



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL COELHO ASSUNÇÃO

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DOS FILHOS PELO ABANDONO
DOS PAIS IDOSOS

FORTALEZA

2015

RAFAEL COELHO ASSUNÇÃO

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DOS FILHOS PELO ABANDONO DOS
PAIS IDOSOS

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Me. William Paiva Marques
Júnior.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

A851r Assunção, Rafael Coelho.
Responsabilização civil e criminal dos filhos pelo abandono dos pais idosos / Rafael Coelho
Assunção. – 2015.
62 f.: 30 cm.

Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2015.

Orientação: Prof. Me. William Paiva Marques Júnior.

1. Idosos – Maus tratos. 2. Idosos – Relações com a família. 3. Responsabilidade (Direito). I.
Título.

CDD 347

RAFAEL COELHO ASSUNÇÃO

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CRIMINAL DOS FILHOS PELO ABANDONO DOS
PAIS IDOSOS

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção de grau de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profª. Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, pois sem Ele a conclusão deste trabalho teria sido impossível.

AGRADECIMENTOS

À minha família, nas pessoas de meu pai, Francisco Roberto de Castro Assunção, minha mãe, Rosana Coelho Assunção, e minha irmã, Raquel Coelho Assunção, pela compreensão e apoio nos momentos difíceis de dedicação.

Aos amigos, pela força e pelos votos sinceros de sucesso neste trabalho.

A todos os professores do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, pelos ensinamentos que levarei para toda a vida.

A meu orientador, Prof. Msc. William Paiva Marques Júnior, por aceitar a orientação desta monografia e conduzi-la com sabedoria e paciência.

À professora Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva e ao professor Me. Raul Carneiro Nepomuceno, pela disponibilidade em participar da banca examinadora, assim como pelas críticas e sugestões que bem contribuíram para o melhoramento deste trabalho.

“Para ser feliz até um certo ponto é preciso
ter-se sofrido até esse mesmo ponto.”
(Edgar Allan Poe)

RESUMO

Investiga-se a responsabilização civil e criminal dos filhos por abandono dos pais idosos. Dessa forma, o objetivo geral deste trabalho foi apresentar os direitos da pessoa idosa no Brasil, notadamente a sua proteção constitucional e infraconstitucional contra qualquer tipo de violência, com foco primordial no abandono afetivo e material. Para atingir o objetivo, preliminarmente, apresentou-se o conceito de família, a evolução do Direito das Famílias e a inserção do idoso nesse contexto, com o estudo dos princípios relacionados ao tema, principalmente os da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e social e afetividade. Posteriormente, foi estabelecido o conceito de idoso e fez-se apresentação das violências mais comuns sofridas pela população idosa, com ênfase na violência ocasionada pelo abandono. Em seguida, analisou-se a legislação específica, iniciando pela Constituição Federal e passando pela Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94), Código Civil de 2002 e Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003). Por fim, procedeu-se à análise em torno da responsabilidade civil e criminal, conceito e pressupostos, para então aprofundar-se nas jurisprudências que cuidam do assunto em tela. Trata-se, assim, de um tema polêmico, seja no campo doutrinário como jurisprudencial, precipuamente quanto à possibilidade da indenização relativa a casos de abandono material e primordialmente afetivo, devendo haver a análise casuística para concluir sobre a existência ou não de dano a ser indenizável.

Palavras-chave: 1. Idosos – Maus tratos. 2. Idosos – Relações com a família. 3. Responsabilidade (Direito)

ABSTRACT

Investigates the civil and criminal liability of descendant for neglecting elderly parents. The aim of this study is to present the rights of the elderly in Brazil, which the protection against any type of violence is expressly constitutional and infra-constitutional with primary focus on the material and emotional negligence. To achieve its goal it was presented the concept of family, the evolution of the family law and the inclusion of the elderly in this context, based on the study of the principles related to the topic, especially those of human dignity, family solidarity and social and affection. After this, it was established the concept of elderly and it was showed the most common violence suffered by the elderly emphasizing the violence caused by the abandonment. The third chapter analysed the specific legislation starting with the Federal Constitution and through the National Policy for the Elderly (Law nº 8.842/94), the 2002 Civil Code and the Elderly (Law nº 10.741/2003). The last chapter showed a short summary of civil and criminal liability, concept and assumptions, and then deepens in jurisprudence which cares about the subject. The study demonstrates what a very controversial issue this is, whether in the literature or jurisprudence as the relative compensation in cases of material and emotional negligence with an analysis to conclude on the existence of damage to be compensable.

Keywords: 1. Elderly – mistreatment. 2. Elderly – relationship with family. 3. Responsibility (Law)

.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUA RELAÇÃO COM O IDOSO	12
2.1	A evolução do Direito das Famílias e a inserção dos idosos nesse panorama	12
2.2	A família e o idoso após a promulgação da constituição Federal de 1988.....	16
2.3	Princípios constitucionais relacionados ao Direito das Famílias e aplicáveis à pessoa idosa.....	17
2.3.1	<i>Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....</i>	17
2.3.2	<i>Princípio da Afetividade.....</i>	19
2.3.3	<i>Princípio da Manutenção dos Vínculos Familiares</i>	21
2.3.4	<i>Princípio da Solidariedade Social e Familiar.....</i>	21
3	A PESSOA IDOSA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL ATUAL E O ABUSO POR ABANDONO.....	23
3.1	Abusos contra a pessoa idosa.....	26
3.1.1	<i>Tipos de abusos</i>	27
3.1.1.1	<i>O abuso por abandono.....</i>	28
4	LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.....	30
4.1	Constituição Federal Brasileira	30
4.2	Lei Orgânica de Assistência Social e Política Nacional do Idoso.....	32
4.3	Código Civil de 2002	33
4.4	Estatuto do Idoso – Lei Nº 10.741/2003	34
5	RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL POR ABANDONO DOS PAIS IDOSOS PELOS FILHOS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL	39
5.1	Responsabilidade civil por abandono material.....	40
5.2	Responsabilidade civil por abandono afetivo.....	45
5.3	Responsabilidade criminal por abandono moral e material	51
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

1 INTRODUÇÃO

A família é uma das instituições sociais mais remotas que a humanidade tem registro. Com o passar dos tempos, o Direito das Famílias foi sofrendo mudanças significativas e relevantes, considerando sua natureza mutável. Até a Constituição Federal de 1988 prevalecia um sistema codificado patriarcal, fundado precipuamente no casamento, em um modelo considerado tradicional, no qual a família era formada por pai, mãe e filhos legítimos.

A promulgação da Carta Magna de 1988 foi um grande marco para o Direito das Famílias, relativizando esse conceito, notadamente com a percepção do crescimento da afetividade nas relações familiares.

O grande aumento do contingente populacional de idosos leva à discussão sobre a sua inserção e função na família, desenhando-se um desafio à busca por uma consciência coletiva na qual se almeja uma sociedade em que se tenha a estima adequada por eles, com justiça e garantia plena dos direitos contemplados pelas diversas legislações voltadas para a pessoa idosa.

Esse é um ideal bastante complexo de ser alcançado. A consciência deve ser fomentada desde a mais tenra idade nas nossas crianças, para que elas cresçam com uma cultura de respeito aos mais velhos. O que se observa na contemporaneidade são famílias desestruturadas, sem diálogo e amor, criando-se filhos que não respeitam os próprios pais nem tampouco a sociedade.

O idoso, por sua condição específica de apresentar maior fragilidade e por ser, na maioria das vezes, um alvo fácil dos ataques de seus agressores, sejam eles familiares, vizinhos ou até mesmo o próprio Poder Público, tem a necessidade de ser visto com um olhar diferente pela sociedade brasileira. Esse olhar não deve ser de pena, mas de consideração e cuidado, para que se consiga a diminuição dos maus-tratos perpetrados contra eles.

Entretanto, esse é um trabalho de longo prazo, e atualmente o que é percebido é um aumento assustador do número de violência contra a pessoa idosa no Brasil, notadamente o abandono destes por seus familiares, sendo necessárias medidas urgentes para frear esse crescimento.

O objetivo geral desta monografia é estudar a responsabilidade civil e criminal por abandono material e imaterial na relação entre os filhos e seus genitores idosos. Pretende-se,

com essa pesquisa, contribuir para a discussão sobre quais são efetivamente os deveres daqueles perante seus pais anciãos, seja na obrigação apresentada na forma de alimentos, seja na responsabilidade relacionada ao afeto e suas implicações penais em caso de desrespeito às normas legais.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica e documental em obras clássicas e contemporâneas do Direito, além da análise jurisprudencial dos tribunais pátrios referente ao tema abordado, sendo, ainda, no que tange à tipologia da pesquisa, pura, com abordagem quantitativa e qualitativa e de objetivo exploratório e descritivo.

No primeiro capítulo, procura-se apresentar a evolução e o conceito de família e sua relação com o idoso. Demonstra-se como a família evoluiu desde a época da Roma e Grécia antigas e sua constituição após a promulgação da CF/88, expondo a aplicação dos princípios constitucionais no Direito das Famílias aplicáveis aos idosos, destacando-se a dignidade da pessoa humana, a afetividade e solidariedade familiar.

No segundo capítulo, apresentam-se noções gerais sobre a pessoa idosa, com sua delimitação conceitual atual e dados mundiais, nacionais, e mais especificamente do Estado do Ceará. Examinam-se, ainda, os tipos de violência mais comuns vividos pelos idosos e que são objeto de denúncias, focando-se na violência por abandono.

No terceiro capítulo, é feita uma análise da legislação específica referente aos idosos, constitucional e infraconstitucional: Constituição Federal Brasileira, Lei Orgânica de Assistência Social, Política Nacional do Idoso, Estatuto do Idoso e Código Civil.

Por fim, no último capítulo, realiza-se um apontamento sobre responsabilidade civil e criminal e a análise doutrinária e jurisprudencial relativa à responsabilização civil e criminal por abandono moral, afetivo e material dos pais idosos pelos filhos, com as respectivas posições favoráveis e contrárias.

2 O DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUA RELAÇÃO COM O IDOSO

A família, para a maioria dos autores¹, é considerada como o fragmento social mais primitivo da civilização, até mesmo anterior ao Estado, com a contínua intenção dos homens de se reunir com outros semelhantes, seja por laços sanguíneos ou afetivos, para compartilhar sentimentos e valores, com o fim de buscar a sua manutenção em grupo e a perpetuação da espécie.

A concepção do significado de família vem sendo modificada e aperfeiçoada no transcorrer dos anos, desde a Grécia e Roma antiga até o período atual. Para entendimento das novas características do Direito das Famílias e suas mutações, e para estabelecer a participação do idoso nesse contexto, faz-se necessária breve análise histórica dessa evolução.

2.1 A evolução do Direito das Famílias e a inserção dos idosos nesse panorama

O estudo do Direito das Famílias, como já dito, remonta às civilizações ancestrais. Segundo Venosa (2013, p. 4), para os babilônios, por exemplo, a família era fundada no casamento monogâmico, sendo a procriação a finalidade principal dessa união.

Na Grécia antiga também se privilegiava a monogamia, sendo proibida a bigamia, e só poderiam ocorrer casamentos entre famílias de cidadãos da mesma cidade. O chefe da família era o homem, que exercia sua autoridade sobre os filhos e mulher, essa que possuía poucos direitos diante da sociedade, tendo como principal função cuidar da prole e da casa.

Os “velhos” tinham posição destacada, sendo o idoso homem, como bem explicita Fustel de Coulanges (2006, p. 74), considerado o patrono do grupo familiar, com poder sobre ele e inclusive passando à condição de divindade após a morte.

O Senado, que tem seu nome derivado de *senex* (idoso), por sua vez, era formado por pessoas com mais de sessenta anos, e tinha como atribuição tomar decisões políticas e administrativas que repercutiam na sociedade

A estruturação familiar romana possuía, em geral, as mesmas bases e fundamentos da grega, notadamente ligados à religião e, assim como aquela, exerceu grande influência para a constituição dos fundamentos de família como conhecida na

¹ Nesse sentido, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias e Flávio Tartuce.

contemporaneidade. Para os romanos, o regime era patriarcal e recaía ao pai ou marido o controle dos membros que a formavam, ou seja, a família era formada por ele, pelo grupo de pessoas que eram a si submetidas, bem como pelos bens privados respectivos.

O *pater familias*, ou pai da família, exercia o poder limitador e autoritário, e, na linguagem do direito, conforme escólio de Fustel de Coulanges (2006, p. 77), aplicava-se a “[...] todo homem que não dependesse de outro, e que tinha autoridade sobre uma família ou sobre um domínio.”.

A família romana teve como princípio constitutivo a religião, não sendo obrigatoriamente ligada por laços sanguíneos, mas também afetivos, e tinha como função precípua a procriação para a perpetuação dos cultos religiosos pelos filhos e a necessidade da conservação dos bens. Nesta trilha, Fustel de Coulanges (2006, p. 35) aduz que:

... O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural [...] Sem dúvida, não foi a religião que criou a família, mas foi certamente a religião que lhe deu regras, resultando daí que a família antiga recebeu uma constituição muito diferente da que teria tido se houvesse sido constituída baseando-se apenas nos sentimentos naturais.

Quanto à importância do idoso na sociedade romana, conforme Blessmann (2003), essa se dava pela quantidade de bens que possuía. Se tinham muitas propriedades, detinham o respeito dos demais e exerciam o *pater familias*. Daí, os mais ricos proprietários fundiários formavam a composição do Senado, instituição máxima do poder no Império Romano e também chamada de assembleia de anciãos.

A doutrina jurídica reconhece que o Direito Romano deixou marcas profundas no Direito brasileiro, notadamente nos elementos básicos da estruturação da família como unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na poder familiar, tendo sido incorporado esse conceito ao Código Civil brasileiro e remanescendo certa influência até os dias atuais.

No Direito Canônico, instituído após o Direito Romano, com a decadência desse império, a família era calcada no casamento religioso, passando a ser um sacramento e tendo massiva interferência da Igreja Católica. Como bem observa Arnoldo Wald (2002, p. 25), “[...] durante a Idade Média, as relações de família se regiam, exclusivamente, pelo Direito Canônico, sendo que, do século X ao século XV, o casamento religioso era o único conhecido”.

Nesse período, o tratamento em relação aos idosos foi se modificando, não mais existindo o respeito que outrora era ínsito às civilizações gregas e romanas. De acordo com Rosa (2010), na Alta Idade Média, a economia tornou-se ruralizada, com os feudos, e, diante da ausência de ferramentas para produção em grande escala, o trabalho manual passou a ser exigido em grau superior, o que levou à exclusão dos mais velhos, que não possuíam a mesma posição central na sociedade que antigamente, situação essa que não restou modificada na época do Renascimento.

Segundo Blessmann (2003), a partir do final do século XVIII, com a Revolução Industrial, o idoso foi perdendo ainda mais seu prestígio e espaço na família, visto que, com a chegada da velhice, não detinha a produtividade de outrora, passando a ser considerado um estorvo social e descartável, perdendo seu domínio familiar.

Beauvoir (1970, p. 110) vai além, alegando que, precipuamente até o século XIX, somente os idosos abastados é que tinham alguma voz, respeito e conseguiam viver mais, sendo os anciãos pobres, que não possuíam força física e geralmente eram incapazes, relegados e esquecidos, não alcançando idade avançada.

Antes do surgimento do Estado Social, até meados do século XX, na Europa e também no Brasil, que, em função de ter sido colonizado por Portugal, foi fundado sob o manto da Igreja Católica, o conceito de família baseava-se e esgotava-se no casamento, principalmente devido à influência da igreja e suas ideologias sobre o Estado, direcionando o conceito de família por vários anos como melhor lhe aprouvesse e entrelaçando-o como sinônimo do matrimônio entre homem e mulher.

Já com o avanço das ideias liberais e, posteriormente, com a laicização do Estado, passou o Direito das Famílias a ficar dissociado da religião, inclusive com crescente intervenção estatal no núcleo familiar e a modificação do modelo vigente para uma maior equitatividade e inclusão dos membros, além de se utilizar primordialmente o conceito da dignidade da pessoa humana e a afetividade nas relações familiares.

O conceito jurídico de família, como uma estrutura complexa e dinâmica que é, vem transformando-se em paralelo com as mudanças da própria civilização, sejam elas socioculturais ou econômicas. No escólio de Paulo Lôbo (2010, p. 18), a família, sob o ponto de vista do direito:

... é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que

se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins)

No início do século XX, entrou em vigor o Código Civil Brasileiro (Lei N° 3.071 de 1916). A sociedade da época era predominantemente patriarcal e de economia agrícola, regida por condutas morais em que prevalecia o conservadorismo em relação às relações familiares. A família, conforme já dito anteriormente, era diretamente ligada ao casamento, como definia Orlando Gomes (1988, p. 13): “Direito de Família é o conjunto de regras aplicáveis às relações entre pessoas ligadas pelo casamento ou pelo parentesco”.

O referido código possuía diversas definições que com o tempo tiveram alterações estruturais, como, por exemplo, a qualificação da família apenas em legítima e ilegítima, seguindo a classificação do Direito romano; a indissolubilidade do vínculo matrimonial; a diferença entre os filhos e também entre homem e mulher; o banimento do concubinato, dentre outros.

Em relação aos idosos, estampava alguns dispositivos polêmicos, como o regime obrigatório de separação de bens ao casamento para o homem maior de 60 anos e para a mulher maior de 50 anos. Esse fato, entretanto, perdura até os dias atuais, diga-se de passagem, aumentando-se apenas a idade limite para 70 anos tanto para o homem como para a mulher (Artigo 1.641 CC/2002).

Por outro lado, trouxe um instrumento legal que pode ser considerado como um grande ganho para o Direito dos Idosos, com a previsão da garantia de recebimento de alimentos a serem fornecidos pela família em caso de necessidade e, ainda, a possibilidade de o idoso se escusar da responsabilidade de tutela a pessoas, diante de sua hipossuficiência.

O Direito das Famílias, assim, com o avançar da sociedade, passou a sofrer mutações, sendo-lhe latente a necessidade de evoluir, até mais do que os outros ramos da ciência jurídica e, dessa forma, tanto o legislador ordinário como o constituinte sentiram a imprescindibilidade de realizarem adaptações na legislação que acompanhassem essas mudanças sociais, o que ocorreu, precipuamente, após o advento da Constituição Federal de 1988, na qual houve uma flexibilização das normas no que se refere à família, como, por exemplo, a maior inclusão do idoso no seio familiar, com garantias de proteção ao seu bem-estar.

2.2 A família e o idoso após a promulgação da Constituição Federal de 1988

Paulatinamente, a legislação pátria foi ultrapassando as ideias disciplinadas no Código Civil de 1916, o qual expressava os valores do século XIX e que, portanto, eram diferentes da nova realidade vivenciada pela sociedade brasileira, notadamente a partir da metade do século XX.

Um exemplo de avanço advindo da Constituição Federal de 1988 no Direito das Famílias é a definição que o conceito de família constituída apenas através do casamento não era mais o único que tinha a proteção do Estado, mas sim a família em geral, seja ela formada pelo matrimônio convencional ou por via da união estável ou ainda pelo núcleo monoparental, conforme se apreende do artigo 226, *in verbis*: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Além desse sistema apresentado, doutrinadores e a jurisprudência pátria também consideram como família outros tipos de arranjo entre pessoas, como aqueles que se baseiam na afetividade. O seu reconhecimento, mesmo que não tenha previsão expressa como família na Carta Maior, não está vedado e recebe proteção constitucional até que haja ampliação legal desse conceito.

Houve, nessa trilha, o nascimento de um modelo diferente de família, igualando-se todos os seus membros, sejam eles homens, mulheres, crianças ou idosos e, ainda, reconhecendo-se como válidos cada arranjo familiar diferente do que o convencional, no que a autora Maria Berenice Dias (2015, p. 131) utiliza o termo “famílias plurais” e afirma:

Nos dias de hoje, o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. A família já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. [...] O pluralismo das relações familiares ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.

A Constituição Federal de 1988, ainda, destinou um capítulo específico para tratar da família, qual seja, o capítulo VII, no qual também são englobados a criança, o adolescente, o jovem e o idoso, acabando com qualquer forma de discriminação no que se refere à filiação,

especificamente em seu artigo 227, §6º, igualando tanto os filhos biológicos como os não-biológicos em direitos e, ainda, em seu artigo 229, determinando a assistência e amparo recíproco entre pais e filhos menores e entre filhos e pais idosos.

2.3 Princípios constitucionais relacionados ao Direito das Famílias e aplicáveis à pessoa idosa

Princípios constitucionais são normas de amplo alcance que trazem em si regras fundamentais que embasam todo o ordenamento jurídico. Com a nova perspectiva do Direito das Famílias e, ainda, com a constitucionalização do Direito Civil, eles passaram a ter mais importância na seara familiar, principalmente no que tange aos idosos, personagens desse estudo monográfico.

Violar um princípio, dessa forma, é considerado um ultraje maior que a violação de um texto legal, conforme escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 53):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir a uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (...) representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais (...).

Nesse sentido, com base primordialmente na Constituição Federal e nas variadas legislações, tem-se que o direito dos idosos é amparado em diversos princípios, dentre os quais destacam-se como principais o da dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, III da CF), o da afetividade, o da solidariedade familiar e social e o da manutenção dos vínculos familiares, os quais exporemos a seguir.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é denominado por Tartuce (2014b, p. 22) como o princípio máximo, superprincípio ou macro-princípio, de difícil definição, visto que é uma cláusula geral, um conceito legal indeterminado e que possui variantes de interpretação.

É, noutro giro, o alicerce fundamental relativo aos direitos inerentes a todas as pessoas, inclusive as idosas e, sem dúvidas, norteador dos outros princípios constitucionais. O referido preceito valoriza a pessoa, para garantir-lhe uma existência digna, e possui como objetivo a orientação da ordem jurídica para tutela de direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à cultura, dentre outros.

Nessa senda, tem seu reconhecimento solidificado na comunidade internacional, encontrando-se expresso na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim diz:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla; [...] A Assembléia Geral proclama [...] Art. 1. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.²

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana, diante de sua importância, é o princípio básico constitucional. Ele está expresso na Carta Magna logo em seu 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”.

Quanto aos princípios constitucionais, segue escólio de Júlio César Finger (*apud* LENZA, 2014, p. 65):

Os princípios Constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, que é sempre citado como princípio matriz de todos os direitos fundamentais, colocam a pessoa em um patamar diferenciado do que se encontrava no Estado liberal. Os princípios constitucionais têm por meta orientar a ordem jurídica para a realização de valores da pessoa humana como titular de interesses existenciais

Os direitos fundamentais em sua totalidade defluem do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, deve haver o direcionamento da atuação do Estado para sua proteção e qualquer violação a este princípio ou a seus derivados, seja por quem for, macula os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana como titular de direitos, devendo ser combatida e punida. Para Ingo Sarlet (2009, p. 53):

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto

² Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2015.

objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade.

Como exemplo da incidência desse princípio no Direito das Famílias em relação ao idoso, podemos citar uma das teses que serão debatidas nesse trabalho, sobre a pertinência da indenização por danos morais pelo abandono afetivo de filhos aos pais anciãos, a partir do entendimento de que o abandono causa lesão aos direitos de personalidade e infringe a própria dignidade da pessoa humana.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) também trata sobre o princípio da DPH, em seus arts. 3º, caput e 10, § 3º:

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.

[...]

Art.10 – É obrigação do Estado e da sociedade, assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito, e **a dignidade como pessoa humana** e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. [...] § 3º. **É dever de todos zelar pela dignidade do idoso**, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (**grifou-se**)

Assim, como bem asseveram Toaldo e Machado (2012), o Estatuto do Idoso tem importância como o fim jurídico apto a disciplinar o princípio da dignidade da pessoa humana para proteção desse contingente populacional, notadamente os que são vítimas de violência, como o abandono familiar, disciplinando que essa ação ou omissão é ilícita e deve ser combatida, visto que viola os princípios constitucionais a eles assegurados.

2.3.2 Princípio da Afetividade

Em relação à afetividade, tal princípio atualmente prevalece na maioria das relações familiares. A afetividade surgiu pela convivência das pessoas ligadas não somente pelo laço sanguíneo, mas também por vínculos somente afetivos e segue em comunhão com a valorização da dignidade humana.

Conforme Tartuce (2014b, p. 39), o afeto é a interação entre as pessoas, sendo o amor uma de suas facetas, assim como também o ódio, que seria o lado negativo desse preceito.

Segundo os ensinamentos de Paulo Lôbo (2010, p. 70/71):

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família. A evolução da família “expressa a passagem do fato natural da consanguinidade para o fato cultural da afinidade” (este no sentido de afetividade).

O princípio da afetividade e, conseqüentemente, a palavra “afeto”, não se apresentam de forma expressa na Carta Magna, mas podem ser vislumbrados em diversas passagens do Texto Constitucional, como, por exemplo, no art. 226, parágrafo 4º e 8º³ e art. 227, *caput*, e parágrafos 5º e 6º⁴.

Especificamente aos idosos, de acordo com Barros (2013, p. 31):

Em relação aos idosos, ainda que haja o dever de cuidado imposto à família pelo Estatuto do Idoso, há um dever determinado pelo respeito e pelo afeto dos laços familiares que independem de jurisdição, que não necessitam de regulamentação. A afetividade é, então, meio primordial para tutelar a dignidade garantida expressamente a cada um dos entes familiares.

Dessa forma, o Poder Judiciário, nos últimos anos, está enfrentando diversas ações judiciais balizadas justamente no abandono afetivo entre familiares. Tais demandas, entretanto, tratam em sua maioria do abandono afetivo dos pais aos filhos menores, havendo casos escassos na jurisprudência pátria sobre o abandono afetivo de filhos ante os pais idosos.

O direito ao afeto, em suma, é indispensável para a preservação da saúde física e psíquica, à estabilidade econômica e social e ao desenvolvimento material e cultural da família e do seu lar, possuindo grande relevância no ordenamento jurídico por esses motivos.

³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

⁴ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...) § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

2.3.3 Princípio da Manutenção dos Vínculos Familiares

As disposições dos artigos 226 e 230 da Constituição Federal e, ainda, o art. 3º, inciso V do Estatuto do Idoso, disciplinam que se deve garantir, na medida do possível e de acordo com cada caso específico, a manutenção dos vínculos familiares em oposição ao despejamento de idosos em abrigos, casas-lares ou hospitais, o que feriria sua intimidade, direito de propriedade e privacidade.

Nessa senda, conforme Freitas Júnior (2015, p. 10), a retirada do idoso de seu núcleo familiar deve ser a *ultima ratio*, observando-se preliminarmente os princípios da brevidade e excepcionalidade dessa medida. No mesmo passo, o abandono de um idoso pela família é ação execrável, visto que quebra os vínculos familiares que existiam, abalando seu estado emocional e até mesmo podendo deixá-lo em situação de risco, de acordo com o grau de dependência que possui.

Ainda segundo Freitas Júnior (2015, p. 11), esse convívio familiar não pode, entretanto, ser forçado àquele idoso que tem pleno discernimento e capacidade, visto que o Estatuto do Idoso também lhe garante o direito à moradia desacompanhado de seus familiares, se assim o desejar, respeitando-se, dessa forma, o livre arbítrio do ancião de escolher como quer conduzir sua vida e com quem deseja conviver.

Por outro lado, se esse idoso é incapaz, não cabe mais a ele essa decisão, a qual recai ao curador legalmente constituído, que tem discricionariedade para exercer tal *munus público*. Porém, caso não sejam prestados os desvelos necessários e/ou ocorra qualquer forma de abandono ou negligência, terá que responder civil e criminalmente por sua ação ou omissão.

2.3.4 Princípio da Solidariedade Social e Familiar

O princípio da solidariedade social, por sua vez, se apresenta como um dos objetivos fundamentais da Federação, estando presente no art. 3º, inciso I da Carta Magna: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: Constituir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Tal princípio tem reflexo direto no Direito das Famílias, visto que se é esperado um sentimento de solidariedade no relacionamento familiar, com o respeito mútuo entre os seus membros, tanto nas peculiaridades de cada ser como na própria dignidade individual.

De acordo com Paulo Lôbo (2010, p. 63):

A regra matriz do princípio da solidariedade é o inciso I do art. 3º da Constituição. No capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à família (como entidade e na pessoa de cada membro) de proteção ao grupo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227) e às pessoas idosas (art. 230). A solidariedade, no direito brasileiro, apenas após a Constituição de 1988 inscreveu-se como princípio jurídico; antes, era concebida como dever moral, ou expressão de piedade, ou virtude ético-teologal.

Outrossim, mais especificamente ao tema desse trabalho, impõe a todo cidadão, não só o inserto no contexto familiar, de observar os direitos da pessoa idosa, garantindo acolhimento àquela que se encontra desamparada ou sem condições próprias de subsistência. O princípio da solidariedade também está expresso no texto do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003, em seu artigo 36: “O acolhimento de idosos em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar, caracteriza a dependência econômica, para os efeitos legais”.

Outro exemplo é a justificativa do pagamento de alimentos em caso de necessidade, nos termos do art. 1.694 e seguintes do Código Civil, também fundados na solidariedade patrimonial e manutenção da dignidade da família, instituto previsto ainda no Estatuto do Idoso em seus arts. 11 e 12, que além de se basear na solidariedade familiar, ainda procurou garantir o melhor interesse do idoso, senão vejamos: “Art. 11. Os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil.; Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.”

Diante de toda essa exposição sobre a evolução da família, pode ser verificado que a Constituição Federal e, posteriormente, o Código Civil de 2002, modificaram sobremaneira as relações familiares. Foi abandonado o sistema patriarcal, no qual o homem era o centro do núcleo familiar, e passou-se à consideração de um sistema igualitário e isonômico, em que prepondera a dignidade humana em todos os sentidos.

Dentre as variadas mudanças da sociedade, o conceito de família assumiu uma proporção bastante representativa, restando a dignidade da pessoa humana, o afeto e a solidariedade familiar como recursos para dirimir conflitos relacionados ao Direito das Famílias, notadamente aqueles relativos aos direitos do idoso.

3 A PESSOA IDOSA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL ATUAL E A VIOLÊNCIA POR ABANDONO

A população idosa mundial se encontra em uma crescente e esta é uma tendência que não possui previsão de refreamento nos próximos anos. Em 1950, segundo o IBGE, o número de idosos no mundo era de cerca de 204 milhões (IBGE, 2008) e, em 2014, quase sete décadas depois, esse contingente populacional já alcança 841 milhões de pessoas (WHO, 2014), um aumento anual de aproximadamente 10 milhões por ano.

Já em 2050, por sua vez, a estimativa fornecida pela Organização Mundial de Saúde – OMS – em seu documento “Envelhecimento ativo: um marco político” é de que sejam mais de 2 bilhões de idosos no mundo, estando a maioria deles concentrada nos países de baixa e média renda (WHO, 2014).

O termo “idoso”, como o conhecemos atualmente, não era reconhecido no Brasil até aproximadamente 50 anos atrás, vindo a ser utilizado no âmbito legal e documental apenas no início da década de 1960, conforme Serra (*apud* Alves 2008, p. 82): “Em 1960, a expressão “idoso” foi trazida da França para o Brasil, pelo gerontólogo Marcelo Salgado, tendo como finalidade substituir o termo “velho” dos documentos oficiais ao fazer referência às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.”

A OMS apresenta como critério básico para definição de idoso a classificação cronológica em conjunto com o nível socioeconômico dos países, na qual, para uma pessoa ser considerada idosa deve ter a idade de 60 anos nas nações em desenvolvimento e 65 anos naquelas já desenvolvidas, mas deixa em aberto essa classificação para que cada país possa ter a sua própria. (WHO, 2002)

No Brasil, de acordo com a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), uma pessoa é classificada como idosa, notadamente para fins legislativos, se tiver idade igual ou superior a 60 anos, a despeito de só ter alguns benefícios garantidos, como a gratuidade no transporte público, para aqueles maiores de 65 anos.

A Constituição Federal de 1988, antes do Estatuto do Idoso, utilizava como critério de definição de pessoa idosa o que a lei infraconstitucional dispunha, sendo que a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social) considerava idoso os que tivessem acima de 65 anos e a Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) havia definido a idade de 60 anos ou mais.

O Código Penal, por sua vez, apesar de utilização dúbia em alguns dispositivos legais, indicando para certos crimes e causas de aumento de pena a pessoa idosa como sendo quem tem idade igual ou superior a 60 anos, e já para outros somente quem é maior de 60 anos, deve ser interpretado, conforme a maioria dos doutrinadores, à luz do Estatuto do Idoso.

O IBGE, através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD – de 2013, indicou a expectativa média de vida do Brasileiro em 74,9 anos, sendo de 78,6 anos para as mulheres e 71,3 anos para os homens. Como comparativo, em 2000, a expectativa de vida era de 69,60 anos e, em 2050, espera-se que chegue ao patamar de 80,7 anos (IBGE, 2014).

Outrossim, ela também alcança reflexo no quantitativo de mulheres idosas em relação a homens idosos quando, em 1991, as mulheres correspondiam a 54% da população de anciãos e, em 2013, conforme o PNAD, passaram para 55,7%, ou seja, para cada 100 mulheres idosas havia 79,5 homens idosos no Brasil (IBGE, 2014).

O envelhecimento populacional, portanto, como já explicitado por números, realmente pode ser considerado um fenômeno global, e, já no ano de 2025, os dados ofertados pela OMS indicam o Brasil como 6º país com a maior população de idosos do mundo, com uma média de 34 milhões de pessoas e, no ano de 2050, 1/5 da população mundial será constituída por idosos (WHO, 2002).

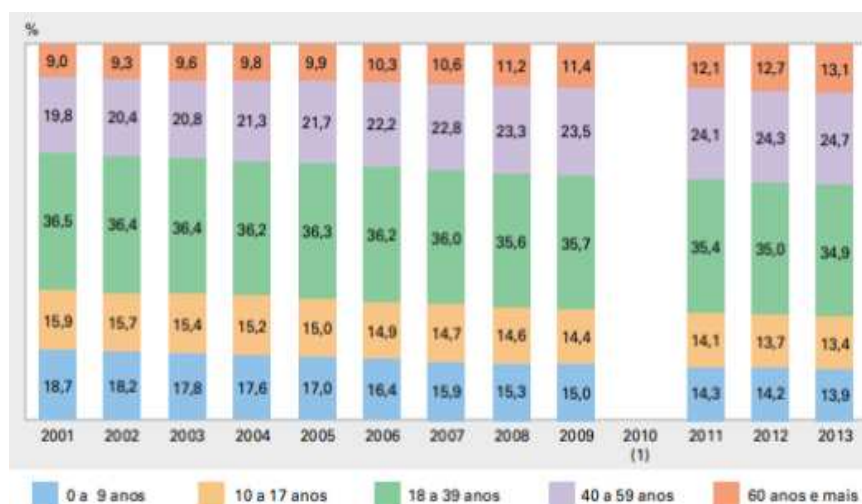
A população brasileira, entretanto, ainda é bastante desinformada sobre a pessoa idosa e as peculiaridades ínsitas ao envelhecimento, gerando uma barreira social que deve ser superada. O envelhecimento humano, na verdade, até os dias atuais, ainda não é estudado com o aprofundamento necessário, particularmente quando se observa que existem poucas políticas públicas e campanhas sociais voltadas para prestar auxílio às pessoas mais velhas ou para garantir uma cultura de respeito permanente a eles pelos mais jovens.

No Brasil, que possui modificação constante em sua pirâmide populacional, mostrando claramente um alargamento do topo e achatamento da base, com a tendência ao crescimento do contingente de pessoas idosas, há a necessidade de implementação de mais leis, com sua efetiva fiscalização, e políticas públicas com o fito de garantir os direitos dos idosos, o que tem sido preocupação, mesmo que tímida, dos governantes do país.

O Gráfico 1 mostra como os idosos estão distribuídos no país, sendo que em dados do último censo do IBGE, no ano de 2013, a população anciã no Brasil já correspondia

a 13% da população total brasileira, 0,4% acima do que o registrado em 2012 e 4% a mais do que no início do século (IBGE, 2014).

Gráfico 1 – Participação das pessoas residentes, segundo os grupos de idade – Brasil – 2001/2013



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2011/2013. Nota: Excluída a população da área rural de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará e Amapá

Outro dado significativo que demonstra que a população do Brasil demograficamente está envelhecendo de forma célere é a diferença crescente da proporção entre idosos e crianças, expressa pelo PNAD de 2013, o qual indica que em 2001, para cada grupo de 100 crianças de 0 a 9 anos, existiam 48,13 idosos de 60 anos ou mais e, apenas 12 anos depois, esse número já saltou para 94,24 idosos de 60 anos ou mais (IBGE, 2014).

Seguindo essa tendência, fatalmente a relação irá se inverter já antes de 2025, com seu acentuamento anual. Os dois principais fatores para isso, sem desmerecer outros, são a queda da taxa de fecundidade e natalidade, seja de forma natural ou pelo próprio planejamento familiar, inserto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal e artigo 1.565, § 2º do Código Civil, que gera a redução do número de nascimento de crianças, além do aumento na qualidade de vida das pessoas, o que leva a maior longevidade e à consequente redução nas taxas de mortalidade.

Ante esse quadro de crescimento do contingente populacional acima de 60 anos, vê-se uma maior necessidade de aumentar os cuidados com os idosos, tendo a família e o Poder Público este novo desafio, antes não tão debatido pela sociedade, que ainda não sabe

como lidar com seus familiares que adentram a essa faixa etária, levando, por muitas vezes, ao abandono e/ou negligência familiar.

Pensando nessa característica, imperioso se faz repensar o papel do Estado, da sociedade e da família nesse *munus*, para que se busque formas de diminuir o abandono dos idosos, seja ele material ou imaterial.

3.1 Abusos contra a pessoa idosa

De acordo com Teixeira (2003, p. 4), a preocupação com o envelhecimento tomou corpo na década de 1920, relacionada com a questão previdenciária brasileira. Entretanto, conforme Pasinato *et al* (2006, p. 2): “[...] os primeiros estudos sobre violência doméstica contra idosos datam de meados da década de 1970, com a publicação do artigo “Granny battered” (espancamento de avós) em 1975 (Baker, 1975, Burston, 1977 apud Krug et al, 2002)”.

Desde essa época, o tema “idoso” não foge às pesquisas científicas e políticas públicas dos governos mundiais, tomando maior corpo no Brasil a partir da antepenúltima década, com a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), conforme Serra (2005, p. 58): “No Brasil, a discussão sobre a violência contra idosos tomou impulso nas últimas duas décadas, tendo como um dos fatores o aumento da população idosa”.

Mas será que a sociedade está preparada para esta realidade que se apresenta? Observa-se que quanto maior é a população idosa, conseqüentemente maior é a violência contra eles. A vitimização do idoso se dá através do aviltamento aos seus direitos constitucionalmente contemplados. Esse abuso vitimiza, humilha e agride-lhe a dignidade e se materializa pela agressão física, emocional ou psicológica, podendo se dar mediante um único ato ou, ainda, repetidamente. Os maus-tratos podem ser cometidos tanto por ações como também por omissões, sejam essas intencionais ou não.

A definição mais utilizada para os maus-tratos cometidos contra idosos é a que foi adotada pela Rede Internacional de Prevenção aos Maus-tratos de Idosos (International Network for Prevention ou Elderly Abuse – INPEA), transcrita a seguir:

Uma ação única ou repetida, ou ainda a ausência de uma ação devida, que cause sofrimento ou angústia, e que ocorra em uma relação em que haja expectativa de confiança (INPEA, 1998; OMS, 2001 apud Machado e Queiroz, 2002).

E por que o idoso se torna vítima? Não é necessário ter noção de psicologia ou gerontologia para concluir que, debilitados pelo tempo, pelas mazelas próprias da idade, o idoso descamba para a fragilidade física e, sobretudo, a emocional. Ele já não tem planos pessoais, vive das realizações e sucessos alcançados pela prole que gerou e os de seus netos. Neste prisma, vivendo na sombra e dependência emocional, torna-se presa fácil daqueles que deviam protegê-lo.

Ressalte-se que não são só os familiares que são os abusadores do idoso, no rol de agressores também podem ser incluídos os amigos, os vizinhos, os cuidadores, o Poder Público e qualquer outra pessoa em posição de poder, autoridade e confiança.

3.1.1 Tipos de abusos

Como tipos de abuso contra o idoso, segundo Minayo (2005), podem ser listados o abuso físico, o sexual, o emocional ou psicológico, o abandono, a negligência, o financeiro e econômico, a violência institucional e ainda aquele em que ele próprio é o seu agressor, qual seja, a autonegligência.

A violência à pessoa idosa pode ser definida como ações ou omissões cometidas uma vez ou muitas vezes, prejudicando a integridade física e emocional das pessoas desse grupo etário e impedindo o desempenho de seu papel social. A violência acontece como uma quebra de expectativa positiva dos idosos em relação às pessoas e instituições que os cercam (filhos, cônjuge, parentes, cuidadores e sociedade em geral). (MINAYO, 2005, p. 8)

No abuso físico, o agressor faz uso da força física visando compelir a sua vítima a fazer o que não é de seu desejo, sendo um artifício muito comum na exploração financeira, quando se constata que, em grande parte das famílias, duas ou mais gerações são providas materialmente pelo idoso.

O abuso psicológico ou emocional é materializado pela agressão verbal, gestos e ameaças de atentar contra a integridade física ou mesmo a própria vida do idoso. Também tem como objetivo aterrorizá-los, humilhá-los, restringir sua liberdade ou isolá-los do convívio social.

O abuso sexual se apresenta na forma de ato sexual ou toques pelo corpo da pessoa idosa sem o seu consentimento, na caracterização de um gesto animalesco, em que muitas vezes os próprios familiares são os violentadores sexuais.

O abuso financeiro e econômico, segundo Minayo (2003), consiste na exploração imprópria ou ilegal dos idosos ou ao uso não consentido por eles de seus recursos financeiros e patrimoniais. Esse tipo de violência ocorre, sobretudo, no âmbito familiar. Segundo dados do Censo 2010, ficou verificado que 19,7% dos idosos eram responsáveis pelos domicílios brasileiros, observando-se um aumento em relação a 1991, quando os idosos responsáveis representavam 18,4% (IBGE, 2013).

Dessa forma, muitos familiares se aproveitam das aposentadorias, pensões ou benefícios dos idosos para uso próprio, desviando esse valor ou mesmo sendo sustentados pelo dinheiro dessas pessoas.

Por fim, a autonegligência é um abuso perpetrado pelo idoso contra ele mesmo, ao ameaçar sua segurança e saúde com a recusa de garantir ou deixar que sejam garantidos cuidados a si, como não querer se alimentar propriamente ou tomar banho regularmente, ou mesmo se recusar a ir a médicos ou realizar os tratamentos de saúde necessários.

Esse quadro é bem demonstrado ao se analisar dados do Ministério Público do Ceará, coletados junto à Secretaria Executiva das Promotorias de Justiça de Defesa do Idoso e da Pessoa com Deficiência, os quais dão conta que, desde sua criação, em 2006, até dezembro de 2014, foram realizadas cerca de 6600 denúncias, das quais as principais foram de abuso psicológico (25,27% dos casos), abuso financeiro (15,80%) e negligência (14,21%).

De acordo ainda com informações do Centro de Referência em Assistência Social – CREAS Fortaleza (CREAS/CE, online), desde 2008 até outubro de 2010 foram recebidas por eles 1.272 denúncias de violência contra idosos. Destas, 717 foram consideradas procedentes. Os tipos de abuso mais frequentes eram: abuso psicológico (30,12% dos casos), abuso financeiro (20,64%), violência física (14,36%) e negligência (20,36%). Os casos em que agressor e vítima moravam no mesmo domicílio totalizaram 48,80%. A maioria dos agressores tinham entre 40 e 49 anos, totalizando 19,23% dos casos, seguido daqueles que possuíam entre 18 e 29 anos, com 14,14%. 37,36% deles eram suspeitos de uso de álcool e drogas.

3.1.1.1 O abuso por abandono

O abuso mediante o abandono alcança um contorno mais genérico, podendo ser aquele perpetrado pelo Poder Estatal em face da ausência de políticas públicas eficientes, que defiram direitos aos idosos que a Constituição Federal Brasileira e outras leis específicas lhe conferem e, pode ser, também, o do próprio familiar, que lhe deixa de prestar a companhia, o afeto, apoio emocional e financeiro, tão vitais para o idoso.

A negligência se apresenta na forma da recusa ou omissão em prestar os desvelos que são necessários à pessoa idosa, notadamente causados pelos familiares ou garantidores dos anciãos. Pode se materializar pela negativa de fornecer-lhe alimentos, higienização e moradia adequada, de não levar o idoso a consultas médicas, ou de negar-lhe o lazer.

Esse tipo de abuso geralmente vem atrelado a outros tipos de agressões, sejam eles emocionais, sociais ou mesmo físicas, principalmente quando o idoso não possui mais o discernimento adequado para gerir sua própria vida e se encontra em situação de vulnerabilidade e/ou dependência.

Nesse sentido pode ser citada a falta de um acompanhante, ou cuidador, permanecendo o agressor indiferente ao sofrimento do idoso e, em necessitando cumprir com suas obrigações sociais ou mesmo as profissionais, deixa-o sozinho em casa, sem amparo.

Há ainda o abandono nos hospitais e nas ILPI's – Instituições de Longa Permanência – vulgarmente conhecidas como “abrigos”, em que os familiares pensam que só o fato de conduzir o idoso àqueles locais finda a obrigação de assistência, quando na realidade essas são as horas em que a companhia e os desvelos são fatores preponderantes no restabelecimento de sua saúde e adequação em uma unidade de longa permanência.

A violência institucional, por sua vez, é uma faceta do próprio abandono, visto, como já dito, ser o agente da agressão o próprio Estado e a falta de políticas públicas efetivas que garantam qualidade de vida aos idosos, os quais têm o direito de envelhecer com dignidade, com o sentimento de que fizeram a sua parte e contribuíram com os impostos devidos esperando ter o retorno que merecem em sua velhice.

4 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

A partir da preocupação com o número crescente de idosos no nosso país e a necessidade de defendê-los, diversas leis passaram a tratar especificamente dos direitos da população idosa, sendo as mais notáveis a própria Constituição Federal Brasileira, além da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/1993), a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994), o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) e suas alterações específicas ao tema e, principalmente, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

Serra (2005, p. 59), especifica essas e outras leis e seminários que versam sobre o assunto em tela:

No Brasil, grandes avanços têm sido alcançados, a partir desses estudos, pesquisas e discussões, tais como: a promulgação da Lei 8.842 de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional para o Idoso; a assinatura em 1998, do Pacto Comunitário contra a Violência Intrafamiliar, incluindo o Idoso; a publicação da Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências, em 2001, abrangendo a população idosa; o I Seminário Nacional de Prevenção a Violência Contra a Pessoa Idosa, em Sergipe (Aracaju, 2002); a promulgação do Estatuto do Idoso em 2003, que entre outros aspectos focaliza a punição para o causador da violência contra os idosos; o Seminário Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa, em Brasília (2004), de onde está sendo montado o Plano Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa.

Segundo Freitas Júnior (2015, p. 2), entretanto, apesar da existência desses poucos dispositivos legais, que tratavam apenas da saúde, assistência e previdência social do idoso, somente após o início da vigência do Estatuto do Idoso, em janeiro de 2004, foi que se inseriram efetivamente os direitos em sentido amplo desse contingente populacional. Nesse capítulo, apresentaremos cada uma dessas legislações, com suas inovações relativas às pessoas idosas.

4.1 Constituição Federal Brasileira

No Brasil, em relação à garantia de direitos dos idosos, a Constituição Federal de 1988 é o marco inicial de suas conquistas normativas. As demais constituições anteriores cuidavam apenas de delinear questões previdenciárias, não mais que isso. O novel texto constitucional, noutro turno, apesar de reservar poucos artigos especificamente aos idosos,

reconhece incontáveis direitos e deveres aos cidadãos brasileiros, destinando um capítulo específico para tratar da família, da criança, do adolescente e do idoso.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, apresenta os fundamentos da República Federativa do Brasil, listando, entre eles, a cidadania e a dignidade humana, conforme os incisos II e III.

Em seu art. 3º, IV e 7º, XXX, já começa a tratar, de forma ainda tímida e geral, o idoso, ao proibir qualquer forma de discriminação contra ele, e garantindo a busca por sua proteção e bem-estar:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil;
(...)
IV – promover o bem de todos, **sem preconceito** de origem, raça, sexo, cor, **idade e quaisquer outras formas de discriminação**
(...)
Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, **idade**, cor ou estado civil (**grifou-se**)

O Capítulo VII, por sua vez, é inteiro dedicado à Família, como base da sociedade, dando especial atenção à criança e adolescente e, também, ao idoso. No seu artigo 226, § 8º, é determinado ao Estado que assegure assistência a cada um dos que integram cada família, inclusive criando mecanismos que venham a coibir a violência no interior de suas relações.

O art. 229 dispõe sobre o dever mútuo de assistência entre os familiares, pais aos filhos menores e filhos maiores em relação aos pais idosos, devendo ampará-los na velhice, carência ou enfermidade.

Noutra senda, o art. 230 determinou que a sociedade, em âmbito geral, tem o dever de amparar as pessoas idosas.

Art. 230 da CR/88 – A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
§ 1º – Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
§ 2º – Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Freitas Júnior (2015, p. 3), diz que, apesar de a Constituição Federal pouco falar sobre o idoso, revelando uma suposta omissão nesse tocante, esta é apenas aparente, já que com base nos princípios fundamentais previstos nela a todos os cidadãos, notadamente

nos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, e 7º, XXX, estes devem ser entendidos de forma ampla, estendendo-se todos também à pessoa idosa.

4.2 Lei Orgânica de Assistência Social e Política Nacional do Idoso

Considerando essa premissa constitucional e visando a alterações nas leis relacionadas à população idosa, no ano de 1993 foi sancionada a Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742/1993 – que regulou os direitos assistenciais e tem como um de seus objetivos previstos no artigo 2º, a proteção social, garantindo 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, o qual é conseguido junto ao Ministério do Desenvolvimento Social, comprovando-se renda inferior a ¼ de salário mínimo por integrante familiar.

Em 1994 foi promulgada a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94, regulamentada pelo Decreto Federal nº 1.948/1996), tendo por finalidade assegurar os direitos sociais dos idosos, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, conforme Freitas Júnior (2015, p. 5).

Baseada no que determina a Constituição Federal Brasileira, a Política Nacional do Idoso avançou na descrição dos direitos sociais, sendo referência para a formulação das políticas públicas setoriais destinadas a esse segmento.

A implementação da Política Nacional do Idoso foi um marco para que se garantisse a prioridade política na confecção de uma lei mais ampla que pudesse regular todos os direitos da pessoa idosa, como veio a ser posteriormente o Estatuto do Idoso. Outro projeto que acelerou os estudos quanto à formulação do referido Estatuto foi o Projeto de Lei nº 3.561/1997, da Confederação Brasileira dos Aposentados e Pensionistas – COBAP.

A Lei nº 8.842/94, em seu artigo 4º, dispõe sobre suas diretrizes, sendo as mais notáveis: a priorização do atendimento ao idoso, por intermédio de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições de garantir sua sobrevivência (art. 4º, III); capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia (art. 4º, V); priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores do serviço (art. 4º, VIII); e apoio a estudos e pesquisas sobre as questões do envelhecimento (art. 4º, IX).

Várias outras medidas também são garantidas por esta lei, como o impedimento da discriminação do idoso (art. 3º, III), direito à cidadania, participação na comunidade e defesa de sua dignidade, bem-estar e direito à vida (art. 3º, I), conforme já previsto na Constituição Federal, a assistência à saúde (capítulo IV), dentre outras.

De acordo com Ramos *et al* (2002, p. 3):

A Política Nacional do Idoso visa integrar as áreas de saúde, educação, judiciária, lazer, previdência e trabalho em uma rede nacional que compartilhará informações sobre cada idoso cadastrado, facilitando o acompanhamento deste em qualquer uma das áreas supracitadas. Para isso são repartidas as competências dos órgãos e entidades públicas.

A referida Lei ainda previa, em seus artigos 5º e 6º, a criação de Conselhos do Idoso no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Em 2002, o Decreto nº 4.227 instituiu o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, o qual ficou vinculado ao Ministério da Justiça, tendo competência para supervisionar e avaliar a Política Nacional do Idoso, além de outras funções afetas à matéria.

4.3 Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406/2002, conforme Godinho (2014, p. 40), “[...] ocupa o centro normativo infraconstitucional do direito privado e influencia todo o ordenamento, incluindo as leis especiais, na medida em que regula institutos fundamentais da vida social [...]”.

O referido regramento, especificamente em relação ao objeto de estudo dessa monografia, apresenta a previsão da garantia de recebimento de alimentos a serem disponibilizados pela família em caso de necessidade da criança e do adolescente e também do idoso, assim como já previsto na lei civilista de 1916.

No caso específico do Estatuto do Idoso à luz do Código Civil, como aquele foi editado posteriormente e trata-se de Lei Especial, segundo as normas da hermenêutica, nas disposições que forem conflitantes com o segundo devem ter prevalência às da Lei nº 10.741/2003, não se descartando, entretanto, o diálogo entre ambos para a resolução dos conflitos.

O exemplo primordial dessa oposição é em relação aos alimentos quando o idoso é o credor, em que o Estatuto do Idoso, em seu art. 12, dispõe que “a obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores”, contrapondo-se ao Código Civil e ao entendimento pacífico anterior de que inexistia a solidariedade na obrigação alimentar, com ofensa à ordem da obrigação alimentar disposta no art. 1.696 do Código Civil.

Dessa forma, os art. 1.694 a 1.710 do Código Civil serão muito importantes na análise da responsabilidade civil dos filhos aos pais idosos, em conjunto com o art. 11 a 14 do Estatuto do Idoso.

Outras inovações do Código Civil de 2002 se encontram no regime matrimonial de separação obrigatória de bens, que anteriormente era aos sessenta anos, e atualmente é aos setenta anos (redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010) (art. 1.641) e a escusa da tutela para os maiores de sessenta anos (art. 1.736, inciso II).

4.4 Estatuto do Idoso – Lei Nº 10.741/2003

A Política Nacional do Idoso preparou o caminho para que fosse criado o Projeto de Lei para criação do Estatuto do Idoso, esse que de iniciativa do então Deputado Federal, Paulo Paim (PT-RS), tendo tramitado por cerca de sete anos no Congresso Nacional, aprovado em 21 de agosto de 2003 na Câmara dos Deputados e em 23 de setembro de 2003 no Senado Federal.

Assim, após diversas discussões e modificações, a Lei nº 10.741 foi sancionada em 01 de outubro de 2003 e publicada no Diário Oficial da União de 03 de outubro de 2003, sendo denominada “Estatuto do Idoso”, o qual entrou em vigor 90 (noventa) dias após a publicação.

O Estatuto do Idoso, apesar de não ser tão inovador em diversos dos seus dispositivos, nos 118 artigos que o compõem trouxe à lume a consolidação do reconhecimento aos direitos das pessoas com mais de sessenta anos, conferindo um tratamento sistemático à matéria, tratando da sua proteção jurídica, sócio-econômica, cultural, familiar, trabalhista e previdenciária.

Logo no seu artigo 2º, o referido Estatuto já ratifica o que previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, versando sobre os direitos, garantias e necessidades do idoso, o qual, segundo esse artigo, possui todos os direitos inerentes à pessoa humana:

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.

Por sua vez, o artigo 3º apresenta o princípio básico desta lei protetiva, que é o Princípio da Prioridade Absoluta, o qual dispõe que é obrigação tanto da família como da comunidade, da sociedade e do Poder Público 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. Da mesma forma, esse princípio está contido no artigo 4º, o qual garante que nenhum idoso será objeto de qualquer violência ou negligência.

Ainda, a prioridade compreende, dentre outros, o atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços, a preferência na formulação e na execução de políticas públicas específicas e a garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais, conforme incisos I, II e VIII do artigo 3º.

Esse conjunto de normas, dessa forma, é considerado ferramenta primordial para a efetivação da cidadania, buscando-se garantir a todos o direito de envelhecer com dignidade, sendo preconizado que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente” (art. 8º), dispondo sobre vários direitos fundamentais, sejam eles individuais, difusos ou coletivos, cabendo ao Estado, à sociedade e à família a responsabilidade pela proteção e garantia desses direitos.

O Estatuto do Idoso é um verdadeiro exercício bioético. Começou pelo que poderia chamar de Comissão Bioética, já que ele é fruto de trabalho conjunto de parlamentares, especialistas, profissionais das áreas de Saúde, Direito, Assistência Social e das entidades e organizações não governamentais voltadas para a defesa dos direitos e proteção aos idosos [...] Poderíamos dizer que o Estatuto do Idoso representa um exercício de cidadania no resgate da dignidade da pessoa humana. (FRANGE, 2004, p. 8)

Entretanto, é certo que, isolada, a Lei nº 10.741/2003 não pode resolver de forma definitiva a questão social do idoso. Conforme escólio de Lara (2013, p. 7), para tal, deve

haver mudanças no cerne da sociedade e nas concepções que ela tem sobre a velhice e o envelhecimento, sob pena de ser apenas uma lei sem eficácia.

Noutro giro, entretanto, não se pode olvidar que a partir desse dispositivo legal, o legislador deu um ponto inicial para que se buscasse a implementação necessária das políticas públicas lá previstas, em comunhão efetiva de todos os atores sociais que têm responsabilidade para com o asseguramento dos direitos dos idosos.

Algumas inovações trazidas pelo Estatuto do Idoso podem ser listadas, como:

- a) O atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; (art. 3º, inciso I da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso);
- b) O direito ao provimento de sustento fornecido pelo Poder Público em caso de dificuldade financeira do idoso e/ou de sua família; (art. 14 da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso) – aqui representado pelo Benefício de Prestação Continuada previsto na LOAS;
- c) O asseguramento do acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social públicos, com atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde; (art. 15 da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso);
- d) A prioridade na tramitação de processos judiciais e administrativos; (art. 71 da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso);

Englobados a esses direitos, e além deles, o Estatuto do Idoso apresenta um título somente para cuidar dos direitos fundamentais dessas pessoas, já consagrados na Constituição Federal, aquele que subdividido em dez capítulos, quais sejam: I – Do direito à vida; II – Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade; III – Dos alimentos; IV – Do direito à saúde; V – Da educação, cultura, esporte e lazer; VI – Da profissionalização e do trabalho; VII – Da previdência social; VIII – Da assistência social; IX – Da habitação; X – Do transporte.

Quanto à violência perpetrada contra os idosos, o referido *códex* a ojeriza e faz menção explícita ao assegurar que “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” (Art.4º da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso).

Em seu artigo 43, por sua vez, destaca que o idoso tem o direito a medidas de proteção quando seus direitos reconhecidos por ela forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento ou também em razão de sua condição pessoal. Deve ser ressaltado, todavia, que essas medidas de proteção não podem ser confundidas com as penalidades aplicadas no caso de crimes contra os idosos, que são apresentadas em outro ponto da lei.

Dentre as medidas de proteção aplicáveis estão o encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; requisição para tratamento de saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar; abrigo em entidade e abrigo temporário.

No seu Título VI, denominado DOS CRIMES, o Estatuto do Idoso amplia, dos artigos 96 a 108, os crimes cometidos contra os idosos e puníveis na forma da lei. É uma maneira de complementar e atualizar os delitos previstos no Código Penal Brasileiro. Segundo seus artigos 94 e 95, os crimes que têm pena máxima privativa de liberdade que não ultrapassa 4 anos devem seguir o procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995 e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal; são, ainda, definidos como de ação penal pública incondicionada, ou seja, a ação não está condicionada à representação.

Conforme Lara (2013, p. 89), nos delitos previstos nessa lei com pena máxima privativa de liberdade cominada superior a 2 (dois) anos e que não ultrapasse 4 (quatro) anos, deve ser aplicado o procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/95, não podendo ser aplicadas as medidas despenalizadoras e interpretação que beneficie o autor do crime contra a pessoa idosa. Outrossim, nesse caso, a competência para julgamento é da Justiça Comum. Já para os crimes com pena em abstrato máxima inferior a 2 (dois) anos, a competência é dos Juizados Especiais Criminais.

Assim definida, a principal infração prevista no Estatuto do Idoso relacionada ao abandono de idosos pelos filhos e que será aprofundada em capítulo posterior, é:

- a) Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres [...] (art. 98, da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso)

Outrossim, no Título VII – Disposições Finais e Transitórias – traz uma série de modificações ao Código Penal, das quais se destacam:

a) Art. 110. O Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

a.1) Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;

a.2) Abandono material Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:”

A implementação do Estatuto requer que os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra os idosos sejam obrigatoriamente comunicados aos seguintes órgãos (art. 19): autoridades policiais, Ministérios Públicos ou aos Conselhos Estaduais e Municipais do Idoso. Segundo o art. 47, são linhas de ação da política de atendimento: III – serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; V – proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos. Este artigo expressa, portanto, a existência de serviços voltados para o atendimento aos idosos vítimas de violência, além da proteção jurídica.

O Estatuto do Idoso, portanto, teve o intuito de, em uma lei específica, unificar e ampliar os direitos dos idosos já previstos em algum nível em outras legislações diversas, procurando estruturar e vir a construir uma consciência não somente política mas social, de respeito ao idoso, para que se efetive os direitos fundamentais das pessoas com mais de sessenta anos, sendo de suma importância atualmente na defesa do direito das pessoas idosas.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL POR ABANDONO DOS PAIS IDOSOS PELOS FILHOS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Responsabilidade, em sentido amplo, é assim definida pelo escólio de Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 47):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Conforme os mesmos autores (2012, p. 48), a responsabilidade civil difere-se da responsabilidade penal ou criminal, visto que, naquela, o agente que causou um dano patrimonial ou moral tem a obrigação de repará-lo para retornar ao “*status quo ante*” e, não sendo possível, deve a obrigação ser convertida em indenização ou compensação. Já na segunda, o agente que cometeu o ilícito tipificado sofre uma sanção penal que pode ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária.

Ressalte-se que uma não exclui a outra, ou seja, se a pessoa abandonou um idoso materialmente, por exemplo, pode tanto responder civilmente com a obrigação alimentar quanto criminalmente nos diversos tipos penais existentes, de acordo com a análise do caso concreto, e tal fato não gera *bis in idem*.

A responsabilidade civil, dessa forma, consubstancia-se na obrigação de reparar um dano patrimonial ou moral provocado em virtude de um fato humano e divide-se em objetiva e subjetiva. Para se caracterizar a responsabilidade civil subjetiva, o dano causado a terceiros deve ser realizado em razão de evento culposos. Já na responsabilidade objetiva não é necessário que se prove que houve culpa para que se configure a reparação do dano.

O artigo 5º da Constituição Federal traz nos incisos V e X a previsão de indenização por dano moral ou material. No mesmo passo, os artigos 186 e 187 do Código Civil dispõem sobre a violação de direito de outrem, com o consequente dano causado por ato ilícito, culminando na obrigação de reparação do dano, conforme artigo 927 do referido Código.

No campo do Direito Público, a responsabilidade civil do Estado evidencia-se na obrigação que este tem de indenizar os danos patrimoniais ou morais que seus servidores,

atuando na qualidade de agentes públicos, causem a terceiros, independentemente da perquirição do fator culpa.

Noutro giro, em regra, no âmbito do direito privado, predomina a denominada responsabilidade civil por culpa comum, que é espécie de responsabilidade subjetiva. Os requisitos exigidos para a configuração dessa modalidade de responsabilidade, conforme Flávio Tartuce (2014a, p. 260) são a conduta humana, a culpa genérica ou *lato sensu*, o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.

A conduta humana pode ser causada por uma ação ou omissão dolosa ou culposa. O dano é entendido como a violação de um interesse tutelado juridicamente, seja de natureza patrimonial ou um direito da personalidade. O nexo causal, por seu turno, é a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano. Já a culpa é o elemento anímico, “de caráter eventual, compreendida como a violação a um dever Jurídico preexistente, notadamente de cuidado” (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2014, p. 567/568). A culpa assim, pode ser compreendida como elemento ínsito à responsabilidade civil subjetiva, ao contrário da responsabilidade civil objetiva.

Em relação especificamente à responsabilidade civil nas relações de famílias, os mesmos autores afirmam que:

... considerando que os sujeitos envolvidos não estão exercendo qualquer atividade que implique, pela sua própria essência, risco a direito de outrem, a esmagadora maioria das situações fáticas demandará a prova do elemento "culpa" (...) Assim ocorrendo, a reparação devida desafia ação própria de ressarcimento, justamente na seara da responsabilidade civil nas relações de família (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 2014, p. 568).

Dessa forma, serão analisados doutrinariamente e jurisprudencialmente casos relacionados à responsabilização tanto civil como criminal de filhos por abandono de seus pais idosos.

5.1 Responsabilidade civil por abandono material

A Constituição Federal trata em seu artigo 1º, inciso III, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual garante a todos os cidadãos direitos fundamentais que lhe proporcionem vida digna. Dessa forma, em função disso, quando uma pessoa não consegue, por diversos motivos, suprir por si própria sua subsistência, deveria ser amparada

pelo Estado. Entretanto, como este não possui condições de prover caráter assistencialista a todos os necessitados, existe na legislação pátria a figura da obrigação alimentar, que se sustenta no princípio da solidariedade familiar e nas relações de parentesco, dispostas nos artigos 1.694 e seguintes do Código Civil.

Assim, no caso de uma pessoa idosa necessitada, por exemplo, esta deve primeiramente procurar o recebimento de alimentos junto aos familiares para, posteriormente, em caso de ausência de condições destes, se socorrer ao Poder Público, junto aos programas de assistência social e pleitear esse amparo, nos moldes do disposto nos artigos 145 e 346 do Estatuto do Idoso, a não ser que o ancião tenha plena capacidade laborativa.

A obrigação alimentar presume a existência do binômio possibilidade *versus* necessidade, no qual recai sob a figura do alimentando o dever de comprovar sua real necessidade a receber os alimentos e a possibilidade econômico-financeira do alimentante de os fornecer.

Os alimentos civis, nessa trilha, pressupõem a manutenção do alimentando no que tange não somente à alimentação, mas também a habitação, transporte, vestuário, lazer, ao contrário dos alimentos naturais, mais restritos à subsistência da pessoa e configurado, conforme artigo 1.694, § 2º do Código Civil, quando houver culpa do alimentando para estar na situação de necessidade em que se encontra.

O Estatuto civilista dispõe que o dever de alimentar é responsabilidade subsidiária dos familiares, ou seja, se houver diversos alimentantes para somente um alimentando, cada um deles deve arcar com o ônus na medida de sua possibilidade, respeitando-se, entretanto, a ordem legal dos devedores prevista nos artigos 1.696 a 1.698 do Código Civil.

O Estatuto do Idoso, por outro lado, mesmo impondo o dever de prestar alimentos na forma da lei civil, em seu artigo 12, disciplina que esta responsabilidade passa a ser solidária, tendo no seu cerne o objetivo de promover a celeridade da lide, incidindo a todos os devedores as mesmas responsabilidades, até mesmo sobre o valor integral da dívida, podendo o idoso escolher, dentre os legitimados, contra qual ou quais deseja demandar. Por seu turno, esse dispositivo concede ao parente que seja acionado judicialmente o direito de regressão aos demais que dela não participaram, de acordo com Freitas Júnior (2015, p. 98)

⁵ Art. 14. Se o idoso ou seus familiares não possuírem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público esse provimento, no âmbito da assistência social.

⁶ 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.

Apesar de alguns doutrinadores e a jurisprudência, notadamente à época da edição da Lei nº 10.741/2003, filiarem-se à posição da inaplicabilidade da solidariedade na obrigação alimentar, devendo em caso de pedido de alimentos formulado por idoso ser considerada a reciprocidade prevista no Código Civil, atualmente vem preponderando o entendimento de que em razão de ser norma especial, pelas regras da hermenêutica, as disposições do Estatuto do Idoso devem prevalecer, como bem estipula Maria Berenice Dias (2015, p. 593).

Como análise jurisprudencial referente a esse tópico, tem-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 775.565/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que se posicionou pelo reconhecimento da solidariedade na prestação alimentar, dando, assim, como órgão unificador das decisões pátrias, um norte para a resolução das divergências, senão vejamos:

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

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

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

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

- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12).

Recurso especial não conhecido.

(REsp 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143)

No caso em tela, um juiz de São Paulo havia concedido liminar para concessão de alimentos provisórios a um casal de idosos em face de um de seus filhos, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais). Realizada tentativa de conciliação, o juízo determinou a redução dos alimentos provisórios para R\$1.100,00 (um mil e cem reais) e incluiu outra filha dos anciãos no polo passivo da demanda. Interposto pelos idosos Agravo de Instrumento ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com a finalidade, dentre outras, de excluir da lide a filha, foi dado provimento parcial acatando o pedido.

O alimentante, por sua vez, promoveu Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, contra a parte do acórdão que afastou o litisconsórcio passivo entre os irmãos, aduzindo que este ofendeu os artigos 46 do CPC, 896, 1.694, 1.696 e 1.698 do Código Civil.

Em seu voto, seguido à unanimidade pelos demais ministros da Terceira Turma do STJ, a Ministra Nancy Andrighi ressaltou o caráter de lei especial do Estatuto do Idoso, o que

leva sempre à sua prevalência sobre lei geral, no caso o Código Civil. Nessa trilha, entendeu que a Lei nº 10.741/2003, garantiu ao idoso a absoluta prioridade na efetivação ao direito à alimentação, modificando a natureza da obrigação alimentar de conjunta para solidária, com o intuito de, como já dito anteriormente, privilegiar a celeridade do processo. Consignou, portanto, que o idoso pode escolher litigar contra quaisquer dos possíveis devedores, mantendo o acordão anterior, não reconhecendo o litisconsórcio passivo.

A jurisprudência pátria, dessa maneira, vem seguindo tal entendimento, conforme se depreende de alguns julgados, como o Agravo de Instrumento nº 70061916052, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Agravo de Instrumento nº 1.0701.13.005906-9/001, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Seguem as ementas:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS MOVIDA PELA GENITORA, IDOSA, CONTRA UMA DAS FILHAS. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EXCEPCIONALMENTE SOLIDÁRIA, POR FORÇA DO ART. 12 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/2003). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1) O ajuizamento de ação de alimentos pela genitora, pessoa idosa, contra a filha não enseja a formação de litisconsórcio passivo necessário. 2) O escopo do art. 12 do Estatuto do Idoso, de acordo com precedente do STJ e com a doutrina, ao estabelecer para os casos que disciplina a natureza da obrigação alimentícia como solidária, é beneficiar a celeridade do processo, evitando discussões acerca do ingresso dos demais devedores, não escolhidos pelo credor-idoso para figurarem no polo passivo. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70061916052, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/11/2014)

No primeiro julgado, a idosa ajuizou Agravo de Instrumento inconformada com a decisão do juízo de primeiro grau que determinou que a ação de alimentos que intentou contra apenas um dos descendentes fosse emendada com o fim de incluir no polo passivo os seus outros filhos. A anciã aduziu que tal decisão feria o Estatuto do Idoso e que os demais filhos já estavam ajudando-a financeiramente e com cuidados, razão pela qual desejava demandar apenas contra a promovida.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, à unanimidade, seguiu o voto do relator, Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, quedando-se pela desnecessidade de formação de litisconsórcio necessário, visto que a obrigação alimentar no Estatuto do Idoso é solidária, remetendo-se, assim, à decisão do STJ já anteriormente apresentada e provendo o recurso.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO DE FAMÍLIA - ESTATUTO DO IDOSO - ALIMENTOS PROVISIONAIS - DEVER DOS FILHOS - SOLIDARIEDADE FAMILIAR - AUSÊNCIA DE PROVA - RECURSO PROVIDO - DECISÃO REFORMADA.

- Os filhos também têm o dever de prestar alimentos aos pais, sendo a obrigação alimentar, nesse caso, solidária.

- Os alimentos provisionais devem ser fixados na proporção das necessidades do alimentando e das possibilidades do alimentante, consoante o §1º, do artigo 1.694, do Código Civil.
- É medida que se impõe a modificação da decisão agravada quando ausente no instrumento elementos de prova acerca do binômio legal (artigo 1695, do CC/02). (TJMG - Agravado de Instrumento-Cv 1.0701.13.005906-9/001, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/06/2014, publicação da súmula em 16/06/2014)

No segundo julgado, por sua vez, uma idosa impetrou ação de alimentos contra quatro dos seus sete filhos, e o magistrado de piso determinou que cada um deles pagasse de alimentos provisórios o valor de 22% do salário mínimo. Irresignada com a decisão interlocutória, uma das filhas entrou com Agravado de Instrumento para ser exonerada da obrigação, visto que não possuía condições financeiras para arcar com o ônus.

A relatora, Desembargadora Ana Paula Caixeta, explanou sobre a natureza solidária dos alimentos na Lei nº 10.741/2003, mas entendeu, todavia, que a anciã não havia comprovado tanto a sua real necessidade de receber o provimento quanto a possibilidade da agravante de pagá-los, enquanto esta conseguiu demonstrar sua incapacidade financeira. Assim, proveu o recurso para exonerar a agravante do pagamento de alimentos provisórios, seguida pelos demais desembargadores.

Outra discussão quanto à responsabilização civil por abandono material é se deve haver a existência ou não de vínculo afetivo entre o alimentante e o alimentado para que se caracterize a obrigação alimentar. Freitas Júnior (2015, p. 100), entende que para aquela existir, não é necessário apenas o vínculo de parentesco, mas também o afetivo, baseando-se no princípio da solidariedade familiar. Aponta, para corroborar seu posicionamento, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria da Desembargadora Maria Berenice Dias:

Alimentos – Solidariedade Familiar – Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo (TJRS – 7ª Câmara Cível, AP 70013502331 – 15.02.2006)

Entretanto, como bem aponta o doutrinador, o entendimento majoritário é oposto a esse posicionamento, não se considerando a afetividade como requisito para o ajuizamento da ação de alimentos, mas tão somente a relação de parentesco, como forma de beneficiar o idoso.

Por fim, conforme o artigo 13 do Estatuto do Idoso, não somente por meio judicial pode o idoso alcançar o direito a receber alimentos dos filhos, mas também via transação celebrada diante de Promotor de Justiça ou Defensor Público e referendada por eles, a qual valerá como título executivo extrajudicial e poderá ser executada em caso de não cumprimento pelo alimentante.

5.2 Responsabilidade civil por abandono afetivo

Ao contrário da responsabilização civil por abandono material, que já há muito se encontra pacificada na jurisprudência pátria, a indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo encontra tanto na doutrina quanto nas decisões dos tribunais pátrios divergência sobre a sua possibilidade ou não.

Segundo Flávio Tartuce (2014b, p. 26), existem dois posicionamentos opostos. O entendimento contrário se baseia na alegativa de que não se pode impor a ninguém o amor e o afeto, o que levaria, em caso de admissão da reparação imaterial, a uma monetarização do afeto.

Já para os que defendem a existência do dano moral e a consequente possibilidade de indenização, aquele teria fundamento na dignidade humana e no dever que o pai tem de gerir a educação do filho, de acordo com o art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil, gerando, em caso de violação, um ato ilícito, nos termos do art. 186 daquele *codex*.

Após pesquisa jurisprudencial em diferentes tribunais pátrios e no Superior Tribunal de Justiça, percebe-se que é crescente a demanda processual de filhos buscando responsabilizar os pais em função do abandono afetivo. Entretanto, o mesmo não ocorre em relação ao abandono inverso, visto que não foram encontrados na pesquisa processos referentes ao pleito de indenização por abandono afetivo dos filhos maiores aos pais idosos.

Isso não quer dizer, de forma alguma, que esse tipo de violência inexistente, mas pode ter como algumas explicações a resignação do idoso, que já se encontra fragilizado pelo abandono sofrido e não tem forças para iniciar uma disputa judicial com seus descendentes, ou mesmo não quer demonstrar que não obteve o amor e desvelos destes no momento em que

mais necessitava, ou, em último caso, o desconhecimento da possibilidade de pleitear tal indenização.

Nesse passo, proceder-se-á à análise jurisprudencial de casos envolvendo crianças e adolescentes, utilizando-os como paradigmas para a questão de responsabilização civil por danos morais em relação ao abandono inverso.

Um julgado bastante ilustrativo dessa divergência de posicionamento foi o da Apelação Cível nº 1.0628.13.001301-2/001, enfrentada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 22 de abril de 2015. Nesta, estava em análise apelação interposta por uma jovem que, em sede de primeiro grau, ajuizou Ação de Indenização por abandono afetivo em face de seu pai e obteve sentença improcedente ao pedido inicial, sendo condenada ainda ao pagamento de custas e despesas processuais, assim como aos honorários advocatícios. Segue ementa da decisão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO - ATO ILÍCITO - AUSÊNCIA - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - DEVER DE INDENIZAR - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA.

- O Direito se limita a impor aos pais deveres de ordem material. Amor, afeto e carinho não são bens jurídicos tutelados pelo Direito, não se podendo impor aos pais uma "obrigação de amar" os seus filhos, embora o abandono moral possa ser moralmente reprovável. - A omissão do pai quanto à assistência afetiva pretendida pelo filho não se reveste de ato ilícito por absoluta falta de previsão legal, daí porque ninguém é obrigado a amar, desamar, ou a dedicar amor a outrem. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ABANDONO AFETIVO - ILICITUDE POR OMISSÃO - COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS - POSSIBILIDADE. 1. Com fulcro na dignidade da pessoa humana, consagrada na CR/88, há que se condenar os pais negligentes ao pagamento de indenização com o escopo de firmar responsabilidades da ação volitiva de se conceber uma criança, mesmo sendo tal ato advindo de uma situação não planejada ou até mesmo daquelas em que não há relação marital entre os genitores. 2. É inconcebível a ideia de deixar os filhos à deriva pelo mundo, abandonados à sua própria sorte, privando-os de cuidados necessários a um desenvolvimento sadio, garantido pelo nosso ordenamento jurídico. Alguns papéis são insubstituíveis e indelegáveis: os de pai e mãe são bons exemplos disso. Pai e mãe são apenas rótulos, quando não se dedicam ao papel imposto a eles por meio legal. 3. É imperioso ressaltar que várias decisões já foram proferidas pelos tribunais com base no argumento de que não se pode impor a obrigação de amar. Seria impossível realmente tal imposição. No entanto, tais julgadores se esquecem de que amor é um sentimento aprendido. Ninguém nasce amando os pais, os irmãos ou a natureza, daí a importância do convívio. Por isso o absentismo de um pai é tão perverso na vida do filho, uma vez que este foi privado de aprender a amar. Por outro lado, há de se imputar uma pena a essa conduta moralmente reprovável. 4. Em consonância com o Superior Tribunal de Justiça, no voto da Ministra Nancy Andrighi, é possível pleitear indenização por danos morais quando há comprovação de que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida, ocorrendo ilicitude civil sob a forma de omissão. (DESEMBARGADORA MARIZA DE MELO PORTO - VOGAL VENCIDA) (TJMG - Apelação Cível 1.0628.13.001301-2/001, Relator(a): Des.(a) Wanderley Paiva , 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/04/2015, publicação da súmula em 29/04/2015)

Analisando a referida ementa e o voto de cada desembargador, chega-se à ilação lógica de que apenas a Desembargadora Mariza de Melo Porto proferiu decisão a favor do reconhecimento do dano moral por abandono afetivo, com o restante dos julgadores decidindo pela manutenção da sentença de primeiro grau e a consequente impossibilidade de arbitramento de indenização.

A referida magistrada, em sua decisão, se filia ao posicionamento favorável dos doutrinadores e julgadores à indenização por dano moral, ao aduzir que esta tem reflexo na dignidade da pessoa humana, disposta na Constituição Federal Brasileira. A desembargadora concorda com o argumento de que não se pode impor a obrigação de amar e que o judiciário não pode intervir nesse tocante, mas entende que, nesses casos, deve ser imputada uma pena para o que chama de conduta moralmente reprovável, de acordo com o novo paradigma que atualmente traduz uma justiça mais contemporânea.

O relator da Apelação, Desembargador Wanderley Paiva, entretanto, não vislumbrou qualquer violação de direito da autora, e, assim, quedou-se pela consequente inexistência de ato ilícito. Para ele, acolher a tese do recurso seria fixar um preço para o amor ou desamor, com a admissão da possibilidade de se compensar a frustração e a desilusão via ações judiciais. Finaliza aduzindo que afeto não tem preço nem uma indenização pode restituir o vínculo entre pais e filhos e, portanto, o deferimento do pedido não iria atender a finalidade que era almejada.

Mesmo posicionamento foi seguido pelo revisor, Desembargador Alexandre Santiago, com o acréscimo de que, no caso em análise, percebeu que na relação entre pai e filha não houve afeto recíproco, e que em nenhum momento ficou provado que a filha buscou contato com o pai, o que, em seu entender, obstava o direito à reparação.

A referida decisão, dessa forma, caminha na contramão de recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual apresenta o novel posicionamento da doutrina e tribunais, no Resp 1.159.242-SP, tendo como relatora a Ministra Fátima Nancy Andrigli, na qual um pai foi condenado no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) por haver abandonado a filha tanto materialmente quanto afetivamente no período que compreendeu sua infância e adolescência.

Antes desse julgado, havia divergência entre doutrinadores e jurisprudência sobre o cabimento ou não da referida indenização, já que a lei é omissa nesse ponto. Assim, a partir

dele, pode ser dado um norte que tende a extinguir essa dissensão, para uniformizar o entendimento pátrio em função de abandono afetivo. Segue ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (Resp 1159242-SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma do STJ, Julgado em 24/04/2012)

No aludido Processo, o juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido feito pela impetrante, visto haver entendido que o distanciamento de pai e filha se deveu por culpa exclusiva da mãe da requerente, que, diante de sua agressividade, impedia o contato mútuo entre eles. Irresignada com essa decisão, a filha interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, sendo reformada a sentença e reconhecido o abandono afetivo, condenando-se o genitor por danos morais, no importe de R\$415.000,00, nos seguintes termos:

Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim (TJSP, 8.ª Câ. de Direito Privado, Apelação com Revisão 511.903-4/7-00-Marília-SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v.u.).

Por sua vez, o pai interpôs Recurso Especial ao acórdão, alegando violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002 e divergência jurisprudencial.

A Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, o qual foi seguido pela maioria dos Ministros da 3ª Turma do STJ, relatou ser possível a utilização dos institutos da

responsabilidade civil no Direito das Famílias e que ao serem analisados os casos de abandono afetivo não está em pauta o amar, mas sim o dever de cuidar.

Para ela, o amor é subjetivo e não pode ser materializado. Já o cuidado possui elementos objetivos e previstos legalmente, e, ao contrário do amar, pode ter seu cumprimento averiguado. Dessa forma, entendeu que, comprovando-se o descumprimento do dever de cuidado, há a ocorrência de ilícito civil, sob a forma de omissão, com a consequente possibilidade de reparação do dano. Em suas palavras: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.”.

Foram opostos embargos de divergência contra a decisão da 3ª Turma do STJ diante da suposta divergência com outros julgados da mesma Corte, usando como paradigmas os julgamentos da 4ª Turma do STJ do Resp nº 514.350-SP de relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior e o Resp 757.411-MG, de relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, os quais entendiam como não cabível a indenização por abandono afetivo.

Em julgamento dos embargos de divergência, datado de 09/04/2014, os Ministros da 2ª Turma do STJ tinham a possibilidade de finalmente uniformizar o entendimento atual de todo o Sodalício, entretanto, por maioria, decidiram pelo não conhecimento dos embargos, visto que aquela decisão teria ocorrido em um caso excepcional, peculiar e diferente dos anteriores, não servindo de parâmetro para a sobredita uniformização.

Todavia, a decisão da 2ª Turma do STJ teve sua parcela de importância, visto que não desconstituiu o julgamento da 3ª Turma do STJ e manteve a concessão de indenização por dano moral para a vítima de abandono afetivo, em consonância com o novel posicionamento do Direito das Famílias.

Alguns autores também defendem a possibilidade de reparação civil por abandono afetivo, dos quais se destaca Flávio Tartuce (2014b, p. 27), que assim se posiciona:

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica dos princípios da dignidade e da solidariedade; sem perder de vista a função pedagógica que deve ter a responsabilidade civil. Aliás, tal função educativa afasta qualquer argumentação a respeito de uma suposta monetarização do afeto. Atente-se que esta última falsa premissa, levada às últimas instâncias, afastaria qualquer possibilidade de reparação imaterial em nosso País. Cumpre lembrar, em reforço, que a CF/1988 encerrou o debate sobre a reparação dos danos morais como compensação pelos males sofridos pela pessoa, notadamente pela expressão do seu art. 5.º, incs. V e X.

Espera-se, assim, que o posicionamento pela reparação dos danos morais em decorrência do abandono afetivo prevaleça na nossa jurisprudência, visando a evitar que outros pais abandonem os seus filhos.

Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 571) não discrepam desse escólio:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a "perda do poder familiar", pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

Apesar de tratar-se de julgados e doutrinas relacionados ao abandono de pai para filho, não deve haver obstáculo ao se estender mesmo entendimento para o abandono inverso, ou seja, de filho para o pai idoso. Os acórdãos apresentados, favoráveis à possibilidade da responsabilização civil em relação ao abandono afetivo de crianças e adolescentes, têm como principal escopo a ocorrência da omissão no dever de cuidado, o que leva a dano irreparável à formação psicológica e inserção social da criança.

Para o idoso, a situação não se difere. É esperado por ele que na velhice, após ter criado todos os filhos, dando-lhes amor, alimentação, educação, possa ter de retorno o que plantou, recebendo o apoio e assistência familiar no momento da vida em que mais necessita. A ausência desse afeto pode provocar o seu alquebramento, gerando consequências psíquicas e sociais muitas vezes insanáveis.

Nessa trilha, o dever de cuidado dos filhos aos pais idosos é constitucionalmente contemplado nos artigos 229 e 230, que dispõem ser também função dos filhos ampararem os pais na velhice e, não o fazendo, estão cometendo um ato ilícito passível de reparação.

Atualmente, diante da lacuna da lei, existem dois Projetos tramitando nas casas do Congresso Nacional, sendo o primeiro no Senado, Projeto nº 700/2007, o qual visa modificar a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) com o fim de caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal. Ou seja, a referida proposição não engloba o abandono inverso, mas apenas o dos pais aos filhos. Conforme pesquisa no site do Senado, esse processo já conta com parecer favorável das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, e de Direitos Humanos e Legislação Participativa.

O segundo projeto de lei, de número 4.294/2008, tramita desde 2008 na Câmara dos Deputados, sob a iniciativa do deputado Carlos Bezerra, sendo este mais abrangente que o Projeto nº 700/2007 do Senado, já que altera o Código Civil de 2002, acrescentando um

parágrafo ao art. 1.632 e, ainda, trata especificamente do abandono inverso, ao também adicionar um parágrafo ao art. 3º da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), para estabelecer indenização por dano moral referente ao abandono afetivo.

Conforme texto encaminhado, o art. 1632 do Código Civil, o qual inserto no capítulo que trata do poder familiar, na seção das disposições gerais, passaria a conter um parágrafo único, que diria: “O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”. O Estatuto do Idoso, por sua vez, em seu art. 3º, passaria a conter dois parágrafos, ficando o novo § 2º com a seguinte redação: “O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”.

Tal proposição já percorreu a Comissão de Seguridade Social e Família, na qual obteve parecer da relatora, Deputada Jô Moraes (PcdoB-MG) pela aprovação, em 16/12/2010 e, ainda, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, obtendo também parecer pela aprovação, com substitutivo, pelo relator Deputado Antônio Bulhões (PRB-SP), permanecendo atualmente na CCJC para discussão da matéria, com último andamento em 25/06/2015.

5.3 Responsabilidade criminal por abandono moral e material

Até a promulgação da Lei nº 10.741/2003, não havia no ordenamento jurídico-penal do Brasil qualquer previsão de crimes específicos contra idosos, ou seja, não era a pessoa idosa sujeito passivo direto de um crime, sendo enquadrada de forma geral em outras figuras típicas no Código Penal e leis especiais. Havia, entretanto, a agravante genérica do art. 61, II, h do CPB, em relação a crimes praticados contra “velhos”.

Com o advento da referida Lei, houve a previsão de quatorze novos tipos penais e, além, foi modificada a redação do art. 61, II, h do CPB, substituindo-se o termo “velho” por “maior de 60 (sessenta) anos” e, dentre outras alterações, notadamente no que tange ao tema abandono de idosos, o aumento de pena para o crime de abandono de incapaz sendo este pessoa idosa (art. 133, § 3º, III do CPB) e a mudança de redação do crime de abandono material (art. 244 do CPB), prevendo como sujeito passivo também o ascendente maior de 60 (sessenta) anos.

O Estatuto do Idoso dispõe em seu artigo 98 sobre o crime de abandono de idoso, prevendo pena de detenção de 06 (seis) meses a 03 (três) anos a quem: “abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado.”

Esse dispositivo possui duas condutas distintas, abrangendo o abandono moral em sua primeira parte (abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres) e o abandono material na segunda (não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado). Os bens jurídicos tutelados em ambas são a vida e a saúde do idoso.

O sujeito ativo, para a maioria dos doutrinadores, como Lara (2013, p. 111) e Freitas Júnior (2015, p. 231), somente pode ser aquele que tenha obrigação de assistência para com a pessoa idosa, seja esta decorrente de lei ou mandado, como um filho ou curador, por exemplo. Dessa forma, cuida-se de crime próprio, ou seja, é exigida condição especial do sujeito ativo. O sujeito passivo, por sua vez, é o idoso, conforme definição do Estatuto do Idoso, noutras palavras, aquele que tem idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

A conduta do crime de abandono moral pode ser comissiva ou omissiva, sendo a primeira caracterizada quando, conforme Freitas Júnior (2015, p. 231), a vontade de abandonar o idoso é pré-existente ao abrigamento e a consumação se dá logo quando o ancião é deixado naquele local. Já a segunda se dá quando o agente não tinha em princípio o desejo de abandonar o idoso em quaisquer dos locais apresentados no tipo penal, mas posteriormente decide por não mais buscá-lo, restando aí a sua consumação. Segundo Lara (2013, p. 115) é possível a configuração da tentativa para o abandono comissivo.

Já no crime de abandono material, o qual pode existir ou não em comunhão com o anterior, procura-se punir a pessoa que tem o dever legal ou por mandado de prestar alimentos ao idoso e não o faz. Possui, assim, a conduta eminentemente omissiva.

Conforme Lara (2013, p. 120), esse delito tem características bem próximas ao do tipificado no art. 244 do Código Penal – Abandono Material – mas não se confunde com ele, o qual assim dispõe:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)
Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada. (Incluído pela Lei nº 5.478, de 1968)

Como se vê, o crime do Código Penal é mais abrangente do que o abandono material do Estatuto do Idoso quanto ao sujeito passivo, visto que além de reconhecer como tal a pessoa maior de 60 (sessenta) anos, ainda engloba o cônjuge, filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho e o ascendente inválido de qualquer idade.

Já em relação ao sujeito ativo, a situação se inverte, em razão de que no delito do artigo 98 do Estatuto do Idoso, estes são quaisquer pessoas obrigadas por lei ou mandado a suprir as necessidades básicas do idoso, enquanto no do Código Penal são apenas o cônjuge, os pais, descendentes e ascendentes.

O delito do artigo 244 do CPB pressupõe sua configuração somente se não houver justa causa para o não provimento de recursos necessários, ou seja, se o agente possuir uma escusa plausível para tal, o fato se torna atípico. Já para o mesmo tipo do Estatuto do Idoso não há essa restrição explícita, mas, para a maioria dos autores, em caso de haver justa causa, não vai se configurar esse delito, já que, nesse caso, não serão devidos os alimentos.

Outrossim, conforme escólio de Lara (2013, p. 121), a tipificação legal do artigo 98 desse Estatuto é mais abrangente (apesar de ter cominação legal mais branda), visto que engloba os alimentos civis, enquanto na primeira parte do artigo 244 do CPB apenas os alimentos naturais, ou seja, os indispensáveis à subsistência do alimentado:

... enquanto este (artigo 244 do Código Penal) consiste em deixar de prover a subsistência do sujeito passivo, aquele (artigo 98 do Estatuto do Idoso) corresponde ao não provimento das necessidades básicas do idoso, incluindo não somente o essencial ao sustento deste, mas também outras necessidades que ele, porventura, apresente e que o sujeito ativo tenha possibilidade de suprir. (LARA, Luciana Lima do Amaral, 2013, p. 121)

Ademais, ao contrário do artigo 98 do Estatuto do Idoso, no artigo 244 do CPB não se exige perigo para a vida ou saúde da vítima, havendo somente o descumprimento de um dever legal de prover o seu sustento, sendo o bem jurídico penalmente tutelado a assistência familiar.

O tipo penal do artigo 244 prevê, ainda, em um de seus núcleos, a incursão nesse crime de quem faltar ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou

majorada, fazendo uma ligação, assim, com a responsabilização civil por abandono material e afastando, noutro giro, a tipificação do artigo 98 do Estatuto do Idoso.

Por sua vez, o crime de abandono de incapaz, disposto no artigo 133 do CPB⁷, com alterações adicionadas pelo Estatuto do Idoso qualificando o crime, está inserto no Capítulo III – da periclitção da vida e da saúde – e, ao contrário do abandono material, conforme Cléber Masson (2014, p. 168), tem como pressuposto o abandono físico, que é deixar o incapaz sozinho, sem a assistência necessária e não precipuamente sem os recursos materiais que precisa. É, ainda, um crime de perigo concreto, assim como o do artigo 244 do CPB e em sentido diverso do delito do artigo 98 do Estatuto do Idoso, que é de perigo abstrato.

O tipo penal também determina que o sujeito passivo tem que estar sob o cuidado, guarda, vigilância ou autoridade do sujeito ativo e deve ser incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, afastando-se dessa forma também do abandono moral do artigo 98 do Estatuto do Idoso, já que neste o ancião está amparado pelo hospital, casa de saúde ou instituição de longa permanência.

Nessa trilha, como os demais delitos já apresentados, também é um crime próprio, podendo ser omissivo ou comissivo, não havendo modalidade culposa, sendo cabível a tentativa apenas no segundo caso, mas é de perigo concreto, ou seja, deve ser comprovado que havia o perigo efetivo para a vítima em função do abandono.

Estabelecidos tais parâmetros, veja-se decisão colacionada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a qual trata do abandono moral e material de idoso tipificado no artigo 98 do Estatuto do Idoso:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PROCESSUAL PENAL - DENÚNCIA - INÉPCIA - INOCORRÊNCIA - SENTENÇA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA - INOCORRÊNCIA - ESTATUTO DO IDOSO - ABANDONO DE IDOSO E APROPRIAÇÃO DE SEUS PROVENTOS - ARTIGOS 98 E 102 LEI 10.741/2.003 - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA - CONDENAÇÃO CONFIRMADA - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DIREITOS - ADMISSIBILIDADE - SANÇÃO CORPORAL SUPERIOR A UM ANO.

-Se a peça acusatória narra, ainda que concisamente, os fatos principais contra os quais deve o réu se defender, não há que se reconhecer sua inépcia. - Se a fixação das penas-base se fez de modo fundamentado, em consonância com as

⁷ Art. 133 - Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. (...) § 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: (...) III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos

circunstâncias judiciais, não ocorre nulidade na dosagem da sanção, máxime quando esta foi estabelecida no patamar mínimo legal previsto.

Não havendo dúvida de que o réu efetivamente abandonou a sua mãe na instituição em que a internou, deixando de visitá-la e de prover as despesas necessárias para a sua manutenção, mostra-se incensurável a sua condenação pela prática do delito previsto no artigo 98 da Lei 10.741/2.003. - Comete o delito previsto no artigo 102 da Lei 10.741/2.003, a pessoa que recebe o benefício previdenciário devido a sua mãe idosa e não o reverte em proveito desta, dele se apropriando. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.09.631767-2/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 14/03/2013, publicação da súmula em 26/03/2013)

Nessa primeira jurisprudência, o apelante, filho de uma idosa, foi condenado tanto pelo crime de abandono de idoso quanto de apropriação dos seus proventos (artigo 102 do Estatuto do Idoso), por ter abandonado-a em instituição de longa permanência e utilizado o benefício previdenciário dela em proveito próprio. Inconformado com a sentença, o sentenciado interpôs recurso de apelação, requerendo sua absolvição, alegando não ter praticado os crimes a si impostos.

Esse caso demonstra claramente o abandono moral e material de idoso, presente nos dois núcleos do tipo do artigo 98 do Estatuto do Idoso, tendo o réu agido de forma omissiva, visto que deixou a mãe em um abrigo e por alguns meses ainda prestava cuidados a ela, mas, após certo tempo, não mais foi visitá-la nem proveio às despesas necessárias para a sua manutenção. Dessa forma, considerando que o referido crime é misto alternativo, mesmo tendo o agente praticado as duas condutas que nele existem, o Tribunal de Minas Gerais manteve a condenação em apenas um só crime: o abandono de idoso, restando a pena fixada em 06 (seis) meses.

No segundo julgamento a ser analisado, ocorrido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o réu foi condenado pelo cometimento do delito previsto no artigo 244 do Código Penal e não no do artigo 98 do Estatuto do Idoso, senão vejamos:

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. ABANDONO MATERIAL. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. Filho que, sem justa causa, deixa de prover à subsistência de sua genitora, idosa, mantendo-a em condições subumanas, deploráveis, degradantes, consoante se depreende das fotografias acostadas aos autos, dos depoimentos testemunhais e estudo social realizado na residência da vítima. APENAMENTO. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. A valoração da circunstância judicial personalidade desajustada - foi plenamente justificada, pois submetida ao poder discricionário do juiz e à natureza das circunstâncias, consoante precedente desta Câmara. SANÇÃO PECUNIÁRIA. ISENÇÃO. INVIABILIDADE. A pena de multa, prevista no Código Penal, é de aplicação obrigatória e, portanto, não há falar em isenção em razão da pobreza do réu. CUSTAS PROCESSUAIS. DEFENSORIA PÚBLICA. Sendo o réu patrocinado pela Defensoria Pública, ficam suspensas as custas processuais, com fundamento no art. 12 da Lei 1.060/50. Apelo parcialmente provido para suspender as custas processuais, com base no art. 12 da Lei n.º 1.060/50. (Apelação Crime Nº

70018699264, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 09/05/2007)

O magistrado de primeira instância havia sentenciado o réu por haver deixado de prover a subsistência de sua mãe idosa. Este, por sua vez, apelou da decisão, alegando não terem sido demonstrados os elementos constitutivos do crime, como a permanência e o dolo, razão pela qual pugnou por sua absolvição. Os desembargadores, entretanto, entenderam que a materialidade e autoria estavam comprovadas, notadamente por fotos que haviam nos autos e pelos depoimentos testemunhais.

Atestaram, outrossim, que o crime tipificado era o correto, visto que não havia justa causa para não ser suprida a subsistência da mãe do réu, já que esse recebia a aposentadoria dela, mas dava destino diverso a ela. Dessa forma, concordaram com o juízo *a quo* ao interpretarem a situação apenas sob o espectro da subsistência do sujeito passivo, conforme o artigo 244 do Código Penal e não das necessidades básicas da idosa como um todo, como dispõe o artigo 98 do Estatuto do Idoso.

Nessa trilha, diante dos casos apresentados, percebe-se que o crime de abandono moral e material de idoso tem que ser analisado casuisticamente para que possa haver a devida tipificação dentre os mais variados dispositivos apresentados nas duas legislações penais que tratam dele, devendo o Ministério Público e o juiz aterem-se à gravidade concreta da ação criminosa e suas consequências, para daí dar a capitulação adequada e o julgamento justo e proporcional ao crime em comento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a população idosa cresce continuamente em níveis elevados, como resultado do aumento da expectativa do tempo de vida do ser humano. A sociedade, entretanto, não se preparou para acolhê-la e prestar os necessários desvelos quando chegam a essa tão delicada fase da vida. Malgrado essa situação, é obrigação prevista constitucionalmente, tanto da família, como da sociedade e do Estado, amparar os idosos, com a defesa de sua dignidade e bem-estar.

Por outro lado, no mundo contemporâneo, as pessoas cada vez mais esquecem do próximo, envoltos no ritmo frenético da vida, voltados aos seus afazeres próprios, sejam laborais ou de lazer, não possuindo ou afirmando não possuírem, muitas vezes, tempo ou recursos financeiros para assistir seus pais idosos, levando-os à situação de abandono.

Ressalta a Constituição Federal, em seu artigo 229, o dever recíproco de assistência e cuidado entre ascendentes e descendentes, tendo os filhos maiores a obrigação de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, proporcionando um convívio familiar baseado no afeto e reconhecimento ao princípio da solidariedade.

A Lei Maior assegura, ainda, o direito à dignidade humana, tendo como consequência de sua violação, no sentido daquele que abandona o idoso, a responsabilização civil e criminal, diante da ilicitude do ato.

O Estatuto do Idoso reforça e amplia o que disposto na Constituição Federal, quando afirma, em seu artigo 3º, que a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público devem assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação e o respeito e convivência familiar.

Além dessa premissa, no artigo 4º do mesmo Estatuto é defendido que a pessoa idosa não pode ser vítima de qualquer violência e todo caso de violação aos seus direitos deverá ser punido na forma da lei.

A violência por abandono material é combatida e punida na esfera civil e penal, com a responsabilização daqueles que a praticam contra os pais idosos, seja na forma da prestação alimentícia, disciplinada nos artigos 1.694 e seguintes do Código Civil e 12 do Estatuto do Idoso, ou por condenação criminal com base nos artigos 133 e 244 do Código Penal e 98 do Estatuto do Idoso.

No primeiro caso, acertadamente, o Estatuto do Idoso trouxe a disposição de responsabilização solidária entre os legitimados passivos quanto a prestação alimentar, podendo o idoso escolher demandar contra qualquer deles da forma que melhor lhe aprouver, garantindo-se, assim, a celeridade e efetividade da ação, tudo no melhor interesse da pessoa idosa.

No segundo caso, por sua vez, o Estatuto do Idoso ampliou a parca responsabilização criminal presente no ordenamento jurídico penal brasileiro, trazendo tratamento mais específico e, com isso, garantindo-se maior proteção ao idoso contra qualquer tipo de violência.

Todavia, não houve nenhuma previsão legal quanto à possibilidade de indenização por danos morais em caso de abandono afetivo tanto da criança e adolescente por seus pais como também da pessoa idosa por seus familiares, forçando o Judiciário, o qual não pode se furtar a decidir sobre toda demanda que chega a ele, a suprir a lacuna deixada pelo legislativo. Assim, os princípios constitucionais, como a dignidade humana, a solidariedade familiar e a afetividade, são fundamentos para que muitos filhos se socorram ao Poder Judiciário com o fim de obter indenização por dano moral devido ao abandono afetivo cometido pelos pais.

Por mais que não seja tão comum, há a mesma possibilidade em relação ao abandono afetivo inverso, ou seja, quando os filhos abandonam os pais idosos, uma vez que estes também possuem o direito constitucional à convivência familiar e ao amparo na velhice, tendo por consequência do dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou humilhação, quando interferem de maneira intensa no comportamento psicológico do indivíduo.

Não obstante tal fato, parte da doutrina e jurisprudência pátrias ainda são resistentes em relação à possibilidade de sua reparação, alegando que não se pode precificar o amor. Entretanto, entremostra-se errôneo esse posicionamento, visto que o que se busca nesse tipo de ação não é a conservação da obrigação de amar, esta não se impõe, mas a responsabilidade pelo descumprimento constitucional do dever de cuidado e amparo.

Em conformidade com a nova realidade constitucional e notadamente em função da dignidade da pessoa humana e da afetividade familiar, nota-se que o Judiciário está tendente a ser mais favorável à sua admissibilidade, precipuamente após o julgamento de caso emblemático do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.159.242/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi e julgado em 24 de abril de 2012, o qual gerou significativo precedente para a uniformização dos entendimentos dos demais tribunais enquanto não

legalizada a controvérsia.

Nessa trilha, o descaso entre pais e filhos é considerado grave abandono moral. Não se olvida, entretanto, para que haja o cabimento da reparação do dano moral, a necessidade de análise sensível e racional pelo juiz em cada caso concreto, com o fim de que sejam atestados os requisitos básicos da responsabilidade civil subjetiva e a aferição do grau de culpabilidade do filho no rompimento de eventuais laços familiares afetivos com os pais.

Dessa forma, percebe-se que atualmente é notável o amparo no ordenamento jurídico brasileiro ao idoso quando vítima de violência, seja na seara civil quanto na penal, tendo este a possibilidade de buscar junto ao Poder Judiciário, no caso de abandono material ou moral ocasionado por seus filhos, a reparação cabível, como forma de amenizar a dor sofrida pelo desamparo de seus descendentes. No mesmo sentido, comprovando-se o ilícito penal, em relação ao abandono, é obrigatória a atuação do Estado para punir o violador, nas tenazes dos tipos penais existentes na legislação pátria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Carla Maria Lobato. **Rompendo com o silêncio: uma breve análise sobre violência familiar contra idosos em São Luís, Maranhão.** Revista Kairós, São Paulo, 11. dez. 2008, pp 81-94. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/kairos/article/viewFile/2394/1487>> Acesso em: 25 set. 2015

BARROS, Bruna Guzzatti de. **Abandono afetivo de pais idosos: possibilidade de reparação civil à luz do Direito brasileiro.** 2013. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/100270/Monografia%20Bruna%20Guzzatti%20de%20Barros.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 set. 2015.

BEAUVOIR, Simone. **A velhice.** A realidade incômoda. v. 1. Trad. de Heloysa de Lima Dantas. Sao Paulo: Difusao Europeia do Livro, 1970.

BLESSMANN, Eliane Jost. **Corporeidade e envelhecimento: o significado do corpo na velhice.** 2003. Dissertação (Mestrado em Ciências do Movimento Humano) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul Programa de Pós-Graduação Escola de Educação Física, Porto Alegre, 2003. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/RevEnvelhecer/article/viewFile/4737/2661>> Acesso em: 28 set. 2015.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em: 23 set. 2015.

_____. **Código Penal Brasileiro – Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Lei Orgânica de Assistência Social - Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm> Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Política Nacional do Idoso - Lei nº 8.842 de 04 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8842.htm> Acesso em: 23 set. 2015.

CREAS/CE – Centro de Referência em Assistência Social (online). Disponível em: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/semas/index.php?option=com_content&task=view&id=297>. Acesso em 18 jul. 2015.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, 2006. Fonte digital: Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961. Disponível em <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2015

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FRANGE, Paulo. **O Estatuto do Idoso comentado por Paulo Frange**. 1ª ed. São Paulo, 2004.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso. Doutrina, jurisprudência e legislação**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil, Volume III: Responsabilidade Civil**. 10ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de Direito Civil, Volume VI: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GODINHO, Robson Renault. **A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos: Ministério Público, Tutela de Direitos Individuais e Coletivos e Acesso à Justiça**. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Júris. 2ª ed. 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**, Rio de Janeiro: IBGE; 2013. Disponível em <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/97/cd_2010_familias_domicilios_amostra.pdf> Acesso em: 16 set. 2015

_____. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios: PNAD: microdados**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. CD ROM.

_____. **Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade – 1980 – 2050**, Rio de Janeiro: IBGE; 2008. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2008/projecao.pdf>. Acesso em: 03 out. 2015

LARA, Luciana Lima do Amaral. **Da tutela do idoso no direito penal brasileiro**. São Paulo: Lumen Juris, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, L. e QUEIROZ, Z. V. **Negligência e maus-tratos**. In: FREITAS, E. V. et al. Tratado de Geriatria e Gerontologia. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan. 2002

MASSON, Cléber. **Direito Penal. Vol 3. Parte especial – arts. 213 a 359-H**. 4ª ed. rev. at. São Paulo: Editora Método. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAYO, Cecília de Souza. **Violência contra idosos: relevância para um velho problema**. Cadernos de Saúde Pública, v. 19, nº 3. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, junho de 2003. Disponível em < <http://www.scielo.org/pdf/csp/v19n3/15881.pdf> >. Acesso em: 18 out. 2015

_____. **Violência contra idosos: é possível prevenir**. Revista Eletrônica de Enfermagem. v. 9, n. 3, p. 17-24, Rio de Janeiro, 2005.

PASINATO, Maria Tereza; CAMARANO, Ana Amélia; MACHADO, Laura. **Idosos vítimas de maus-tratos domésticos: estudo exploratório das informações dos serviços de denúncia**. Texto para discussão n. 1200. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2006. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2006/docspdf/ABEP2006_234.pdf>. Acesso em: 22 out. 2015.

RAMOS, Paulo R. B *et al.* **Fundamentos Constitucionais do direito à velhice**. 1ª ed. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 2002.

ROSA, Luís Carlos. **Idoso em reconstrução: na busca de uma proteção integral**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Rio Grande do Sul, Santo Ângelo, 2010. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp146904.pdf>> Acesso em 29 set. 2015

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

SERRA, J. N. **“Eu Não Tenho Mais Querer”: Violência Simbólica Contra Idosos**. 136f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Maranhão/UFMA, São Luís, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, Volume 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método. 2014a

_____. **Direito Civil, Volume 5: Direito de Família**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método. 2014b

TEIXEIRA, Solange Maria. **Envelhecimento na Agenda Pública Brasileira**. Revista Políticas Públicas, v. 7 (jan./jun.), n 1, p.113-136. 2003.

TOALDO, Adriane Medianeira; MACHADO, Hilza Reis. **Abandono afetivo do idoso pelos familiares: indenização por danos morais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11310>. Acesso em 15 out. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Volume 6: Direito de Família**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WHO, World Health Organization. **Active Ageing – A Policy Framework. A Contribution of the World Health Organization to the second United Nations World Assembly on Aging**. Madrid, Spain, April, 2002. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67215/1/WHO_NMH_NPH_02.8.pdf> . Acesso em 18 set. 2015

_____. **“Ageing well” must be a global priority**. 2014. Disponível em <<http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2014/lancet-ageing-series/en/>>. Acesso em 15 out. 2015.