano sofrido, os danos morais são ressarcíveis coletivamente? A questão proposta pressupõe percorrer um caminho epistemológico que se inicia na própria definição do dano moral, passa pela caracterização das espécies de interesses tuteláveis coletivamente e a discussão acerca da legitimação para sua defesa em juízo, e finalmente, se conclui com uma reflexão sobre o próprio futuro do Direito do Consumidor”.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 718.

cuidado em relação ao idoso no âmbito da responsabilidade civil. Certo é que, caso fosse adotada uma interpretação restritiva, limitada às disposições referentes ao Direito de Família puro, não existiriam consequências jurídicas mais relevantes, pelo menos no que diz respeito à esfera civil. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes afirma: “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”⁵¹.

Por fim, vale mencionar outra tendência da nova responsabilidade civil, qual seja, o estudo de formas alternativas de reparação. Esta questão será melhor referida, no que diz respeito aos danos morais, no capítulo 3 desta dissertação, mas, resumidamente, o que se discute é a compatibilidade exata entre o dano moral e sua corriqueira reparação pecuniária. Ou seja, questiona-se justamente qual seria a melhor forma de compensar⁵² o dano moral causado.

Contudo, antes mesmo de serem respondidos estes questionamentos, será importante enfrentar mais uma premissa conceitual deste estudo: o conceito de dano moral aplicável, a ser analisado no próximo tópico.

1.3. A violação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a configuração dos danos morais

Após a análise do tópico anterior acerca dos elementos e da nova visão da responsabilidade civil, passa-se ao estudo do dano moral. Tendo em vista que o presente trabalho tem por escopo discutir a configuração - e conseqüente reparação - dos danos morais nas relações de família, notadamente daquelas que envolvem

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 23-24.

⁵² A utilização do vocábulo “compensação” é mais adequada nas hipóteses de danos morais, como afirma MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 145: “Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘*in dene*’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é *compensável*, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à *indenização* do dano moral”.

idosos, necessário, antes de mais nada, definir-se o conceito de dano moral que será empregado.

Não há consenso sobre o referido conceito. Parte dos autores, inclusive, traz questionamentos importantes sobre a chamada “indústria do dano moral”, bem como acerca do perigo na corrente afirmação jurisprudencial de que seu fundamento residiria nos sentimentos de “dor, sofrimento e humilhação”. Este, inclusive, é um dos fatores que permeiam o preconceito pela configuração dos chamados novos danos, dentre os quais se inclui o tema desta dissertação, como referido no tópico 1.2 deste estudo.

Contudo, a crítica comum de que a concessão de reparação baseada nas relações de família ampliaria ainda mais a aplicação abusiva do instituído dano moral torna-se vazia dependendo do paradigma adotado. Sem dúvida, o problema não está no reconhecimento de novas situações da vida aptas a gerar dano moral reparável, mas sim no extremo alargamento do conceito utilizado, que termina por desvirtuar a sua finalidade primeira, qual seja: compensar a violação à esfera imaterial do indivíduo.

O excesso na configuração destes danos se dá, em grande medida, pela definição utilizada por parte dos magistrados e dos doutrinadores, qual seja, a chamada “lição de René de Savatier”. Através desta noção, de cunho muito genérico, extraiu-se a ideia de que o dano moral está vinculado aos sentimentos de dor, sofrimento e humilhação, sendo possível abarcar-se praticamente tudo sob a alcunha de dano moral⁵³. Esta vinculação a disposições emocionais íntimas, próprias de cada indivíduo, é extremamente problemática, tendo em vista tratarem-se de aspectos demasiadamente subjetivos, bem como sujeitos a humores passageiros, variando de pessoa a pessoa. Um exemplo deste entendimento tradicional pode ser observado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

1.- A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento,

53 MORAES; Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005. p. 49.

sentimentos íntimos que o ensejam (Resp 86.271/SP, 3ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 9.12.97).

2.- Reconhecido pelo Acórdão recorrido que, em última análise, houve, o caso em que, sem autorização dos autores, restaram eles inequivocamente identificados, por circunstâncias bem identificadas de local de morada, empresa, colegas de trabalho e outras, em quadro televisivo humorístico de âmbito nacional, com efeito pessoal vexatório, restaram faticamente determinados o fato causador do dano moral e o próprio dano, decorrente da invasão de privacidade, não havendo exigência de comprovação de outra espécie de prejuízo.

3.- Agravo Regimental improvido⁵⁴.

No intuito de contribuir para a linha empreendida ao longo deste texto, vale esclarecer que será utilizada como premissa a concepção de dano moral defendida por Maria Celina Bodin de Moraes. Assim, de forma resumida, pode-se afirmar que haverá responsabilidade civil por dano moral quando a conduta perpetrada pelo ofensor atingir diretamente a dignidade da vítima, ou seja, violar um de seus corolários: liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade social.

O dano moral, portanto, somente restará caracterizado pela “violação a algum desses aspectos ou substratos que compõem, e conformam, a dignidade humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana”⁵⁵. Cada um destes princípios, não obstante sua independência e conteúdos próprios, compõem a base do princípio da dignidade humana, consagrado pela Constituição de 1988, e serão melhor caracterizados abaixo.

No tocante à liberdade, uma primeira referência importante diz respeito à sua composição, que abarca não somente a faculdade de ir e vir, ou seja, um aspecto ambulatorial, mas também envolve circunstância de a pessoa deter autonomia, através do poder de efetuar suas escolhas, aproximando-se da ideia de autodeterminação. Como afirma Heloisa Helena Barboza, a “liberdade individual se consubstancia atualmente em perspectivas diversas como privacidade, intimidade, significando cada vez mais poder realizar suas próprias escolhas individuais, seu projeto de vida, sem interferências de qualquer natureza”⁵⁶.

⁵⁴STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp nº 1181205/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01 jul. 2011.

⁵⁵MORAES; Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005. p. 52.

⁵⁶BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 68.

Sem dúvida, a questão ambulatorial, quando se trata de indivíduo idoso, muitas vezes resta comprometida, sobretudo por conta de doenças crônicas adquiridas ao longo dos anos. Contudo, o princípio da liberdade será de grande relevância neste estudo principalmente em razão da cultura social, inafastavelmente equivocada, de confundir-se idade avançada com incapacidade da pessoa para os atos da vida civil. Assim, não raro, o idoso verá sua autodeterminação ser tolhida por pessoas próximas - na maior parte dos casos, parentes e cuidadores - através de interferência constante na sua vida privada, não sendo o idoso livre para atuar nos mais diversos campos, desde sua participação no mercado de consumo, até em relação à sua própria saúde.

A igualdade, por sua vez, encontra-se expressa no art. 5º da Constituição. Ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o legislador empreendeu um virtuoso caminho rumo ao fim de uma era de discriminações infundadas, abrindo espaço para uma sociedade mais justa. Contudo, este conceito de igualdade clássico, conhecido como igualdade formal - que parte da consideração de que todos os indivíduos são iguais perante a lei e as instituições - deixou de ser suficiente.

Foi necessário o reconhecimento de sua segunda vertente, de mesma importância: a igualdade material⁵⁷. Nesta linha, a ideia de isonomia parte do princípio de que se deve tratar os desiguais na medida de sua desigualdade⁵⁸. Ou seja, até é possível efetuar-se discriminações entre os indivíduos, mas estas devem objetivar, antes de mais nada, o equilíbrio entre pessoas que se encontram em posições diferentes. Este é o fundamento, inclusive, do *direito à diferença* e das

⁵⁷ Nas palavras de Heloisa Helena Barboza: “O movimento pela igualdade material, que já se delineava nas leis especiais e nos julgados, foi coroado pela Constituição Federal de 1988 que, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito, assegurou-lhe tutela integral, mediante cláusula geral como assinalado, mas sobretudo criando os instrumentos de sua efetivação, de modo expreso ou implícito. Os princípios constitucionais tiveram sua normatividade reconhecida, ampliando por suas intrínsecas características, tais como o grau de abstração e de determinabilidade, a proteção conferida, ao atingir situações atípicas. A garantia de igualdade de todos perante a lei ganhou consistência com a proteção especial das pessoas ‘desiguais’, assim reconhecidas em razão da situação existencial ou patrimonial peculiar em que se encontram. Incluem-se nessa proteção especial o consumidor, a criança e o adolescente, e vários grupos *minoritários*, como os doentes, os portadores de necessidades especiais, os homossexuais, os transexuais”. V. BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 58.

⁵⁸ A frase “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades” ficou conhecida em razão da *Oração aos Moços*, discurso preparado por Rui Barbosa para os bacharelados da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. Disponível em: www.casaruibarboza.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barboza/FCRB_RuiBarboza_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 08 maio 2011.

chamadas *ações afirmativas*⁵⁹, utilizadas como meio de compensação em favor de certos grupos que possuem como característica intrínseca a vulnerabilidade e a desigualdade.

Por outro lado, havendo discriminação sem este fundamento, estar-se-ia diante de uma discriminação odiosa, como no seguinte julgado do STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DE OFICIAIS DE SAÚDE DA POLÍCIA MILITAR. LIMITAÇÃO ETÁRIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 683/STF. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o limite de idade como critério para ingresso no serviço público apenas se legitima quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. 2. No caso, as atribuições a ser desempenhadas não são propriamente aquelas típicas do serviço militar. Cuida-se de vaga relacionada à área de saúde (cargo de médico, em diversas especialidades), reclamando formação específica para o seu desempenho. Pelo que, a meu sentir, não se revela razoável ou proporcional a discriminação etária (28 anos). 3. Agravo regimental a que se nega provimento⁶⁰.

Em complemento, Maria Celina Bodin de Moraes faz referência aos mecanismos mais comuns de violação da igualdade, nos seguintes termos:

A forma de violação por excelência do direito à igualdade, ensejadora de dano moral, traduz-se na prática de tratamentos discriminatórios, isto é, em proceder a diferenciações sem fundamentação jurídica (*ratio*), sejam elas baseadas em sexo, raça, credo, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença, dentre outras. Do ponto de vista teórico, pois, os grandes questionamentos passaram a ter por objeto a validade das políticas de ação afirmativa, a legitimidade de especial proteção (ou “favorecimento”) dada a grupos minoritários, o respeito à cultura das minorias etc. O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais ‘o cidadão’, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício de direitos políticos⁶¹.

No que diz respeito aos idosos, o princípio da igualdade material se destaca em razão das características inerentes ao processo de envelhecimento, sobretudo nos casos em que o indivíduo se apresenta como uma pessoa vulnerável e doente.

⁵⁹ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 58: “A ação afirmativa, em seu sentido mais amplo, abrange exatamente a edição de leis especiais de proteção aos grupos vulneráveis. Criar uma lei especial e assegurar direitos subjetivos para o sujeito vulnerável são instrumentos de igualdade, de ação positiva do Estado-legislador, a guiar a ação do Estado-executivo e do Estado-juiz”.

⁶⁰ STF, Segunda Turma, AI nº 720259 AgR/MA, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 27 abr. 2011.

⁶¹ MORAES; Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 90-91.

Fundamental se faz, portanto, o reconhecimento da legislação especial que protege os direitos desta específica categoria de pessoas, como o Estatuto do Idoso, tendo em vista que irá pretender, justamente, tratar os desiguais na medida de sua desigualdade. Busca-se o equilíbrio nas relações com os idosos nos mais diversos campos, inclusive dentro da família e em sua relação com o Poder Público.

No que diz respeito à solidariedade, a Constituição de 1988 estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República, em seu art. 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Deve haver, deste modo, “uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie”⁶².

Assim, a par de um objetivo moral, a consagração na Carta Magna da solidariedade fundamenta uma série de direitos previstos na legislação extravagante, como no citado Estatuto do Idoso, uma vez que este princípio deve “ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários”⁶³.

A solidariedade serve ainda como justificativa para a tutela de outros direitos, como, por exemplo, a assistência e a previdência social, de grande relevância para os indivíduos idosos. Sendo assim, o fundamento da solidariedade reside, justamente, na inevitável consideração de que o homem não é sozinho, somente sendo possível sua sobrevivência em comunidade. O homem é, antes de mais nada, um ser social.

Por fim, o último corolário da dignidade da pessoa humana é a integridade psicofísica. Neste princípio se inclui não apenas uma vertente negativa, no sentido de não ser agredido física e moralmente, ou seja, “não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais”⁶⁴, como também outro viés, consubstanciado no direito de ter uma vida saudável e digna. Neste ponto, merece destaque a observância de outros direitos fundamentais previstos constitucionalmente, uma vez que a

62 MORAES; Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 110.

63 MORAES; Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 111.

64 MORAES; Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93.

integridade psicofísica somente pode ser protegida mediante o respeito prévio do direito à saúde, segurança, alimentação, moradia, dentre outros. Releva a importância do salário-mínimo e a ideia de um mínimo existencial: ao indivíduo deve ser garantida uma parcela mínima de direitos, permitindo condições básicas e suficientes para sua manutenção. É necessário garantir que a pessoa faça mais do que simplesmente existir: ela deve propriamente viver, ou seja, ser titular de uma vida digna.

Outra questão interessante vinculada à ideia de integridade psicofísica, levantada por Maria Celina Bodin de Moraes, trata da importância do consentimento livre e informado nas intervenções médicas. O tema ganha relevo pela fragilidade de saúde comum nas pessoas idosas⁶⁵, impondo, muitas vezes, um regular acompanhamento médico. Assim, deve prevalecer a posição de que se detiver condições para tanto, deve ser garantido ao idoso a opção por submeter-se ou não a determinado tratamento. Por outro lado, a decisão deve ser conferida de forma isolada à família tão-somente quando o indivíduo não possa fazê-lo, como, por exemplo, na hipótese de ser interditado ou encontrar-se em coma.

A preocupação do legislador com a integridade psicofísica do idoso, nos dois viés apontados, fica clara ao observar-se as disposições do Estatuto do Idoso, tanto na garantia do direito à saúde - neste significado mais amplo, de vida digna - como também, exemplificadamente, nas normas penais incriminadoras, que pretendem proteger o idoso, evitando, dentre outras condutas, a prática de lesão corporal.

Em conclusão, a premissa adotada no presente trabalho entende que somente haverá configuração dos danos morais nas hipóteses graves o suficiente para se enquadrarem em violação a pelo menos um dos quatro corolários da dignidade da pessoa humana acima apontados.

65 MORAES; Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 99: "No entanto, na área da biomedicina, é o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica. A regra expressa o conceito da não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas".

1.4 Alguns comentários sobre a Lei nº 10.741 e os direitos relacionados à responsabilidade civil

Tendo em vista a vulnerabilidade inerente à pessoa idosa, como melhor será tratado no capítulo 3, toda uma legislação protetiva desta figura surgiu. Esta necessidade tem como base, do ponto de vista jurídico, sobretudo o princípio da igualdade, comentado no tópico 1.3 desta dissertação. Ou seja, diante da desigualdade observada nas relações entre o idoso, as instituições sociais e o Poder Público, foi necessária a atuação do legislador para trazer o imprescindível equilíbrio.

Inegável que a proteção ao direito dos idosos é fenômeno recente. Do ponto de vista social, o aumento da expectativa de vida das pessoas, possibilitada, dentre outros fatores, pelos avanços na medicina e melhores condições de saneamento básico, trouxe a necessidade de regular os mais diversos aspectos relacionados a estes indivíduos⁶⁶. Como afirma Benedita Edina Cabral:

Durante muito tempo o prolongamento da vida foi tratado com desprezo e deixado aos cuidados da caridade religiosa. Dessa forma, este não fazia parte dos encargos da sociedade, como mostra a literatura. Por outro lado, a expansão da vida, mediada pelo processo de sua transformação em problema da sociedade, ocasionou mudanças na classificação das idades e na noção de velhice, influenciando nas relações entre as gerações jovens e velhas, colocando em confronto interesses que dizem respeito à distribuição dos poderes e da riqueza, a transmissão de herança, a ordem familiar e contribuiu também para a elaboração de novos valores culturais⁶⁷.

A Constituição de 1988, inovando na ordem jurídica - uma vez que as Cartas anteriores não tratavam do tema, excetuando-se tão-somente “as regras sobre aposentadoria, inseridas nas diversas constituintes, abrangendo as aposentadorias por tempo de contribuição, por idade e por invalidez”⁶⁸ -, preocupou-se com a figura do idoso, a ela dedicando o capítulo VII de seu texto, que trata “da família, da

66 Como informa Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, “conforme a Organização das Nações Unidas/ONU, há duas décadas a taxa de crescimento desse segmento populacional vem sendo superior ao aumento global da população na terra”. HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. Abusos e maus-tratos ao idoso. *Boletim IBCCrim*, nº 95, out. 2000. p. 11.

67 CABRAL, Benedita Edina S. L. A superação das desigualdades na velhice – Mais uma questão social do século XXI. In: *A questão social no novo milênio* – VIII Congresso Luso-afro-brasileiro de ciências sociais. Disponível em: www.fe.uc.pt. Acesso em: 30 abr. 2011. p. 2.

68 CABRAL, Benedita Edina S. L. A superação das desigualdades na velhice – Mais uma questão social do século XXI. In: *A questão social no novo milênio* – VIII Congresso Luso-afro-brasileiro de ciências sociais. Disponível em: www.fe.uc.pt. Acesso em: 30. abr. 2011. p. 2.

criança, do adolescente, do jovem e do idoso”. Neste sentido, a Constituição prevê, em seu art. 230, que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Não há dúvida de que o referido dispositivo guarda relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), pretendendo ainda “estabelecer como prioridade da República Federativa o cuidado para com seus anciãos, através de políticas públicas inclusivas que garantam a condição de cidadania a estes sujeitos de direitos”⁶⁹. Em complemento, a Carta Magna ainda prevê o fim do preconceito em relação à idade, nos termos de seu art. 3º, IV, onde fixa como objetivo fundamental “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Diante de todas as peculiaridades que envolvem a pessoa idosa e do aumento na expectativa de vida da população, a preocupação do legislador com o tema não se restringiu à Constituição. Envolveu, ainda, a legislação ordinária em sua regulação, que traz a disciplina a ser aplicada em vários casos, tanto na esfera cível, como penal e administrativa.

Tendo em vista esta nova orientação, um dos primeiros textos normativos específicos e com grande relevância sobre a questão é a Lei nº8.842/94. O referido diploma legal, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 1948/96, desenvolveu a Política Nacional do Idoso, esclarecendo, em seu art. 1º, o objetivo de “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação na sociedade”. Um destaque da Lei era a previsão de criação dos Conselhos de Direitos do Idoso, bem como um conjunto de ações governamentais aptas a implementar a Política Nacional do Idoso em várias frentes, como na saúde, habitação, educação, cultura e assistência.

Contudo, a par da legislação já existente à época, em outubro de 2003 foi editado importante diploma legal relacionado ao assunto tema desta dissertação: a Lei nº10.741, mais conhecida como Estatuto do Idoso. Este diploma legal, dentre outros fins, pretendeu aprofundar e avançar nesta política referente ao idoso,

69 LEAL, Rogério Gesta. Dimensões eficazes do direito ao transporte gratuito do idoso no Brasil: estudo de um caso. *Interesse Público*, nº 32, jul./ago. 2005. p. 273.

deixando claro, em seu art. 8º, que o “envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social”⁷⁰.

O Estatuto do Idoso trouxe uma série de dispositivos importantes, resguardando os direitos deste grupo em suas mais diversas esferas. Vale ressaltar que, nos termos de seu art. 1º, foi feita uma opção cronológica acerca do grupo abrangido pela Lei, como será mencionado mais detidamente no tópico 3.2 desta dissertação: o que se pretende é a proteção daqueles indivíduos com sessenta anos ou mais. Esta idade foi apontada como marco da vulnerabilidade, “enfim, a Lei assegura direitos específicos à pessoa idosa porque ela efetivamente necessita, pois se difere de jovens, adultos e, inclusive de crianças, na sua condição de vulnerável”⁷¹.

O art. 2º do referido diploma legal⁷², por sua vez, termina por afirmar algo óbvio diante do texto constitucional: que o idoso será titular de todos os direitos inerentes à pessoa humana. Por outro lado, a previsão expressa de que deve lhe ser dispensada a proteção integral é marca própria da Lei, ainda que esta disposição pudesse ser concluída a partir dos princípios da própria Constituição. Inclusive, o art. 2º é apontado como principal fundamento normativo do princípio da proteção integral do idoso no Estatuto, como conceituado por Fabiana Barletta:

Quer-se, com isso, que a pessoa idosa tenha não só oportunidades, mas também facilidades para preservar sua saúde psicofísica, para se aperfeiçoar em nível moral, intelectual, espiritual e social, para gozar de todos os seus direitos de ser humano, com a proteção integral que emana de cada linha e entrelinha de seu Estatuto, o qual, já de início, põe em relevo a liberdade e dignidade das pessoas que vivenciam a terceira idade. [...] Observe-se que a tutela integral funciona como subprincípio, pois constitui critério teleológico-objetivo da interpretação a justificar a tomada de decisões em benefício do idoso, possui dimensão de peso, a qual ganhará relevância no sopesamento com outros princípios que com ele colidam, apresentando-se na modalidade de comando de otimização, ou seja, ordena que a tutela integral

70O direito dos idosos à luz do direito comparado, demonstrando as mais diversas interpretações sobre o tema conforme a cultura e o local, foi um dos temas abordados na obra: SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas: Alínea, 2004. p. 25-98. Inclusive, vale ressaltar que este movimento de proteção aos idosos não foi exclusivo do Brasil, mas sim ocorreu simultaneamente em vários países, como sintetiza Fernanda Paula Diniz: “O desenvolvimento e a publicação dos Princípios das Nações Unidas a Favor das Pessoas Idosas (em 1991) e a Declaração de 1999 como o Ano Internacional das Pessoas Idosas motivaram alguns países a desenvolver ações concretas. Em 2002, verificou-se a existência de leis e políticas nacionais sobre o idoso em 79 (setenta e nove) países do mundo, sendo que em apenas 29 (vinte e nove) pôde-se perceber a implementação dessas políticas, em 16 (dezesseis), as mesmas se encontravam em fase de desenvolvimento”. DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 14.

71BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

72Lei nº 10.741, art. 2º: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”.

se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas dadas por um caso concreto ou formuladas em abstrato, envolvendo um idoso⁷³.

O art. 3º⁷⁴, por sua vez, aponta a obrigação da família, da sociedade e do Estado em assegurar ao idoso os seus direitos, mais detidamente - mas não exclusivamente - aqueles referidos de maneira expressa no texto legal, quais sejam: vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária. Ao comentar este artigo, Ruth Gelehrter da Costa Lopes afirma:

O Estado, por intermédio do Estatuto do Idoso, avança para uma nova e melhor situação para o segmento, quando estabelece que nenhum idoso poderá ser vítima de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão (artigo 3º). Com frequência, vemos denúncias feitas sobre as más condições enfrentadas pelos idosos, não só em virtude da carência econômica e das minguadas aposentadorias, mas também por viverem em instituições mal-equipadas e com má administração. Essas imagens apontam para os deveres da sociedade e do Estado, o que possibilita que se amplie a consciência sobre a diversidade na velhice, para que não perpetuemos a atual situação de desigualdade, se levarmos em consideração seus direitos e seu acesso a serviços e benefícios⁷⁵.

O referido artigo, seria, portanto, a sede da tutela prioritária que deve ser assegurada ao indivíduo idoso, nos mais diversos setores de sua vida. Será a vulnerabilidade deste grupo específico o fundamento para a citada prioridade, que é apresentada com mais detalhes no rol exemplificativo do parágrafo único do art. 3º do Estatuto do Idoso⁷⁶.

Diante das citadas previsões constitucionais e legais, encontra-se o fundamento primeiro para a caracterização dos danos morais nas relações de família

73BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95-96.

74Lei nº 10.741, art. 3º: "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária".

75 LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 147.

76Lei nº 10.741, art. 3º, Parágrafo Único: "A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas; III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais. IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda".

envolvendo idosos. O dever de cuidado em relação ao idoso, previsto constitucionalmente, bem como os princípios da proteção integral e da prioridade, irão justificar a reparação pelos danos causados no caso em que a família - aqui entendida em sentido amplo, como será melhor referido no tópico 3.2 -, por ação ou omissão, descumpra os seus deveres causando danos à esfera imaterial do idoso e atingindo a sua dignidade, constitucionalmente garantida.

De fato, o ponto apresenta relevância prática. Pelo que se verifica da pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, em anexo a esta dissertação, o preconceito ainda existente na sociedade brasileira demonstra a falta de políticas públicas no sentido de se fazer cumprir o art. 3º do Estatuto do Idoso. Esta realidade se manifesta na manutenção de padrões perversos em relação ao idoso, inclusive no seio familiar. Não são raras as hipóteses em que a própria família irá violar as garantias do idoso, transformando este em vítima no local onde, justamente, deveria encontrar maior apoio.

Esta triste situação, por enquanto, tende a se manter, uma vez que são raras as iniciativas que pretendem apontar formas alternativas de participação, ocupação e convívio dos idosos com as outras gerações. Falta ainda a devida divulgação das informações sobre o envelhecimento, sobretudo se for levado em conta o grupo social diretamente envolvido, bem como sua família.

Outro dispositivo relevante é o art. 4º do Estatuto do Idoso, que traz um dos principais fundamentos legais para a responsabilidade civil nas relações de família envolvendo o idoso⁷⁷, nos seguintes termos: “nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. Em complemento, o §1º do referido dispositivo legal reafirma ser dever de todos a prevenção quanto à ameaça ou violação aos direitos da população idosa.

Este artigo possui vinculação direta ao princípio do melhor interesse do idoso, na medida em que não é admitida negligência ou discriminação em relação ao mesmo, justamente em função da vulnerabilidade que lhe é inerente. Como esclarece Heloisa Helena Barbosa, este princípio decorre implicitamente da própria Constituição, nos seguintes termos:

⁷⁷Vale ressaltar que sua aplicabilidade é muito mais ampla, abarcando um número muito maior de situações, haja vista a sua redação aberta.

Constata-se implícito no preceito constitucional o princípio do melhor interesse do idoso, como expressão da proteção integral que lhe é devida com absoluta prioridade. Tal princípio, de inegável valia como critério hermenêutico, diante da complexidade da situação existencial do idoso, revela-se instrumento hábil na efetivação da tutela da dignidade das pessoas que se encontram num estado mais avançado da existência humana⁷⁸.

Avançando na análise da Lei nº 10.741, o art. 9º determina que “é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. Ou seja, além da família, deve o Estado assumir papel de protagonista na proteção do idoso, sobretudo no tocante à saúde, desenvolvendo políticas públicas compatíveis com o interesse desta parcela da população⁷⁹.

As obrigações da família e do Estado são ainda reforçadas no art. 10, nos seguintes termos: “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”. O conceito de liberdade e respeito, importantes para fins de responsabilidade civil, foram, inclusive, fixados pela própria Lei⁸⁰. Eis, neste artigo, mais uma disposição que, se violada, poderá ensejar a devida reparação.

De igual maneira, como forma de tornar concreta a noção difundida no meio social – mas muitas vezes inobservada⁸¹ – de que o idoso pode contribuir por ser uma pessoa mais sábia, que já enfrentou as mais diversas situações ao longo da vida, o § 2º do artigo 21 prevê que “os idosos participarão das comemorações de

78 BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 71.
79 BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60: “É importante ressaltar o conteúdo normativo do artigo em comento, pois ele agrega à vida saudável àquela que se dá em condições de dignidade. De nada adianta ao idoso estar vivo se não goza de bem-estar físico, psíquico e social, pois, sem esses predicados, não há que falar em vida nas condições de dignidade a que toda pessoa humana tem direito”.

80 Lei nº 10.741, art. 10: “§1º - O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – prática de esportes e de diversões; V – participação na vida familiar e comunitária; VI – participação na vida política, na forma da lei; VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação. § 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais”.

81 NERI, Anita Liberalesso. Atitudes e preconceitos em relação à velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 41: “No momento atual, a sabedoria dos mais velhos tende mais a ser rechaçada do que aceita, porque as mudanças sociais e tecnológicas são rápidas e numerosas demais para poderem ser transmitidas aos mais jovens pelos mais velhos”.

caráter cívico ou cultural, para transmissão de conhecimentos e vivências às demais gerações, no sentido da preservação da memória e da identidade culturais”.

O art. 26 do Estatuto⁸², que dispõe sobre o direito ao trabalho, também é de suma importância. O exercício de alguma atividade laborativa, ainda que não remunerada, exerce influência positiva sobre o idoso, na medida em que este se sente útil para o grupo e entra em contato com indivíduos de várias gerações. Sendo assim, “o direito ao trabalho tem o papel de promover o exercício de funções pela pessoa idosa objetivando retirá-la da qualidade de inativa, o que elimina sua produtividade, considerando também que não deve lhe impor cobranças exageradas, o que faria surgir um efeito indesejado em sua saúde”⁸³.

Outro importante direito assegurado é a moradia. Nos termos do art. 37 do Estatuto, “o idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada”. Deste dispositivo, extraem-se dados significativos. Em primeiro lugar, verifica-se que “uma residência que não possua requisitos básicos à vida em dignidade não é o que se avalia ao idoso”⁸⁴.

Por outro lado, observa-se a importância central da família para companhia do idoso, previsão que está em plena conformidade com as demais normas do sistema. É assegurado, contudo, ao idoso a sua liberdade em decidir se deseja viver sozinho, tendo o indivíduo autonomia para escolher e se autodeterminar. Inclusive, nos termos da pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, há uma parcela considerável de pessoas nesta condição, na medida em que 15% dos idosos declaram viver sozinhos. Neste sentido, se viver em outra residência de forma autônoma, sem a interferência da família, for a vontade do idoso, e este estiver no pleno exercício de suas capacidades, não poderão seus membros ser responsabilizados pelo descumprimento de dever de cuidado.

Vários outros dispositivos do Estatuto do Idoso asseguram direitos específicos ao grupo em questão, que não serão analisados mais detidamente por fugir ao

82Lei nº 10.741, art. 26: “O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas”.

83BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

84BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

escopo deste trabalho, como por exemplo, a questão dos alimentos (arts. 11 a 14) e da previdência (arts. 29 a 32)⁸⁵.

Contudo, vale destacar que direitos formalmente inseridos na Lei não conferem ao idoso a dignidade, o respeito e o cuidado a que fazem jus. É necessária uma atuação do Poder Público no sentido de conscientizar a sociedade, em geral, e as famílias, em particular, para que assumam uma posição mais atuante em relação ao idoso. Da mesma forma, o Estado não pode pretender se eximir de suas obrigações, sobretudo no tocante aos idosos mais carentes. Camilo Ferraresi e Maria Cláudia Maia defendem esta tese, nos seguintes termos:

Desta forma, cabe aos administradores efetivar políticas públicas que garantam os direitos fundamentais (habitação, renda, alimentação), bem como desenvolver ações voltadas às necessidades específicas da população idosa, como centros de convivência, assistência especializada à saúde, centros-dia, serviços de apoio domiciliar ao idoso, programa de medicamentos, universidades da terceira idade, dentre outros, a fim de proporcionar àqueles que contribuíram à sociedade com toda a sua vida, poder continuar usufruindo uma vida digna, plena e emancipada [...] Assim, não haverá discricionariedade do administrador para a efetivação ou não dos direitos dos idosos, constitucionalmente assegurados e regulamentados pela legislação infraconstitucional e na sua insuficiência ou omissão, será possível àquele que se sentir lesado, buscar o Poder Judiciário para efetivar seu direito⁸⁶.

Como referido anteriormente, o Brasil detém um arcabouço jurídico voltado especificamente para a demanda dos idosos. Contudo, como se observa pelos resultados da pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, há um grande abismo entre o que se prevê nas leis, sobretudo no Estatuto do Idoso, com a realidade presente na vida dos idosos, principalmente os mais dependentes e carentes. Há um largo distanciamento entre o que se debate na mídia e no meio político com aquilo que se observa na prática.

Desse modo, questão de grande importância relativa ao Estatuto do Idoso reside, justamente, em sua efetividade. É de extrema relevância que os idosos

85 Bom resumo destes direitos é feito por BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 95: "Todos esses direitos são desenvolvidos ao longo do Estatuto de forma peculiar, destinada exclusivamente ao idoso, de modo a tutelá-lo em suas circunstâncias especiais. Ademais, a fim de protegê-lo integralmente, constam estatuídas medidas gerais e específicas de proteção, bem como toda a política de atendimento ao idoso que engloba disposições gerais. Trata em capítulo específico das entidades de atendimento ao idoso, da sua fiscalização, das infrações administrativas e sua apuração e da apuração judicial de irregularidades nas entidades. Há também, no referido Estatuto, um título exclusivo dedicado ao acesso à justiça, em que são definidas as atribuições do Ministério Público para com a pessoa idosa e a proteção judicial de seus interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos. Ao final, a Lei tipifica crimes praticados especificamente contra a pessoa idosa e estabelece sanções penais aos transgressores".

86 FERRARESI, Camilo Stangherlim; MAIA, Maria Cláudia. Políticas públicas para a inclusão do idoso. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, nº 247, fev. 2010. p. 17 e 20.

tenham conhecimento de seus direitos para que a Lei possa ter real efetividade. Nestes termos, é preocupante a constatação da pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, na medida em que, do grupo de idosos entrevistados, 19% não conheciam e nunca tinham ouvido falar sobre o Estatuto do Idoso. Dos demais participantes, 67% apenas já tinham escutado sobre o assunto, mas não detinham maiores detalhes, enquanto que 13% afirmaram que efetivamente conheciam o referido diploma legal. Em complemento, vale destacar comentário de Maria Elaine Siqueira sobre esta parcela da população que não possui acesso ao Estatuto do Idoso:

Essa parcela se constitui na mais pobre e menos escolarizada e, portanto, a mais excluída dos direitos sociais e civis garantidos por essa lei. Entretanto, os direitos sociais, notadamente o acesso a serviços de saúde, a garantia de renda e a gratuidade do transporte urbano, são amplamente conhecidos pela população idosa, mesmo que 52% daqueles que afirmam conhecê-los atestem que esses não são respeitados⁸⁷.

Fica clara, portanto, a falta de informações sobre o assunto, que pode, sem dúvida, prejudicar a efetividade do Estatuto⁸⁸. Deve relevar, assim, uma preocupação do Poder Público em efetivar medidas a fim de dar publicidade e maior informação acerca dos direitos dos idosos, sobretudo ao público diretamente envolvido. Neste sentido, merece destaque a ressalva de Miguel Horvath, ao afirmar que “a edição do Estatuto do Idoso foi um importante passo na concretização do direito dos idosos, porém se não for efetivado transformar-se-á em mais um instrumento legislativo inócuo para o espaçamento do estado de necessidade social”⁸⁹.

Inclusive, não obstante a importância do Estatuto, não está este isento de críticas. Alguns autores consideram o diploma legal preconceituoso, como Silvio Luiz Maciel, ao comentar suas disposições penais:

Sem embargo do sistema de proteção que traz e de suas explícitas finalidades, é o próprio *Estatuto* que, paradoxalmente, desrespeita os idosos, tratando-os com discriminação e desigualdade e considerando-os incapazes de autodeterminação. E a ofensa provém, como não poderia deixar de ser, de uma disposição criminal do

⁸⁷ SIQUEIRA, Maria Elaine Catunda de. Velhice e políticas públicas. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 213.

⁸⁸ Importante trabalho sobre o conceito de efetividade das normas pode ser verificado em BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁸⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. Análise preliminar do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003). *Revista de Direito Social*, nº 13, jan./fev. 2004. p. 15.

novo diploma legal, qual seja, seu artigo 110, que acrescenta um inciso III ao artigo 183 do Código Penal, para afastar dos crimes patrimoniais praticados contra idosos as disposições dos artigos 181 e 182 daquele diploma legal. [...] O combatido artigo da nova lei atinge em cheio a *dignidade* dos nossos idosos, ao negar-lhes o direito de não verem um ente querido seu ser processado e preso por um crime patrimonial do qual foram vítimas, e ainda ofende o direito de *igualdade, autodeterminação e não discriminação* ao subtrair-lhes a prerrogativa, conferida às demais vítimas, de decidir sobre a representação para o início da persecução penal⁹⁰.

Outro ponto muito questionado se refere aos benefícios de assistência. Ressalta-se que antes da previsão do art. 34 do Estatuto do Idoso, no sentido de que “aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário mínimo (...)”, vigorava quanto à matéria o art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)⁹¹, fixando a idade de setenta anos para o marco inicial de recebimento deste benefício de assistência.

Contudo, não obstante a redução da idade prevista anteriormente, o quadro não se mostra ideal, pois não há justificativa para a diferenciação levada a cabo pelo Estatuto. E isto porque, nos termos do seu art. 1º, a Lei considera idosos todos aqueles acima de sessenta anos. No entanto, no tocante ao benefício citado, direcionado aos idosos com vulnerabilidade exacerbada, na medida em que não são capazes de prover o próprio sustento, o referido diploma legal, ao invés de trazer norma mais protetiva, efetuou um fator de *discrímen* que prejudicou este grupo ainda mais marginalizado⁹², uma verdadeira diferenciação odiosa⁹³.

Por fim, Anita Neri apresenta uma importante crítica sociológica, comentando as hipóteses em que o ideal protetivo culmina em puro paternalismo, nos seguintes termos:

90 MACIEL, Silvio Luiz. Preconceito do Estatuto do Idoso. *Boletim IBCCrim*, nº 147, fev. 2005. p. 1. O autor prossegue ainda, na p. 4, afirmando que “o disposto no citado artigo 110 contraria a própria essência do Estatuto do Idoso. Afinal de contas, não é outra norma, senão o próprio Estatuto, que reconhece a importância da convivência e dos laços familiares para os idosos”.

⁹¹Lei nº 8.742/93, art. 20: “O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família”.

⁹²Neste sentido, v. HORVATH JÚNIOR, Miguel. Análise preliminar do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003). *Revista de Direito Social*, nº 13, jan./fev. 2004. p. 15: “Da leitura do Estatuto do Idoso, nota-se uma incongruência posto que idoso é a pessoa com mais de 60 anos, porém os benefícios assistenciais só serão concedidos aos idosos com mais de 65 anos. Assim, por ficção legal, o idoso em estado de necessidade social desde os 60 anos terá que aguardar até os 65 anos para obter o benefício assistencial”.

⁹³Crítica semelhante se aplicaria ao benefício de gratuidade nos transportes públicos, nos termos do art. 39 do Estatuto do Idoso, uma vez que este somente seria assegurado aos indivíduos maiores de sessenta e cinco anos. Neste sentido, v. Lei nº 10.741, art. 39: “Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”.

As práticas sociais paternalistas, correspondentes ao princípio segundo o qual cuidar bem do idoso significa fazer por ele, contribuem para instalar, manter e fortalecer a dependência física e psicológica, tanto no seio da família como no contexto das instituições, mesmo na ausência de incapacidade. [...] Políticas sociais protecionistas podem incentivar e fortalecer atitudes negativas em relação aos idosos, principalmente em sociedades nas quais prepondera a desigualdade social e em que os mais jovens não têm seus direitos atendidos, como a brasileira. Em suma, longe de ajudar os idosos, os estereótipos compassivos podem contribuir para a criação e o fortalecimento de novas avaliações negativas e de novos estereótipos, prejudiciais aos seus interesses⁹⁴.

A autora leva a cabo ainda importante análise sobre o equívoco em se ter uma visão particularizada da vida. Isso porque, segundo a doutrinadora, a forma como o indivíduo perpassa as demais fases da vida vai influenciar sobremaneira em sua velhice. Assim, para proteger a etapa final do ser, seriam necessários investimentos em todas as fases, e não somente quando o indivíduo já possui mais de sessenta anos. Desta forma, Anita Neri complementa ao afirmar que:

Desde os anos 1970, grupos de especialistas, políticos e organizações de idosos que atuam em favor de políticas para o idoso no Brasil vinham fazendo pressões em favor da promulgação do Estatuto do Idoso. Como qualquer lei, ele reflete as ideologias vigentes na sociedade em dado momento histórico. É subjacente ao Estatuto a ideologia da velhice como problema médico-social e dos idosos como cidadãos a serem tutelados por serem frágeis e incapazes. Tal ideologia ignora que: 1) a velhice é experiência heterogênea; 2) a longo prazo, o envelhecimento saudável depende de investimentos sociais contínuos dirigidos aos cidadãos em todas as fases da vida, e não somente de investimentos individuais; 3) a solidariedade entre as gerações, a capacidade de poupança da população e sua criatividade no gerenciamento de escassos recursos sociais têm sido mais valiosas ao cuidado aos idosos do que a atenção oferecida pelo Estado; 4) abandono, negligência e maus-tratos podem ocorrer nas famílias e nos asilos, mas também são exercidos pela rede pública de atenção à saúde e pela Previdência; 5) políticas de proteção social baseadas em falsas crenças contribuem para o desenvolvimento ou a intensificação de preconceitos e para práticas sociais nefastas aos idosos⁹⁵.

⁹⁴ NERI, Anita Liberalesso. Atitudes e preconceitos em relação à velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 38.

⁹⁵ NERI, Anita Liberalesso. Atitudes e preconceitos em relação à velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 39.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Infelizmente, como mencionado, as peculiaridades da responsabilidade civil em relação aos idosos ainda é tema à espera de um autor. Este quadro é agravado ainda mais quando se pretende discutir esta responsabilidade no âmbito das relações familiares, como no caso da presente dissertação.

Em verdade, inclusive o tema da aplicabilidade da responsabilidade civil – e conseqüente reparação por danos morais – na seara familiar ainda é tópico a gerar grande debate jurídico. A responsabilidade civil nas relações conjugais, assim como ocorre nas relações paterno-filiais, apresenta-se como tópico muito disputado na doutrina e na jurisprudência. A questão, entretanto, vem sendo enfrentada pelos Tribunais, cada vez com maior frequência, nestes dois nichos muito específicos, que não se confundem: relações paterno-filiais e relações conjugais.

A nota maior a diferenciar as duas hipóteses mencionadas se relaciona à presença dos fatores igualdade e vulnerabilidade. Sem dúvida, o relacionamento entre pais e filhos não possui a natureza de uma relação entre iguais, não obstante o atual entendimento de que a criança é também protagonista de seu processo educacional. Muito pelo contrário, o menor detém uma condição intrínseca de vulnerabilidade. Por outro lado, a relação entre cônjuges, regra geral, é juridicamente simétrica. A dissolução do vínculo, portanto, não teria o condão de gerar responsabilidade civil. Com o fim do afeto que mantém aquela relação, a possibilidade de divórcio vem justamente garantir a dignidade da pessoa humana⁹⁶, configurando assim o direito a não permanecer casado quando ocorre o fim da comunhão plena de vida⁹⁷.

Diante do exposto, e tendo em vista a grande dificuldade que perpassa o tema principal desta dissertação relacionada ao idoso, o presente capítulo irá retratar a controvérsia existente nas hipóteses de responsabilidade civil na relação entre pais

96 FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 18, jun./jul. 2003. p. 67.

97 Como afirma Cristiano Chaves de Farias, esse seria um direito potestativo extintivo, tendo em vista que o cônjuge pode, por simples e exclusiva declaração de vontade, modificar sua situação jurídica familiar. V. FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 18, jun./jul. 2003. p. 69.

e filhos. Isso porque o vínculo entre a família e o idoso detém a mesma característica singular do paradigma apresentado: a vulnerabilidade. Heloisa Helena Barboza comenta essa aproximação:

Assim como a criança e o adolescente, o idoso se encontra em situação peculiar, na qual a vulnerabilidade é potencializada. Embora ambos grupos sejam constituídos por pessoas 'especialmente' vulneráveis, e haja em vários pontos certo paralelismo entre a situação da criança e do adolescente e a do idoso, impondo-se a tutela privilegiada de seus direitos, não se deve perder de vista que, na verdade, tais pessoas caminham em direção oposta, sendo inversamente proporcionais em suas necessidades. Enquanto a criança e o adolescente se desenvolvem no sentido do pleno reconhecimento de sua autonomia, o idoso precisa da força protetora da lei para mantê-la, ante a constante ameaça de sua negação, se não a sua subtração, no confronto de sua natural e crescente fragilidade com as complexas exigências da vida⁹⁸.

Até que ponto as premissas aqui levantadas poderão ser utilizadas no caso dos idosos, será objeto do próximo capítulo. As correntes aplicáveis nas relações paterno-filiais passam a ser analisadas abaixo.

2.1 Abordagem interdisciplinar

É de extrema relevância para a compreensão da responsabilidade civil nas relações paterno-filiais uma breve abordagem psicanalítica. Esta relação interdisciplinar, sobretudo no que diz respeito à Psicologia, será crucial para uma análise mais abrangente⁹⁹ acerca das nuances que envolvem os principais questionamentos desta pesquisa. Através da Psicanálise, percebe-se com maior clareza o aspecto da subjetividade, que não pode ser ignorado pelo legislador e operador do direito. Assim, como afirma Tânia da Silva Pereira, “encontraremos na Psicologia, Pedagogia, Medicina, Sociologia, etc., recursos técnicos e princípios

98 BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 65.

99 Nesse sentido, SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 35, abr./maio 2006. p. 55: “Com as crescentes exigências sociais, alguns procedimentos judiciais passaram a requerer a busca de informações que esclarecessem dúvidas acerca dos comportamentos humanos, exigindo uma interdisciplinaridade do Direito com outras ciências e, sobretudo, com a Psicologia. A evolução conjunta destas duas ciências gera a Psicologia Jurídica considerada apropriada para abarcar questões que envolvem controvérsias no campo da *psique*, conflitos emocionais e comportamentais, sendo o trabalho do psicólogo instrumento indispensável no auxílio ao juiz para a aplicação da justiça”.

dogmáticos para que os fins sociais previstos na Lei nº 8.069/90 sejam atingidos”¹⁰⁰, ou seja, poderá – e deverá – a ciência jurídica utilizar-se desses novos instrumentos, sobretudo no âmbito do Direito de Família. O Direito não pode, definitivamente, ser analisado como uma ciência absoluta dos atos e fatos jurídicos: é necessário ir mais além.

Adotando-se a premissa acima, a importância do pai na criação dos filhos já foi comprovada por inúmeros trabalhos de temática psicanalítica¹⁰¹. Para o correto desenvolvimento da criança, com destaque para suas facetas emocional, social e cognitiva, relevante será a presença do pai e da mãe. Há a necessidade de real participação da figura paterna na vida do filho, tendo em vista que sua ausência não permitirá o pleno desenvolvimento da criança e sua inserção na sociedade.

Muito mais importante que o vínculo genético, a criança necessita de alguém que exerça a *função* de pai. Pai não será aquele que consta da certidão de nascimento, como entendia a doutrina jurídica tradicional. Cada vez mais forte resta a constatação de que a paternidade não é um fator biológico, mas sim cultural e emocional. Esta será, portanto, uma função exercida por determinada pessoa. Nestes termos, afirma Guilherme Calmon, que, “como vem sendo defendido pela doutrina contemporânea, a verdadeira paternidade – e, conseqüentemente, filiação – somente é possível em razão *de um ato de vontade ou de um desejo*, podendo ou não decorrer do fator biológico”¹⁰².

Assim, o papel de pai está vinculado à ideia de uma “primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, impera a ordem,

100 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 38-39.

101 Dentre todos, v. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 112 e ss., notadamente o seguinte trecho, da p. 126-127: “a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar. Nesse caso, o lugar do pai é essencial como estruturante na formação psíquica dos filhos, para ser um terceiro na relação mãe-filho. É exatamente esse terceiro (um pai) que vem separar a mãe do filho, possibilitando que ele se torne sujeito. [...] Mesmo na ausência, o pai se faz presente pelo discurso da mãe. Esta fala da mãe é decisiva para a criança e marca o referencial de ‘lei’, quando fala sobre o pai, nem que seja, como escreve o psicanalista Célio Garcia: - Quando seu pai chegar, você vai ver!”.

102 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 347. Prossegue ainda o autor, ao afirmar que: “a filiação afetiva, fundamentalmente, só era concebida no âmbito da adoção e, em alguns casos limitados, à posse de estado de filho. Trata-se do vínculo que decorre da relação socioafetiva constatada entre filho e pais – ou entre o filho e apenas um deles -, tendo como fundamento o afeto, o sentimento existente entre eles: ‘melhor pai ou mãe nem sempre é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo”.

disciplina, autoridade e limites”¹⁰³. A função do pai, sem dúvida, não se encerra com a reprodução e sustento material. Na verdade, a figura paterna deve fazer parte de um longo projeto educativo: inicia-se com o nascimento da criança – e o conseqüente fim da presença exclusiva da mãe –, e se prolonga por uma série de atividades, incluindo a socialização do menor e o devido apoio, quando adolescente.

Atualmente, não é possível se pensar na figura de um pai típico, principalmente em razão de dois aspectos: (i) não há uma cartilha fechada que determine o que é ser pai, bem como não há um manual que traga as soluções para todos os casos, ou seja, a figura de um pai perfeito se apresenta apenas no mundo ideal; e (ii) a função de pai pode ser exercida por outra pessoa que não o possuidor do vínculo genético, sendo comum os casos em que avós, irmãos, padrastos, ou até a própria mãe, desempenham essas funções. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

O pai pode exercer todas essas funções, inclusive a maternagem, mas elas constituem, na verdade, uma consequência, ou um derivado da função básica de um pai e que está na essência de toda cultura e de todos os tempos: o pai, ou melhor, “um” pai que exerça a função de representante da lei básica e primeira, essencial para que todo ser possa humanizar-se através da linguagem e tornar-se sujeito. Esse pai, insista-se, não é necessariamente o genitor, mas aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a simbiótica relação mãe-filho. Ele é o Outro que possibilita ao filho o acesso à cultura¹⁰⁴.

Não obstante a boa intenção do legislador no sentido de pretender garantir aos filhos o reconhecimento oficial pelo seu pai biológico, bem como o conhecimento de sua origem genética – objetivo que vem sendo alcançado em larga escala pela ampliação do acesso e difusão dos exames de DNA – certo é que, fora as obrigações de índole patrimonial, não é possível obrigar que determinada pessoa se torne verdadeiramente pai. Como referido, a condição de pai advém, antes de mais nada, de um vínculo cultural e afetivo.

Apesar das grandes dificuldades financeiras e da má distribuição de renda que assola a nossa sociedade, não é o abandono material o pior retrato. Para este, o Direito tem dado resposta eficiente, justamente através dos diversos mecanismos de sanção e cobrança que podem ser utilizados pelos filhos em face de seus

103 CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono parterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006. p. 77.

104 Nesse sentido, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 222.

genitores. Sendo assim, além dos meios disponíveis no âmbito cível, que preveem, inclusive, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos (art. 733, §1º do CPC), também o Código Penal, em seus arts. 133 a 136 e 244 a 247, tipifica algumas condutas importantes, como o abandono material e o abandono intelectual.

A real questão, na verdade, reside no abandono moral ou afetivo do filho menor: essa sim, a mazela a causar maiores danos. Em outras palavras, a figura do pai é de grande importância para a própria identificação da pessoa, será verdadeira “condição básica para que alguém possa existir como sujeito. Portanto, é mais que um *direito fundamental*, é o *direito fundante do ser humano como sujeito*”¹⁰⁵. A não observância da figura do pai pode resultar em graves consequências.

O tempo – um dos elementos determinantes na relação de filiação – traz a consolidação da ausência da figura paterna, o que influencia sobremaneira a formação da personalidade dos filhos. Essa questão possui o condão de deixar sérias marcas, muitas vezes incuráveis. A falta de um pai, além da infelicidade que lhe é própria, gera a dificuldade em se assumir projetos de vida, tornando-se os filhos pessoas inseguras e com sentimento de rejeição.

O ponto apresenta ainda mais relevância diante da atual “crise da paternidade”¹⁰⁶, na qual os pais biológicos, cada vez mais, deixam de assumir a responsabilidade pela criação e educação de seus filhos, assumindo a mãe todos os deveres correspondentes. Ilustrando a importância da questão, Maria Celina Bodin de Moraes, comentando pesquisas realizadas por Ana Liési Thurler, afirma que: “a responsabilidade parental no Brasil, em relação a cerca de 800 mil crianças/ano, é suportada unicamente pela mãe que, em caso de gravidez acidental, vive o dilema atroz entre o aborto criminoso e a parentalidade solitária”¹⁰⁷.

105 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 227.

106 Essa expressão é utilizada por Rodrigo da Cunha Pereira, quando diz que: “podemos falar hoje de uma crise da paternidade, diante das novas representações sociais da família, frente ao rompimento dos modelos e padrões tradicionais. Sua função básica, estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição de difícil compreensão onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever e participação na formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 224.

107 MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 37.

Muitas vezes, o pai se desvincula da função antes mesmo de exercê-la. O dever do pai não pode se resumir a uma lógica patrimonial, com o mero pagamento de alimentos ao filho, devendo incluir, ao contrário, aspectos existenciais. Além do dever de sustento, a obrigação dos pais assume um aspecto muito mais amplo, como demonstra Ana Carolina Brochado Teixeira:

A criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas, tais como cuidados na enfermidade, orientação moral, o apoio psicológico, as manifestações de afeto, o vestir, o abrigar, o alimentar, o acompanhar física e espiritualmente. Na verdade, assistência, criação e educação estão diretamente atreladas à formação da personalidade do menor, bem como ao escopo de realizar os direitos fundamentais dos filhos, seja em que seara for. O direito à educação, além desse aspecto geral, também se reporta ao incentivo intelectual, para que a criança e o adolescente tenham condições de alcançar sua autonomia, pessoal e profissional¹⁰⁸.

Alguns exemplos corriqueiros de abandono moral perpetrados por pais biológicos que não cumprem seus deveres em relação aos filhos são: (i) o homem, ao deixar de ser marido ou companheiro da mãe, também abandona a função de pai; (ii) ao constituir nova família, passa a assumir somente os filhos da nova mulher, não dando mais atenção aos filhos de relacionamento anterior; (iii) mesmo residindo fisicamente na mesma casa, não dá qualquer atenção aos filhos ou suporte educacional; e (iv) ao saber que a mulher com quem teve relações esporádicas está grávida, recusa-se a reconhecer o próprio filho, mesmo quando este é um fato notório.

Importante ressaltar, contudo, que a postura equivocada em relação aos filhos muitas vezes não parte apenas do pai, mas também da mãe. Esta, não raro, utiliza os filhos como um meio de atingir o antigo parceiro no contexto de uma separação, depositando sobre eles as frustrações de um relacionamento falido. Igualmente, a mulher, em função de novo relacionamento amoroso, pode pretender substituir a figura do pai biológico pelo novo companheiro. Na síntese de Nehemias Domingos de Melo:

A experiência cotidiana tem demonstrado que aquele que fica com a guarda isolada da criança quase sempre cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, não tenha acesso à criança. Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança daquele que detém a sua guarda, de tal

108 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005. p. 149.

sorte que, em muitos casos, é o próprio menor que passa a não querer ver a mãe ou o pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça¹⁰⁹.

Necessária se faz uma verdadeira alteração de padrões culturais, no sentido de se reconhecer a importância da participação do pai no desenvolvimento e formação dos filhos. O exercício da autoridade parental compete a ambos os genitores, ainda que tenha ocorrido o fim de seu relacionamento. Como resposta a essa delicada questão, o constituinte pretendeu, de forma legítima, incentivar esses vínculos¹¹⁰, determinando certas obrigações a serem cumpridas por todos os membros da sociedade, bem como, mais especificamente, pelos próprios pais, como na hipótese do art. 229 da Constituição¹¹¹. As consequências jurídicas destes dispositivos passarão a ser analisadas nos próximos tópicos.

2.2. Alguns princípios constitucionais relevantes

Importante tecer alguns comentários sobre o princípio do melhor interesse da criança. Durante muito tempo, os direitos da criança não eram reconhecidos, ou, quando o eram, a tutela se dava apenas de maneira indireta. Contudo, após um longo e significativo processo de mudança, passou a prevalecer a noção de que a criança e o adolescente, por sua especial condição de pessoa em desenvolvimento, seriam detentores de uma vulnerabilidade inerente. A relação entre pais e filhos, portanto, seria essencialmente assimétrica, justificando não apenas a ideia de que o

109 MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral – Fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 34, mar./abr. 2005. p. 31.

110 Sobre essa relação entre a norma e o afeto, perfeitamente aplicável nas discussões acerca do direito de família, ver interessante comentário em CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 84: “A noção de afeto entra neste campo com uma boa carga e uma potência de fazer entender melhor algo que nos foge à primeira vista. No campo da ética e do direito, muitas vezes o que mais interessa é a norma e, conseqüentemente, a interdição ao desvio. Nestes casos, independentemente do processo que gera a proibição (seja dado de forma universal ou objeto de consenso construído), a ação sobre as pessoas e seus atos se ancora em um objeto de certezas que é externo. O afeto é o que antecede à norma. Onde falha o afeto, a lei urge”.

111 CF/88, art. 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. No mesmo sentido, v. art. 22 do ECA: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. V., ainda, art. 1566, IV (“São deveres de ambos os cônjuges: [...] IV – sustento, guarda e educação dos filhos”) e art. 1634, I e II do CC (“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda”).

melhor interesse do menor deva preponderar, mas também a possibilidade do legislador interferir com mais afinco nessas relações¹¹².

Vale ressaltar ainda algumas considerações sobre o poder familiar e o princípio da paternidade responsável. Era consagrado pela legislação anterior o pátrio poder, que pode ser conceituado em linhas gerais como um conjunto de direitos concedidos ao pai¹¹³ sobre seu filho. Seu principal papel era, antes de mais nada, a gerência de patrimônio, bem como a representação ou assistência na prática de atos jurídicos, sendo que “o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência autoritária era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial”¹¹⁴. Nestes termos, complementa Rolf Madaleno:

a noção de pátrio poder era diametralmente oposta à atual e seu exercício era um privilégio do marido, a quem a lei outorgara a expressão que tradicionalmente indicava a superioridade do pai. Portanto, dentro daquela estrutura seus membros estavam subordinados à autoridade do chefe da família, sujeitados os filhos ao despótico poder paterno, que se acentuava sobre toda a movimentação familiar, dele emanando todas regras de conduta, de permissão e de restrição de ação, desde os comezinhos hábitos domésticos, como na indicação dos horários de saída e de regresso dos filhos ao lar, passando pela correção física das faltas e infrações da prole¹¹⁵.

Atualmente, entretanto, não se fala mais em pátrio poder, mas sim em poder familiar, devendo ser exercido por ambos os genitores¹¹⁶, no interesse da criança, para a salvaguarda de seus direitos e deveres¹¹⁷. Deste modo, o poder familiar está desvinculado da relação conjugal entre os pais, perdurando mesmo quando estes se encontram separados ou ainda que nunca tenha se constituído qualquer espécie de vínculo familiar entre eles. O atual Código Civil, inclusive, em seu art. 1.632 é

112 Um exemplo dessa nova perspectiva, na qual o Estado é legitimado a interferir na relação entre pais e filhos, é o polêmico Projeto de Lei nº 2654/2003 (conhecido como “Projeto de Lei da Palmada”), que pretende alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para proibir qualquer forma de punição corporal, ainda que se tratem de castigos moderados e com caráter pedagógico.

113 O pátrio poder era exercido pela mãe apenas de maneira subsidiária, conforme o art. 380 do Código Civil de 1916.

114 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 128.

115 V. MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 155.

116 Além do princípio constitucional da igualdade, que já bastaria por si só, também o atual Código Civil consagrou o poder familiar compartilhado entre ambos os genitores, nos termos do art. 1.631: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

117 A ideia de “poder” traduz uma atribuição de poderes e deveres a serem exercidos no interesse de terceira pessoa. Sobre o assunto, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 129-130.

expresso ao afirmar que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

Além disso, seu conteúdo foi alterado, de maneira que não encerra mais um poder, mas antes um poder-dever, tendo os pais a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores¹¹⁸. Há uma verdadeira crise da ideia de poder-sujeição, sobretudo em razão de uma visão democrática e igualitária da família¹¹⁹. Os filhos, nesse contexto, não se apresentam como objetos, nem mesmo como sujeitos passivos da relação com os pais: são igualmente protagonistas. Assim, “a relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”¹²⁰. Ana Carolina Brochado Teixeira complementa:

Os menores devem ser respeitados em seus valores e crenças, enfim, merecem respeito por serem pessoas – principalmente, por estarem em processo de desenvolvimento. Seu papel ativo cresce na medida em que adquirem discernimento e em que sua liberdade é acompanhada pela responsabilidade¹²¹.

Em complemento à doutrina da proteção integral, verifica-se o princípio constitucional da paternidade (e maternidade) responsável, reforçando a ideia de que o pai deve colaborar para a criação e educação de seu filhos, participando efetivamente de sua vida. Sem dúvida, a paternidade não pode se resumir a um aspecto meramente formal, restrita a obrigações de natureza patrimonial. Vale ressaltar que foi feita referência à maternidade responsável pois, apesar do presente estudo ter como foco principal a conduta do pai que abandona moralmente seu filho, inegável que a mãe também poderá adotar postura semelhante. Assim, deve-se falar não apenas em “paternidade responsável”, mas sim em “parentalidade responsável”,

118 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 179-180: “Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em munus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do munus não é livre, mas necessário no interesse de outrem”.

119 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

120 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

121 V. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 132.

que também abrange a figura materna. A maternidade, igualmente, não poderá ser irresponsável.

Tendo em vista os princípios constitucionais acima referidos, destaca-se a recente Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe, justamente, sobre a alienação parental, reconhecendo a importância da figura de ambos os genitores para o desenvolvimento do menor e os efeitos nefastos do abandono moral. Ana Maria Frota Velly conceitua alienação parental:

A Alienação Parental é uma forma de maltrato ou abuso, é um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa numa trajetória de desmoralização desse mesmo genitor. Podemos dizer que o alienador 'educa' os filhos no ódio contra o outro genitor, seu pai ou sua mãe, até conseguir que eles, de modo próprio, levem adiante esta situação¹²².

O art. 3º, inclusive, demonstra o embasamento teórico fundamental da Lei, na medida em que afirma que esta prática atingiria o direito fundamental “de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental”. Em complemento, o art. 2º do referido diploma legal conceitua:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este¹²³.

¹²²VELLY, Ana Maria Frota. *Alienação parental: uma visão jurídica e psicológica*. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666. Acesso em: 20 out. 2010.

¹²³A Lei traz, ainda, neste mesmo artigo, rol exemplificativo de condutas relacionadas à alienação parental: “Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós”.

A Lei de Alienação Parental apresenta uma série de questões que já vinham sendo discutidas na doutrina e na jurisprudência, à luz de casos concretos, trazendo verdadeira adequação do ordenamento jurídico ao contexto social. A referida Lei passou a disciplinar uma série de medidas disponíveis para que o juiz, diante de um caso concreto, possa averiguar a ocorrência de processo de alienação parental¹²⁴, bem como, quando constatada sua existência, disponha de meios para seu desestímulo e reversão¹²⁵.

A Lei é de suma importância, na medida em que a SAP – Síndrome de Alienação Parental – é cada vez mais corrente na sociedade, sobretudo em razão do sentimento de vingança e frustração que permeia o rompimento de uma relação conjugal. Assim, o guardião do menor procura afastar, pelos mais diversos meios, a criança de seu outro genitor, muitas vezes através da assimilação de falsas memórias. Sobre o tema, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Gustavo Ferraz de Campos Mônico destacam que:

A síndrome de alienação parental (SAP) refere-se a um transtorno da personalidade que tem acometido crianças e adolescentes cujos pais tenham se envolvido em forte litígio decorrente da necessidade de intervenção judicial para estabelecer o sistema de atribuição de sua guarda, com os correlatos direitos e deveres daí decorrentes. A expressão foi cunhada por Richard A. Gardner, Professor do Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina da Universidade de Columbia, em Nova York, EUA. Como esclarece o autor, 'A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a 'lavagem cerebral, programação, doutrinação') e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser

¹²⁴ Neste sentido, art. 5º da Lei: "Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. § 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada".

¹²⁵ Nestes termos, art. 6º da Lei: "Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental".

*justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável*¹²⁶.

2.3 Correntes sobre o tema

Haja vista o quadro delineado no ponto anterior, o Poder Judiciário foi instado a responder sobre a possibilidade de configuração de danos morais por abandono afetivo de um pai em relação ao seu filho quando menor. A pergunta que se pretende responder é justamente se as relações afetivas, dentre as quais se incluem aquelas que se passam entre pai e filho, estão sujeitas à responsabilidade civil.

Atualmente, não são raras as demandas que pretendem obter a condenação à reparação por danos morais, pelos mais diversos fundamentos. Inclusive, a primeira decisão de que se tem notícia condenando um pai por abandono moral foi em agosto de 2003, proferida pelo juiz Mario Romano Maggioni, de Capão da Canoa, RS¹²⁷.

O tema apresenta grande complexidade, gerando polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Hoje é possível identificar-se duas correntes principais sobre o tema, ambas com defensores apaixonados.

2.3.1. Da não configuração de responsabilidade civil

A primeira corrente defende, de maneira sintética, que não seria possível a condenação à obrigação de reparação por danos morais com fundamento em abandono afetivo. Um de seus principais argumentos reside na impossibilidade de

¹²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589. Acesso em: 20 out. 2010.

¹²⁷ Este caso foi julgado à revelia do pai, sendo o mesmo condenado em duzentos salários mínimos.

se obrigar uma pessoa a nutrir afeto ou carinho por outra¹²⁸. Este seria um espaço que não pode ser abarcado pelo Direito: é próprio da esfera íntima de cada ser humano e, apenas a ele, de forma individual, diz respeito. O afeto e o carinho são sentimentos pessoais subjetivos, razão pela qual deve ser levada em conta a liberdade de autodeterminação do pai, sob pena de caracterizar-se indevida ingerência sobre um dos aspectos mais básicos da pessoa: o amor pelo próximo. “Pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver”¹²⁹.

O afeto não estaria incluído no dever de educação imposto aos pais pela Constituição: “amor e dever não se misturam”¹³⁰. Além disso, o próprio Direito de Família traria a resposta da punição devida ao pai que abandona moralmente o seu filho, qual seja, a suspensão ou destituição do poder familiar, nos termos previstos pelo Código Civil. Esta consequência seria muito mais grave do que qualquer outra espécie de indenização, afastando, além disso, o risco de “monetarização” das relações existenciais. Sobre o ponto, Leonardo Castro aponta curiosa consequência do reconhecimento da responsabilidade civil nessas hipóteses, afirmando, de maneira contundente, que:

Muitos pais, não por amor, mas por temer a Justiça, passarão a exigir o direito de participar ativamente da vida do filho. Ainda que seja um mau pai, fará questão da convivência, e a mãe, zelosa, será obrigada a partilhar a guarda com alguém que claramente não possui qualquer afeto pela criança. A condição de amor compulsório

128 A jurisprudência apresenta alguns julgados neste sentido. V., por exemplo, TJ/MG, Ap. nº 1.0145.05.219641-0/001(1), Rel. Des. Domingos Coelho, j. 06 dez. 2006: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO- DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE CIVIL - INEXISTÊNCIA. - A responsabilidade civil assenta-se em três indissociáveis elementos, quais sejam: ato ilícito, dano e nexa causal, de modo que, não demonstrado algum deles, inviável se torna acolher qualquer pretensão ressarcitória. - *O abandono paterno atem-se, a meu ver, à esfera da moral, pois não se pode obrigar em última análise o pai a amar o filho. O laço sentimental é algo profundo e não será uma decisão judicial que irá mudar uma situação ou sanar eventuais deficiências.* - O dano moral decorre de situações especiais, que causam imensa dor, angústia ou vexame, não de aborrecimentos do cotidiano, que acontecem quando vemos frustradas as expectativas que temos em relação às pessoas que nos cercam. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO” (grifo nosso). No mesmo sentido, TJ/MG, Ap. nº 1.0024.07.790961-2/001(1), Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 11 fev. 2009; TJ/RS, Ap. nº 70018963918, Rel. Des. Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 21 ago. 2008.

129 COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005. p. 157.

130 Citando julgado que concedeu a reparação a título de dano moral ao filho, Anderson Schreiber comenta que: “Caso discutidíssimo é também o do pai condenado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a indenizar em 200 salários mínimos o filho, por ‘ausência de amor e carinho’. [...] O acórdão gera inevitável preocupação com os contornos da tutela de valores existenciais, e causa receio, seja no que tange à adoção, implícita, de um dever de amar, incompatível com qualquer acepção do sentimento, seja no que tange à identificação expressa de um dano jurídico decorrente do desamor – e, coerentemente, também do amor excessivo, do amor contido, do amor fugaz e assim por diante”. V. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 22, abr./jun. 2005. p. 62.

poderá ser ainda pior que a ausência. Teremos, então a figura do abandono do pai presente, visto que não é preciso estar distante fisicamente para demonstrar a falta de interesse afetivo. Caso seja constatado que a presença do pai é nociva, a mãe poderá exigir judicialmente o seu afastamento, que será forçosamente impedido de exercer a guarda do filho, abandonando-o por força de sentença. Então, nesses casos, será impossível exigir qualquer indenização pelo desprezo paterno. Logo, a presença potencialmente prejudicial será a principal tese de defesa dos pais ausentes, sujeitos à única condenação possível: a destituição da guarda¹³¹.

Por fim, a pretensão reparatória causaria ainda mais afastamento na relação paterno-filial, alcançando finalidade justamente oposta à pretendida. Seria um equívoco imaginar-se possível o estabelecimento de vínculo afetivo entre pai e filho após condenação à reparação por danos morais, como afirma Leonardo Castro¹³²:

O afeto não é decorrente do vínculo genético. Se não houver uma tentativa de aproximação de ambos os lados, a relação entre pai e filho estará predestinada ao fracasso. A relação afetiva deve ser fruto de aproximação espontânea cultivada reciprocamente, e não de força judicial [...] Após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa futura de reconciliação. Se a solução fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre.

O Superior Tribunal de Justiça, em caso paradigmático do fim de 2005 – único que julgou sobre o tema até a presente data –, filiou-se a esta corrente. Na hipótese, o filho alegava o abandono moral após a separação de seus genitores e o nascimento de sua meia-irmã, fruto de novo relacionamento. O pai, por sua vez, tentou justificar sua conduta em face dos impedimentos que eram impostos pela mãe do menor, bem como em razão de estar residindo no exterior. O STJ, por maioria¹³³, entretanto, utilizou como fundamento para a reforma da decisão do Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, que concedeu indenização no valor de quarenta e quatro mil reais, não a falta da culpa, mas sim a inexistência de obrigação legal de se nutrir afeto por outrem. O Judiciário não poderia obrigar alguém a manter relacionamento afetivo, nos seguintes termos:

AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PAI. FILHO. ABANDONO AFETIVO. A Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono afetivo, como dano passível de indenização. Entendeu que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar ou a manter um relacionamento afetivo, que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Um litígio entre as partes reduziria

131V. CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, fev./mar. 2008. p. 19.

132 CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, fev./mar. 2008. p. 20.

133 Neste caso, houve voto vencido do Min. Barros Monteiro no sentido de que deveria haver a condenação por danos morais, eis que presentes todos os requisitos da responsabilidade civil. A destituição do poder familiar não afastaria a possibilidade de indenização por danos morais.

drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que, tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo, nesse sentido, já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil¹³⁴.

No voto do Ministro Fernando Gonçalves, é afirmado ainda que a solução para esses casos reside, justamente, na perda do poder familiar. Alega o Ministro, por fim, que eventual condenação traria sérios prejuízos, de maneira que “estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos”. Já os Ministros Aldir Passarinho Junior e Cesar Asfor Rocha reafirmaram que o direito de família apresenta princípios e sanções próprias. Esses argumentos, contudo, seriam desconstruídos pela próxima corrente, a seguir.

2.3.2. Da configuração de responsabilidade civil em relação aos danos morais reparáveis na hipótese

Outra parte da doutrina defende a aplicação da responsabilidade civil nas hipóteses de abandono moral. O fundamento principal a justificar este entendimento seria o descumprimento por parte do pai de um dever previsto de forma expressa na Constituição: assistir, criar e educar os filhos menores, tudo nos termos do art. 229. O citado dispositivo, por tratar-se de norma constitucional, é dotado de plena efetividade¹³⁵, não podendo ser interpretado como mera sugestão ao particular.

Complementando esta ideia, há ainda o princípio da paternidade responsável, mais detidamente analisado em tópico anterior. Sobre o ponto, Simone Ramalho

134 STJ, Resp nº 757411-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29 nov. 2005, Inf. 269.

135 Neste sentido, v. interessante texto de Ingo Wolfgang Sarlet, no qual comenta sobre a importância dos princípios na jurisprudência brasileira: “Também a força normativa dos princípios, por diversas vezes extraídas de outros princípios (como o da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, por sua vez construído a partir da exegese do art. 5º, §1º da Constituição), tem sido objeto de reconhecimento e desenvolvimento por parte das jurisprudências. Com efeito, a partir do momento em que Juízes e Tribunais, ainda que com alguma resistência (embora cada vez mais isolada!), passaram a compreender os princípios como autênticas normas jurídicas, dotadas de eficácia e aplicabilidade, foi possível – já num segundo momento – ter como superada a sinonímia entre as regras e a assim designada auto-aplicabilidade, que resultava na negação da auto-aplicabilidade (hoje melhor designada de eficácia plena ou direta) dos princípios”. V. SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 304.

Novaes conclui que “se o pai não tem culpa por não amar o filho, o tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei”¹³⁶.

O relacionamento entre pais e filhos não possui a natureza de uma relação entre iguais, não obstante o atual entendimento de que a criança é igualmente protagonista de seu processo educacional. Muito pelo contrário, a criança detém uma condição intrínseca de vulnerabilidade. Deste modo, os danos psicológicos eventualmente provocados devem ser indenizados.

A jurisprudência se apresenta de forma dividida sobre a matéria. Assim, apesar da conclusão do STJ no anteriormente citado REsp nº 757.411-MG, alguns acórdãos já reconheceram o direito à reparação por abandono moral, como no seguinte caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual o voto do Des. Werson Rêgo destaca:

No entendimento deste Magistrado, designado para a lavratura do acórdão, há, sim, situações em que o abandono moral e material dos pais em relação à saúde, à educação, ao bemestar – inclusive psicológico – dos filhos importam em violação, nítida, de atributos das personalidades destes, mormente à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. [...] Se um pai não pode ser culpado pelo fato de não amar ao filho - o que, por si, já não seria natural -, de outro lado, pode ser por negligenciá-lo – e, a nosso sentir, insisto, tanto nos aspectos materiais, quanto nos aspectos morais. Creio, sinceramente, que um pai que não exerce adequadamente seu poder familiar, que descarta de seu dever de criar e de educar seus filhos, do de tê-los em sua companhia e guarda, do de assisti-los, quando tenha condições para fazê-lo, deve, sim, ser responsabilizado por negar aos mesmos uma formação plena como pessoas¹³⁷.

Importante esclarecer que a reparação não teria por fundamento a falta de afeto, posto que não há essedever jurídico, ou seja, não há direito subjetivo neste sentido. Amor e carinho são próprios da esfera íntima de cada ser humano, não sendo possível a ingerência do Direito neste aspecto¹³⁸: inexistente, portanto, a obrigação de amar¹³⁹.

136 NOVAES, Simone Ramalho. Abandono moral. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 40, 2007, p. 44.

137 TJ/RJ, Ap. 2007.001.45918, Rel. p/ acórdão Des. Werson Rêgo, j. 22 nov. 2007, com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Relações familiares. Pretensão compensatória de danos morais, ajuizada pelo filho em face do pai, por abandono afetivo. Sentença de improcedência do pedido. Apelo do autor. Abandono psicológico e afetivo caracterizados, principalmente diante das cartas enviadas ao filho, denegando a imagem de sua genitora. Precedentes do TJRS e TJSP. [...] Recurso conhecido e provido”.

138 De maneira diversa, Giselda Maria Hironaka entende que existiria um dever de afeto incluído no dever de educação, conforme passagem que se segue: “O abandono afetivo se configura, desta forma, pela omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeada de afeto, carinho, atenção, desvelo. Esta a fundamentação jurídica para que os pedidos sejam levados ao Poder Judiciário, na medida em que a Constituição Federal exige um tratamento

Não obstante manifestações em sentido contrário¹⁴⁰, considera-se que a afetividade não é um princípio jurídico, mas sim um valor de grande relevância ao Direito de Família¹⁴¹, devendo permear essas relações¹⁴². Essa consideração é relevante, pois, nos termos defendidos pela melhor doutrina, o princípio é uma espécie de norma constitucional e, como tal, é dotado de plena efetividade¹⁴³. Considerar-se a afetividade como conteúdo de um princípio, portanto, seria o mesmo que se afirmar a possibilidade de sua imposição, o que não se mostra razoável.

Certo é que, quando o afeto não mais existe – ou mesmo que, eventualmente, jamais tenha existido –, ainda assim as consequências jurídicas baseadas nesta relação devem persistir. Essa afirmação pode ser levada em conta tanto na relação entre cônjuges e companheiros, como naquela que se passa entre pais e filhos. O que vai fundamentar a responsabilidade é, justamente, o dever previsto

primordial à criança e ao adolescente e atribui o correlato dever aos pais, à família, à comunidade e à sociedade”. V. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 136.

- 139 Em sentido contrário, defendendo que o amor seria um direito fundamental do menor, ao qual corresponderia um dever por parte dos pais, v. TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 7, dez./jan. 2009. p. 109: “Segundo a melhor doutrina, o direito ao amor é um direito fundamental do menor, uma vez que entre os seus direitos essenciais se coloca, em primeiro plano, o direito de receber uma carga afetiva dos genitores, o que é primaz para a sua formação como pessoa humana”. No mesmo sentido de Flávio Tartuce, v. CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006. p. 76: “A família possui deveres básicos como instituição e o principal é promover a seus filhos um clima de afeto e apoio, sem os quais o desenvolvimento psicológico saudável não é possível”.
- 140 V., dentre outros, COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, nº 368, jun. 2008. p. 53: “O princípio da afetividade está consubstanciado no princípio do respeito à dignidade humana”. No mesmo sentido, GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade no direito de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 136: “O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF)”.
- 141 Neste sentido, VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 467: “O afeto possui acepções em diversas ciências, mas, a nosso ver, quando trazido para o Direito, nada mais é senão um valor. Alguns doutrinadores têm tratado o afeto como um *valor jurídico*, que entendemos não ser a melhor corrente”.
- 142 Pensando um pouco diferente das duas correntes citadas anteriormente, Guilherme Calmon da Gama defende que o afeto não seria nem princípio jurídico, nem simples valor, mas sim um meio termo, qual seja: valor jurídico. Neste sentido, v. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008. p. 127: “pode-se reconhecer como fundamental nas relações familiares contemporâneas, independentemente da sua espécie, a afetividade, que deve ser alçada a valor jurídico de fundamental importância para a constituição e manutenção das famílias modernas”.
- 143 V. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 241: “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

constitucionalmente. A exigência jurídica não é pelo afeto¹⁴⁴, mas sim pela responsabilidade. Neste sentido, destaca-se passagem de Ana Carolina Brochado Teixeira:

no momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade, sim¹⁴⁵.

Este tema é ligado, ainda, à discussão acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, muito em voga ultimamente. Não cabe, no âmbito deste trabalho, aprofundar a questão, posto que muito complexa¹⁴⁶. Contudo, entendendo-se pela aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais¹⁴⁷, necessária se faz uma ponderação entre dois princípios constitucionais: por um lado, livre iniciativa e autonomia da vontade; por outro, o direito fundamental em conflito no caso concreto.

Como recurso apto a esclarecer o ponto, utilizar-se-á os critérios apontados por Luís Roberto Barroso¹⁴⁸ para a necessária ponderação, levando-se em conta o caso concreto: (i) nível de igualdade entre as partes; (ii) falta de razoabilidade do critério; (iii) preferência dos valores existenciais; e (iv) risco para a dignidade da pessoa humana. Seguindo essas orientações como norte, é possível concluir que a autonomia do pai, no sentido de se manter afastado da educação de seu filho, não pode prevalecer em relação ao direito fundamental do menor.

144 Não há dever jurídico no sentido de forçar um pai a amar, ou seja, nutrir afeto por seu filho. Pretende-se, com essa passagem, afastar a possível discussão acerca do dever moral. Apesar de entendermos pela existência deste, tal questão não será analisada, tendo em vista não ser foco do presente trabalho.

145 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005. p. 151.

146 De forma resumida, podemos apontar a existência de três correntes principais. A primeira defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, sendo possível a pretensão de um particular contra o outro, sem a mediação do Estado. A segunda corrente entende que a eficácia é imediata, mas a pretensão deve ser deduzida em face do Estado. Por fim, o terceiro entendimento afirma que a eficácia será indireta e mediata, não sendo possível estender a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre terceiros. Sobre o tema, v., dentre outros, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

147 Como afirma Paulo Lôbo, a melhor doutrina defende a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sobretudo em razão do art. 5º, §1º da Constituição: “A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – muitos dos quais relativos às relações privadas – abrange não apenas as liberdades públicas em face do Estado, mas igualmente as relações jurídicas entretecidas entre os particulares, pois a Constituição não faz qualquer restrição”. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 26.

148 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 261.

De maneira semelhante, Maria Celina Bodin de Moraes, numa posição que privilegia o direito civil-constitucional, entende que deve ser feita, neste caso, uma ponderação entre (i) a liberdade dos pais e (ii) o princípio da solidariedade familiar e integridade psicofísica dos filhos, devendo este último prevalecer¹⁴⁹. Anderson Schreiber, por sua vez, utilizando-se de fundamento diverso, afirma que mesmo a ponderação seria desnecessária na hipótese: o próprio legislador já teria estabelecido uma relação de prevalência do interesse do menor à adequada formação de sua personalidade em relação à liberdade do pai¹⁵⁰.

Certo é que a sanção de suspensão ou perda do poder familiar, como disposto nos arts. 1.637¹⁵¹ e 1.638¹⁵² do Código Civil, não se mostra suficiente para coibir esse tipo de prática social, no qual o pai abandona moralmente seu filho. Muitas vezes, em verdade, a perda do poder familiar se apresenta muito mais como um prêmio ao pai ausente, não representando qualquer alento ao filho.

Além disso, a análise das hipóteses que são levadas ao Poder Judiciário demonstra que, no comum dos casos, quando o filho recorre aos tribunais na tentativa de obter a reparação por abandono moral, normalmente não existe mais qualquer relação paterno-filial. Deste modo, fica esvaziado o argumento de que tal pretensão afastaria ainda mais as duas pessoas, inviabilizando uma reaproximação futura. Esta preocupação não se justificaria do ponto de vista jurídico, até porque, muitas vezes, a relação paterno-filial jamais existiu.

Conclui-se, portanto, que a melhor corrente sobre o tema, que mais se adequa aos ditames constitucionais, é justamente a que entende que a conduta de

149 MORAES, Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005. p. 58: “procedendo à ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia a tutelar os genitores o princípio da liberdade (de fazer o que bem entendessem, inclusive abandonar afetivamente os filhos), e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Dadas a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na criação, educação e sustento dos mesmos, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da própria integridade psíquica dos filhos. Ponderados, pois os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que sobressaem e se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores que, neste caso, dela não são titulares”.

150 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 175.

151 CC/2002, art. 1.637: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único - Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

152 CC/2002, art. 1.638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

um pai ausente pode se adequar entre as hipóteses de cabimento da responsabilidade civil, desde que presentes seus requisitos. Há, sem dúvida, não apenas uma obrigação do ponto de vista moral, mas também uma responsabilidade de natureza jurídica. Esta será oriunda do descumprimento das já normas comentadas, com a conseqüente caracterização do ilícito.

Não haveria razão para que o Direito de Família fosse “blindado” pela impossibilidade de responsabilização de pai que não cumpre os deveres inerentes à sua autoridade parental, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se mostra razoável o argumento de que a família detém uma imunidade no tocante à responsabilidade civil, pois haveria evidente incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente. Nas palavras de Pietro Perlingieri:

'Imunidade' significaria uma tendencial subtração das vicissitudes internas da família ao controle do Estado: o poder normativo do ordenamento jurídico, a sua força de afirmação dos valores sobre os quais se funda, paralisar-se-ia diante da família, vista como comunidade autônoma, em um certo modo portadora de uma própria subjetividade [...]. A incompatibilidade de tais posições com o ordenamento constitucional vigente é manifesta, já que postula a programática supressão da exigência primária do desenvolvimento da pessoa, em nome de uma necessidade de coesão enquadrada em uma inaceitável lógica corporativa. As relações familiares e a disciplina que elas exprimem mesmo como testemunho de auto-regulamentação, ao contrário, não podem subtrair-se a um juízo de valor, a uma confrontação com os valores fundamentais do sistema vigente, com a sua ordem pública. O controle, por iniciativa dos próprios familiares e, por vezes, de terceiros, sobre as vicissitudes pessoais e familiares justifica-se se e na medida em que for feito em função da garantia dos direitos fundamentais¹⁵³.

Como já referido, a família hoje é tutelada na medida em que promove a dignidade de seus membros, e não como instituição autônoma, protegida em si mesma. O Judiciário pode – e, nos casos envolvendo menores, deve – intervir nessas questões¹⁵⁴.

Neste ponto, vale ressaltar brevemente disposição da recente Lei nº 12.318/2010 – já melhor analisada em momento anterior deste trabalho. O art. 6º do

153V. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 248-249.

154 Anderson Schreiber procura indicar alguns parâmetros a serem observados pelo magistrado no caso concreto: “Neste sentido, cumpre ao juiz analisar se houve ou não violação do dever legal, tomando em consideração fatos tão objetivos quanto possível, como a participação do pai no processo educacional (escolha da escola, reuniões com professores etc.), frequência das visitas ao filho, pontual pagamento de pensão alimentícia, atividades conjuntas de lazer e assim por diante. O juiz, em sua avaliação, determinará objetivamente se houve ou não violação dos deveres pelo pai – sem adentrar, ainda, o exame de culpabilidade, que se refere às razões desta violação e sua escusabilidade nas circunstâncias concretas”. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 175.

referido diploma legal traz expressamente, em seu *caput*, a previsão de que as medidas indicadas nas suas alíneas, como resposta aos casos de alienação parental, não afastam a possível responsabilidade civil pelas condutas perpetradas:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso.

Sendo assim, nada impediria a eventual responsabilização civil da mãe – ou de quem estiver atuando como guardião – nas hipóteses em que o abandono moral paterno é fruto de processo de alienação parental.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO AO IDOSO NO CONTEXTO FAMILIAR

3.1 A necessária análise interdisciplinar da velhice

Como mencionado no capítulo 2.1, para uma correta apreensão pelo Direito das questões de família, tendo em vista ser esta não apenas uma realidade jurídica, é necessária uma análise interdisciplinar. No tocante ao estudo do idoso e de suas peculiaridades, importantes serão estas referências prévias, utilizando-se apontamentos sociológicos e biológicos, bem como o recurso a pesquisas realizadas sobre o tema.

Certo é que este tópico poderia começar justamente por sua conclusão: o idoso é um indivíduo vulnerável. São diversas as variáveis que permeiam esta simples afirmativa - biológica e sociológica - que termina por resvalar no mundo do Direito. Será justamente em razão do reconhecimento desta vulnerabilidade que toda uma legislação protetiva surgiu - como referido no capítulo 1 desta dissertação - na tentativa de reequilibrar a equação e resultar em igualdade no caso concreto. Como afirma Maria Celina Bodin de Moraes, a vulnerabilidade “será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados [...] frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei”¹⁵⁵.

O idoso, por tratar-se de indivíduo em franco processo de envelhecimento, possui características que o distinguem das pessoas em outras fases da vida. A par da experiência obtida ao longo dos anos, que sem dúvida merece ser valorizada, o idoso passa a desenvolver problemas que podem torná-lo mais vulnerável às circunstâncias negativas da vida¹⁵⁶. Neste sentido, Fabiana Rodrigues Barletta, ao comentar sobre o processo de envelhecimento, esclarece que:

155 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116.

156 Ana Amélia Camarano e Maria Tereza Pasianto resumem bem o ponto: “Assume-se que a idade traz vulnerabilidades, perda de papéis sociais com a retirada da atividade econômica, aparecimento de novos papéis (ser avós), agravamento de doenças crônicas e degenerativas, perdas de parentes e amigos entre outras. [...] Pode-se dizer que as principais características do grupo são o crescimento, proporcional à idade, das suas vulnerabilidades físicas e mentais e a proximidade da morte”. CAMARANO, Ana Amélia;

não há como dizer que esses acontecimentos não abalam física e emocionalmente as pessoas idosas, porque elas sabem como foram um dia, sabem como são as pessoas num estágio de vida *normal*. Elas se sentem vulneráveis porque efetivamente o são. Usa-se deliberadamente, seguindo o exemplo de Norbert Elias, a palavra 'normal' porque as pessoas tornam-se diferentes quando envelhecem. E é esta diferença que as faz vulneráveis fisicamente, psicologicamente e também socialmente. 'Os outros, os grupos de idade normal, muitas vezes têm dificuldade de se colocar no lugar dos mais velhos na experiência de envelhecer'. Essa dificuldade extrema mais a distância entre os longevos e os jovens e faz dos primeiros cada vez mais sozinhos e incompreendidos¹⁵⁷.

Inicialmente, vale destacar que o idoso, por um processo biológico próprio do envelhecimento, possui maior propensão ao desenvolvimento de doenças. Dados da pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade* demonstram que, ao serem questionados sobre doenças, 81% dos idosos afirmaram sofrer de algum problema de saúde, destacando-se neste contexto a hipertensão, que aflige 43% dos indivíduos entrevistados. Dados mais recentes do IBGE confirmam o ponto:

O envelhecimento populacional torna a saúde dos idosos um importante foco de atenção. O levantamento suplementar de saúde realizado pela PNAD 2008, cujos resultados foram divulgados na publicação *Um panorama da saúde no Brasil: acesso e utilização dos serviços, condições de saúde e fatores de risco e proteção à saúde 2008*, apresentou um perfil da população brasileira bastante completo no que diz respeito ao tema. Neste capítulo, serão enfocados os aspectos de saúde referentes ao grupo das pessoas de 60 anos ou mais de idade. À medida que a pessoa envelhece, maiores são as chances de contrair uma doença crônica. Basta verificar que somente 22,6% das pessoas de 60 anos ou mais de idade declararam não possuir doenças. Para aqueles de 75 anos ou mais de idade, esta proporção cai para 19,7% (Tabelas 7.20 e 7.21 e Gráfico 7.3). Quase metade (48,9%) dos idosos sofria de mais de uma doença crônica e, no subgrupo de 75 anos ou mais de idade, a proporção atingia mais da metade (54,0%). Entre as doenças crônicas, a hipertensão é a que mais se destaca em todos os subgrupos de idosos, com proporções em torno de 50%. Doenças como dores de coluna (ou costas) e artrite ou reumatismo aparecem, também, com bastante frequência entre as pessoas de 60 anos ou mais de idade: 35,1% e 24,2%, respectivamente. Pode-se dizer que envelhecer sem doença crônica é uma exceção, entretanto ter a doença não significa necessariamente exclusão social. Se o idoso continua ativo na sociedade, mantendo sua autoestima, é considerado "saudável" pelos estudiosos. Nas avaliações sobre o seu estado geral de saúde, os idosos, além de considerar propriamente a doença, levam em conta, também, sua participação na sociedade. Cabe esclarecer que, para avaliar o estado de saúde através de sua própria percepção, era necessário que o idoso fosse o informante do questionário do referido levantamento suplementar da PNAD 2008. Desta maneira, visando aos objetivos da presente análise, foram elaboradas tabulações especiais desses resultados, considerando-se, apenas, as informações respondidas pelos próprios idosos. Esse conjunto totaliza cerca de 15 milhões de idosos, que representavam 71% do conjunto de idosos residentes no País¹⁵⁸.

PASIANTO, Maria Tereza. Introdução. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?*. Rio de Janeiro: IPEA, 2004. p. 2-3.

157BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

158Disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicisociais2010/SIS_2010.pdf. Acesso em: 04 jun. 2011.

A fragilidade que estas enfermidades podem conferir ao indivíduo precisa ser levada em consideração quando da vida em sociedade, sendo um primeiro aspecto da vulnerabilidade mencionada¹⁵⁹. Muito comum é a dificuldade de locomoção a atingir os idosos de mais idade, que, justamente por reduzir a liberdade, atinge em cheio a autoestima da pessoa e o incentivo para o desenvolvimento de qualquer atividade.

Contudo, ainda que a pessoa apresente boa saúde, há um aspecto psicológico importante trazido pelo avançar da idade: a proximidade do fim da vida. A ideia da morte vindoura, do fim dos projetos próprios, a perda dos amigos e parentes que vão se somando ao longo dos anos: tudo isso contribui para um possível abalo psicológico¹⁶⁰. Fabiana Rodrigues Barletta, mais uma vez, ilustra o ponto:

Vulneráveis por todas as vicissitudes do movimento inverso ao da infância, a partir de quando se cresce, ganha-se força, desenvolve-se a inteligência, alguns idosos, em certa medida, involuem, decrescem, submergem. Só os que convivem de perto podem notar a dificuldade do estertor de uma vida ao redor da doença ou da exclusão social. Em definitivo não se trata de algo interessante, bonito ou romântico. É, ao invés, penoso viver no momento antecedente à finitude quando acompanhada de dor e sofrimento. Tudo muda. Até o poder e o status das pessoas se modificam mais cedo ou mais tarde quando, debilitadas por doenças ou apartadas do convívio social, chegam aos sessenta, setenta, oitenta, noventa ou cem anos.¹⁶¹

Além disso, ao contrário de outros períodos históricos, como na antiga Roma ou na China histórica, atualmente o idoso não é valorizado no meio social. Muito pelo contrário: a visão que prevalece aponta justamente na direção do idoso como encargo social, membro ultrapassado e não produtivo da comunidade¹⁶². Ao idoso é

¹⁵⁹ Em razão desta preocupação, o art. 15 do Estatuto do Idoso procura assegurar ao idoso o direito à saúde, com “atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos”. Há, inclusive, previsão acerca do fornecimento gratuito de medicamentos, principalmente aqueles de uso continuado. Sobre a importância dos tratamentos voltados às enfermidades relacionadas à velhice, destaca-se trecho de Ana Maria Viola de Sousa: “podem decorrer da idade as enfermidades persistentes e irreversíveis, as quais podem fundamentar-se na incapacidade da pessoa. Os sintomas da enfermidade são suficientes para produzir efeitos que impeçam o autogoverno da pessoa, o que pressupõe a falta de capacidade para a gestão pessoal e patrimonial em defesa de seus próprios interesses”. SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas: Alínea, 2004. p. 23.

¹⁶⁰ Um resultado interessante foi obtido pela pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. Questionados sobre o medo da morte, apenas 23% dos entrevistados responderam de maneira afirmativa. O curioso está que, dentre a população mais jovem, esse número chegou a 24%, enquanto que, no grupo dos idosos, 18% foi a média obtida. Sendo assim, não obstante estar mais longe de sua realidade etária, os mais jovens apresentam maior dificuldade em aceitar a possibilidade do fim da vida que os idosos.

¹⁶¹ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-28.

¹⁶² Neste sentido, Anita Neri afirma que “como membros menos capazes e improdutivos da sociedade, os idosos passam a valer menos nos processos de trocas sociais e, assim, não podem ter acesso à mesma quantidade de recursos garantidos aos jovens e adultos capazes e produtores dos bens”. V. NERI, Anita Liberalesso.

relegado o papel de coadjuvante de sua própria existência, na medida em que suas vontades deixam de ser levadas em consideração e seus direitos passam a ser desrespeitados¹⁶³.

A natural dificuldade de alguns indivíduos de se adaptarem às novas rotinas e processos produtivos – sobretudo na era da informática e da internet – contribui para o seu isolamento¹⁶⁴. O fim do emprego, do vínculo com a atividade econômica desenvolvida até então, para aqueles que atuavam no mercado de trabalho¹⁶⁵, também obriga a uma difícil adaptação de rotina¹⁶⁶, que, feita sem sucesso, pode levar à depressão¹⁶⁷. Assim, permanece no imaginário social a figura do idoso obsoleto, ao qual somente resta a espera pela morte certa.

Atitudes e preconceitos em relação à velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 37.

- ¹⁶³ Corroborando o afirmado, pesquisa realizada pelo SESC Nacional, SESC São Paulo e Fundação Perseu Abramo, intitulada *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, concluiu que: “embora a literatura sobre atitudes em relação à velhice contenha um bocado de dados contraditórios (Neri, 1991), existe considerável massa de dados empíricos mostrando que, nas sociedades ocidentais, as atitudes sociais em relação a idosos e à velhice são predominantemente negativas, principalmente entre os não idosos. Na pesquisa *Idosos no Brasil*, 75% dos não idosos e 76% dos idosos concordam com essa linha de raciocínio, pois classificaram como negativa a tendência predominante das atitudes que reconhecem em relação aos idosos. Convidados a justificar sua resposta, os não idosos tenderam mais a mencionar atributos pessoais, entre os quais se destacaram a incapacidade, desatualização (os idosos são ultrapassados) e desinformação, ao passo que os idosos preferiram falar em aspectos relacionais, entre eles desrespeito, desprezo, incompreensão e preconceito”. V. NERI, Anita Liberalesso. *Atitudes e preconceitos em relação à velhice*. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 37.
- ¹⁶⁴ Como meio de evitar este isolamento, o artigo 21 do Estatuto do Idoso prevê o acesso à educação, mediante adequação de currículos, metodologia e material didático. Nesta linha, hoje já se tornou realidade, inclusive, a implantação de cursos específicos voltados para este grupo, como os oferecidos, por exemplo, no Rio de Janeiro, pela UnATI – Universidade Aberta da Terceira Idade. Além disso, demonstrando preocupação pela adaptação dos idosos às novas tecnologias, como forma de integrá-los no meio social e evitar os conflitos intergeracionais, o §1º do citado artigo prevê que “os cursos especiais para idosos incluirão conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna”.
- ¹⁶⁵ Em complemento, como forma de combater o preconceito no mercado de trabalho, oriundo de uma possível preferência pelos mais jovens, o art. 27 é claro ao dispor que: “na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir”.
- ¹⁶⁶ Outra disposição interessante diz respeito ao art. 28, II, do Estatuto, que prevê que o Poder Público deve criar programas de “preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania”. A aposentadoria, o fim das atividades laborativas, pode ser encarada negativamente por alguns indivíduos, o que justifica a necessidade de orientação direcionada para este momento da vida. Contudo, conforme dados apurados pela pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, 95% dos idosos afirmaram não ter recebido qualquer espécie de preparação, demonstrando a ausência de políticas públicas neste sentido.
- ¹⁶⁷ Marcelo Cortes Neri, ao comentar os resultados da pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, afirma que: “as dificuldades de adaptação à rotina de aposentado geralmente afetam mais o homem do que a mulher (25% contra 21%): 15% deles e 11% delas indicaram a falta de rotina ou da movimentação do dia-a-dia como as principais barreiras à adaptação. Talvez a menor frequência dessa queixa entre as mulheres se deva ao fato de a aposentadoria significar o retorno às rotinas domésticas, agora sem o peso adicional daquela associada ao trabalho fora de casa. Dificuldades financeiras foram relatadas por 5% dos homens e por 2% das mulheres. As baixas frequências desse tipo de resposta talvez se devam à presença de reservas acumuladas durante os anos produtivos, exatamente para suavizar o impacto da queda de renda na velhice. As queixas mais frequentes entre os homens talvez derivem do fato de que, na maioria

Inclusive, a mencionada pesquisa concluiu que, no tocante às referências negativas vinculadas à velhice, 21% dos jovens e adultos destacaram a incapacidade dos idosos para a resolução de tarefas, bem como 16% afirmaram que os idosos são um incômodo. Em complemento, 11% entendem ser o idoso ultrapassado. Já em relação à análise de afirmações comuns, 54% dos jovens e adultos afirmaram concordar com a ideia de que “as pessoas de idade não conseguem acompanhar as mudanças do mundo moderno”¹⁶⁸.

Fica evidente, portanto, uma dificuldade de relacionamento entre as diferentes gerações, sobretudo pelos preconceitos que permeiam o tema. Não obstante a tentativa de modificação da visão social do idoso, de decrépito e doente para ativo e saudável, certo é que os estereótipos ainda dificultam esta relação¹⁶⁹, como demonstra Ruth Gelehrter da Costa:

Os estereótipos sociais incorporados ao cotidiano da velhice podem passar a definir quadros clínicos psicopatológicos. É importante aqui ressaltar que a ausência de projetos/sonhos neste segmento etário é um convite à depressão; co-responsabilizar os sujeitos pela sua própria condição estimula fantasias paranóicas e de culpabilidade; e o rótulo de mania pode ser imputado, quando vivem de forma caricata o modelo apregoado de jovialidade. A existência desses estereótipos facilmente se transforma em barreiras sociais e psicológicas, que acabam por dificultar a comunicação e a vivência da reciprocidade com o segmento etário idoso¹⁷⁰.

Informação interessante se observa quando se questionou acerca da existência de preconceito contra idosos, tendo 84% dos entrevistados respondido de maneira positiva. Ou seja, há um amplo reconhecimento deste preconceito, que

das famílias, cabe a eles o papel de provedor. Com a queda de renda depois da aposentadoria, parte dos homens experimenta problemas com relação à dificuldade de manter o mesmo padrão de vida”. NERI, Marcelo Cortes. Renda, consumo e aposentadoria: evidências, atitudes e percepções. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 97.

¹⁶⁸ Por outro lado, os idosos apontam a falta de responsabilidade (43%) como a maior referência negativa em relação aos jovens, seguidos de 30% que entendem ser o uso de drogas e 26% a prática de desrespeito.

¹⁶⁹ A preocupação com a questão educacional ainda está presente no art. 22. Contudo, neste dispositivo, revela-se uma abordagem que pretende pôr fim ao preconceito intergeracional, a partir do estudo do processo de envelhecimento, que seria apto a combater as generalizações negativas acerca do idoso. Nestes termos, foi previsto que “nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal serão inseridos conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria”. Este dispositivo, entretanto, ainda não se materializou no mundo dos fatos, de maneira que a necessária alteração de padrões culturais em favor do idoso, que poderia ser implementada sobretudo através de processo educacional voltado para a população em geral, ainda depende da formalização de políticas públicas neste sentido. Crítica semelhante pode ser feita em relação ao art. 24 do Estatuto do Idoso, igualmente voltado para a informação sobre o envelhecimento, mas através dos meios de comunicação.

¹⁷⁰ LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 144.

vitimiza os idosos. Por outro lado, ao se perguntar sobre o preconceito pessoal, ou seja, se aquele entrevistado se incluía no grupo dos preconceituosos, 95% responderam negativamente. Fica clara a tendência de se imputar ao outro, a pessoas sem rosto, um preconceito que se encontra permeado nos mais diversos meios sociais, mas que poucos possuem a coragem de reconhecer. O fato de o próprio grupo agressor não se identificar como tal prejudica sobremaneira possíveis políticas públicas que tenham por escopo o fim do preconceito.

Este triste quadro cultural, no comum dos casos, é também projetado dentro do lar do idoso, pela sua própria família. Não é prática incomum dos parentes e cuidadores o total desrespeito pela vontade do idoso, ainda quando este se encontra em perfeita capacidade de entendimento de seus atos. Esta visão do idoso como indivíduo pertencente a outra geração, que desconhece as condições do mundo que se estabeleceu ao seu redor ao longo dos anos, contribui para que a família passe a tomar decisões em substituição à sua vontade livre. A pesquisa *Idosos no Brasil: Vivências, desafios e expectativas na terceira idade* ilustra o ponto. Sobre a frequência com que os familiares/cuidadores solicitam a opinião dos idosos, o quadro observado foi o seguinte: (i) 10% não costuma pedir a opinião; (ii) 15% raramente o faz; (iii) 31% pede de vez em quando; e (iv) 44% pede sempre. Ou seja, na maior parte dos casos a opinião do idoso não é levada em consideração, seja nos assuntos comuns da família, seja naqueles atinentes aos seus próprios interesses.

Esta situação, inclusive, se mostra paradoxal, na medida em que existe uma crença difundida no meio social de que o idoso detém, como uma de suas principais vantagens em relação ao jovem, mais sabedoria. Dos entrevistados pela pesquisa, 96% dos jovens afirmavam que os idosos teriam muita coisa para ensinar, enquanto que 94% dos próprios idosos chegaram à mesma conclusão. Contudo, ao confrontar-se esta informação com outros dados da pesquisa, Andréa Moraes Alves constatou a incoerência inerente a esta afirmação, nos seguintes termos:

Em resposta à pergunta 'Com que frequência seus familiares costumam pedir sua opinião?', 18% dos idosos afirmam que sua opinião não é pedida. O mais curioso é que as pessoas, idosas e não idosas, não vêem problema nisso (75% das pessoas acham satisfatória a demanda por sua opinião na família). Outro dado relevante é que não há diferença por gênero nesse aspecto. A diferença é por faixa etária: quanto mais idade, menos a opinião é relevante. Existe um descompasso entre a importância econômica que os idosos adquirem na casa onde residem, principalmente porque muitos residem com familiares, e a redução do valor de suas opiniões para a família e para si mesmos. Verificar que o valor das opiniões dos mais

velhos é menor do que o valor dado à palavra dos mais jovens é uma atitude que inverte a imagem da velhice como sábia ou mais experiente. Os aspectos mais citados por idosos e não idosos, quando perguntados sobre o que há de positivo em envelhecer, foram justamente experiência de vida e sabedoria. A idéia de que os idosos têm muito a ensinar contou praticamente com consenso absoluto, 95% de concordância entre os idosos e 96% entre os não idosos. Estas ocorrências refletem um valor que é agregado à imagem positiva do envelhecimento no plano do discurso, mas que não encontra ressonância nas práticas das pessoas em relação aos membros de suas próprias famílias¹⁷¹.

Infelizmente, é um equívoco comum confundir-se vulnerabilidade, nos termos anteriormente referidos, com impedimento para o exercício da capacidade de fato. “Muitas pessoas pensam que a idade avançada é, por si só, causa de incapacidade, ou, ainda, que a disposição de bens pelo idoso pode ser vista como prodigalidade”¹⁷². Inclusive, deixando claro este aspecto no tocante à saúde, o Estatuto do Idoso é expresso, em seu art. 17, que “ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”.

Contudo, levando-se em conta o que é observado no meio social, este não é o pior quadro. Situação mais grave que a ingerência na vida do idoso, muitas vezes corroborada por um sentimento equivocado de auxílio àquele indivíduo, é, dentre outras, a hipótese de maus tratos e abandono. Justamente pela vulnerabilidade do idoso e em razão do mencionado conflito de gerações, não são raras as hipóteses em que abusos são cometidos pelas pessoas mais próximas ao idoso. A deterioração dos laços familiares e as profundas alterações ocorridas na sociedade nos últimos anos contribuíram para um isolamento deste indivíduo, que, muitas vezes, se vê obrigado a passar por situações como esta, sem que tenha ninguém a quem recorrer.

Neste sentido, em pergunta espontânea, 15% dos idosos entrevistados pela equipe da pesquisa *Idosos no Brasil* afirmaram já ter sofrido violência. Deste percentual, 6% informaram que a violência teria ocorrido em casa, dos quais, em 3% dos casos, teria como responsáveis familiares ou pessoas que conviviam na mesma residência. A idade média do agressor seria de 36 anos e 9 meses. Outro dado interessante se relaciona com a falta de comunicação da violência. Dos 15%

¹⁷¹ ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 128-129.

¹⁷² DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 75.

mencionados, que alegaram espontaneamente ter sofrido violência, 5% não informaram para ninguém na sua casa, ou seja, 1/3 deste número, enquanto 6% não contaram para ninguém fora do convívio direto familiar.

Vale ressaltar, contudo, que estes números ficam mais altos na medida em que a pesquisa passa a questionar sobre a violência de forma mais específica, ou seja, referindo-se às várias formas de sua manifestação. Neste segundo momento, o que foi chamado de “taxa estimulada”, 35% dos idosos confirmaram ter sofrido alguma das espécies de violência apresentadas no relatório, consubstanciadas, dentre outros itens, em ofensas, ameaças, recusa de trabalho, negativa de tratamento médico, lesão corporal e fome.

Uma característica importante é que, muitas vezes, o idoso coloca os valores da família, os laços consanguíneos ou o vínculo afetivo, à frente dos seus direitos. Este fato, conjugado com a dependência e vulnerabilidade da pessoa, culminam num sem número de abusos, muitos dos quais jamais chegam ao conhecimento da sociedade e do Poder Judiciário. Sem dúvida, “a violência aos idosos ainda é escondida, difícil de ser descoberta, a não ser em suas formas mais grotescas. Daí o papel que esta e outras delegacias (que venham a ser criadas ou reativadas) poderão desempenhar”¹⁷³.

Não se pode ignorar que há casos em que, para o idoso, aceitar a punição de um ente querido - como de um filho, por exemplo - geraria circunstância mais contrária aos seus direitos que a própria conduta de seu parente/cuidador. Deste modo, importante que a devida reparação pelos danos causados seja buscada pelo próprio idoso, sendo ele o único legitimado a requerê-la. Neste sentido, vale destacar a análise feita por Paulo Guilherme Santos Chaves e Patrícia Luíza Costa, ao estudarem os registros efetuados junto à Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso de Minas Gerais:

Na verdade, o que se observou com o trabalho desenvolvido nesse grupo de pessoas foi que ao denunciarem uma agressão qualquer cometida por alguém que possua vínculos afetivos, o idoso delata, implicitamente, sua incapacidade em impor certos limites de convivência, necessários a uma melhor qualidade de vida em comunidade e, conseqüentemente, na sociedade. O idoso, nesse caso específico, não deseja ver o seu algoz atrás das grades. Ele quer que os instrumentos judiciais façam aquilo que, de uma forma ou outra, deveria ter sido executado por ele próprio, mas que por medo da rejeição, ou da exclusão do grupo a que pertença, não o fez. Esse sujeito maior de 60 (sessenta) anos de idade, vítima de maus-tratos

173HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. Abusos e maus-tratos ao idoso. *Boletim IBCCrim*, nº 95, out. 2000. p. 11.

domésticos, necessita de algo que não possua cor, traços, raça ou rosto. Alguma coisa que compartilhe de sua dor e tome, em seu lugar, a postura do chamado 'puxão de orelhas' no outro que ultrapassou certos limites. Dessa forma o idoso acredita que poderá se manter incluído. Só depois de muito sofrimento é que o idoso delata o sofrimento de violência doméstica. Dos casos analisados, 80% envolvem irmãos, filhos e sobrinhos, sendo que os 20% restantes, esposos e noras¹⁷⁴.

Um dado interessante, que muitas vezes corrobora para os casos de violência, reside na feminização da velhice. A mulher, sobretudo quando mais idosa, apresenta um quadro mais frágil, que justifica o maior número de abusos ocorridos em relação a elas. Vários estudos constataram esta relevante desigualdade numérica por gênero, que evolui de acordo com o aumento de anos vividos. A pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade* aponta que 43% dos idosos entrevistados eram homens, enquanto 57% seriam do sexo feminino.

Além disso, dentre os idosos, 73% dos homens são casados e 14% viúvos, enquanto que, no que diz respeito às mulheres, 37% são casadas e 48% viúvas. Este dado explica a maior dependência das idosas em relação aos seus filhos, pois, como observado, a maior parte delas não possui mais a figura do companheiro para lhes prestar auxílio, ao contrário dos homens. A figura do principal cuidador do idoso sofre, portanto, alteração relevante em razão do gênero. No caso dos homens, este será a esposa ou parceira, como mencionado por 58% dos entrevistados. Apenas em 15% dos casos o cuidador preferencial será algum filho. Contudo, no tocante às mulheres idosas, temos 24% das hipóteses com o esposo na figura de cuidador, bem como 36% dos casos em que são os filhos a exercer esta tarefa¹⁷⁵.

Confirmando esta informação, a pesquisa verificou que, dentre os homens idosos, 71% vivem com a esposa e 51% com seus filhos, havendo ainda 23% que convivem com netos. Já em relação às mulheres com mais de sessenta anos, 57%

174CHAVES, Paulo Guilherme Santos; COSTA, Patrícia Luíza. Violência doméstica contra o idoso também é assunto de polícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 53, mar./abr. 2005. p. 353.

175 Comentando estes dados, Andréa Moraes afirma: "A composição domiciliar dos idosos brasileiros tem um claro recorte de gênero: entre os homens é comum a co-residência com a esposa (71%) e, pelo menos, um filho ou filha (51%); já entre as mulheres, a moradia tende a ser compartilhada com filhos e/ou filhas (57%). As esposas são apontadas como aquelas que mais dão atenção aos seus maridos idosos (58%) e os filhos e filhas aqueles que mais cuidam de suas mães idosas (36%). Este dado demonstra a extrema relevância que o laço conjugal tem para os idosos e, no caso particular das mulheres, a importância dos filhos. Casamento e reprodução são eventos conexos e corriqueiros na trajetória de vida dos idosos: somente 6% deles são solteiros e 6% nunca tiveram ou não têm filhos. O casamento e os filhos são a garantia de atenção que se tem na velhice. Essa garantia parece ser mais sólida quando esposa e/ou filhos residem no mesmo domicílio que o(a) idoso(a)". ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 129.

vivem com filhose 36% com marido, sendo indicada a mesma proporção para aquelas que convivem com netos. Buscando apontar os motivos que levam à diferenciação de gênero na velhice, Anita Liberalesso Neri afirma:

Analisar o processo de feminização da velhice focalizando apenas nas mulheres significa conhecê-lo pela metade, porque as mudanças na vida delas se dão na relação com a vida deles. Nessa perspectiva, os principais fatores protetores do envelhecimento masculino em comparação com o feminino são os seguintes: 1) os homens são geralmente casados e, dessa forma, têm maior probabilidade de serem cuidados; 2) têm *status* mais alto do que as mulheres; 3) desfrutam de níveis de renda e de escolaridade geralmente mais altos; 4) são menos rejeitados por causa da perda de beleza e juventude; 5) têm auto-imagem mais positiva; 6) têm menos doenças crônicas e incapacidade; 7) são mais satisfeitos com a vida e têm uma percepção de saúde mais positiva. Os fatores que prejudicam mais os homens, em comparação com as mulheres, são 1) hábitos de vida como tabagismo, consumo de álcool, dieta rica em gorduras insaturadas e sal e baixa adesão a comportamentos de saúde que incluem visitas periódicas ao médico, seguir tratamentos prescritos, tomar remédios e fazer exercícios físicos; 2) presença de hipertensão mais precoce e, além disso, colesterol alto e obesidade, associados a maior risco para doenças cardiovasculares e cerebrovasculares; 3) valorização excessiva de padrões tidos como valiosos à masculinidade, que implicam maior risco para comportamentos não-saudáveis, violência, excessos comportamentais e acidentes; 4) maior exposição ao alcoolismo, à ansiedade e ao suicídio; 5) as doenças decorrentes do trabalho, os acidentes e a violência urbana afetam mais os homens (prevê-se que nas grandes cidades brasileiras a violência urbana que afeta a população masculina de 18 a 35 anos produzirá alterações sensíveis nas curvas de mortalidade masculina em algumas décadas); 6) principalmente por causa de valores culturais, os homens estão mais expostos aos efeitos da vulnerabilidade financeira decorrente da aposentadoria¹⁷⁶.

Outra questão importante reside na dependência econômica. O empobrecimento de parte da sociedade e as maiores dificuldades enfrentadas pelos jovens no mercado de trabalho resultam na dependência de muitas famílias dos rendimentos auferidos pelos idosos, sobretudo aposentadorias. Confirmando esta informação, a pesquisa mencionada apurou que em 88% dos casos o idoso contribui diretamente para a renda familiar. Esta realidade faz com que, em casos mais graves, parentes próximos tentem se apoderar de valores que seriam de titularidade do idoso, muitas vezes o deixando sem rendimento suficiente para usufruir de qualquer espécie de lazer ou, nem mesmo, para a compra de medicamentos. Esta dependência econômica é vista como justificativa para uma verdadeira "obrigação de convivência", que nem sempre será positiva ao idoso, podendo gerar, em consequência, uma série de abusos. É necessário, portanto, respeitar-se a opção daqueles idosos que pretendem viver sós, quando possuem sua capacidade de

176NERI, Anita Liberalesso. Feminização da velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 61.

autodeterminação preservada. Nos termos da pesquisa realizada, esta é a opção de 15% dos idosos, como comenta Andréa Moraes Alves:

Viver só, no entanto, não é sinônimo de abandono. O fato de estarem sós em casa não significa que não haja cuidado ou companhia. Sete por cento dos idosos afirmam não ter ninguém que os apóie; 14% dos idosos dizem que outra pessoa que não reside na casa e não é parente próximo (filho, cônjuge, neto ou irmão) é responsável por cuidar deles, caso precisem¹⁷⁷.

3.2 O conceito de idoso e de família para fins de responsabilidade civil

Estabelecer o conceito de idoso para fins jurídicos é tarefa das mais árduas. São vários os fatores a influir nesta definição, não havendo consenso entre os especialistas no assunto. Em razão desta característica inafastável, justifica-se a grande variação no conceito de idoso observada ao longo das décadas, sobretudo no quesito etário, dependendo ainda do local analisado.

No caso brasileiro, antes de o Estatuto do Idoso prever expressamente a idade de sessenta anos como marco de identificação, havia grande controvérsia doutrinária sobre o tema. Isto se dava principalmente porque o critério cronológico utilizado pelas várias legislações de regência não era o mesmo. Inclusive, a própria Constituição de 1988 não aponta uma idade única apta a servir como norte nestas questões. Neste sentido, a Carta define, a par das disposições específicas sobre aposentadoria (com idades diferenciadas entre homens e mulheres), setenta anos para a possibilidade de voto facultativo¹⁷⁸ e aposentadoria compulsória do serviço público¹⁷⁹, bem como sessenta e cinco anos para fins de gratuidade nos transportes públicos coletivos¹⁸⁰. Por outro lado, a Lei nº8.842/94, que dispõe sobre a Política

177ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 127.

178 CF/88, art. 14: “O alistamento eleitoral e o voto são: [...] §1º - Facultativos para: [...] b) os maiores de setenta anos”.

179 CF/88, art. 40: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”.

180 CF/88, art. 230, §2º: “Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

Nacional do Idoso, já estabelecia, em seu art. 2º, que o idoso seria, justamente, o maior de sessenta anos.

Sobre o tema, vale mencionar ainda que, não obstante a previsão expressa do art. 1º do Estatuto do Idoso, no sentido de que este é "destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos", o mesmo diploma legal efetua diferenciações, ao estabelecer que, em determinados casos, os direitos somente serão reconhecidos aos maiores de sessenta e cinco anos, como nos arts. 34 e 29, §3º, nos seguintes termos:

Art. 34 – Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Art. 39 – Aos maiores de 65 anos (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§3º. – No caso de pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no *caput* deste artigo.

Assim, a despeito das diferenciações referidas, observa-se que o legislador optou por utilizar um critério cronológico para definir a figura da pessoa idosa, bastando, portanto, para comprovar esta condição, a apresentação da certidão de nascimento ou outro documento que ateste a data de nascimento do indivíduo.

O marco etário estabelecido pelo legislador se baseia na presunção de que, a partir desta idade, a pessoa, por uma questão natural, passa a ter sua saúde mais debilitada, repercutindo em todas as esferas de sua vida. Desta forma, alguns autores, como Camilo Stangherlim Ferraresi e Maria Cláudia Maia, apesar das críticas possíveis ao método, defendem a utilização do critério cronológico como meio de ampliar a proteção ao idoso:

Consideramos pessoas idosas todas aquelas com idade superior a sessenta anos, pois, apesar do critério cronológico ser insuficiente para verificar a maior vulnerabilidade do ser humano, entendemos que os direitos fundamentais destinados a inclusão social de uma determinada minoria, deve ser o mais abrangente possível e deve se estender ao maior número de pessoas¹⁸¹.

181 FERRARESI, Camilo Stangherlim; MAIA, Maria Cláudia. Políticas públicas para a inclusão do idoso. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, nº 247, fev. 2010. p. 19.

Complementando a ideia, Fabiana Rodrigues Barletta aponta o critério cronológico como meio de se evitar injustiças:

Seguramente, adotar uma idade para considerar uma pessoa sujeita a gozar de direitos especiais afasta os tortuosos caminhos da avaliação física e psíquica de suas capacidades, que poderia gerar injustiças de toda ordem. Até porque, não são apenas os contingentes psicofísicos que tornam uma pessoa idosa. Também o sexo, a classe social, a educação, a personalidade, as vivências passadas, o contexto socioeconômico, entre outros fatores, influenciam no processo de envelhecimento, de forma que se revela impossível uma resposta individualmente considerada¹⁸².

Por outro lado, alguns doutrinadores, como Pietro Perlingieri, entendem que uma legislação que se baseia exclusivamente na questão etária para efetuar diferenciações será potencialmente violadora do princípio da igualdade. Vale destacar trecho do referido autor italiano:

No pressuposto de que, sozinho, o decurso do tempo, principalmente com referência a cada ato ou atividade, não incide automaticamente em sentido negativo sobre as normais capacidades naturais, é necessário rever as soluções legislativas que, presumindo uma decadência da pessoa devido à idade – inspiradas, em verdade, na necessidade de realizar um *turn over* com pessoas mais jovens – têm a pretensão de aparecer como atuativas do interesse do idoso. Essas soluções, na realidade, frequentemente propõem estatutos de favor ou de desfavor irrazoavelmente lesivos ao princípio da igualdade¹⁸³.

De fato, muito se discutiu, nas mais diversas esferas, dentre as quais se encontra o Direito, se o critério cronológico seria o mais adequado, correspondendo à realidade observada no contexto social. Tal preocupação se faz presente na medida em que a Psicanálise e a Biologia apontam o envelhecimento como uma etapa de vida vinculada ao fator temporal, mas não se restringindo a ele. Ou seja, outras questões, como predisposição genética, personalidade, manutenção da capacidade psicofísica, experiências vividas e até mesmo a condição social, exercem influência direta na caracterização da velhice. Sem dúvida, o processo de

182BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

183PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 169. Vale destacar outra passagem interessante do autor, na mesma obra, p. 167: "A idade não pode ser um aspecto incidente sobre o *status personae*. A idade, não importa se menor, madura ou senil, não incide *de per se*, sobre a aptidão à titularidade das situações subjetivas. O seu efetivo exercício pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de predeterminadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrarias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas, sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva. Deve-se verificar a real capacidade de efetuar e de realizar as escolhas e os comportamentos correlatos às situações subjetivas interessadas. Fundamental é distinguir o idoso auto-suficiente do idoso em condições de *handicap*. Para o primeiro não se justificam limitações da capacidade de agir fundadas exclusivamente em razões da idade; as limitações podem ser entendidas como legítimas quando faltar a aptidão intelectual e volitiva".

envelhecimento, do ponto de vista de cada indivíduo, não se vincula a um critério meramente cronológico, mas sim se relaciona à possibilidade de a pessoa dar resposta às demandas da vida cotidiana, buscar novos interesses e perseguir seus objetivos.

O critério psicobiológico, defendido por alguns estudiosos, levaria em conta justamente a condição física e intelectual de cada pessoa individualmente considerada¹⁸⁴, com o inegável empecilho de sua grande subjetividade. Este deve ser aferido diante de cada caso concreto, razão pela qual não permite generalizações. Exatamente pela dificuldade prática deste método quando aplicado a grandes grupos, o critério cronológico se mostra mais adequado para a elaboração legislativa acerca do idoso, tendo em vista o caráter impessoal e genérico que é característico da lei em sentido estrito.

Neste sentido, é pertinente a opção feita pelo critério cronológico adotado pelo legislador no Estatuto do Idoso, uma vez que a citada Lei pretende regular os direitos de um grupo específico – mas de grande abrangência -, não sendo possível a diferenciação, *prima facie*, de cada um dos seus integrantes, sob pena de condenar-se a norma a total inaplicabilidade. Seria inviável a análise da condição de cada indivíduo, especificamente considerado, na esfera administrativa, para conceder-lhe os benefícios previstos em Lei, como, por exemplo, a gratuidade nos transportes públicos. A utilização de um critério único, objetivo, a ser observado em todos os casos, se mostra imprescindível.

Por outro lado, esta premissa não se mostra condizente com as hipóteses de responsabilidade civil em relação ao idoso no seio familiar, devendo a fixação de uma idade, neste campo, ser interpretada tão-somente como uma presunção em

¹⁸⁴Conforme Heloisa Helena Barboza: “Embora se deva respeitar a opção pela idade de sessenta anos feita pelo legislador de 1994, uma década parece suficiente para demonstrar o quanto questionável é esse limite. A vida pública, política, religiosa, artística e mesmo das pessoas em geral no cotidiano, muitas vezes de classes economicamente menos favorecidas, está repleta de pessoas com mais de sessenta anos em plena atividade, não raro sendo surpreendente a revelação de suas idades. A idade de sessenta e cinco anos para homens, e sessenta para mulheres, é uma das condições para a aposentadoria pelo regime geral de previdência social. Para os servidores públicos é compulsória a aposentadoria aos setenta anos. Esses limites, a despeito de orientados por razões diferentes, especialmente o último, e suas combinações com outros requisitos, revelam a admissão da capacidade laborativa acima dessas idades, para os trabalhadores em geral, e até, pelo menos, os setenta anos, para os servidores públicos. Este, contudo, seria apenas um dos fatores a serem considerados no debate, já instaurado, quanto à manutenção da idade de sessenta anos para caracterizar o idoso”. BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 63.

favor do indivíduo que requer a reparação. Esta diferenciação se justifica por uma série de questões, que serão melhor analisadas a seguir.

Em primeiro lugar, a identificação da pessoa idosa não é, nesta esfera, aferida administrativamente. A discussão acerca da configuração dos elementos da responsabilidade civil, aptos a ensejar a reparação por danos morais pleiteada, é feita no âmbito do Poder Judiciário, dentro de um processo pautado pelo contraditório e pela ampla defesa. Sendo assim, ao contrário da ideia de lei em sentido estrito - que não poderia levar em consideração cada caso específico em suas peculiaridades, sob pena de tornar a normativa inaplicável -, o magistrado deve se preocupar com os elementos concretos que fundam a pretensão deduzida em juízo.

O reconhecimento da responsabilidade civil, nestes casos, portanto, deve levar em conta os sujeitos envolvidos, os danos alegados, o nexos causal e a culpabilidade do agressor, não podendo ser analisada de modo genérico e objetivo. Devem ser observadas com atenção as provas produzidas pelas partes, o que culmina na consideração de que nenhum litígio será igual ao outro nos casos em que se pleiteia a reparação por danos morais envolvendo idoso¹⁸⁵.

Dentro desta análise mais detalhada a ser levada a cabo pelo juiz do caso concreto, se inclui a verificação do indivíduo como pessoa idosa, premissa obrigatória para a configuração da responsabilidade civil com base na violação ao dever de cuidado, nos termos do art. 230 da CF, como será melhor referido no próximo tópico. Como se verifica da leitura deste dispositivo constitucional, bem como dos demais artigos referentes ao tema, a Constituição, em nenhum momento, aponta qual o conceito de idoso para fins constitucionais¹⁸⁶.

Como este descumprimento será o fundamento para a reparação, a lacuna conceitual também restará presente na análise para fins de responsabilidade civil, não havendo que se falar, portanto, na aplicação imediata do critério cronológico,

¹⁸⁵ Sobre o tema, v. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 290: "No direito civil, especialmente, a justiça só pode ser feita de forma artesanal, não há justiça de massa – sentenças padronizadas -, como ocorre no direito tributário, no direito previdenciário. Essa produção artesanal é o traço mais marcante que distingue sobremaneira o direito civil dos demais".

¹⁸⁶ Esta postura do constituinte, vale ressaltar, é legítima e importante, na medida em que, como referido anteriormente, o conceito de idoso tem por característica sua variação de acordo com a evolução social. Apontar-se, por exemplo, um marco cronológico, resultaria no envelhecimento precoce do texto constitucional com o passar dos anos, culminando na necessidade de edição de emendas.

como definido pelo Estatuto do Idoso. Neste ponto, vale lembrar que a fixação da idade de sessenta anos é expressa para fins de aplicação daquela Lei, não havendo qualquer obrigatoriedade de adoção deste critério em toda e qualquer circunstância. Isto fica ainda mais evidente diante dos dispositivos da própria Lei, já citados, que especificam inclusive idade diversa para a garantia de certos direitos.

Desta maneira, o magistrado deverá verificar a presença de uma pessoa idosa diante do caso concreto, como exige a responsabilidade civil. Para tanto, precisará utilizar-se do único método compatível com esta análise caso a caso: o critério psicobiológico, anteriormente referido. Assim, para fins de responsabilidade civil no seio familiar, poderá ser aferido, dentre outras questões, se a vítima, apesar de ser maior de sessenta anos, realmente apresenta a vulnerabilidade que se reconhece no comum dos casos de indivíduo idoso.

Destaca-se que a presença da figura do idoso no caso concreto é o elemento chave para a configuração do dano necessário à caracterização da responsabilidade civil com base na violação ao dever de cuidado previsto constitucionalmente, como será melhor referido no próximo tópico. Sem dano ao idoso, a responsabilidade civil poderá, até mesmo, ser reconhecida, mas com base em outros fundamentos.

Haverá, sem dúvida, presunção de vulnerabilidade em favor da vítima maior de sessenta anos, que poderá, entretanto, ser ilidida pela outra parte em defesa. Será necessária uma prova contundente para afastar esta presunção relativa, podendo ser requerida, dentre outras medidas, a realização de perícia para este fim, de acordo com o caso concreto.

Neste ponto, vale aprofundar um pouco mas a presunção aqui referida. Esta, na hipótese, não se dará por força de lei, mas sim deve ser reconhecida em razão dos fatos observados ordinariamente, o que é conhecido pela doutrina como presunção comum. Nas palavras de Barbosa Moreira:

embora um fato não baste, sozinho, para gerar efeitos jurídicos, o conhecimento que se tenha dele vai fornecer o ponto de partida para chegar-se, por meio de raciocínio, ao conhecimento de outro fato, gerador de tais efeitos. Tem essa feição o mecanismo intelectual a que se aplica o nome de presunção simples ou comum (*praesumptio hominis*): para aproveitar o exemplo dado noutra obra clássica de nossa literatura processual, o fato de Tício passar empunhando um archote, pouco antes do incêndio, conquanto em si desprovido de efeitos jurídicos, bem pode interessar em processo no qual se queira promover a responsabilidade civil de Tício pelos danos que teria causado ateando fogo ao prédio¹⁸⁷

¹⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título *Da prova* do novo Código Civil. *Revista Trimestral*

A presunção neste caso decorrerá, justamente, da vulnerabilidade reconhecida genericamente aos indivíduos maiores de sessenta anos, seja em função do critério cronológico assumido pelo Estatuto do Idoso e outras leis de regência, seja pelos critérios adotados pela ONU, apontando esta idade como marco para o início da velhice. Assim, a presunção decorreria de forma lógica daquilo que é normalmente observado e, até por isso, esperado pelo magistrado ao deparar-se com o caso concreto. Justamente por isso, a presunção será relativa, podendo ser afastada diante do caso concreto. Nestes termos, complementa Caitlin Sampaio Mulholland:

a presunção simples, ou de fato, é aquela que decorre do juízo realizado pelo magistrado a partir do conhecimento dos fatos narrados e do que ocorre habitualmente em hipóteses semelhantes àquela descrita. A presunção é, neste caso, uma ferramenta disponibilizada ao juiz para motivar o seu convencimento sobre como se deram os fatos e, conseqüentemente, identificar o direito aplicável ao caso. [...] O método da presunção de fato funciona, como se vê, de maneira processual. É a presunção de fato utilizada como instrumento a cargo dos juizes em sua análise do caso concreto e como meio de prova a ser consignado à vítima do dano. Como fonte de prova, poderá a vítima propor a ação indenizatória utilizando-se do raciocínio presuntivo para fazer valer seus argumentos e possibilitar a concessão dos direitos que pleiteia através do âmbito processual. Como instrumento decisório, o juiz utilizará a presunção de acordo com o estabelecido no art. 335, do CPC, e nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Poderá o juiz, com base na sua experiência e na equidade, considerar que determinada situação de fato pode ser presumida por conta do que se observa ordinariamente em situações semelhantes¹⁸⁸.

Conclui-se, portanto, que, dentro do processo, a heterogeneidade do envelhecimento, que varia de pessoa para pessoa, poderá ser averiguada. Nestes casos, será possível ao juiz, diante da hipótese concreta e dos laudos apresentados pelos peritos, não considerar presentes todos os elementos. E isto porque, a par do critério legal - que, repita-se, é muito relevante para os direitos garantidos pela Lei 10.741 e em outros diplomas legais, como no caso do requerimento de alimentos, em favor do idoso¹⁸⁹ -, para verificar-se a responsabilidade civil, a presunção de vulnerabilidade após os sessenta anos poderá ser afastada pelas provas produzidas, sobretudo pela análise detida dos peritos de confiança do juízo.

de Direito Civil, v. 22, abr. 2005. p. 100.

¹⁸⁸MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 200 e 206.

¹⁸⁹ Neste caso, o critério cronológico será absoluto, nos termos do art. 1º do Estatuto do Idoso.

A necessidade desta análise mais específica em relação ao indivíduo idoso se comprova pelos resultados obtidos pela já mencionada pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*, realizada pelo SESC Nacional e SESC São Paulo em parceria com a Fundação Perseu Abramo¹⁹⁰. Os dados apresentados pela pesquisa, quando se questionou a partir de que idade a pessoa seria idosa, variaram bastante. Verifica-se, inclusive, que as opiniões sobre o momento de início da velhice divergem entre os entrevistados sobretudo em função da faixa etária, como será demonstrado.

Os jovens, entre 16 e 24 anos, acreditam que a velhice se inicia em média aos 66 anos e 3 meses; os adultos, por sua vez, defendem como ponto de partida a idade de 68 anos e 11 meses. Os idosos, por fim, entendem que a velhice realmente só começa a partir dos 70 anos e 7 meses. Fica clara, portanto, a grande variação possível neste âmbito, e que são justamente os idosos pelo conceito legal – indivíduos com mais de sessenta anos - aqueles que defendem ter início a velhice a partir dos setenta¹⁹¹.

Além disso, pode-se afirmar que, regra geral, a condição de um idoso com sessenta anos é bem diversa daquela observada quando o indivíduo detém, por exemplo, noventa anos. Neste sentido, a dificuldade do critério cronológico residiria justamente no fato de “não considerar as diferenças pessoais e a larga faixa etária que está abrangida pelo conceito, principalmente se levarmos em conta que, atualmente, são cada vez mais numerosas as pessoas centenárias”¹⁹².

Sendo assim, e tendo em vista a necessária análise específica que deve ser feita dentro do processo, a possível reparação por danos morais poderá variar conforme o grau de vulnerabilidade da pessoa, que tende a aumentar de acordo com o passar dos anos. Não poderá o juiz, por exemplo, no comum dos casos, condenar

¹⁹⁰ Nestes termos, a pesquisa “envolveu amostra probabilística de 2.136 idosos com 60 anos e mais e 1.608 jovens e adultos de 16 a 59 anos, residentes em 204 municípios grandes, médios e pequenos das cinco macrorregiões do país (Sudeste, Nordeste, Sul, Norte e Centro-Oeste). A aleatorização das subamostras foi uma providência metodológica fundamental por garantir a generalidade dos dados em relação à população brasileira das mesmas faixas de idade”. NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 16.

¹⁹¹ Comentando a pesquisa, v. LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 143: “À medida que se acrescentam anos à vida, a definição cronológica de velhice se transforma, ou seja, o envelhecer parece se estender. Assim, os jovens a delimitam em torno dos 66 anos, os adultos, em torno dos 68, e a população idosa, a partir dos 70 anos”.

¹⁹²BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 44.

os agressores, dentro de situações semelhantes, a uma mesma reparação envolvendo, de um lado, um idoso com sessenta anos e, de outro, uma senhora centenária. O critério puramente cronológico, que qualifica todos os indivíduos acima de sessenta anos da mesma maneira, poderia resultar em graves injustiças nestas hipóteses.

A configuração da velhice para fins de responsabilidade civil, portanto, se dá de maneira diversa, dependendo do indivíduo em questão. Algumas pessoas, ao alcançarem o critério legal, aos sessenta anos, não apresentam qualquer espécie de vulnerabilidade, seja material ou emocional, devendo o critério etário, portanto, ser interpretado tão-somente como uma presunção em favor da possível vítima.

Da mesma maneira, o conceito de família, para fins de responsabilidade civil, será diferente daquele previsto tradicionalmente pelo Código Civil. Ou seja, não estará vinculado, obrigatoriamente, a laços de parentesco, matrimônio ou companheirismo. Vale destacar, inicialmente, que a Constituição não aponta o conceito de família. A Carta trata do ponto, contudo, em diversos dispositivos, como em seu art. 226, que prevê que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Em complemento, além da família fundada no casamento, o §3º do citado artigo reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, enquanto que o §4º confirma como entidade familiar também “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. O Estatuto do Idoso, por sua vez, em seu art. 44, faz menção expressa no sentido de que os laços familiares devem ser preservados¹⁹³, ou seja, igualmente não apresenta um conceito de família específico, apenas determina alguns traços que lhe são característicos.

Como mencionado anteriormente, à família como entidade – a par de sua ausência de definição – foi imputado o dever constitucional de zelo e cuidado em relação ao idoso, nos termos do art. 230: “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. O §1º complementa ao afirmar que “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares”. Também o Estatuto do Idoso, em seu art. 3º, dispõe que:

193 Lei nº 10.741, art. 44: “As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”.

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

Desta maneira, é de extrema relevância para o presente trabalho determinar qual o conceito de família aplicável para fins de responsabilidade civil em relação ao idoso. No atual estágio do estudo e aplicação do Direito, deve-se considerar a família a partir de um viés de realidade. Ou seja, deve-se observar, para a caracterização da família, aqueles indivíduos que realmente coabitam, que possuem, de fato, um projeto de vida em comum. Sendo assim, a família, para fins de responsabilidade civil em relação ao idoso, não corresponderá, necessariamente, àquela fixada com base no parentesco e na afinidade prevista no Código Civil¹⁹⁴. E isso porque, para a teoria clássica, “as pessoas unem-se em uma família em razão de *vínculo conjugal* ou *união estável*, de *parentesco* por consanguinidade ou outra origem, e da *afinidade*”¹⁹⁵. Como esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

Lato sensu, o vocábulo *família* abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. Segundo JOSSERAND, este primeiro sentido é, em princípio, ‘o único verdadeiramente jurídico, em que a família deve ser entendida: tem o valor de um grupo étnico, intermédio entre o indivíduo e o Estado’. Para determinados fins, especialmente sucessórios, o conceito de família limita-se aos parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau. As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada *pequena família*, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos, correspondendo ao que os romanos denominavam *domus*¹⁹⁶.

Muitas vezes, nenhuma destas categorias se adequará à realidade do idoso, que não irá conviver com seus parentes, conforme a qualificação prevista no Código Civil, mas sim terá como figura de cuidador uma outra pessoa próxima. A família, sem dúvida, é uma realidade muito mais sociológica do que jurídica, variando, até mesmo dentro do Direito, a sua natureza e extensão, o que vai refletir diretamente

194 Os artigos mais importantes sobre o parentesco no Código Civil são: art. 1.591 – “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”; art. 1.592 – “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”; art. 1.595 – “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro. § 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

195 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 272.

196 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1-2.

no objeto deste estudo. Um caso comum de ser observado na prática, sobretudo em razão dos – ainda presentes – excessivos entraves burocráticos à adoção, corresponde aos “filhos de criação”, ou seja, pessoas que conviviam com a posse de estado de filho de terceiros, e não com seus pais biológicos/registros, e hoje são responsáveis por aqueles que os criaram e educaram. Neste caso, a presença dos laços afetivos e/ou de convivência justifica que esta relação seja abarcada pelo conceito de família para fins de responsabilidade civil, ainda que fora do rol previsto pelo Código Civil¹⁹⁷.

Ressalta-se que esta visão alargada de família, para certos fins, não corresponde necessariamente a uma novidade no ordenamento jurídico. Conforme se verifica do art. 1.412, §2º, do CC 2002, correspondente ao antigo art. 744, I a III, do CC 1916, por exemplo, “as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico”. Ou seja, para fins do direito real de uso, inclusive as necessidades das pessoas do serviço doméstico são incluídas nas necessidades da própria família. Não há, por conseguinte, qualquer arbitrariedade em aplicar-se um conceito de família para fins de responsabilidade civil com base no descumprimento do dever de cuidado.

Da mesma forma, *a contrario sensu*, não há como se pretender proteger laços e vínculos familiares por meio da responsabilidade civil onde esses nunca existiram. Não será por força da lei que, por exemplo, um idoso ausente durante toda a vida do filho biológico, que jamais fez questão de conhecê-lo, passará a ter com este qualquer vínculo. O mesmo exemplo acima citado serve para esclarecer o ponto: o pai que abandonou o filho, deixando a sua criação sob a responsabilidade de terceiro, que exerceu o papel e a função de pai, não poderá, no futuro, alegar abandono ou inobservância de dever de cuidado. E isso porque, a par de, nos termos do Código Civil, serem os dois parentes em linha reta, não será família para fins de responsabilidade civil¹⁹⁸. Nada impediria, por exemplo, que fossem

¹⁹⁷ A pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade* confirma esta informação. Das pessoas entrevistadas, além da maioria que afirmou morar com os filhos e/ou parceiro – que são ainda as hipóteses mais comuns –, 30% reside com netos; 4% com irmãos; 10% com genro/nora; 2% com empregados domésticos; 1% com sogros; 2% com pessoas sem qualquer vínculo de parentesco; 7% com outros parentes mais distantes; e, por fim, 15% afirmou morar sozinho.

¹⁹⁸ Vale ressaltar que esta conclusão é diversa daquela que se chegou em relação à responsabilidade civil nas relações paterno-filiais por abandono moral. Naquela, afirmou-se que o simples vínculo biológico entre pai e filho seria suficiente para ensejar a reparação, enquanto que no caso do pai idoso com filho adulto, o entendimento delineado é diverso: deve ter ocorrido algum relacionamento entre os dois para haver reparação. Isso se justifica pelo fato de que, no caso do abandono moral de menor, há outros princípios

pleiteados alimentos em favor deste pai registral¹⁹⁹, mas a responsabilidade civil, conforme o que foi colimado, estaria afastada.

Não se pretende, de maneira alguma, abrir margem para a difícil questão do que caracteriza um bom ou mau pai/mãe. E isto porque tal discussão não é relevante, regra geral, para a responsabilidade civil nestas hipóteses. O que deve ser aferido é se existe – ou já existiu - vínculo entre aquelas pessoas, se uma foi presente na vida da outra, enfim, se tinham uma relação, não dependendo a eventual responsabilidade da qualidade da mesma, mas tão-somente da circunstância de sua existência, com a presença de projetos de vida em comum. Certo é que eventual fim do afeto ou da relação direta entre as partes não justifica o fim da responsabilidade imposta pelo legislador.

Em complemento, vale ressaltar que a alteração maciça nos arranjos tradicionais da família, o aumento do número de divórcios, as famílias recompostas, a maternidade tardia, o menor número de membros da família, todos esses fatores contribuem para uma alteração no padrão, até então tradicional, de cuidadores das pessoas idosas, culminando na mudança dos laços de solidariedade intergeracionais. É justamente neste contexto que irá se inserir a preocupação com os devidos contornos de família para a responsabilidade civil aqui analisada. Inclusive, a reparação por danos morais em favor de familiar que demonstra vínculo

envolvidos, como a paternidade responsável, que justifica a reparação por danos morais principalmente nos casos em que não há qualquer relacionamento. Além disso, no caso do menor, se está diante de um incapaz, que sofre as consequências nefastas da postura de seu pai, plenamente capaz. No caso do idoso, por outro lado, o pai, agora em avançada idade, que, deliberadamente, e no exercício de sua plena capacidade, decidiu não ter qualquer relação com o filho quando menor, não pode pretender que este, agora, tenha com ele qualquer obrigação, tendo em vista que o afastamento é consequência direta de sua postura omissa anterior. O filho biológico, nestes casos, para fins de responsabilidade civil, terá obrigações não em relação ao pai biológico e/ou registral, mas sim em relação àquele que, efetivamente, exerceu a função de pai, nos termos do que é defendido pela psicanálise.

¹⁹⁹ Alguns doutrinadores, entretanto, defendem que esta exceção incluiria inclusive o pedido de alimentos a favor do idoso, que deveria ver seu pedido julgado improcedente. Contudo, vale ressaltar que o texto legal, nos termos dos arts. 11 e 12 do Estatuto do Idoso, não faz qualquer ressalva. Sobre o tema v. FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 96: "Para a imposição da obrigação de prestar alimentos, ou do dever de cuidado com a pessoa idosa, dessa forma, não basta o mero vínculo de parentesco; necessário que exista vínculo afetivo entre alimentante e alimentando, entre cuidador e paciente, para tornar certa a obrigação, com fundamento na necessária solidariedade familiar. Não havendo qualquer relação de afetividade entre as partes, não se pode impor a obrigação alimentar, tampouco o dever de cuidado, apenas com base na relação de parentesco, vez que ausente o fundamento para tanto, ou seja, o vínculo afetivo. [...] Incabível, assim, falar-se que o idoso tem direito absoluto de receber alimentos e cuidados de seus filhos, apenas em face do que dispõe o Código Civil e o Estatuto do Idoso. Nem todas as relações familiares são adequadas, tampouco seguem um padrão moral aceitável". O referido autor cita, ainda, precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul neste sentido, de relatoria da Des. Maria Berenice Dias (TJRS, 7ª Câmara Cível, Ap. 70013502331, Rel. Des. Maria Berenice Dias, 15 fev. 2006).

efetivo já era observada em caso de morte, como demonstra o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. QUEDA DA JANELA DO 3ª ANDAR DE ESCOLA INFANTIL. MORTE DA CRIANÇA. DANO MORAL AOS PAIS E AVÓS. PENSIONAMENTO MENSAL. CORREÇÃO.

1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente, no caso houve expressa manifestação acerca da legitimidade ativa dos avós.

2. O sofrimento pela morte de parente é disseminado pelo núcleo familiar, como em força centrífuga, atingindo cada um dos membros, em gradações diversas, o que deve ser levado em conta pelo magistrado para fins de arbitramento do valor da reparação do dano moral.

3. Os avós são legitimados à propositura de ação de reparação do dano moral decorrente da morte da neta. A reparação nesses casos decorre de dano individual e particularmente sofrido por cada membro da família ligado imediatamente ao fato (artigo 403 do Código Civil).

4. Considerando-se as circunstâncias do caso concreto e a finalidade da reparação, a condenação ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 114.000,00 para cada um dos pais, correspondendo à época a 300 salários mínimos e de R\$ 80.000,00 para cada um dos dois avós não é exorbitante nem desproporcional à ofensa sofrida pelos recorridos, que perderam filha e neta menor, em queda da janela do terceiro andar da escola infantil onde estudava. Incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes, entre eles: REsp 932.001/AM, Rel. Min. Castro Meira, DJ11/09/2007.

5. No que se refere ao dano material, a orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte²⁰⁰.

Claro que a hipótese analisada nesta dissertação é bem diversa, mas o exemplo se presta a demonstrar que o efetivo vínculo entre as partes já vinha sendo exigido para fins de responsabilidade civil, o que pode ser aplicado tanto nos casos em que a reparação seria reconhecida em favor do familiar – como na hipótese da morte de um parente – ou contra ele, como na responsabilidade civil envolvendo o idoso no contexto familiar.

Obviamente que, da mesma forma que há uma presunção²⁰¹ em favor do indivíduo maior de sessenta anos quanto à sua caracterização como idoso, como anteriormente comentado, também haverá presunção de que o filho constitui família

²⁰⁰ STJ, 2ª Turma, REsp 1101213/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 27 abr. 2009.

²⁰¹ Interessante conceito de presunção é apresentado por Caitlin Sampaio Mulholland: “Na medida em que a prova de um fato é a certeza de sua ocorrência, a presunção é a representação de sua probabilidade, sendo empregada como mecanismo complementar às demais técnicas probatórias admitidas em direito, com o fim de, utilizando-se dos indícios encontrados na descrição de um fato, tornar certo aquilo que, a princípio não o é”. MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 197-198.

para fins de responsabilidade civil, o que, entretanto, poderá ser afastado diante das provas produzidas no caso concreto.

Outro ponto importante a ser esclarecido: a responsabilidade civil em relação ao idoso no contexto familiar se fundamenta não apenas na vulnerabilidade do indivíduo vítima, mas também pela facilidade do agressor, diante da proximidade com o idoso, em perpetrar a conduta danosa. Neste sentido, vale mencionar passagem de Ruth Gelehrter da Costa, ao comentar a pesquisa *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*:

Preocupa a percepção idealizada da proteção, do carinho e da compreensão familiar. Dados de pesquisa (Minayo, 2003) mostram que, no contexto familiar, as agressões são, em geral, praticadas pelos próprios filhos homens ou parentes próximos que residem no mesmo local, muitos deles dependentes químicos. A situação social e econômica atual complica ainda mais este panorama, já que muitos filhos desempregados e suas famílias sobrevivem com os poucos ganhos dos idosos aposentados, invertendo a situação esperada de proteção. A falta de redes de apoio social soma-se a este quadro em que tensões e conflitos são inevitáveis. Chaves (2002) diz que o idoso é capaz de falar e até de denunciar a dor da alma – os insultos, as verbalizações discriminatórias – e a dor física – as lesões corporais e os abusos sexuais -, mas é incapaz de dar sequência aos trâmites legais depois da queixa judicial, acuado pela possibilidade de rejeição no ambiente familiar e na sociedade²⁰².

Desse modo, o conceito de família para a caracterização da responsabilidade civil exige uma demonstração mínima de vínculo efetivo e/ou coabitação entre as partes envolvidas. A importância da correta apreensão dos conceitos para fins de reparação por danos morais é inegável, tendo em vista a relevância social da questão, como demonstra Ana Maria Viola de Sousa:

Essa situação se reflete também na família que enfrenta novos desafios ante as mudanças referenciais das relações entre os elementos que a compõem, especialmente com o acentuado declínio dos parâmetros tradicionais, criando novos modos de relacionamento entre gerações. Situar o idoso no seio da família, individualizá-lo como cidadão é, portanto, imperioso para garantir todos os seus direitos previstos nos ordenamentos jurídicos, os quais existem em função do homem em sociedade [...] As legislações de proteção ao idoso existem, bem como o comportamento omissivo e desrespeitoso da família e da sociedade em relação a esse segmento. O idoso, por vezes, torna-se uma vítima da família e da sociedade, discriminado, devido à sua fragilidade física e mental, deixando-o como um ser isolado e abandonado à sua própria sorte²⁰³.

202LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 148-149.

203SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas: Alínea, 2004. p. 178-179.

Aprofundando a questão, vale ressaltar que o papel primordial da família como cuidadora direta do idoso tende a ser relativizado, justamente pelas dificuldades inerentes a este processo. Deste modo, o progressivo aumento da participação de instituições voltadas para este tipo de serviço é movimento já observado em outros países, podendo se constituir em realidade, nos próximos anos, na sociedade brasileira.

O assunto merece destaque na medida em que não são raros os casos em que a família assume o compromisso de tutela do idoso, mas o faz de maneira deficiente. Não obstante a legislação em vigor – como o Estatuto do Idoso, em seu art. 3º, Parágrafo Único, V²⁰⁴ – e a própria Constituição de 1988 indicarem a família como primeira responsável pelo idoso, muitas vezes, diante do caso concreto, verifica-se que nenhum cuidado é dispensado ao idoso pelos membros de seu círculo familiar. Como afirma Ana Amélia Camarano:

vários autores têm argumentado que, muitas vezes, o cuidado de longa duração empreendido pelos próprios familiares não é necessariamente adequado aos idosos. Além disso, há que se reconhecer a existência de pessoas que envelhecem sem familiares próximos. Assim, a transferência do cuidado do idoso dependente da família para o Estado ou o mercado pode ser vista como positiva. No entanto, esta opção implica altos custos, o que a faz ser escolhida apenas pelos países ricos e com programas de bem-estar social eficientes e sustentados por impostos gerais²⁰⁵.

Inclusive, o Estatuto do Idoso prevê, no § 1º do art. 37, que “a assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família”.

Em contrapartida, as instituições de acolhimento dos idosos, sejam privadas ou públicas, não detêm aceitação da sociedade brasileira, sendo apontadas, muitas vezes, como uma espécie de abandono institucional por parte das famílias²⁰⁶. Em

204 Lei nº 10.741, art. 3º, Parágrafo Único, V: “priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência”.

205 Sobre o tema, vale destacar trecho do trabalho de CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 170.

206 Destaca-se mais um trecho do trabalho de CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 170: “Isso levanta a questão de quem oferecerá cuidados para esse grupo populacional: a família ou as instituições? A residência em instituições de longa permanência para idosos (ILPIs) não é uma prática comum nos países do hemisfério Sul. Historicamente, as instituições têm sido vistas com resistência e preconceito, tradicionalmente como

complemento ao quadro desfavorável, denúncias de maus tratos e falta de condições de higiene são presença constante nos meios de comunicação, em total desrespeito ao art. 37, §3º, do Estatuto do Idoso²⁰⁷, fazendo com que os próprios idosos vejam com muita resistência uma possível mudança para alguma destas instituições.

É claro que nem todas as instituições de longa permanência sofrem dos problemas noticiados pela mídia. Contudo, aquelas que apresentam conduta exemplar, sendo sempre aprovadas, dentre outros, pelos representantes do Ministério Público²⁰⁸, no comum dos casos, apresentam valores muito altos de manutenção. Ainda assim, mesmo os idosos e famílias que possuem condições de suportar os gastos financeiros, evitam este tipo de medida, tendo em vista a grande mudança de rotina e perspectiva que elas encerram, com a perda de referenciais importantes para alguns idosos. Ao mesmo tempo, no tocante aos indivíduos mais carentes, as instituições de acolhimento mantidas pelo Poder Público, em sua maioria, estão relegadas ao abandono e à precariedade.

Desta forma, alguns autores vêm se questionando se a melhor saída para o caso dos idosos seria a manutenção do dever de cuidado com a família, ou se o Estado deveria se portar de maneira mais eficiente nestas questões. Ana Amélia Camarano termina por concluir que:

É bastante provável que permanecer com a família na comunidade seja a melhor opção para o idoso frágil. Mas a família pode assumir essa responsabilidade, dadas as suas novas configurações e o novo papel social da mulher? É importante, então, que se ajude a família a cuidar do idoso. Para isso, é importante que se estimule a criação de uma rede de assistência formada por centros de convivência, centros-dia, atendimento domiciliar, em suma, de outras formas de atenção que promovam a integração do idoso na família e na sociedade. No entanto, cada uma dessas modalidades vai atender a tipos de necessidades diferenciadas e não vai eliminar totalmente a demanda por instituições. Sempre vão existir os idosos totalmente dependentes, os com carência de renda e os que não constituíram família e precisarão de um abrigo e cuidados não familiares²⁰⁹.

'depósitos de idosos', como lugar de exclusão, dominação e isolamento ou simplesmente 'um lugar para morrer' (Novaes, 2003). Em geral, as famílias que decidem pela institucionalização de seus idosos são vistas como praticando o abandono e tendem a experimentar forte sentimento de culpa. Os idosos de hoje nasceram numa época em que o papel da família (em especial, o da mulher) como a cuidadora dos membros dependentes era claramente estabelecido nos contratos de gênero e intergeracionais, resultando numa expectativa elevada por parte dos idosos de receberem o cuidado familiar".

207Lei nº 10.741, art. 37, §3º: "As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei".

208 Lei nº 10.741, art. 52: "As entidades governamentais e não-governamentais de atendimento ao idoso serão fiscalizadas pelos Conselhos do Idoso, Ministério Público, Vigilância Sanitária e outros previstos em lei".

209Sobre o tema, vale destacar trecho do trabalho de CAMARANO, Ana Amélia. *Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos*. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 188.

Apesar da importante crítica acima referida, certo é que a Constituição impõe à família o expresso dever de cuidado em relação ao idoso. Por óbvio que parte desta obrigação poderá ser transferida a uma instituição especializada, que detenha melhor estrutura e condições de atender as necessidades do idoso, com a sua concordância. Contudo, por mais que a participação direta seja desempenhada por terceiros, a família deve observar seu papel de supervisão e controle, para ter certeza de que abusos não serão cometidos, uma vez que, em verdade, a responsabilidade na hipótese é sua.

3.3 O fundamento constitucional da reparação

De forma semelhante ao precedente apontado nesta dissertação, qual seja, a responsabilidade civil nas relações paterno-filiais por abandono moral, busca-se na própria Constituição o fundamento para o reconhecimento dos danos morais em relação aos idosos no seio da família. Será o dever de cuidado e o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme os seus quatro corolários, o embasamento axiológico necessário à sua caracterização. Como afirma Heloisa Helena Barboza:

Tanto ou mais importante do que a solidariedade, o cuidado emerge como valor que assegura, em toda sua dimensão, o livre exercício do direito ao envelhecimento. O cuidado representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro, entrando na natureza e na constituição do ser humano. O cuidado representa o rompimento com a tradição assistencialista ao idoso, orientada pela e para a doença, e que não atende toda extensão das complexas e diversificadas necessidades do idoso, ajustando-se, por natureza, à função de "facilitador" da qualidade de vida do idoso. O cuidado e a solidariedade viabilizam o "envelhecimento ativo", definido como "o processo de otimização das oportunidades de saúde, participação e segurança, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida à medida que as pessoas ficam mais velhas"²¹⁰.

Neste sentido, a Carta Constitucional, em seu art. 230, prevê que "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". De maneira mais detida, o art. 229 é claro ao afirmar que "os

²¹⁰BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 68.

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”. Ambos os artigos são a sede do princípio da solidariedade intergeracional no âmbito familiar, bem como do dever de cuidado da família²¹¹. Nestes termos, fica claro que a Constituição impõe à família, de maneira mais geral, e aos filhos, mais diretamente, o dever de cuidado em relação ao idoso.

Deste modo, o fundamento principal a justificar a responsabilidade civil nas relações do idoso com sua família será justamente o descumprimento por parte desta de um dever previsto de forma expressa na Constituição: amparar os idosos na velhice, tudo nos termos do art. 229 e 230. Estes dispositivos, por tratarem-se de normas constitucionais, são dotados de plena efetividade, não podendo ser interpretados como mera sugestão aos particulares²¹², mas sim como verdadeira obrigação.

Além disso, uma vez que a Constituição é um sistema e assim deve ser analisada, o art. 229 deve ser lido e interpretado em conjunto com o já referido art. 230. Ou seja, esse dever de cuidado não recai apenas sobre os filhos do idoso, mas também sobre toda a sociedade, mais especificamente sobre a família do indivíduo. E, tendo em vista que os arranjos de família hoje são múltiplos, não observando a homogeneidade de outrora, a melhor interpretação é aquela que reconhece a família para fins de responsabilidade civil conforme o conceito exposto no tópico anterior, ou seja, obrigando aqueles indivíduos que efetivamente mantém— ou mantiveram - alguma relação com a pessoa idosa. Assim, será a violação ao dever de cuidado em relação ao idoso o ato ilícito apto a gerar o dever de reparar o dano moral causado, nos termos do art. 186 do Código Civil.

211 V. BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117: “Quanto ao cuidado prestado a crianças, adolescentes e idosos, a Constituição, usando de vocábulos diferentes, consagrou a solidariedade entre gerações da mesma família voltada para os seus membros vulneráveis na forma do art. 229: ‘Os pais têm o dever de assistir, criar, educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade’. O direito ao cuidado especial, no seio da família, também é expressão do princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Fazem jus ao mesmo cuidado especial advindo da família os idosos, segundo o princípio do seu melhor interesse. Observe-se que o cuidado, tanto para crianças e adolescentes quanto o dirigido aos idosos, não se restringe à solidariedade intergeracional no âmbito familiar, mas também à solidariedade que deve provir da sociedade e do Estado em relação aos seus membros mais vulneráveis, em razão da idade reduzida ou avançada”.

212V. BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 241: “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”.

Prosseguindo no estudo, necessária se faz uma análise bipartida da questão: hipóteses de omissão, como os casos de abandono, por um lado; e hipóteses de violação por atos comissivos, como agressão - tanto física como moral - e maus tratos, por outro.

Nos casos de abandono e omissão, tendo em vista a violação do dever de cuidado referido e do efetivo descumprimento do princípio da solidariedade familiar²¹³, violando o direito do idoso, configurado está o ato ilícito, pela evidente inobservância do preceito constitucional, como já mencionado. Havendo ato ilícito, é possível falar-se em responsabilidade civil, pois, como mencionado em tópico anterior, resta superada a ideia de que a família é uma instituição detentora de fim em si mesma e, por isso, os danos que são causados em seu seio não devem sofrer maiores consequências em nome da “paz familiar”.

Vale ressaltar que, nos casos de omissão, ganha relevo mais diretamente a conduta dos filhos, uma vez que o art. 229 da Constituição é expresso ao apontar o dever de amparo na velhice, o que, entretanto, não afasta eventual responsabilidade daqueles que fazem parte da família do idoso, por força do art. 230 da Carta Magna, como foi anteriormente analisado.

Assim, em linha semelhante ao que se defendeu no tocante às relações paterno-filiais, não se discute aqui falta de amor, até porque não pode o Direito se imiscuir no mais profundo dos sentimentos humanos. O fundamento da responsabilidade civil nos casos de omissão será, em verdade, a inobservância do dever de cuidado previsto constitucionalmente, dependendo da análise específica do caso concreto e da presença dos requisitos da responsabilidade civil.

Vale ressaltar que o relacionamento envolvendo idosos no contexto familiar, tendo em vista a sua intrínseca vulnerabilidade²¹⁴, não possui a natureza de uma

²¹³Sobre o princípio da solidariedade, nas hipóteses de relações dentro de um grupo específico, como é o caso da família, v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116: “Em relação à violação daquilo que não pode ser considerado um direito subjetivo, nem uma faculdade, tampouco um poder-dever, a solidariedade, no entanto, pode se dizer fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: assim, ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação”.

²¹⁴Sobre vulnerabilidade, conceitua Heloisa Helena Barboza: “Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*, ‘que pode ser ferido’, de *vulnerare*, ‘ferir’, de *vulnus*, ‘ferida’) refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente, ser ‘vulnerado’ em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de todos os seres vivos. Determinados seres vivos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou *vulnerados*. Justificam-se por mais esta razão, plenamente, a *tutela geral* (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas,

relação entre iguais, apesar da importância do reconhecimento da capacidade civil destes indivíduos – que não a perdem tão-somente em razão da idade²¹⁵ - e da relevância do estímulo à tomada de decisões por conta própria, para sua autodeterminação. Importante esclarecer, novamente, que a reparação não teria por fundamento a falta de afeto, posto que não há essa obrigação jurídica, ou seja, não há direito subjetivo neste sentido a favor do idoso. Amor e carinho são próprios da esfera íntima de cada ser humano, não sendo possível a ingerência do Direito nesta seara. Estes são reconhecidos tão-somente como valores de grande relevância ao Direito de Família, devendo permear, em regra, essas relações, mas não obrigatoriamente.

Logo, mesmo naquelas relações em que o afeto não mais está presente, e ainda nos casos em que esta situação está consolidada pelo tempo, não decorre a imediata ausência de responsabilidade, persistindo as consequências jurídicas baseadas na Constituição, caso presentes os demais requisitos da responsabilidade civil. Vale ressaltar que não se pretende discutir neste trabalho eventual obrigação moral dos filhos e demais familiares, mas tão-somente o dever jurídico de cuidado previsto constitucionalmente.

Tendo em vista o fundamento constitucional suscitado, importante uma melhor elaboração do ponto, sobretudo porque é possível efetuar-se uma ponderação entre dois princípios constitucionais em conflito no caso concreto²¹⁶. Por um lado, a

como as de consumo, mas em todas as suas relações, especialmente as de natureza existencial, e a *tutela específica* (concreta), de todos os que se encontram em situação de desigualdade, por força de contingências (vulnerabilidade potencializada ou vulnerados), como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana. [...]Para os fins do Direito, se todas as pessoas são vulneráveis, é preciso estar atento a 'situações substanciais específicas', para que seja dado o tratamento adequado a cada uma delas. Não basta, portanto, afirmar a vulnerabilidade que têm, por conceito, todas as pessoas humanas e que se encontram protegidas pela cláusula geral de tutela implícita na Constituição da República. É indispensável verificar as peculiaridades das diferentes situações de cada grupo, como vem sendo feito com as crianças e adolescentes, com os consumidores, e a partir de 2003 com o idoso. Registre-se que muitos grupos, como os portadores de deficiências, homossexuais, transgêneros, indígenas, ainda não mereceram estudo adequado de suas peculiaridades e aguardam, há muito tempo, a edição de normas aptas a proteger sua dignidade".BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 78.

²¹⁵ BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 65: "Considerando que juridicamente a idade não afeta a autonomia, ressalvadas as hipóteses de seu comprometimento em razão de enfermidades, evidencia-se mais um caso de proteção especial, de modo a tornar efetiva a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Em outras palavras, é necessário assegurar a igualdade dos idosos, que se tornam pessoas 'desiguais', em decorrência do processo de envelhecimento".

²¹⁶ O reconhecimento da força normativa dos princípios e sua correta aplicação pelos Tribunais é de extrema relevância, como demonstra SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 304: "Também a força normativa dos

liberdade e a autonomia da vontade dos membros da família, sobretudo dos filhos, em não querer assumir o encargo de cuidar do idoso; por outro, o direito fundamental de cuidado em relação ao idoso, bem como o princípio da solidariedade – ainda mais forte no âmbito da família - e integridade psicofísica do idoso, que sofreria as consequências negativas da conduta de seus familiares no momento em que já se encontra mais vulnerável em virtude do processo de envelhecimento.

Na linha do raciocínio empreendido em relação ao abandono moral de filho menor, para solucionar a questão é possível utilizar-se os critérios apontados por Luís Roberto Barroso²¹⁷ como norte para a necessária ponderação: (i) nível de igualdade entre as partes; (ii) falta de razoabilidade do critério; (iii) preferência dos valores existenciais; e (iv) risco para a dignidade da pessoa humana. Seguindo essas orientações como paradigma, é possível concluir-se que, no comum dos casos, a autonomia dos membros da família, sobretudo dos filhos adultos e capazes, no sentido de se manter afastado dos idosos e negligenciar em seus cuidados, não pode prevalecer em relação ao direito fundamental do idoso. Sendo assim, a arguição do direito à liberdade do familiar não será fundamento bastante a afastar a responsabilização.

Seria possível, ainda, aplicar-se uma segunda construção jurídica a justificar a obrigação da família neste âmbito: diante da vulnerabilidade do indivíduo idoso, da sua especial condição, a própria Constituição, ao apontar o dever de cuidado dos filhos e da família, já teria apontado *a priori* o resultado da possível ponderação entre os princípios mencionados, uma vez que o próprio legislador já estabeleceu uma relação de prevalência do interesse do idoso²¹⁸.

princípios, por diversas vezes extraída de outros princípios (como o da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais, por sua vez construído a partir da exegese do art. 5º, §1º, da Constituição), tem sido objeto de reconhecimento e desenvolvimento por parte da jurisprudência. Com efeito, a partir do momento em que Juízes e Tribunais, ainda que com alguma resistência (embora cada vez mais isolada!), passaram a compreender os princípios como autênticas normas jurídicas, dotadas de eficácia e aplicabilidade, foi possível – já num segundo momento – ter como superada a sinonímia entre as regras e a assim designada auto-aplicabilidade, que resultava na negação da auto-aplicabilidade (hoje melhor designada de eficácia plena ou direta) dos princípios”.

217 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 261.

218 Comentando o princípio do melhor interesse do idoso, Heloisa Helena Barboza afirma: “Procura-se desse modo efetivar a proteção integral devida ao idoso, em razão da sua situação de vulnerabilidade potencializada pelas contingências existenciais, especializando a cláusula geral de tutela da pessoa humana, na linha já adotada para a criança e o adolescente e o consumidor. Consta-se implícito no preceito constitucional o princípio do melhor interesse do idoso, como expressão da proteção integral que lhe é devida com absoluta prioridade. Tal princípio, de inegável valia como critério hermenêutico, diante da complexidade da situação existencial do idoso, revela-se instrumento hábil na efetivação da tutela da dignidade das

Certo é que a aplicação correta dos princípios permite a evolução do ordenamento jurídico, com o reconhecimento de direitos que antes não eram garantidos, situação na qual se enquadra os danos morais nas relações de família envolvendo idosos. Neste sentido, vale ressaltar passagem de Ingo Sarlet:

aplicar princípios é estar sempre aberto à renovação do Direito, compreendida aqui como necessariamente abrangendo um processo permanente de reconstrução da ordem jurídica, sempre protagonizado também pelo Poder Judiciário, ainda mais considerando a circunstância elementar de que é a jurisprudência a responsável, em larga medida e por mais que se queira e possa criticar esta função, pela própria compreensão do conteúdo e significado jurídico desses princípios²¹⁹.

Prosseguindo na análise, na segunda vertente, de atos comissivos de violência por parte dos familiares, como agressões físicas e morais, abuso e maus tratos, além do fundamento da violação ao dever de cuidado previsto constitucionalmente, na linha do que foi acima defendido para atos omissivos, ainda é possível apontar-se a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, com sede no art. 1º, III, da Constituição. Ou seja, o ato comissivo ensejará o desrespeito a um dos quatro corolários analisados no tópico 1.3: liberdade, integridade psicofísica, igualdade e solidariedade. Esta conduta justificaria a condenação em reparação por danos morais acerca de qualquer pessoa que assim procedesse em relação ao idoso, devendo com mais razão ainda ser reconhecida quando levada a cabo por um familiar. Isto fica mais claro pois, pelo menos em tese, o familiar é pessoa, nos termos do tópico 3.2, da confiança do idoso, que com ele possui maior relação, sendo seu ponto de apoio na jornada final da vida, o que imputa maior gravidade na conduta para fins de responsabilidade civil, devendo, inclusive, repercutir quando da análise do *quantum* indenizatório pelo magistrado.

Inegável ainda que a possibilidade de responsabilização pecuniária no âmbito civil é de extrema relevância para a alteração dos padrões culturais de violência e abandono, tendo em vista que as sanções previstas no Estatuto do Idoso²²⁰, dentre

peças que se encontram em um estágio mais avançado da existência humana". BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.71.

²¹⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 298.

²²⁰Dentre as sanções, destaca-se o rol de crimes tipificados nos artigos 95 a 108 do Estatuto do Idoso.

outras, não se mostraram suficientes para coibir esse tipo de prática social²²¹. Conclui-se, portanto, que a conduta do familiar pode se adequar entre aquelas aptas a ensejar a responsabilidade civil, desde que presentes seus requisitos gerais, já referidos de maneira mais aberta no tópico 1.2 e que serão analisados de forma mais detida no próximo tópico. Haverá neste caso, sem dúvida, não apenas uma obrigação do ponto de vista moral, mas também um dever de natureza jurídica. Este será oriundo do descumprimento das normas comentadas, com a consequente caracterização do ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Repita-se que não haveria razão para que o Direito de Família fosse “blindado” pela impossibilidade de responsabilização, sobretudo em razão da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana e da importância da proteção do interesse individual dos membros da família, nos termos do art. 226, §8º, da Constituição. Não se mostra razoável o argumento de que a família detém certa imunidade no tocante à responsabilidade civil, pois haveria evidente incompatibilidade com o ordenamento constitucional vigente. O Poder Judiciário pode e deve intervir nessas questões, sobretudo pela presença de um indivíduo vulnerável, como é o caso do idoso.

3.4 Os elementos da responsabilidade civil aplicados à hipótese do idoso

A violação ao dever de cuidado previsto constitucionalmente, como mencionado em tópico anterior, é, sem dúvida, o principal fundamento para a caracterização da responsabilidade civil no caso analisado nesta dissertação. Assim, para haver a condenação à reparação a título de danos morais, o ato ilícito apto a ensejá-lo, pelos fundamentos expostos, será a violação ao referido dever de cuidado, a qual corresponde um direito em favor do idoso, nos termos do art. 186 do Código Civil. Além da referida violação ao direito, tal qual em todas as circunstâncias

²²¹ Não obstante a referência acima, vale ressaltar que este conceito é diverso da hoje muito discutida função punitiva dos danos morais, tema que não será abordado nesta pesquisa. Contudo, interessante pesquisa sobre o tema pode ser verificada em GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. Limites ao valor da indenização: o problema da função punitiva da responsabilidade civil. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 610-635.

envolvendo a caracterização da responsabilidade civil, necessária ainda a presença de todos os seus requisitos genéricos, quais sejam: (i) conduta; (ii) culpa, na hipótese de responsabilidade subjetiva; (iii) nexó causal; e (iv) dano. Tendo em vista a análise mais aberta destes elementos elaborada no tópico 1.2 desta dissertação, será importante uma verificação mais detida do caso específico dos idosos no contexto familiar à luz destes elementos da responsabilidade civil.

Inicia-se com a conduta. Genericamente, esta pode ser uma ação ou omissão humana, capaz de gerar dano. Como mencionado no tópico 3.2, a conduta apta a ensejar a responsabilidade civil nestes casos deve, obrigatoriamente, estar vinculada a um familiar, nos termos do conceito apresentado naquele ponto. Não está sendo adotada aqui uma análise restritiva em desfavor do idoso, tendo em vista que a responsabilidade civil poderá ser reconhecida em favor da vítima idosa por conduta perpetrada por terceiro não familiar, mas com a única ressalva de que não poderá ser apontado como ato ilícito a inobservância ao dever de cuidado - pelo menos não nos termos apresentados por esta dissertação.

Repita-se ainda que, no caso específico do presente trabalho, a conduta apta a gerar o dano pode se dar de duas formas: (i) por ação, no caso de maus tratos, por exemplo; e (ii) por omissão, como na hipótese de abandono²²².

No caso de ato comissivo, como mencionado no tópico anterior, a existência de responsabilidade se justifica não somente pelo dever de cuidado, mas também pela violação direta a um dos corolários da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, na hipótese de omissão, o fundamento para a configuração da responsabilidade civil será sobretudo a previsão constitucional do princípio do especial cuidado em relação ao idoso. O que importa neste momento, entretanto, é que, em ambos os casos, estará configurado o ato ilícito, apto à aplicação da responsabilidade civil, nos termos dos arts. 927 e 186 do Código Civil.

Vale mencionar, ainda, a necessária cautela, especialmente do julgador, ao se deparar com casos vinculados a condutas comissivas. Há uma grave dificuldade prática quanto ao ponto: seria muito difícil – para não dizer impossível – ao magistrado avaliar se determinada pessoa é bom ou mau filho, bom ou mau familiar. Haveria, nesses casos, uma complicada questão probatória com altas doses de

²²² Reside neste ponto mais uma das diferenças entre a responsabilidade civil nas hipóteses de abandono moral de menor e os casos envolvendo idosos. Isso porque, nas relações paterno-filiais, existe, em regra, um não agir do pai, ou seja, omissão.

subjetivismo. Logo, o mais importante será observar, nos casos mais difíceis, os detalhes do próprio contexto fático. Condutas comissivas, como maus tratos, por exemplo, deixam vestígios, que podem embasar eventual condenação.

Em complemento, ressalta-se que a Constituição impõe à família o referido dever de cuidado, mas não existe uma cartilha que defina como isso deve ser feito. Cada núcleo familiar, dentro de alguns limites e do bom senso, determina as linhas gerais da convivência e situações preferenciais dentro do grupo, não havendo, salvo casos mais graves, um critério objetivo que determine o que é certo ou errado. A palavra-chave neste âmbito será, justamente, liberdade. Tendo em vista essas premissas, em regra, a responsabilização poderá ser bem difícil diante do caso concreto, quando a configuração dos fatos não está muito evidente e o abuso se apresenta de forma sutil, como, por exemplo, nos casos de assédio moral.

Contudo, existirão aquelas hipóteses em que o agir é mais evidente, como no já referido caso de maus tratos. Conforme esclarecido no ponto 1.3, merece prosperar a tese de que o dano moral se caracteriza através da lesão a um dos atributos do princípio da dignidade humana. Sendo um deles atingido, é perfeitamente possível a condenação de algum ou de todos os membros do grupo, tendo em vista que não há mais imunidade dentro do Direito de Família. Assim, nos casos de violência, por exemplo, a defesa do familiar não poderá se basear no fato de que o idoso recebe dele alimentos ou que usufrui da estrutura montada por aquela pessoa, bem como que a violência teria por escopo um suposto elemento pedagógico. A única forma de afastar o elemento da conduta, nestes casos, é a comprovação de que esta nunca ocorreu.

Para ilustrar a hipótese, é possível apontar o exemplo de um filho que, apesar de presente e atencioso, provendo seu pai de alimentos e moradia, contra este pratica violência física, causando-lhe sérios danos psicológicos. Em conjunto com as sanções penais cabíveis, haverá também aqui o dever de indenizar.

Fundamento diverso deverá ser utilizado nas hipóteses caracterizadas por um não agir. Até por isso, a omissão dos familiares também é ponto revestido de especial interesse. Como já referido, a Constituição de 1988 trouxe, dentre outros, o princípio do cuidado em relação ao idoso. Por intermédio dele, extrai-se o dever específico da família neste sentido, principalmente dos filhos, por força do art. 230. Sendo assim, a omissão de familiar, ao contrário do que pode fazer crer a aplicação

simples dos dispositivos do Código Civil, será plenamente apta a caracterizar o dever de indenizar.

De acordo com os fundamentos mais detidamente explorados em tópico anterior, o que o legislador constituinte pretendeu foi assegurar ao idoso um mínimo de atenção e cuidado. Em verdade, o que se exige não é demonstração de amor e afeto, mas sim responsabilidade. Desse modo, quando a família se omite em relação a um idoso, estará, sem dúvida, praticando ato ilícito, na medida em que descumpre, claramente, com um dever previsto constitucionalmente. Não caberá aqui qualquer análise que privilegie a liberdade do familiar em detrimento do idoso. Como analisado anteriormente (tópico 3.3), a ponderação a ser realizada deve concluir pela prevalência dos direitos do idoso. É claro que o familiar possui efetivamente a liberdade - como qualquer outra pessoa - de descumprir o seu dever, mas não há liberdade em decidir-se por arcar ou não com as consequências de seus atos, devendo ser imposta pelo Poder Judiciário a devida reparação, estando presentes os demais requisitos.

Repita-se que não há qualquer fundamento para a exclusão da normativa da responsabilidade civil nas relações de família. Sendo assim, o descumprimento de um dever estabelecido constitucionalmente perante o idoso, seja por ação ou por omissão, a par das eventuais consequências penais ou do dever de alimentos, também ensejará a correspondente reparação.

O segundo elemento da responsabilidade civil a ser analisado é a culpa, tendo em vista que a hipótese desafia a caracterização de responsabilidade subjetiva²²³. Conclusão diversa não pode ser extraída do ordenamento jurídico pátrio. A par do amplo leque de possibilidades expressamente abarcadas pela responsabilidade civil objetiva atualmente - como por exemplo no caso dos consumidores, prevista nos arts. 12 e 14 do CDC, bem como da responsabilidade civil do Estado, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição- e da cláusula geral vinculada ao risco, conforme art. 927, parágrafo único, do CC, certo é que a hipótese analisada nesta dissertação não se inclui em nenhum destes dispositivos.

223 Sobre o assunto na jurisprudência, v. TJ/RS, Ap. 70021427695, Rel. Min. Claudir Fidélis Faccenda, j. 29 nov. 2007: "A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva. O dever de indenizar decorre do agir doloso ou culposo do agente. No caso, restando caracterizada a conduta ilícita do pai em relação ao filho, bem como o nexo de causalidade e o dano, cabe indenização por danos materiais e morais".

Guilherme Couto de Castro define a culpa como “a inobservância de uma conduta exigível para o caso concreto, tendo em vista padrões medianamente assentes”²²⁴. Estando a culpa presente em conjunto com os demais elementos, será possível a reparação por danos morais²²⁵.

Contudo, o elemento culpa estaria afastado, por exemplo, quando o filho não sabe quem é sua mãe, já idosa, ou desconhece seu paradeiro, pois não são raros os casos em que a família, após anos de afastamento, perde contato com seus idosos. Igualmente, a impossibilidade fática possui o condão de afastar a culpa, como em hipótese na qual o filho se muda para cidade distante ou mesmo outro país, o que, dependendo do caso concreto, pode dificultar a colaboração com a manutenção do idoso. Outro exemplo possível é a circunstância oriunda de perigo ou risco que poderia ser causado ao idoso, como no caso de doença infectocontagiosa, alcoolismo mórbido, utilização de drogas ou doença mental”²²⁶.

Merece relevo ainda os casos de inexigibilidade de conduta diversa, conceito este melhor analisado no âmbito do Direito Penal²²⁷, mas que poderia, facilmente, ser adotado para fins de responsabilidade civil. Um exemplo seria o filho que apresenta uma vida desestruturada, ou graves restrições financeiras, que o impedem de cumprir seu dever de cuidado em relação ao pai idoso. É possível imaginar-se ainda hipótese em que o idoso, ainda que eventualmente presente, jamais tenha aceitado ajuda de seus familiares e nunca a requereu expressamente,

224 CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. Niterói: Impetus, 2009. p. 169.

225 Neste sentido, SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 95: “Nas relações entre pais e filhos existem deveres e direitos, de modo que o conceito de culpa – descumprimento consciente de norma de conduta – e as consequências que da culpa resultam – dentre as quais o dever do lesante de indenizar o lesado pelos prejuízos que lhe foram acarretados – merecem a devida análise”.

226 Estes últimos exemplos são apontados, ao comentar as relações paterno-filiais, por HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 138.

227 Nestes termos, vale destacar trecho de Rogério Greco: “O conceito de exigibilidade de conduta diversa é muito amplo e abrange até mesmo as duas situações anteriormente colocadas – imputabilidade e potencial consciência sobre a ilicitude do fato -, que têm como finalidade precípua afastar a culpabilidade do agente. Se o agente era inimputável, pois que, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não se lhe podia exigir uma conduta conforme o direito; da mesma forma aquele que atua não possuindo a necessária consciência sobre a ilicitude do fato. Todas essas causas dirimentes da culpabilidade desembocarão, é certo, na chamada inexigibilidade de outra conduta, haja vista que, nas condições em que se encontrava o agente, não se podia exigir dele comportamento diverso. Nesse sentido, as lições de Zaffaroni, quando diz que ‘em última análise, todas as causas de inculpabilidade são hipóteses em que não se pode exigir do autor uma conduta conforme o direito’. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Impetus, 2007. p. 415-416.

ingressando, num segundo momento, com demanda de reparação no Poder Judiciário.

Além disso, como melhor definido ao comentar-se o conceito de família para fins de responsabilidade civil (tópico 3.2), esta não restará caracterizada quando nunca existiu qualquer espécie de vínculo entre as partes. Não será por força da lei que, por exemplo, um idoso ausente durante toda a vida do filho biológico, que jamais fez questão de conhecê-lo, passará a ter em relação a este qualquer direito, pelo menos para fins de responsabilidade civil²²⁸. Como já analisado, o conceito de família para a caracterização da responsabilidade civil mostra-se diverso daquela referência clássica no tocante aos laços de parentesco, matrimônio e companheirismo. Deverá estar presente um mínimo de vínculo efetivo entre as partes para restar configurada a culpa pelo descumprimento do dever de cuidado.

Neste ponto, vale ressaltar que esta conclusão é diversa daquela defendida em relação à responsabilidade civil nas relações paterno-filiais por abandono moral. Afirmou-se, naquela oportunidade (capítulo 2), que o simples vínculo biológico entre pai e filho seria suficiente para ensejar a reparação, contanto que outra figura não tenha exercido a função paterna. No caso da relação entre pai idoso e filho adulto, no entanto, o entendimento a prevalecer deve ser diferente: é necessária a verificação de algum relacionamento entre as duas partes para haver reparação, ainda que este não mais esteja estabelecido.

Isso se justifica pelo fato de que, no caso do abandono moral de menor, há outros princípios envolvidos, como a paternidade responsável, que fundamenta, em conjunto com o dever constitucional de educação e cuidado, a reparação por danos morais, principalmente nos casos em que não há qualquer relacionamento entre pai e filho, trazendo prejuízos ao menor vulnerável. Além disso, no caso do menor, se está diante de um incapaz, que sofre as consequências nefastas da postura de seu genitor, plenamente capaz e no exercício de seu direito de liberdade, mas atuando em desrespeito à dignidade do filho.

No caso do idoso, por outro lado, o pai ou mãe, em avançada idade, que, deliberadamente e no exercício de sua plena capacidade, decidiu não ter qualquer relação com o filho quando menor, não pode pretender que este, agora, tenha com

²²⁸ A ressalva feita é relevante na medida em que, de fato, outros direitos podem ser reconhecidos, como por exemplo, alimentos.

ele qualquer obrigação, tendo em vista que o afastamento é consequência direta de sua postura omissa anterior. O filho biológico, nestes casos, terá obrigações não em relação ao genitor, mas para com aquele que, efetivamente, exerceu a função de pai/mãe, nos termos do que é definido pela Psicanálise. Nestes casos fica ainda mais clara a importância do conceito de família defendido no tópico 3.2. Este exemplo também pode ser analisado como fato exclusivo da vítima, apto a afastar o nexo causal, próximo elemento a ser analisado.

O terceiro elemento genérico da responsabilidade civil é o nexo causal, ou seja, o liame entre o ato lesivo do agente e o dano causado, como melhor referido no tópico 1.2. Uma conclusão que se extrai inicialmente desse elemento é que o dano deve ser posterior ao início da conduta lesiva, sob pena de não restar configurado o nexo causal. É necessária uma análise retrospectiva, de maneira a se constatar, por exemplo - ainda que não de forma precisa, mas aproximada - quando o dano se iniciou, sobretudo nas hipóteses que envolvem atos omissivos.

Caso curioso foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual não restou configurado o nexo causal entre a conduta do pai e o dano psicológico da filha, tendo em vista que o ambiente familiar como um todo era perpassado por disputas. O caso diz respeito à hipótese vinculada à relação paterno-filial, mas poderia, sem dúvida, ocorrer com um idoso, nos seguintes termos:

Apelação Cível. Ação indenizatória. Dano moral causado pelo pai, por maus tratos e abandono afetivo à autora. [...] A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos extrapatrimoniais e, conseqüentemente, as que punem a infringência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/16, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. **Com fulcro em tais fundamentos, este Colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário. Destarte, as provas trazidas aos autos não evidenciaram que o réu/apelado tenha agido com culpa ou dolo em relação à filha (autora/apelante), de modo a causar-lhe danos morais. Não há evidência de que os distúrbios e desequilíbrio psicológico de que padece a apelante decorram de atos (comissivos ou omissivos) do apelado, posto que, impõe-se reconhecer que a desarmonia familiar é geral, onde todos litigam uns com os outros. No caso em tela, embora nem sempre admiráveis as atitudes do apelado para com a apelante, não se conclui que foram extremas ao ponto de causar danos morais, passíveis de indenização.** Entretanto, não impede que o Judiciário, aproveite-se da oportunidade para, no exercício da guarda dos direitos previstos no ordenamento jurídico e de aplicador da lei em prol da justiça, fim a que se propõe, diante da constatação de desarmonia na relação paterno-filial, em caso de criança e adolescente, remeta cópia dos autos à Vara especializada para que sejam tomadas medidas de apoio e orientação, utilizando-se da equipe multidisciplinar, em prol do restabelecimento da proteção integral da (o) filho (a),

criança ou adolescente. Em se tratando de filho (a) que já atingiu a maioridade civil, despido da proteção do ECA, pode e deve o magistrado recomendar ao genitor/genitora reclamado que respeitem e procurem uma melhor relação familiar com o (s) filho (a), em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, sempre protegido pela lei e passível de proteção do Estado (grifo nosso)²²⁹.

Ainda quanto a este elemento, importante uma breve referência acerca das causas de rompimento donexo causal. A doutrina aponta classicamente três circunstâncias principais: fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro e caso fortuito/força maior, todas podendo ser aplicáveis ao caso analisado nesta dissertação. Contudo, inegável que o fato exclusivo da vítima será, nestes casos, a excludente que possui maior relevância, aplicando-se a hipóteses, como no exemplo já mencionado, do pai que abandona o filho quando menor²³⁰.

Por fim, há o dano. No caso em tela, este dano será eminentemente moral, que, em regra, não necessita da prova do estado psicológico da vítima. Seria suficiente para a sua verificação a ocorrência do fato que o enseja, ou seja, o dano é considerado *in re ipsa*. Isto se justifica, sobretudo, pela dificuldade na produção desta prova para a parte lesada, sendo necessária, portanto, apenas a prova da conduta e de sua titularidade. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, na linha da melhor doutrina, já afirmou que “em regra, não se exige a prova do dano moral, mas sim, a prova da prática ilícita donde resulta a dor e o sofrimento que o ensejam”²³¹.

Ora, no caso das relações de família, não haveria motivo para se entender de forma diversa²³², até porque considerar-se o dano *in re ipsa*, decorrendo

229 TJ/RJ, Ap. 2006.001.62576, Rel. Des. Claudio de Mello Tavares, j. 11 abr. 2007.

²³⁰ Ainda ilustrando o ponto, poderia ser utilizado como exemplo para a configuração do fato exclusivo de terceiro a hipótese em que a mãe impede em sua totalidade o convívio entre pai e filho, afastando-os completamente. Nada impediria que este pai, já idoso, viesse a pleitear alimentos, mas não terá subsídios para reparação por danos morais em face do filho.

231 STJ, Resp 204.786-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07 fev. 2006.

232 Apesar dessa afirmação aparentemente lógica, muitos autores, nas relações paterno-filiais têm exigido a realização de perícias médicas e exames psicológicos. Para eles, do abandono moral não resultaria, necessariamente, dano psíquico. V. por exemplo, TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 7, dez./jan. 2009. p. 110: “No tocante ao dano suportado pelo filho abandonado, deve ele ser provado, em regra, pelo autor da demanda, uma vez que não se indeniza o dano hipotético ou eventual. Para tanto, servirá a perícia psicológica como meio probatório para a sua efetiva demonstração”. No mesmo sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 141. Igualmente, alguns julgados determinaram a necessidade de comprovação do dano, como no TJ/RS, Ap. 70022648075, Rel. Des. José S. Trindade, j. 24 jul. 2008: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA PATERNA. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO DANO. Se a omissão de afeto por parte dos pais em relação aos filhos, que estão em fase de formação da personalidade, causa-lhes danos e desequilíbrio emocional que prejudiquem o desenvolvimento pleno de sua personalidade e, por isso, é indenizável, esse dano deve restar demonstrado, porque a responsabilidade pelo ilícito civil decorre da existência do ato ilícito, que é composto não só do fato lesivo, mas também do dano e do nexos de causalidade entre o dano e o ato do agente. Não demonstrado o dano, o qual não se presume, mantém-se a improcedência da ação.

logicamente da conduta perpetrada, não afasta a possibilidade de o familiar comprovar que este, em verdade, não ocorreu.

O que existirá nestes casos, na verdade, é uma presunção relativa da ocorrência do dano. Nada impede que o familiar demonstre que este, no caso concreto, jamais ocorreu. Pode o réu na demanda, nas hipóteses de ato omissivo, por exemplo, requerer a realização de perícia psicológica. Mas a produção da prova caberá ao familiar, na tentativa de elidir a presunção que milita em favor do idoso. Não sendo requerida a sua realização, ou apresentadas outras provas que demonstrem a inexistência do dano, estando comprovados os demais requisitos, configurada restará a responsabilidade civil do familiar em relação ao idoso. Sem dúvida haverá a inversão do ônus da prova nesta hipótese, devendo o familiar dele se desincumbir.

Um exemplo seria a demonstração de que a pessoa em questão, não obstante ser maior de sessenta anos de idade, na verdade se trata de indivíduo independente, que não apresenta qualquer vulnerabilidade. Assim, poder-se-ia comprovar que aquela pessoa não sofreu os danos alegados pela omissão dos seus familiares. Como melhor referido no tópico 3.2, o reconhecimento da responsabilidade civil com fundamento no descumprimento do dever de cuidado previsto constitucionalmente em relação ao idoso (configurando, deste modo, o ato ilícito) somente pode se dar nas hipóteses em que se observa a figura de um idoso, conforme as circunstâncias do caso concreto. Se isto não se verificar, não há dúvida de que a responsabilidade civil poderá restar, ao fim, caracterizada, mas com fundamento em violação a direito diverso.

Repita-se que a proteção ao idoso ganha relevo pela vulnerabilidade inerente ao indivíduo, que é própria do processo de envelhecimento. Entretanto, inegável que o referido processo não ocorre de maneira similar com todas as pessoas. Certos indivíduos, ao ultrapassarem a margem do critério legal, aos sessenta anos, não apresentam qualquer espécie de vulnerabilidade, seja material, seja emocional. Desta forma, nos termos do defendido em tópico anterior (3.2), deve-se averiguar a vulnerabilidade em concreto.

Nestes casos, é possível que o juiz, diante da hipótese e dos laudos apresentados, não considere caracterizado o dano, afastando, em consequência, a responsabilidade civil. E isso porque, a par do critério legal, muito relevante para os direitos garantidos pelo Estatuto do Idoso e em outras leis, a presunção que milita a favor do indivíduo maior de sessenta anos em razão do critério cronológico, na hipótese de responsabilidade civil, pode ser afastada pelas provas produzidas, sobretudo pela análise detida dos peritos de confiança do juízo.

Logo, por mais reprovável do ponto de vista moral que seja a conduta do familiar – uma vez que as pessoas, regra geral, independente da idade, sofrem em alguma medida com o isolamento da família -, não haverá fundamento suficiente para ensejar a reparação, pelo menos não com base nestes argumentos. Ressalta-se novamente que estas provas devem ser produzidas pelo familiar, e não pelo idoso, tendo em vista que este se beneficia da presunção de ocorrência do dano, bem como daquela que considera a pessoa idosa quando maior de sessenta anos.

Uma outra hipótese concreta possível seria a comprovação direta da inexistência da conduta, o que irá descaracterizar o dano, na medida em que o familiar consiga demonstrar que mantém laços de afetividade ou vínculos estreitos com o idoso, bem como que o auxilia nos mais diversos aspectos. Para tanto, deve o familiar se utilizar de várias provas que demonstrem sua proximidade com o idoso, como fotografias e depoimentos, não sendo necessária, em tese, a prova pericial.

Destaca-se, entretanto, que o exemplo acima explicitado irá servir quanto aos atos omissivos, mas perde força quando se trata de atos comissivos, como a agressão física. E isso porque, ainda que restasse demonstrado os laços estreitos com o idoso, isto não seria suficiente para afastar a responsabilidade civil por conta da agressão, uma vez que seria possível, a qualquer indivíduo, requerer a devida reparação pelos danos morais causados, pois esta ocorrência atingiu diretamente a dignidade da pessoa humana, independente de idade. Certo é que, uma vez que exista no caso concreto a presença de um idoso em contexto de agressão familiar, esta circunstância pode, sem dúvida, influir na fixação do *quantum* indenizatório.

Vale destacar, por fim, a observação de Hele Nice Aparecida Penha, ao comentar que a fixação da pena nos casos de dano em idosos deve levar em conta uma avaliação, antes de mais nada, “dos elementos subjetivos do caso concreto, graduado de acordo com a gravidade, intensidade e a duração do dano e sofrimento

suportado pela vítima e o nível socioeconômico dos litigantes, a fim de educar pela aplicação de sanção à conduta lesiva”²³³.

3.5 Aplicabilidade da indenização pecuniária

Assumindo a premissa acima delimitada, da possibilidade de configuração de dano moral nas relações de família envolvendo idosos - como foi defendido também naquelas entre pais e filhos menores -, importante se faz alguns comentários sobre a respectiva indenização. É de grande relevância o questionamento se, reconhecida a caracterização dos danos morais, a única forma de reparação se daria mediante indenização em dinheiro. A questão está vinculada, inicialmente, ao perigo de uma possível inversão axiológica, pois danos inerentes à esfera existencial seriam compensados por meio de uma reparação de cunho essencialmente patrimonial. Surge, em consequência, a preocupação com a busca de novas formas de indenização, como demonstra Anderson Schreiber:

Assim, a consequência de uma lesão a interesse não-patrimonial resulta da parte do ordenamento jurídico em uma resposta estritamente patrimonial: o dever de indenizar, dando margem aos perigos da inversão axiológica antes mencionada. Em atenção a esta dificuldade, vem se consubstanciando uma quarta tendência na responsabilidade civil brasileira: a *despatrimonialização, não já do dano, mas da reparação*.[...] Diante dos tormentos da quantificação e da inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, a doutrina e os tribunais vêm despertando para a necessidade de buscar meios não-pecuniários que, sem substituir a compensação em dinheiro, se associem a ela no sentido de efetivamente reparar ou aplacar o prejuízo moral²³⁴.

Nos últimos anos, como já mencionado em tópico anterior, houve um visível processo de multiplicação dos danos morais ressarcíveis, dentre os quais pode-se incluir a hipótese de abandono moral paterno-filial e, tema mais específico deste trabalho, a própria violação ao dever de cuidado em relação ao idoso no seio familiar. Alguns autores, preocupados com a questão específica dos menores,

²³³ RIZZO, Hele Nice Aparecida Penha. Dano pessoal em idosos e crianças: avaliação processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 11, maio/jun. 2001. p. 52.

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 22, abr./jun. 2005. p. 64-65.

tentaram indicar outras soluções para a reparação destes danos, como Breno Vianna e Maria Isabel Pereira da Costa, apontando como possível resposta o pagamento de tratamento psicológico ou psiquiátrico, como se verifica nas seguintes passagens:

Os danos sofridos pelos filhos em função destes descumprimentos devem ser compensados, mas dependendo da natureza daqueles, de forma diferente da habitual, qual seja, dinheiro. Caso o dano seja emocional, ou seja, se atingiu a psique da vítima, dever-se-ia compensá-la pelo pagamento de um tratamento psicológico, ou até mesmo psiquiátrico²³⁵.

Se a omissão de dever dos pais atingiu o desenvolvimento da personalidade do filho, a indenização deve ser no valor suficiente para cobrir as despesas necessárias para que o filho possa corrigir ou amenizar o seu problema psicológico, mediante o tratamento terapêutico adequado, por profissional competente na área. Só quando não é possível o tratamento terapêutico adequado e específico para reparar o dano, voltando a vítima ao *status quo ante*, é que deve ser fixada a indenização em dinheiro, pois o afeto e o dinheiro são grandezas diferentes e não devem se compensar diretamente²³⁶.

Tendo em vista a semelhança com a hipótese retratada, sem dúvida este raciocínio poderia ser estendido ao caso dos idosos. É claro que, pela própria natureza do dano causado, muitas vezes as vítimas necessitarão de tratamento psicológico para a devida recuperação de sua autoestima e vontade de viver, sendo o acompanhamento de profissional especializado de grande valia para a manutenção de sua vida em sociedade. Contudo, em verdade, essas medidas não poderiam ser pensadas em substituição ao pagamento de uma reparação pecuniária propriamente dita, mas sim como seu complemento, inclusive a título de obrigação de fazer, consubstanciada no pagamento de certo tratamento. Corroborando a ideia, Rolf Madaleno, ao comentar a questão paterno-filial, aponta algumas dificuldades neste tipo de condenação:

O pagamento da terapia pelo causador do dano poderá implicar em eventuais interrupções do tratamento, pela presumível inadimplência e desobediência judicial de um contumaz devedor, causando novos desgastes para o filho já vitimado pela anterior ausência espiritual de seu progenitor. De outra parte, estaria sendo indenizado em longo e interminável prazo acaso fosse concedido ao genitor custear

235VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 482.

236COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão de afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005. p. 38.

o tratamento psicológico contratado para auxiliar na recuperação mental do filho afetivamente abandonado²³⁷.

Ou seja, não obstante a ampliação da visão tradicional de responsabilidade civil, que passou a abarcar novos danos, há clara dificuldade no que concerne à forma de reparação. Contudo, não deve residir dúvida acerca da natureza da reparação por danos morais, que pretende compensar o dano causado na esfera imaterial do indivíduo. Isso porque, nestes casos, o retorno ao estado anterior, após a violação a um dos corolários da dignidade da pessoa, normalmente não se mostra possível.

Obviamente, podem ser adotadas medidas, como a condenação ao pagamento dos custos referentes a tratamento psicológico, para evitar que as consequências nefastas do dano se protraiam no tempo, como mencionado pelos autores citados. Contudo, diferente das hipóteses de danos materiais, certo é que pouco pode ser feito em relação ao dano já causado, ao prejuízo já observado a um dos corolários da dignidade da pessoa humana, mantendo, portanto, a necessidade de reparação sobre o que já restou configurado. Comentando sobre esta natureza compensatória do dano moral e sua quantificação, Guilherme Couto de Castro afirma que:

O arbitramento não tem como objetivo pagar ou indenizar, na feição etimológica (*in + damnum*), de retirar o dano. Não se trata de aferir o preço da dor: o objetivo é trazer algum bem a quem sofreu o mal já consumado, que não se pode desfazer. Cuida-se de conceber benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a desligar-se do sofrimento ou da ofensa à dignidade e à honra²³⁸.

No mesmo sentido, Hele Nice Rizzo defende a importância da indenização pecuniária, nos seguintes termos:

Assim, indenizar significa, hoje, reparar integralmente o dano causado, devolvendo a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ilícito, restaurando-lhe o *statu quo ante*. Entretanto, considerando que isso muitas vezes não é possível, a indenização será feita como forma de compensação em dinheiro, mesmo porque a reparação natural é impossível quando o fato danoso importar na destruição do objeto, ou em circunstâncias tais que importem na impossibilidade de restabelecer a situação anterior ao dano. A compensação em pecúnia pretende proporcionar à

237MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 164-165.

238CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. Niterói: Impetus, 2009. p. 181.

vítima benesses outras que reequilibrem ou pelo menos amenizem a dor e o sofrimento psíquicos experimentados²³⁹.

Fato é que a Constituição, em seu art. 5º, V e X, ao assegurar a possibilidade de reparação por danos morais, não faz qualquer ressalva que justifique a sua não aplicação às relações de família, aqui incluindo-se os casos envolvendo idosos. Logo, este direito não poderá ser restringido através de mera interpretação, sobretudo porque dissonante com o próprio espírito constitucional. Igualmente, o art. 186 do Código Civil²⁴⁰, ao prescrever a obrigação de reparar o dano, não apresenta qualquer espécie de restrição. Deste modo, havendo uma lesão que atinja algum dos quatro corolários da dignidade da pessoa humana, bem como preenchidos os demais requisitos da responsabilidade civil, a vítima, no caso o idoso no contexto familiar, fará jus à devida reparação. Assim, justificada está a reparação pecuniária nesta hipótese, o que não afasta uma eventual condenação ao custeio de determinado tratamento.

Questão diversa e de igual relevância é a real possibilidade de execução do título judicial no mundo dos fatos, ou seja, a efetividade da medida pleiteada. A dúvida se coloca na medida em que, muitas vezes, e como já referido em tópicos anteriores desta pesquisa, o idoso possui, dentro de sua família, o papel de principal provedor de recursos. É justamente esta função que, em vários casos, torna imperativa a convivência direta, na mesma residência, do idoso com sua família. Assim, como obter o cumprimento da condenação a título de danos morais?

Esta dificuldade observada no mundo dos fatos não deve afastar o reconhecimento do direito que lhe é pressuposto. E isto porque a inviabilidade financeira nem sempre estará presente, possibilitando, assim, a execução do julgado. E, ainda que a dificuldade de meios para a execução esteja presente, não será impeditiva da procedência do pedido, até porque somente é possível obter-se certeza deste fato após a abertura da execução, necessariamente posterior à fase de conhecimento do processo.

Na rotina do Judiciário não são raros os casos nos quais a execução é praticamente impossível, situações estas que são conhecidas no meio forense sob o

239RIZZO, Hele Nice Aparecida Penha. Dano pessoal em idosos e crianças: avaliação processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 11, maio/jun. 2001. p. 49.

240CC/2002, 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".

jargão “ganhou, mas não levou”. Contudo, esta circunstância jamais impediu que qualquer pessoa se socorresse do Poder Judiciário para obter um título executivo que lhe fosse favorável. Para comprovar o ponto, basta verificar-se um processo de falência. Na maior parte dos casos, muitos credores da massa falida, sobretudo aqueles cujos créditos não possuem qualquer espécie de garantia, não conseguem, ao fim, ter seu direito satisfeito. Não obstante esta clara dificuldade fática, jamais se questionou sobre a validade ou importância do processo de falência, o que, igualmente, não deve ser feito em relação à hipótese objeto deste trabalho.

Outra crítica que merece ser enfrentada diz respeito ao entendimento no sentido de que com o pagamento de reparação pecuniária não é possível obter-se amor, cuidado e atenção, como afirma Maria Aracy Menezes da Costa, ao comentar o dano moral oriundo das relações de família, sobretudo no contexto paterno-filial²⁴¹.

A autora afirma que somente uma “pena alternativa” teria chance de solucionar a questão, como condenar o pai a visitar um orfanato, de maneira que “seus sentimentos adormecidos ou empedernidos seriam suficientemente tocados, e ele poderia dimensionar o sofrimento de um filho abandonado emocionalmente”²⁴². Aplicando-se este raciocínio ao caso do idoso, por analogia, seria possível, a título de exemplo, pensar-se no indivíduo sendo obrigado a prestar serviços em estabelecimento vocacionado a receber idosos em situação de abandono.

A posição é interessante, mas, diante do quadro jurídico atual, não se mostra aplicável, pelo menos ao se levar em conta tão-somente a esfera cível. De fato, a crítica de que não se pode afirmar uma correlação imediata entre o cumprimento de uma reparação pecuniária e a cessação do abandono ou inobservância ao dever de cuidado procede: não há como uma indenização de cunho patrimonial forçar uma família a observar seu dever em relação ao idoso na esfera existencial. Entretanto, a saída apontada, no sentido de se estabelecer uma pena alternativa, não é cabível na esfera cível.

Sem dúvida, cabe ao Direito Penal dar resposta adequada às hipóteses em que o bem jurídico tutelado é desrespeitado de tal maneira que importe prejuízo para

241COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005. p. 158: “na melhor das hipóteses, o pai, forçado, para não mais ser condenado à pena pecuniária, vai, sim, buscar o filho que o processou, mas vai deixá-lo na casa paterna, na companhia tão somente de uma competente empregada. E não se pode alegar que ele não esteja cumprindo a 'visitação!'”.

242COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005. p. 158.

toda a sociedade²⁴³. Há, inclusive, em relação à proteção do idoso, uma série de tipos penais incriminadores, que, a par da condenação civil por danos morais, devem ser observados. A título de exemplo, os arts. 96 e seguintes do Estatuto do Idoso preveem uma série de crimes em espécie envolvendo este grupo muito especial de pessoas²⁴⁴.

Nestes casos, em que a resposta do Estado, através da pena, possui caráter punitivo, repressivo e ressocializador, é possível imaginar-se uma verdadeira pena alternativa que contemple atuação em prol de estabelecimento que acolha idosos em situação de abandono, como referido anteriormente. E isto porque o foco da condenação penal está não apenas na vítima especificamente considerada, mas principalmente no indivíduo que cometeu o delito. Ou seja, seu objetivo é bem diverso daquele vinculado à responsabilidade civil, na qual o foco reside sobretudo no amparo à vítima.

Sobre a mencionada possibilidade de imposição de pena restritiva de direitos, consubstanciada na prestação de serviços à comunidade, manifesta-se favorável a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como no seguinte acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO - SEIS VEZES CONTINUIDADE DELITIVA - CORRETO JUÍZO DE REPROVAÇÃO - RESPOSTA PENAL - MITIGAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRISIONAL POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA POSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL ABERTO - PARCIAL PROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO - DECISÃO UNÂNIME. A autoria e materialidade do delito restaram sobejamente demonstradas pelo robusto conjunto probatório dos autos. **A ora apelante, aproveitando da relação de confiança que tinha com sua tia e madrinha de 80 anos, pegou seus documentos e fez um cartão das lojas Mariza em seu nome, e por seis vezes efetuou compras naquele estabelecimento, se fazendo passar por sua tia, a qual teve seu nome incluído no SPC em decorrência da conduta da acusada.** O exame de perícia grafotécnica demonstra que foi a ora apelante que assinou e preencheu o contrato para fornecimento do cartão da supracitada Loja, fulminando, assim a tese de negativa de autoria. A resposta penal merece reforma. Deve ser cassada a indenização em favor da vítima, por isso que na época do crime 19/09/2006, ainda não vigorava a lei 11719 de 2008, que incluiu tal consequência na condenação criminal, e, por ser norma de aspecto híbrido, deve ser interpretada em favor do réu.

243 Como afirma Rogério Greco, "Com o Direito Penal objetiva-se tutelar os bens que, por serem extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, não podem ser suficientemente protegidos pelos demais ramos do Direito". GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2007. p. 4. Complementa ainda o autor, na p. 54: "com a adoção do princípio da lesividade busca-se, também, afastar da incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros".

244 Alguns autores, contudo, criticam as previsões penais contidas no Estatuto do Idoso, como Fábio Bonini Simões de Lima: "O Estatuto do Idoso, como de costume nas leis contemporâneas do Brasil, insiste em querer demonstrar a mão forte do Estado por meio do 'velho' recurso da criminalização de condutas praticadas contra os idosos, ou por meio de aumento de penas, a despeito de muitas dessas condutas já se encontrarem tipificadas na legislação ordinária e, ao fazê-lo, o Estatuto o fez de maneira imprecisa e confusa, situação que seguramente mais atrapalhará do que ajudará os idosos". LIMA, Fábio Bonini Simões de. O novo Estatuto do Idoso nasceu velho? *Boletim IBCCrim*, nº 144, nov. 2004. p. 12.

A sanção merece ser mitigada porquanto fixada de maneira assaz gravosa, em se tratando de ré primária (FAC de folhas 106), mas **não se pode olvidar que agiu com dolo intenso, traíndo a confiança de uma senhora de oitenta anos (vítima mediata), usando seus documentos para trazer prejuízos por seis ocasiões a Loja Marisa LTDA. (vítima imediata)**. Assim, fixo a pena base acima do mínimo legal, mas não de forma tão acentuada como na Sentença Monocrática, que fixou em 4 anos de reclusão, mas em 1 ano e 06 meses de reclusão, e 20 DM v.m.l., o qual aumento de um terço pela incidência do crime continuado, justificando a majoração nesta fração pela quantidade de injustos praticados (seis). Destarte a resposta penal fica concretizada em dois anos de reclusão e vinte e seis DM v.m.l., ausentes outras causas de aumento ou diminuição. O regime prisional merece ser mitigado para o aberto, porquanto é o previsto em lei, inexistindo justificativa concreta para que seja aplicado o mais gravoso. **Tratando-se de apenada primária e que preenche os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do CP, substituo a pena prisional por uma restritiva de direitos pelo igual período na modalidade de prestação de serviços a comunidade, a ser cumprida em instituição que cuida de idosos, conforme estipulado pela VEP, e, uma sanção pecuniária no valor de dois salários mínimos a serem revertidos também a instituição que cuida de idosos, nas condições impostas pela VEP**²⁴⁵ (grifo nosso).

Assim, não obstante as variáveis apontadas e para esclarecer definitivamente o ponto, vale mencionar novamente que a reparação por dano moral possui como condão a compensação do dano já ocorrido à vítima idosa, e não a punição social do ofensor. Na hipótese da substituição da condenação pecuniária pela prestação de serviços em prol de terceiros, ainda que idosos, a vítima, regra geral, em nada se beneficia, a não ser por um sentimento de índole moral.

Desta forma, a justa reparação pelo dano causado ao idoso está em plena conformidade com a virada ocorrida no âmbito da responsabilidade civil, que saiu da prevalência da culpa em direção à primazia do dano. Como mencionado no primeiro capítulo, atualmente a maior preocupação é com a vítima e seu devido ressarcimento, e não com o agressor e a reprovabilidade de sua conduta. Nestes termos, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que a responsabilidade civil “volta-se para a tutela dos interesses da vítima, independentemente de qualquer critério de reprovabilidade em relação ao ato do agente ofensor. A tendência central é que sirva então de instrumento para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa”²⁴⁶.

Outra crítica à reparação pecuniária que merece análise diz respeito ao possível afastamento entre o idoso e sua família causado pela demanda a ser proposta, ou então o acirramento das questões negativas desta relação. Vale ressaltar, entretanto, que, muitas vezes, nenhuma relação saudável entre as partes

245 TJ/RJ, Sétima Câmara Criminal, Ap. 0276321-75.2009.8.19.0001, Rel. Des. Elizabeth Gregory, j. 24.05.2011.
246MORAES, Maria Celina Bodin. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 33.

existiu ao longo do tempo, sendo impossível recuperar algo que nunca se estabeleceu. Além disso, regra geral, quando a vítima recorre ao Judiciário, não mais espera a reconciliação, mas sim uma compensação pelo que sofreu.

No mesmo sentido, as apontadas medidas alternativas, defendidas por parte da doutrina, também podem ser objeto de igual crítica: nada garante que, após a prestação do serviço, o indivíduo adquirirá consciência crítica para tratar o idoso, vítima de sua conduta, de maneira mais adequada. E pior: nada poderia assegurar, inclusive, que atuaria nos estabelecimentos de idosos de maneira tal a contribuir efetivamente para a melhoria daquele meio.

Por todo o exposto, enquanto não for vislumbrada saída mais adequada, a responsabilidade civil, com a consequente reparação em dinheiro, tem se mostrado de suma importância. Como mencionado, o fato de não ser possível obrigar-se a família a cumprir seu papel previsto na Constituição não importa na falta de interesse legítimo do idoso em ver os danos, causados por esta conduta, reparados. O valor da reparação terá um cunho compensatório, pois esta é a natureza própria do dano moral. Em complemento, Hele Nice Rizzo aponta as peculiaridades do dano em relação ao idoso:

A avaliação das lesões pessoais provocadas em idosos, apesar de não ter mais o leque de abrangência da criança, levando-se em conta uma expectativa de vida menor, deve, no entanto, levar em conta a gravidade da lesão em relação à fragilidade daquele estágio da vida da pessoa atingida nos seus inúmeros aspectos. O laudo levará em conta as condições de vida anterior do idoso, se tinha boa saúde ou não, se já vivia sozinho ou tinha auxílio de companheiro/a, a possibilidade de ser auxiliado por familiares ou não, se o prejuízo dificultou-lhe o gozo do pouco tempo de vida que lhe restava ou mesmo se diminuiu-lhe a expectativa de vida. Assim, o dano pessoal em idosos apesar de ser menos abrangente é bastante peculiar, pois, dada a fragilidade física nessa etapa da vida, as consequências do dano apresentam-se quase sempre mais graves do que em qualquer outra fase, podendo implicar, como já dito, no agravamento de doenças já existentes, na diminuição da expectativa de vida ou mesmo representar um perigo de vida para o idoso²⁴⁷.

De fato, os críticos estão certos ao defender que nem mesmo o Direito poderá obrigar determinada pessoa a nutrir afeto por outra. Contudo, inegável que o Direito pode exigir de certo indivíduo que atue de determinada forma ou que se abstenha de uma conduta em prol do idoso. E, quando esta proposição for desrespeitada, tendo em vista o dever de cuidado previsto constitucionalmente, e os demais requisitos da

247RIZZO, Hele Nice Aparecida Penha. Dano pessoal em idosos e crianças: avaliação processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 11, maio/jun. 2001. p. 55.

responsabilidade civil restarem presentes, nada impede que a condenação em danos morais se materialize.

Em verdade, observa-se que a crítica sobre a possibilidade de reparação pecuniária nestes casos é, regra geral, a mesma feita na época da discussão acerca da caracterização do próprio dano moral, pois, tradicionalmente, entendia-se que a dor e o sofrimento, por serem inestimáveis, não poderiam ser compensados. Neste sentido, Maria Celina Bodin de Moraes retrata com propriedade o caminho evolutivo que culminou no atual posicionamento doutrinário e jurisprudencial, nos seguintes termos:

O princípio decorre diretamente da idéia de justiça que tem a sociedade na qual incide. E o que mudou neste caso foi exatamente a consciência coletiva acerca do conceito de justiça: o que era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a ser evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito²⁴⁸.

Vale ainda mencionar que, como dito, não é este o papel primordial da reparação, mas a responsabilização da família, quando bem aplicada, pode colaborar para uma necessária mudança de paradigma cultural²⁴⁹, nos termos expostos por Lauane Andrekowisk, ao comentar a hipótese de reparação nas relações paterno-filiais:

A defesa da aplicação da condenação do dano moral nas ações de filiação não tem o intuito do enriquecimento, mesmo que no primeiro momento ocorra um acréscimo devido no patrimônio do lesado. O que se busca na verdade é algo muito mais

248MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 147.

249Eurípedes Brito Cunha comenta a diferença cultural e jurídica entre Brasil e Japão no que diz respeito aos idosos: "No Japão, o Estado outorga um título e um prêmio para as pessoas que completam cem anos de idade, o que significa prazer, respeito e demonstração de felicidade em razão da longevidade da população, não constando que haja limitações jurídicas em razão do alcance de idade propecta. Nem no Japão nem no resto do mundo civilizado. E voltando ao Japão, aqui tomado como paradigma, o número de pessoas centenárias vem aumentando bastante a cada ano, de modo que está chegando a um número tal que o governo japonês resolveu diminuir o valor do brinde como medida de economia, mas o mantém em uma feliz demonstração de prazer em razão da longevidade dos cidadãos, e sem restrições legais. No nosso Brasil Varonil de Céu Cor de Anil, ao ultrapassar as 60 primaveras, o nosso Direito começa a impor restrições às pessoas, como se elas estivessem atravessando o nível que limita a inteligência ou o da capacidade intelectual e o da saúde mental e ingressando na zona escura e triste da demência e que, por isso mesmo, precisassem de proteções e mais proteções, as quais, na verdade, tornam-se verdadeiros estorvos para a prática dos atos da vida civil para essas pessoas, as quais se tornam cidadãos incompletos com suas liberdades legítimas reduzidas e seus direitos civis podados". CUNHA, Eurípedes Brito. Ser velho é ser incapaz. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 59, abr./maio 2010. p. 221.

importante, cujo resultado somente será percebido a longo prazo, qual seja, a conscientização da sociedade da seriedade que devem ser tratados os assuntos de filiação, em razão dos já expostos gravíssimos prejuízos que acarretam às partes envolvidas²⁵⁰.

Sem dúvida, e como já afirmado em capítulo anterior, a sociedade atual se mostra muito preconceituosa em relação ao idoso e seu papel na comunidade. A ideia de que o tempo do indivíduo já passou e que agora somente lhe resta aguardar o fim da vida contribui para os mais diversos tipos de abusos e injustiças. Da mesma maneira que ocorreu em relação à criança e ao adolescente, que antes eram considerados meros coadjuvantes em sua vida e educação, também o relacionamento do idoso na sociedade - e, mais especificamente, no seio familiar - merece um novo paradigma de comportamento, que pode ser impulsionado por eventuais condenações na justiça, seja na esfera cível ou penal. Como dito, o Direito pode e deve intervir nessas relações, vindo a estimular comportamentos socialmente adequados.

Em complemento, é importante esclarecer que o reconhecimento dos danos morais vinculados à inobservância do dever de cuidado da família em relação ao idoso não é apto a ampliar ainda mais a chamada “indústria do dano moral”.

Inicialmente, vale mencionar que a citada “indústria do dano moral” possui como fundamento principal o reconhecimento de danos morais com base na definição utilizada por grande parte dos magistrados, qual seja, a chamada “lição de René de Savatier”. Através desta noção, de cunho muito genérico, extraiu-se a ideia de que o dano moral está vinculado aos sentimentos de dor, sofrimento e humilhação²⁵¹, sendo possível abarcar-se praticamente tudo sob a alcunha de dano moral²⁵². A vinculação a disposições emocionais íntimas, próprias de cada indivíduo, é extremamente problemática, tendo em vista tratarem-se de aspectos

250ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006. p. 194.

251 Como exemplo dos fundamentos reconhecidos pela jurisprudência para a reparação dos danos morais, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. ENVIO NÃO SOLICITADO DE CARTÃO DE CRÉDITO À APELANTE. ATO QUE, POR SI SÓ, NÃO É CAPAZ DE, OBJETIVAMENTE, **ACARRETAR DOR, SOFRIMENTO, LESÃO AOS SENTIMENTOS ÍNTIMOS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS, O QUE NÃO ENSEJA A CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS**. CANCELAMENTO DO CARTÃO QUE É CONCEDIDO, EMBORA NÃO TENHA SIDO DESBLOQUEADO, A FIM DE SE EVITAR PROBLEMAS FUTUROS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO” (grifo nosso) (TJ/RJ, Primeira Câmara Cível, Ap. nº 0011858-27.2008.8.19.007, Rel. Des. Custodio Tostes, j. 08.06.2011).

252MORAES; Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005. p. 49.

demasiadamente subjetivos, bem como sujeitos a humores passageiros, variando de pessoa a pessoa.

Como já referido em capítulo anterior, o presente trabalho filia-se à corrente pela qual o dano moral se configura quando violado algum dos corolários da dignidade da pessoa humana, ou seja, “somente a violação a algum desses aspectos ou substratos que compõem, e conformam, a dignidade humana, isto é, a ofensa à liberdade, à igualdade, à solidariedade (familiar ou social) e à integridade psicofísica de uma pessoa humana”²⁵³ seriam aptos a gerar a devida reparação pecuniária.

A hipótese de violação aos direitos dos idosos no seio familiar, sem dúvida, gera danos graves à dignidade da pessoa humana, ao contrário de alguns casos em que a jurisprudência tem reconhecido a ocorrência de danos morais. Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Lauane Andrekowisk:

É notório que hoje muitos arrepiam-se diante dos pedidos de indenização por dano moral, posto que vem ocorrendo uma banalização deste instituto, pois qualquer abalo psicológico tem sido motivo de pleitos na justiça, com pedidos de indenizações milionárias. Apesar de toda a oposição doutrinária, atualmente os tribunais tem decidido no sentido de condenar ao pagamento de indenização por dano moral por simples negativação nos cadastros de inadimplentes, objetivando coibir essa prática, quando indevida. Com efeito, é incontroverso que os prejuízos causados dentro do Direito de Família são muito mais danosos que àqueles, posto que o cometimento de atos ilícitos na seara familiar acarreta prejuízos morais na maioria das vezes irreversíveis, uma vez que afetam o direito da personalidade, dignidade das pessoas, motivo pelo qual não merecem ser apreciadas com o preconceito decorrente das inúmeras ações fundadas em meros abalos de crédito²⁵⁴.

Por fim, ressalta-se que, como previsto na Constituição, em seu art. 230, não apenas a família, mas também a sociedade e o Estado, possuem o dever de cuidado em relação ao idoso. Deverá o Poder Público, portanto, atuar para garantir a este indivíduo-vítima o devido amparo, sobretudo naquelas hipóteses em que a reparação por danos morais for executada sem êxito. Seu papel será relevante principalmente para fornecer aos idosos tratamentos adequados à sua condição, bem como para garantir-lhes vaga em instituição de acolhimento quando a convivência com a família não for mais possível.

253MORAES; Maria Celina Bodin de. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005. p. 52.

254ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006. p. 182.

Assim, ainda que o pagamento do valor arbitrado a título de reparação por danos morais se mostre inexecutável no caso concreto, tendo em vista a situação econômica dos agressores, não se pode esquecer do problema de fundo que justificava o pedido na demanda: o abandono ou abuso em relação ao idoso. Nestes termos, mesmo que o indivíduo não obtenha os valores correspondentes aos danos perpetrados, necessária será a intervenção no caso, com o apoio devido da sociedade e do Estado, para que a pessoa idosa prossiga a sua vida sem a interferência da família que lhe causou sofrimento, ou então que lhe sejam conferidos subsídios, sobretudo através de acompanhamento da rotina familiar, para que a relação se reestabeleça, sem prejuízo dos interesses do idoso.

Como afirma Miguel Horvath Júnior, “o Estado é responsável por esta parcela significativa da sociedade (os idosos), porém a responsabilidade primeira é da família, atuando o Estado como segunda rede de proteção social”²⁵⁵. Fica claro, portanto, que deve o Estado desenvolver políticas públicas voltadas ao atendimento desse grupo especial de pessoas, como defendem Camilo Stangherlim Ferraresi e Maria Cláudia Maia:

Desta forma, cabe aos administradores efetivar políticas públicas que garantam os direitos fundamentais (habitação, renda, alimentação), bem como desenvolver ações voltadas às necessidades específicas da população idosa, como centros de convivência, assistência especializada à saúde, centros-dia, serviços de apoio domiciliar ao idoso, programa de medicamentos, universidades da terceira idade, dentre outros, a fim de proporcionar àqueles que contribuíram à sociedade com toda a sua vida, poder continuar usufruindo uma vida digna, plena e emancipada²⁵⁶.

255HORVATH JÚNIOR, Miguel. Análise preliminar do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003). *Revista de Direito Social*, nº 13, jan./fev. 2004. p. 12.

256FERRARESI, Camilo Stangherlim; MAIA, Maria Cláudia. Políticas públicas para a inclusão do idoso. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, nº 247, fev. 2010. p. 17.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a Constituição Federal, trazendo uma importante virada axiológica quanto ao tema, impõe uma série de deveres aos familiares, dentre os quais se destaca o cuidado com os idosos, bem como o respeito à dignidade da pessoa humana em seus quatro corolários: liberdade, integridade psicofísica, solidariedade e igualdade. A necessária atenção voltada aos idosos não é mera obrigação moral, sendo dotada, em verdade, de cunho jurídico, justificando até mesmo a possibilidade de reparação por danos morais no caso de descumprimento. O que fundamentará a responsabilização não será um direito subjetivo ao afeto ou carinho, mas sim o descumprimento das normas constitucionais.

Justamente em razão da sua reconhecida vulnerabilidade, nos mais diversos aspectos, torna-se imprescindível uma mudança de paradigma jurídico e social em relação aos idosos: a cultura do abuso e do abandono deve ser substituída pela consciência da necessária participação e integração dos mesmos em sociedade. As demandas deste grupo específico não podem mais ser negligenciadas - seja pelo Estado, pela sociedade e pela família -, sobretudo em face do número crescente de idosos no mundo, que alcançam idades cada vez mais elevadas. O legislador pátrio, inclusive, demonstrando preocupação com a questão, editou leis específicas sobre o tema, como o Estatuto do Idoso, referido ao longo desta dissertação.

Não se mostra razoável entender-se a família como instituição imune à ocorrência de dano moral, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Inclusive, para fins de responsabilidade civil, o conceito de família deverá ser alargado, como foi melhor referido nos capítulos anteriores. Da mesma forma, o conceito de idoso não será definido pelo critério puramente cronológico, consistindo a idade de sessenta anos, nestes casos, como o marco para a aplicação da presunção em favor daquele indivíduo, que seria vulnerável em razão do processo de envelhecimento, podendo, entretanto, ser produzida prova em contrário.

Deste modo, havendo o cometimento de ato ilícito, nos termos do Código

Civil, e estando presentes os requisitos da responsabilidade civil - conduta, culpa, dano e nexo causal -, torna-se plenamente possível a reparação por danos morais em face de um dos membros do círculo familiar e em favor do idoso. Não obstante as críticas acerca de uma possível patrimonialização das relações existenciais de família, sem dúvida a condenação ao pagamento de certo valor a título de reparação por danos morais tem se mostrado um importante instrumento para o cumprimento dos deveres previstos na Constituição.

Infelizmente, o idoso, alijado do amor de seus familiares e muitas vezes vítima de abusos, apesar da eventual indenização recebida, ainda terá de conviver com os dissabores e a tristeza em sua trajetória pessoal. E isso porque o Direito não possui – e nem poderia possuir – o condão de obrigar uma pessoa a nutrir afeto por outra. Assim, no comum dos casos, a vítima terá que se contentar com uma reparação em pecúnia, quando esta se mostra viável, bem como com o suporte das políticas públicas dirigidas pelo Estado. Simplesmente “a vida como ela é”, nas palavras de Nelson Rodrigues.

Contudo, através de sua busca, terá aquele idoso o mérito de ajudar a reverter essa cultura perversa, na qual o idoso é visto como um “estorvo” social. O que se busca é a consciência da família de que deve ser mais responsável e presente no cuidado do idoso. Ou seja, na conclusão deste trabalho, apresenta-se “a vida como ela deve ser”, para que, efetivamente, o idoso possa viver o seu período de “melhor idade”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Andréa Moraes. Os idosos, as redes de relações sociais e as relações familiares. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 125-140.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre os cônjuges. *Revista dos Tribunais*, nº 802, ago. 2002. p. 11-26.

ANDREKOWISK, Lauane Gomes Braz. Dano moral nas ações de filiação. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006. p. 181-195.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, Mayeve Rochane G. L. O estresse das avós maternas que cuidam dos netos. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papirus, 2010. p. 77-89.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 61-74.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (Orgs.). *O cuidado como valor jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1. p. 57-71.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRA, Juliano Sarmiento. O Estatuto do Idoso sob a óptica do sistema de seguridade social. *Revista de Direito Social*, nº 14, abr./jun. 2004. p. 109-122.

BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. Aspectos jurídicos do envelhecimento. *Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, nº 6, jul./jun. 1985-86. p. 225-229.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e o direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 238-261.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e*

possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. Dois anos do Estatuto do Idoso. *Revista Forense*, nº 381, set./out. 2005. p. 499-503.

BERZINS, Marília Viana; WATANABE, Helena Akemi Wada. A violência doméstica contra a pessoa idosa. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papirus, 2010. p. 151-170.

BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso segundo o estatuto do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CABRAL, Benedita Edina S. L. A superação das desigualdades na velhice – Mais uma questão social do século XXI. In: *A questão social no novo milênio – VIII Congresso Luso-afro-brasileiro de ciências sociais*. Disponível em: www.fe.uc.pt. Acesso em: 30 abr. 2011.

CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 169-190.

_____; PASIANTO, Maria Tereza. Introdução. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?*. Rio de Janeiro, IPEA, 2004.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono parterno-filial. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 36, jun./jul. 2006. p. 71-87.

CARDOSO, Antonio Pessoa. Estatuto do Idoso. *Consulex*, nº 271, abr. 2008. p. 46-47.

CARPENA, Heloisa. Dano moral coletivo nas relações de consumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 827-846.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Lino de. Da solidariedade da obrigação alimentar em favor do idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 25, ago./set. 2004. p. 42-57.

CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito civil: lições*. Niterói: Impetus, 2009.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 46, fev./mar. 2008. p. 14-21.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 96-102.

_____. *Programa de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

CHAVES, Paulo Guilherme Santos; COSTA, Patrícia Luíza. Violência doméstica contra o idoso também é assunto de polícia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 53, mar./abr. 2005. p. 344-356.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005. p. 145-158.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, nº 368, jun. 2008. p. 45-69.

_____. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar a omissão de afeto? *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005, p. 20-39.

COUTO, Sergio. Afronta à família. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 16, mar./abr. 2002. p. 131-138.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Eurípedes Brito. Ser velho é ser incapaz. *Revista IOB de Direito de Família*, nº 59, abr./maio 2010. p. 221-223.

CUNHA, João Paulo. A ética do afeto. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 81-86.

DIAS, Maria Berenice. *Até que enfim...* Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513. Acesso em: 17 out. 2010.

DINIZ, Fernanda Paula. *Direitos dos idosos na perspectiva civil-constitucional*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

DOLL, Johannes. Educação, cultura e lazer: perspectivas da velhice bem-sucedida. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 109-124.

DUARTE, Luciene Freitas; MORATO, Henriette Tognetti Penha. Serviço de atenção psicológica à terceira idade. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papyrus, 2010. p. 171-189.

FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva; BAPTISTA, Makilim Nunes. Avaliação psicológica de famílias com idosos. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papyrus, 2010. p. 13-36.

_____; BUCHER-MALUSCHKE, Júlia S. N. F. Os conflitos nas relações familiares de

idosos com a doença de Alzheimer: contextos clínico e jurídico. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papyrus, 2010. p. 129-149.

_____; LOPES, Andrea. A formação e a atuação profissional em gerontologia no Brasil: atenção à velhice e ao envelhecimento no século XXI. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papyrus, 2010. p. 233-254.

FALEIROS, Vicente de Paula. Cidadania: os idosos e as garantias de seus direitos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 153-168.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A proclamação da liberdade de permanecer casado (ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas). *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 18, jun./jul. 2003. p. 49-82.

FERRARESI, Camilo Stangherlim; MAIA, Maria Cláudia. Políticas públicas para a inclusão do idoso. *Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, nº 247, fev. 2010. p. 9-21.

FRATEZI, Flávia Renata; GUTIERREZ, Beatriz Aparecida Ozello; FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva. Doença crônica: o processo de morrer e a morte do idoso na família. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papyrus, 2010. p. 191-210.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público e a tutela jurisdicional coletiva dos direitos dos idosos. *Revista da EMERJ*, nº 34, 2006. p. 199-249.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Niterói: Impetus, 2007.

GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Limites ao valor da indenização: o problema

da função punitiva da responsabilidade civil. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 610-635.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A mediação interdisciplinar como tuteladora da afetividade e personalidade no direito de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 129-143.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. Abusos e maus-tratos ao idoso. *Boletim IBCCrim*, nº 95, out. 2000. p. 11-12.

_____; PIETROCOLLA, Luci Gati. Na luta contra os abusos e maus-tratos aos idosos. *Boletim IBCCrim*, nº 71, out. 1998. p. 1.

_____. O idoso em perigo. *Boletim IBCCrim*, nº 75, fev. 1999. p. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131-149.

_____. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 797-825.

_____; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Síndrome de alienação parental*. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589. Acesso em: 20 out. 2010.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Análise preliminar do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741, de 1º. de outubro de 2003). *Revista de Direito Social*, nº 13, jan./fev. 2004. p. 11-15.

KUMPEL, Vitor F. Aspectos civis (alimentos) da Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 27, set./out. 1999. p. 30-81.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 485-508.

LAGRASTA, Caetano. Dano moral no direito de família. *Revista do Advogado*, nº 91, maio/2007. p. 25-33.

LAGRASTA NETO, Caetano. Responsabilidade civil nas relações familiares. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem ao centenário de Edgard de Moura Bittencourt: a revisão do direito de família*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 81-122.

LEAL, Rogério Gesta. Dimensões eficaciais do direito ao transporte gratuito do idoso no Brasil: estudo de um caso. *Interesse Público*, nº 32, jul./ago. 2005. p. 267-277.

LEBRÃO, Maria Lúcia; DUARTE, Yeda Aparecida de Oliveira. Saúde e independência: aspirações centrais para os idosos. Como estão sendo satisfeitas? In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 191-208.

LIMA, Fábio Bonini Simões de. O novo Estatuto do Idoso nasceu velho? *Boletim IBCCrim*, nº 144, nov. 2004. p. 12.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-28.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 147-162.

LOPES, Doraci; DEUS, Suelma Inês Alves de. Negritude e envelhecimento. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 81-90.

LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. Imagem e auto-imagem: da homogeneidade da velhice para a heterogeneidade das vivências. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 141-152.

MACIEL, Silvio Luiz. Preconceito do Estatuto do Idoso. *Boletim IBCCrim*, nº 147, fev. 2005. p. 1-4.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 151-169.

MARANGONI, Jacqueline; OLIVEIRA, Maria Cláudia Santos Lopes de. Relacionamentos intergeracionais: avós e netos na família contemporânea. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papius, 2010. p. 37-56.

MARTY, Diego Viola. O Estatuto do Idoso, o Código Penal brasileiro e o princípio constitucional da igualdade: qual o “conceito de idoso” para fins penais?. *Boletim IBCCrim*, nº 153, ago. 2005. p. 2.

MAYR, Eduardo. Vitimização da terceira idade (alguns aspectos vitimológicos). *Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro*, nº 23, jan./mar. 1996. p. 195-199.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A pessoa idosa e o Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 2, jul./dez. 1995. p. 55-59.

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono moral – Fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 34, mar./abr. 2005. p. 31-37.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 399-415.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. *Revista Forense*, nº 386, jul./ago. 2006. p. 183-201.

_____. Deveres parentais e responsabilidade civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 31, ago./set. 2005. p. 39-66.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29-41.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Anotações sobre o título *Da prova* do novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 22, abr. 2005.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NERI, Anita Liberalesso. Atitudes e preconceitos em relação à velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 33-46.

_____. Feminização da velhice. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 47-64.

NERI, Marcelo Cortes. Renda, consumo e aposentadoria: evidências, atitudes e percepções. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 91-108.

NOVAES, Simone Ramalho. Abandono moral. *Revista da EMERJ*, v. 10, nº 40, 2007. p. 40-45.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. *Revista dos Tribunais*, nº 803, set. 2002. p. 111-128.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Pai, por que me abandonaste? In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 219-228.

_____. Separação e rituais de passagem. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 361-363.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano moral e direito de família: o perigo de monetizar as relações familiares. *Revista da AJURIS*, nº 85, mar. 2002. p. 351-362.

PEREIRA, Tânia da Silva. Dano moral à criança e ao adolescente; responsabilidade dos pais ou responsável nas relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 969-993.

_____. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 207-217.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-11.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A tutela coletiva e o Estatuto do Idoso. *Revista da EMERJ*, nº 32, 2005. p. 176-198.

PONTIERI, Alexandre. Algumas questões sobre o Estatuto do Idoso. *Revista da AJUFE*, nº 79, 2008. p. 115-118.

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os direitos fundamentais dos idosos. *Revista de Direito Privado*, nº 25, jan./mar. 2006. p. 89-122.

QUEROZ, Nelma Caires. Aspectos do conhecimento psicogerontológico para a atenção à família, ao cuidador e às instituições de idosos fragilizados. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papyrus, 2010. p. 111-128.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A proteção constitucional da pessoa idosa. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 45, out./dez. 2003. p. 157-174.

RIZZO, Hele Nice Aparecida Penha. Dano pessoal em idosos e crianças: avaliação processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 11, maio/jun. 2001. p. 49-57.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Crianças “devolvidas”: os “filhos de fato” também têm direito? Reflexões sobre a “adoção à brasileira”, guardas de fato ou de direito malsucedidas. *Seleções jurídicas ADV*, jul. 2008. p. 10-24.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; AMIGO, Bianca Neves. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sívio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 450-464.

SANTIN, Carlos Afonso. O Estatuto do Idoso como garantidor do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Social*, nº 19, jul./set. 2005. p. 71-98.

SANTOS, Fabiola Meira de Almeida. Reflexões acerca do consumidor-idoso e a necessidade de efetivação dos direitos desta categoria especial de indivíduos. *Revista de Direito Privado*, nº 36, out./dez. 2008. p. 119-140.

SANTOS, Geraldine Alves dos; LOPES, Andréa; NERI, Anita Liberalesso. Escolaridade, raça e etnia: elementos de exclusão social de idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 65-80.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. *Revista de direito privado*, nº 1, jan./mar. 2000. p. 71-85.

_____. Responsabilidade civil dos conviventes. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 3, out./nov./dez. 1999. p. 24-39.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil*

contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 296-310.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 70, abr./jun. 2009. p. 139-171.

SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 743-755.

_____. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 22, abr./jun. 2005. p. 45-67.

_____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 717-730.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 35, abr./maio 2006. p. 53-77.

SEGUIN, Elida. *O idoso: aqui e agora*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SERAU JUNIOR, Marco Aurelio. A Lei nº 10.999/2004: breve análise sob a ótica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Social*, nº 19, jul./set. 2005. p. 47-69.

_____. O Estatuto do Idoso e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Social*, nº 13, jan./fev. 2004. p. 43-62.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 25, ago./set. 2004. p. 122-147.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. A culpa nas relações de família. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.), *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-103.

_____. Afetividade e responsabilidade nas relações de família. *Revista do Advogado*, nº 91, maio 2007. p. 112-121.

_____. Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento.

Revista do Advogado, nº 68, dez. 2002. p. 120-126.

SINHORETTO, Jacqueline. Além de mulheres, idosas: um estudo de caso da Delegacia Policial de proteção ao idoso de São Paulo. *Boletim IBCCRIM*, nº 97, dez. 2000. p. 1-2.

SIQUEIRA, Maria Elaine Catunda de. Velhice e políticas públicas. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 209-224.

SOCORRO, Tatiana de Carvalho; DIAS, Cristina Maria de S. Brito. O ciclo vital da família: percepções e vivências de mulheres idosas. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papirus, 2010. p. 91-109.

SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar*. Campinas: Alínea, 2004.

SOUZA FILHO, Edson de; BELDARRAIN-DURANDEGUI Angel; SCARDUA, Anderson. Representações e relações entre jovens/adultos e seus pais e avós: um estudo comparativo entre grupos étnicos. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papirus, 2010. p. 57-76.

SUTTER, Matilde Josefina. Menores e idosos na Flórida – EUA. *Revista dos Tribunais*, nº 788, jun. 2001. p. 497-501.

SUZUKI, Milena Yuri; FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva. O significado da viuvez e as relações familiares de viúvas idosas. In: FALCÃO, Deusivania Vieira da Silva (Org.). *A família e o idoso: desafios da contemporaneidade*. Campinas: Papirus, 2010. p. 211-232.

TARTUCE, Flávio. Danos morais por abandono moral. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, nº 7, dez./jan. 2009. p. 100-115.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____.; SA, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 26, out./nov. 2004. p. 18-34.

_____. Integridade psíquica e capacidade de exercício. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 33, jan./mar. 2008. p. 3-36.

_____. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005. p. 138-158.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In:

TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 356-371.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Responsabilidade civil: noções gerais. Responsabilidade objetiva e subjetiva. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17-39.

URTIAGA, Maria Elizabeth et al. Um projeto de extensão reduzindo a vulnerabilidade. *Revista de Estudos Criminais*, nº 18, abr./jun. 2005. p. 89-92.

VALCARCE, Amparo. Um novo direito para idosos e incapacitados. *Rio Estudos*, nº 243, jan. 2007. p. 3.

VELLY, Ana Maria Frota. *Alienação parental: uma visão jurídica e psicológica*. Disponível em: www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=666. Acesso em: 20 out. 2010.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. A velhice no Brasil: contrastes entre o vivido e o imaginado. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: SESC, 2007. p. 21-31.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade civil parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 453-484.

VIEIRA, Patricia Ribeiro Serra. O fenômeno da objetivação da responsabilidade na Lei Civil brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 883-902.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 42-56.

