



Universidade Federal
de Campina Grande

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

ANA CAROLINE PINHEIRO GONÇALVES

ABANDONO AFETIVO INVERSO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA ÀS PESSOAS IDOSAS

SOUSA – PB

2017

ANA CAROLINE PINHEIRO GONÇALVES

ABANDONO AFETIVO INVERSO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA ÀS PESSOAS IDOSAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ana Carla Gomes de Abrantes

SOUSA – PB

2017

ANA CAROLINE PINHEIRO GONÇALVES

ABANDONO AFETIVO INVERSO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA ÀS PESSOAS IDOSAS

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Ana Carla Gomes de Abrantes

Data da aprovação: ____/____/_____

Banca Examinadora:

Prof. (a): Ana Carla Gomes de Abrantes (Orientador)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof. (a): Cecília Paranhos Santos Marcelino (Examinadora)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof. (a): Petrócia Marques Sarmiento Moreira (Examinadora)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Dedico à minha mãe, Maria Orlaide, que está sempre ao meu lado e faz tudo por mim, e porque sem ela, aqui, hoje, não estaria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus, afinal ele é o grande motivo de estarmos vivos. À minha família, onde todos sempre me apoiam e torcem para que tudo dê certo. Aos meus amigos, que me fazem rir e me motivam a continuar, mesmo quando estou cansada. À minha orientadora, pela paciência que teve comigo, por me guiar e ajudar a terminar este trabalho.

*Não choro mais, nem disso sou capaz.
Tanta ingratidão, acabou com meu coração.
Por ele tudo fiz, mas fiz porque quis.
Dei-lhe todo meu amor, de meus braços o calor.
Dei-lhe vida, como tem que ser vivida.
Mas... tudo tem um fim.
Ele me abandonou, enfim, quando nada mais tinha a dar,
não soube nessa hora me amar.
E aqui me abandonou, ainda vivo, me matou.
Não virá me ver, só me espera ver morrer...
Dói a ingratidão...
Por que não para de vez meu coração?*

(Lamento de Um velho Pai. SALAVERY, Marcial)

RESUMO

Todo ser humano está fadado ao processo de envelhecimento, e a todas as implicações que lhe são acarretadas, destarte, necessitando de uma tutela especial a ser exercida pelo Estado, sociedade e a família. A legislação brasileira se aperfeiçoou quanto aos direitos dos idosos por meio do Estatuto do Idoso, que possui um conjunto de normas que os protegem nos vários campos de atuação, e que consolidou de maneira mais acentuada naquilo que a Carta Magna já ratificava. Porém, mesmo havendo todas essas normas que implicam na sua proteção e que geram a obrigação de proteção, o número de idosos abandonados por familiares é crescente, e os danos causados por tal ação são devastadores para esta parte da população vulnerável. O tema “abandono afetivo inverso”, termo utilizado nos casos de idosos abandonados pela família, é de grande relevância, visto que com a melhora na expectativa de vida, o crescente envelhecimento populacional também é uma realidade no Brasil, o que ocasiona, infelizmente, no aumento dos números de abandono. Além do que, mesmo que não haja o abandono por parte de todos os familiares, quando apenas um dos filhos toma para si a responsabilidade de cuidar do idoso, o ônus acarretado por vezes é maior do que possa sustentar, trazendo implicações até mesmo na saúde. Assim, percebe-se a necessidade de um instrumento para solucionar este problema, que assegure ao idoso o amparo por sua família, e ainda imponha que todos os filhos prestem cuidados igualmente, para que apenas um não tenha de carregar sozinho a responsabilidade. Com base nisso, o presente trabalho teve o objetivo de buscar no instituto da guarda compartilhada uma forma de resolver tal situação, à medida em que se analisou a evolução histórica dos direitos dos idosos, desde um plano internacional como os direitos fundamentais, até um plano nacional, com as políticas de proteção ao idoso, através da técnica de pesquisa bibliográfica e por meio de entrevistas. Assim, concluiu-se que há a necessidade de um instituto que garanta ao idoso um cuidado por seus familiares e que este familiar não seja o único a arcar com o ônus, sendo um instituto semelhante ao da guarda compartilhada que poderia resolver este questionamento.

Palavras-chave: Idoso; Abandono afetivo inverso; Família; Responsabilidade; Estatuto do Idoso

ABSTRACT

Every human being is bound to the aging process, and all the implications that it entails, thus it's necessitating a special protection to be exercised by the State, society and the family. Brazilian legislation has improved on the rights of the elderly through the Statute of the Elderly, which it has a set of rules that protect them in various fields of action, and which has consolidated more strongly in what the Constitution already ratified. However, even though there are all those rules that imply protection and the obligation to protect, the number of elderly abandoned by relatives is increasing, and the damages caused by such action are devastating for this part of the vulnerable population. The theme "reverse affective abandonment", a term used in the cases of the elderly abandoned by the family, is of great relevance, since with the improvement in life expectancy, the growing aging of the population is also a reality in Brazil, in increasing numbers of abandonment. In addition, even if there is no abandonment for the part of all relatives, when only one of them takes the responsibility for caring of the elderly, the burden sometimes is greater than it can sustain, with implications even in health. Thus, one notices the need for an instrument to solve this problem, which assures the elderly the protection of their family, and imposes that all them care equally, so that only one does not have to carry the responsibility alone. On the basis of this, the present work had the objective of seeking in the institute of shared custody a way of resolving this situation, as the historical evolution of the rights of the elderly, from an international plane such as fundamental rights, was analyzed, up to a plan National, with the policies of protection to the elderly, through the technique of bibliographic research and through interviews. Thus, it was concluded that there is a need for an institute that guarantees the elderly care for their relatives and that this relative is not the only one to bear the burden, being an institute similar to the shared custody that could solve this questioning.

Keywords: Elderly; Reverse affective abandonment; Family; Responsibility; Statute of the Elderly

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART. – Artigo

CAP.– Capítulo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.2 CONCEITO	16
2.3 EFICÁCIA	18
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PESSOAS IDOSAS	20
3 DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NO BRASIL	24
3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PROTEÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	24
3.2 DIREITOS DOS IDOSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	26
3.3 O ESTATUTO DO IDOSO	31
3.3.1 O direito à saúde e o idoso	32
3.3.2 O direito à educação e o idoso	34
3.3.3 O direito à cultura, ao esporte e ao lazer e o idoso.....	35
3.3.4 O direito ao trabalho e o idoso	36
3.3.5 O direito ao transporte e o idoso.....	37
3.3.6 O direito à habitação e o idoso	38
3.3.7 O direito à assistência social e o idoso	38
4 DO ABANDONO AFETIVO	40
4.1 RESPONSABILIDADE LEGAL DA FAMÍLIA PARA COM O IDOSO	40
4.2 O ABANDONO AFETIVO: A TRISTE TEORIA DO DESAMOR.....	43
4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES.....	477
4.3.1 Guarda Unilateral.....	48
4.3.2 Guarda Alternativa	49
4.3.3 Guarda Compartilhada.....	49
4.4 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE FILHOS PARA COM PAIS IDOSOS.....	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

A melhora na expectativa de vida tem como consequência também o aumento do envelhecimento populacional, e em decorrência disso vê-se a necessidade de uma maior proteção a parte idosa da comunidade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe com ela um conjunto de normas que visa proteger todo o ser humano, pois é embasada principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana e na cidadania, repudiando qualquer tipo de preconceito, e tratando a todos com isonomia, independente de cor, sexo, religião ou idade.

Assim, com o intuito de assegurar com mais especificidades o que a Constituição Federal já tratava sobre a pessoa idosa, foi aprovada a Lei nº 10.741 de 2003, o Estatuto do Idoso, que é composto por um rol de proteção àqueles com idade igual ou superior a sessenta anos em todos os campos de atuação, visando que seus direitos possam ser abrangidos com maior efetividade, e frisando as obrigações, já presentes na Constituição, que o Estado, a sociedade e a família têm de priorizá-los.

Contudo, mesmo com as proteções trazidas pela Magna Carta e pelo Estatuto, inquestionável é a situação de abandono de idosos que existe no Brasil, onde os familiares os deixam abandonados em asilos ou até mesmo em casa, sem amparo e cuidado algum. Além, também, das situações nos quais apenas um dos filhos se propõe a se responsabilizar do idoso, enquanto os demais se aproveitando da situação e nada fazem, o que acarreta num ônus excessivo para apenas um deles.

Neste contexto abre-se a necessidade de implementação de um instituto que possa solucionar o problema do abandono afetivo de familiares para com os idosos, e o excesso de ônus que um único familiar detêm, devido à falta de responsabilidade dos demais.

Ter-se-á como objetivo principal a análise das fragilidades que possuem as pessoas idosas, e sua necessidade de amparo pela família.

O problema que se busca dirimir é o crescente aumento do número de abandono de idosos, além do excesso de ônus desprendido à apenas um dos filhos que toma a responsabilidade sobre o idoso, através da possibilidade de aplicação de uma espécie de guarda compartilhada a filhos que possuem pais idosos, semelhante

a aplicada aos pais com filhos menores, considerando que em ambas as situações se encontram num polo um com capacidade e dever de cuidado, e na outra um com fragilidade e em fase em que necessita de ajuda.

O presente trabalho é composto por quatro capítulos, que abordarão o processo de evolução dos direitos fundamentais, onde as pessoas idosas também são possuidoras, seguindo o histórico até a outorga do Estatuto de idoso, que trouxe proteção para os idosos em todos os campos de atuação.

Em momento posterior será tratado a temática do abandono afetivo inverso, e os danos causados severos causados aos idosos por tal ação, e a situação na qual se encontram familiares que tomam para si sozinho a responsabilidade de cuidar de um idoso dependente e vulnerável, finalizando a análise da possibilidade de dividir o ônus de maneira compartilhada e solidária entre os filhos, visando dirimir ambos os problemas.

O método utilizado foi o indutivo, aplicando-se a estratégia de pesquisa qualitativa para análise das entrevistas, visando melhor compreensão sobre o tema abordado. A temática será desenvolvida a partir da técnica de documentação indireta, realizada a por meio da pesquisa bibliográfica em doutrinas e legislação, e observação direta, por meio de entrevistas semiestruturadas.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dada sua grande importância, e assim como todo e qualquer estudo que seja inerente a pessoa humana, os direitos fundamentais são o alicerce principal, que nortearão as linhas de pensamento a serem seguidas, visando sempre a igualdade e proteção.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Previamente, antes mesmo de se falar sobre direitos fundamentais e sua conceituação, há que se elucidar sobre seu árduo surgimento e o quão abrangentes estes direitos são, pois, apenas evocá-los como sendo essenciais e imprescindíveis, mesmo que seja um pensamento correto, não é bastante.

Já dizia Dimoulis (2014, p.10):

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história. Há quem vislumbre suas primeiras manifestações no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a. C., quem os reconheça no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana e quem diga que se trata de uma ideia enraizada na teologia cristã, tal qual expressa no direito da Europa medieval. Essas opiniões carecem de fundamento histórico. Para provar nossa afirmação, deveríamos percorrer um longo caminho teórico estudando com a devida profundidade os elementos da moderna história do direito que critica a visão continuísta do direito, assim como todas as teleologias que apresentam a história da humanidade como sendo uma marcha de contínuas conquistas rumo a um ideal Limitamo-nos a destacar que, para se poder falar em direitos fundamentais, deve se constatar a presença de três elementos: Estado, indivíduos, e texto regulador da relação entre Estado e indivíduos.

Há autores como outros estudiosos acreditam que a história dos direitos fundamentais se iniciou na antiga Babilônia, seguindo pela Grécia e Roma antiga, porém, não estando presente os requisitos que confirmariam sua existência, quais sejam o Estado, os indivíduos, e regulamentações que estipulasse a relação entre estes. Enquanto que há aqueles que acreditam no surgimento dos direitos fundamentais no antigo Egito e Mesopotâmia, junto ao código de Hamurabi.

Assim, Moraes (2007, p.8):

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e na Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O código de Hamurabi (1690 a.C.), talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Mesmo entre renomados autores existe divergência no que diz respeito ao surgimento dos direitos fundamentais. Acompanhando a doutrina de Alexandre de Moraes, segundo ele, o primeiro a ser escrito foi o Código de Hammurabi, que citava alguns direitos e garantias imprescindíveis aos homens, tendo como principal dentre eles, o direito à vida, um bem jurídico que anteriormente pertencia tão somente ao Estado, vide, se a vontade do rei era a execução, esta seria concedida. Porém, com o Código de Hamurabi houve a instituição de tais direitos, assim o soberano deixou de ser o detentor do poder absoluto, não podendo mais dispor dos direitos de seus súditos como desejasse e, passando a ter uma limitação do poder político. Infelizmente, mesmo com a instituição de direitos, o Código de Hammurabi se fundamenta na Lei de Talião, com a conhecida regra do “olho por olho, e dente por dente”, o que acarretava em castigos cruéis e desumanos para aqueles que o descumprisse.

Na sequência cronológica veio a Lei de Torah, que também era conhecida como Pentateuco e Lei de Moisés, que trazia um conjunto de regras religiosas, morais e sociais que eram obrigatoriamente impostas ao povo de Israel, e tinham inspiração divina na sua composição. Apesar da Lei de Torah admitir a escravidão e a pena de morte, visto que eram costumes da época, foi a primeira vez na história humana em que se determinou que os governantes e governados se sujeitassem à mesma lei e em igual medida. Porém, foi com o direito romano e Lei das Doze Tábuas, que se estabeleceu um complexo normativo para proteger os direitos individuais dos arbítrios praticados pelos governantes, e que veio a consagrar os direitos do cidadão.

O surgimento desses direitos em épocas em que havia escravidão, diferenciação por sexo ou classe social era algo comum, só prova que desde muito tempo se lutava para os direitos humanos fossem respeitados, e essas contribuições trazidas durante o período da antiguidade mostram claramente que esses direitos não

nascem do dia para noite, mas através de o caminhar e desenvolvimento da própria civilização humana.

Durante a sociedade medieval, esta que era caracterizada pela descentralização política, passando a existir vários centros de poder, devido a influência do cristianismo e do feudalismo, dividida em três estamentos, clero, nobreza e o povo. Na segunda parte da idade média passou a surgir documentos escritos que reconheciam direitos a determinados estamentos, para parte da comunidade, nunca para todas as pessoas. Destes documentos o que merece destaque é a Carta Magna que foi outorgada por João Sem-Terra, no século XII, pois trazia vários direitos, como a liberdade eclesial, a não existência de impostos, a propriedade privada, a liberdade de ir e vir, além da desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do monarca. Contudo, houve a prevalência do grupo sobre o indivíduo, já que não existiam direitos humanos universais, que abarcassem todas as pessoas, apenas direitos dirigidos a determinados estamentos, numa limitação territorial.

Com o início da idade moderna, o estilo de vida feudal, predomínio do magistério da igreja e a descentralização política deixaram de existir, dando lugar ao Estado Moderno, que surgiu aliado a burguesia e sua centralização de poder, para que então pudesse desenvolver suas atividades com segurança, e com isso eliminou pouco a pouco a sociedade composta por estamentos, assim o indivíduo passou a ter preferência sobre o grupo. Outros marcos importantes durante a idade moderna para os direitos fundamentais foram o *Petition of Rigths*, de 1628 na Inglaterra, que instituiu a necessidade de consentimento a tributação, que os julgamentos para privação de liberdade fossem feitos pelos pares, além de proibir as detenções arbitrárias. Também com a Lei de Habeas Corpus, de 1679, que veio para proteger a liberdade de locomoção, e terminou por inspirar os ordenamentos jurídicos em todo o mundo. Apesar do grande avanço que existiu nesse período, os direitos ainda não podiam ser considerados universais e inerentes a toda e qualquer pessoa apenas por pertencer a raça humana, já que eram concessões que podiam ser revogadas a qualquer momento, e com isso ainda não constituíam um limite na atuação do poder político

Foi com a revolução americana, em 1776, que a Declaração de Independência dos Estados Unidos veio para ressaltar que todos os homens são iguais perante Deus, e que este lhes muniu de direitos inalienáveis que estão sobre qualquer poder político, onde citava a vida, a liberdade e a busca de felicidade. Com essa independência e separação política dos Estados Unidos da Inglaterra, que o

povo americano passa a ser livre, elaborando sua Constituição Federal dos Estados Unidos da América, em que se estruturou o Estado Federal e distribuiu competências, mas infelizmente não mencionou os direitos humanos, que só passaram a tornar constitucionais em 1791, após dez emendas, e consagrando a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a segurança, o devido processo legal, a proporcionalidade da pena, constitucionalizando assim os direitos inerentes a pessoa humana.

No entanto, foi apenas em 1789, na França, ocorreu a consagração normativa dos primeiros direitos humanos, através da mais importante e famosa declaração de direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pois situação social no país era gravíssima e o nível de insatisfação popular era gigantesco, o lema dos revolucionários era “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, que expunha muito bem o desejo da população. Assim, em agosto do mesmo ano, por intermédio de Assembleia Nacional, se consagrou um conjunto de direitos inalienáveis do homem e cancelou todos os direitos feudais, além de promulgar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que possuía previsões importantes, das quais se destacam os direitos à igualdade, à liberdade, à propriedade, à segurança, à legalidade, à presunção de inocência, à liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento. Sem dúvida que a Declaração do Homem e do Cidadão se destacou na trajetória percorrida pelos direitos fundamentais, de modo que após ela, praticamente não houveram constituições que não tenham dedicado espaço a assegurar estes direitos.

Ainda se pode destacar a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que após sua aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas, destacou a internacionalização dos direitos humanos, fixando-os num contexto internacional, que acarretaria numa maior prevalência desses direitos no ordenamento jurídico interno de cada Estado, ademais os direitos fundamentais passaram a ser visto sob uma ótica de necessidade, e que sua previsão em lei visava a limitação do poder estatal, para que houvesse a prevalência das liberdades individuais.

Foi um longo caminho percorrido pelos direitos fundamentais para que se chegasse ao que há no cenário atual, e caminho este que não está finalizado, visto que ainda muito a se trilhar, pois com o progresso da sociedade também surgem novos direitos a serem protegidos e assegurados.

2.2 CONCEITO

Houveram realmente muitas dificuldades antes da instituição dos direitos fundamentais, a forma como as pessoas eram tratadas induziram essa necessidade por garantias, e com sua existência passa-se a observar as várias formas de denominá-los, constando tanto na doutrina como nos registros legais, grande divergência no que se refere a sua nomenclatura, como esses direitos devem ser nomeados, utilizando-se de expressões como “direitos humanos fundamentais”, “direitos do cidadão”, “liberdades fundamentais”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do homem” e até mesmo “liberdades públicas”. Porém, seja qual for a denominação empregada, o que realmente é importante e deve ser reconhecido são as definições que a doutrina nos fornece.

Para Bulos (2007, p. 40), os direitos fundamentais,

São o conjunto de normas e princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

A todos são inerentes os direitos fundamentais, estes estão previstos em lei e, portanto, lhes são assegurados, independentemente das diferenças sociais que há entre os seres humanos, garantindo que de forma igualitária possam ter uma vida justa, livre, digna e pacífica.

Segundo Dimoulis (2014, p.41):

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Dimoulis (2014) tem como definição que os direitos fundamentais são normas constitucionais de caráter supremo dentro do Estado pertencentes não apenas as pessoas físicas, como jurídicas também, e que sua finalidade principal é a de limitar as relações do poder que o Estado tem sobre os indivíduos que o compõe, sendo assim uma forma de proteção que o indivíduo tem perante todo o poder do Estado de intervir. Ainda que seja comum os autores compreenderem direitos fundamentais e direitos humanos como sinônimos, mas há uma parte majoritária da doutrina aqueles que veem diferenças entre eles, sendo necessário que se conceitue cada, para que então se possa externar suas diferenças.

Neste sentido Canotilho (2012, p. 255):

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Vê-se, portanto, que mesmo sendo semelhantes em seus conteúdos, os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem certa diferença no que diz respeito a sua positivação. Os direitos humanos são aqueles onde seus preceitos são ligados diretamente à dignidade da pessoa humana, e foram construídos através de um longo processo de evolução da história humana, levando em consideração as modificações que ocorreram na realidade social, política, econômica, ou seja, em todos os campos em que o ser humano atua, é a expressão utilizada para caracterizar os direitos inerentes à pessoa num plano internacional.

Enquanto que os direitos fundamentais nascem de um processo de positivação dos próprios direitos humanos, no momento em que o ordenamento jurídico de determinado país o reconhece frente a um poder político, através de sua Constituição, é um reconhecimento interno dos direitos humanos por legislações específicas. Porém, independente dessa diferença, o presente trabalho irá tratar tais denominações como sinônimas.

2.3 EFICÁCIA

A eficácia de uma norma deve ser vista por dois ângulos, primeiramente, uma social, quando há sua aplicação na sociedade de fato, e a maneira como ela é interpretada nesse mundo fático. E um segundo ângulo, que se refere à eficácia jurídica, sua produção de efeitos jurídicos no momento em que esta regula situações que estão positivadas, diz respeito então a sua exigibilidade e possibilidade de ser aplicada ao caso concreto.

Quando se fala de eficácia dos direitos fundamentais é importante mencionar que esta está naturalmente ligada a capacidade que o homem tem de crer em sua própria dignidade, e como essa dignidade se refletirá perante as leis e normas jurídicas que se voltam a preservar os direitos sociais, culturais, políticos e econômicos, além de visar sempre uma convivência onde estes direitos sejam respeitados, tanto pelo Estado quanto pela própria sociedade.

Os direitos fundamentais são “dotados de eficácia *erga omnes*”, isso quer dizer que, esses direitos possuem efeito vinculante, valendo-se para todos os indivíduos, e não apenas àqueles envolvidos no litígio, reforçando assim o quão esses direitos devem ser observados e respeitados.

Entretanto, no que se refere a perspectiva atual da nossa sociedade, é de conhecimento popular, que os direitos fundamentais não são respeitados como deveriam, já que sempre é mostrado em noticiários os flagrantes dos desrespeitos que ocorrem no dia-a-dia, porém, não é necessário ir longe para encontrar um caso como o de pessoas sofrendo em corredores de hospitais por falta de atendimento que lhes deviam ser garantidos.

Inquestionável é a contribuição que a sociedade tem nas conquistas dos direitos fundamentais e procurando sempre fazer com que todos sejam respeitados, independentemente de cor, gênero, idade ou crença, pois “defender os direitos humanos não é defender um indivíduo isoladamente, é defender toda a sociedade.”³. Assim, com a extensa legislação nacional e internacional sobre o tema, foi

² Torres (2006, p.245).

³ PETROF, Daiana. **Direitos Humanos não são direitos para proteger bandidos**. Disponível em:< <http://www.dm.com.br/opiniaio/2015/04/os-direitos-humanos-nao-sao-direitos-para-proteger-bandidos.html>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

possível que houvesse uma melhor interpretação global desses direitos, deixando de ser vistos apenas como um direito pessoal, para ser visto de forma ampla, um direito de toda a sociedade.

Anteriormente verificava-se uma dificuldade para se justificar os direitos fundamentais, visto que era algo intrínseco da dignidade de toda pessoa humana, mas com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 houve um acordo entre diversos países que enunciaram quais seriam esses direitos e suas garantias mínimas.

Palavras de Bobbio (1982, p.25):

Com efeito, o problema que temos diante de nós é jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das declarações solenes, sejam continuamente violados... com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Infelizmente as crenças que foram partilhadas durante a Declaração não foram cumpridas de maneira apropriada, já que houve incontáveis violações em diversos países aos direitos nela assegurados. Continua-se então o questionamento de como cumprir com eficácia esses direitos, que mecanismos devem ser utilizados.

Na realidade pode-se confirmar todas essas violações, onde pessoas de menor condição social, mesmo possuindo direitos assegurados em lei, não tem estes cumpridos, tanto pelo Poder Público como pela própria sociedade, que por vezes se satisfaz com aquilo que já lhe foi imposta. À vista disto, somente a positivação dos direitos fundamentais não é o bastante, pois há uma necessidade muito maior de muni-los com meios que possam torná-los realmente eficazes no mundo jurídico para que, enfim, deixem de sofrer constantes violações.

Nesse mesmo sentido, Bobbio (1982, p.37):

O campo dos direitos fundamentais tem estrada desconhecida, e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados. É necessário que esses direitos não fiquem à mercê das autoridades públicas.

Um exemplo de que mostra de maneira clara o que foi prenunciado por Bobbio é a maneira como o Estado tem visado implantar políticas mais liberais de comércio a despeito de uma prestação válida de direitos fundamentais, que deveriam ser o principal compromisso do Estado, vide a saúde e educação, que não alcançam seus objetivos, havendo sempre uma negligência por parte daquele que deveria ser seu responsável, gerando o crescente aumento de suas violações.

Portanto, a eficácia dos direitos fundamentais é o maior dos obstáculos que estes tendem a enfrentar, apenas a positivação não tem sido o bastante para assegurá-los na prática, e aquele que deveria ser o seu grande defensor, o Estado, não o faz de maneira apropriada, contudo, não pode a sociedade ficar à mercê de que algo seja feito ou mesmo se conformar com tal situação, deve essa mesma sociedade lutar por aquilo que lhes pertence, lutar por seus direitos fundamentais.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PESSOAS IDOSAS

A tendência mundial é o envelhecimento populacional ininterrupto, um envelhecimento em que o ritmo tende a ser ainda maior com o passar dos anos. Conforme o relatório elaborado pela ONG HelpAge⁴ até 2050 haverá mais de 2 bilhões de pessoas com idade acima dos 60 anos, o que corresponderá a 21,5% da população mundial, isso significa que, haverá praticamente o dobro da nossa realidade atual, onde 12,3% da população mundial possui idade maior que 60 anos.

Lamentavelmente a sociedade tem dificuldades de aceitar a ideia do envelhecimento e de como este é um processo natural, e fisiológico, que acompanha todo cidadão. Ademais, devido a esta problematização em aceitar que a idade chegará para todos, o resultado é uma desvalorização das pessoas com idade avançada, passando a sociedade a considerá-las como de segunda classe, principalmente quando se menciona situações comerciais, mercados de trabalho, na educação, no lazer ou mesmo no momento de se oferecer oportunidades.

⁴ ONG HelpAge. Disponível em:< <http://www.helpage.org/global-agewatch/population-ageing-data/population-ageing-map/>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

A situação torna-se mais preocupante no instante em que o envelhecimento populacional só tende a crescer, mas a sociedade não valoriza esse mesmo grupo populacional que logo também farão parte. Com base nessa situação é razoável que surja a necessidade de proteção aos idosos, estes são seres humanos, e todo ser humano esta revestido de direitos fundamentais.

Iniciou-se no ano de 1982, em uma Assembleia mundial que tratava sobre o envelhecimento, foi aprovado o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, plano este que continha 62 recomendações de tratamento em prol das pessoas idosas. Logo em seguida, em 1991, houve uma Assembleia Geral que veio a aprovar os Princípios das Nações Unidas também em favor de pessoas com idades avançadas, listando 18 direitos, relacionados a Independência, a Participação, a Assistência, da Realização pessoa e a Dignidade.

No ano seguinte, em 1992, a Assembleia Geral ratifica quatro objetivos globais sobre o envelhecimento, adotando a Proclamação do Envelhecimento, em que pede o apoio de iniciativas nacionais relacionadas ao envelhecimento, em que homens e mulheres de idade possam desenvolver capacidades culturais, sociais e emocionais. Assim, em 1999, a ONU, seguindo recomendações, declarou como sendo o Ano Internacional do Idoso, que reconhecia a longevidade demográfica que há na humanidade.

Os movimentos em favor do envelhecimento persistiram, até que em 2002 houve uma Segunda Assembleia mundial das Nações Unidas relacionado ao Envelhecimento, que ocorreu em Madrid, com objetivos de desenvolver uma política internacional de envelhecimento que devia ser implantada no século XXI. Dessa forma a Assembleia adotou o Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento de Madrid, plano este que pedia mudanças no comportamento, tanto prático como político, afim de que fosse potencializado o envelhecimento durante o século XXI. Em suas recomendações para a ação, a prioridade são as pessoas mais velhas e seu desenvolvimento, afim de melhorar o bem-estar e a saúde durante a velhice, assegurando habitação, trabalho e ambientes que lhe deem apoio.

Consta no Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento (2002, parágrafo 19):

Uma sociedade para todas as idades possui metas para dar aos idosos a oportunidade de continuar contribuindo com a sociedade. Para trabalhar

neste sentido é necessário remover tudo que representa exclusão e discriminação contra eles.

O plano se apresenta como uma ferramenta que tem por finalidade lutar contra a exclusão que os idosos possam ter em meio a sociedade, já que esta não os considera capazes de realizar tarefas que pessoas mais jovens o fazem em ambientes de trabalho, o que resulta numa dificuldade no momento de se obter oportunidades. Porém, com todo o percurso trilhado na história, sequer uma vez houve igualdade e liberdade entre todos os seres humanos, sempre houve parte da comunidade que sobrepunha em relação aos demais, afirmava Bobbio com convicção que “a sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado⁵”.

Na resolução 46/91, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em 1991, que lista princípios das Nações Unidas para o Idoso, no capítulo sobre a Independência, propõe que o idoso possa: “Permanecer integrado à sociedade, participar ativamente na formulação e implementação de políticas que afetam diretamente seu bem-estar e transmitir aos mais jovens conhecimentos e habilidades”.

Então há de se construir e desenvolver uma sociedade justa e igualitária para todos, que não passe apenas de algo utópico, onde pessoas com maior idade possam ter condições de vivência respeitosa. É consciente que num mundo em que há uma caracterização do crescente número de idosos tem de se dar oportunidades para estes, que assim poderão participar de maneira ativa na sociedade, contribuindo para tal, algo que geraria benefício para ambos os lados, para a sociedade que estaria a desenvolver-se cada vez mais, e os idosos que teriam o sentimento de serem úteis e necessários mesmo com a idade avançada. Estabelece então os princípios das Nações Unidas em Proteção ao Idoso, que lhes asseguram:

Independência

1. Os idosos devem ter acesso a alimentação, água, alojamento, vestuário e cuidados de saúde adequados, através da garantia de rendimentos, do apoio familiar e comunitário e da autoajuda.
2. Os idosos devem ter a possibilidade de trabalhar ou de ter acesso a outras fontes de rendimento.
3. Os idosos devem ter a possibilidade de participar na decisão que determina quando e a que ritmo tem lugar a retirada da vida ativa.
4. Os idosos devem ter acesso a programas adequados de educação e formação.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed., Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8.

5. Os idosos devem ter a possibilidade de viver em ambientes que sejam seguros e adaptáveis às suas preferências pessoais e capacidades em transformação.

6. Os idosos devem ter a possibilidade de residir no seu domicílio tanto tempo quanto possível.

Participação

7. Os idosos devem permanecer integrados na sociedade, participar ativamente na formulação e execução de políticas que afetem diretamente o seu bem-estar e partilhar os seus conhecimentos e aptidões com as gerações mais jovens.

8. Os idosos devem ter a possibilidade de procurar e desenvolver oportunidades para prestar serviços à comunidade e para trabalhar como voluntários em tarefas adequadas aos seus interesses e capacidades.

9. Os idosos devem ter a possibilidade de constituir movimentos ou associações de idosos.

Assistência

10. Os idosos devem beneficiar dos cuidados e da proteção da família e da comunidade em conformidade com o sistema de valores culturais de cada sociedade.

11. Os idosos devem ter acesso a cuidados de saúde que os ajudem a manter ou a readquirir um nível óptimo de bem-estar físico, mental e emocional e que previnam ou atrasem o surgimento de doenças.

12. Os idosos devem ter acesso a serviços sociais e jurídicos que reforcem a respectiva autonomia, proteção e assistência.

13. Os idosos devem ter a possibilidade de utilizar meios adequados de assistência em meio institucional que lhes proporcionem proteção, reabilitação e estimulação social e mental numa atmosfera humana e segura.

14. Os idosos devem ter a possibilidade de gozar os direitos humanos e liberdades fundamentais quando residam em qualquer lar ou instituição de assistência ou tratamento, incluindo a garantia do pleno respeito da sua dignidade, convicções, necessidades e privacidade e do direito de tomar decisões acerca do seu cuidado e da qualidade das suas vidas.

Realização pessoal

15. Os idosos devem ter a possibilidade de procurar oportunidades com vista ao pleno desenvolvimento do seu potencial.

16. Os idosos devem ter acesso aos recursos educativos, culturais, espirituais e recreativos da sociedade.

Dignidade

17. Os idosos devem ter a possibilidade de viver com dignidade e segurança, sem serem explorados ou maltratados física ou mentalmente.

18. Os idosos devem ser tratados de forma justa, independentemente da sua idade, género, origem racial ou étnica, deficiência ou outra condição, e ser valorizados independentemente da sua contribuição económica.

Assim, ao se estabelecer recomendações e resoluções, a Organização Internacional do Trabalho, a Organização Mundial de Saúde e outros órgãos da Nações Unidas tem o intuito de encorajar que os Governos as incorporem, sempre que possível, os princípios das Nações Unidas estabelecidos em 1991 em relação as pessoas idosas.

3 DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DO IDOSO NO BRASIL

Após as evoluções dos direitos humanos e as conseqüentes evoluções nos direitos dos idosos no plano internacional, faz-se necessário sua análise no campo interno, a forma como se desenvolveu mediante o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PROTEÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os direitos fundamentais, como já foi visto, integram um processo na evolução da sociedade, e são direitos que vão sendo adquiridos aos poucos, pois o mundo está em constante mudanças, e com mudanças vão surgindo novos interesses, novos direitos a serem resguardados.

As transações históricas de um momento para outro causam impactos nas comunidades que passam a ter novos costumes, e isso acarreta numa lista de direitos aberta, onde serão sempre adicionados novos na medida em que as mudanças persistem. Já dizia Bobbio que esses direitos “não são conquistados de uma vez e nem de uma vez por todas⁶”, afinal, o que pode ser um direito hoje, num amanhã poderá não ser, e vice-versa.

Avalia Ramos (2002, p.48):

É certo que o simples reconhecimento de novos direitos humanos ou sua incorporação aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado, tornando-os assim fundamentais, não se revela suficiente para que esses direitos sejam respeitados, contudo, há de se considerar que, no mínimo, desencadeiam um processo de conscientização de que os homens têm direito à liberdade, a todo tipo de liberdade.

A partir do momento em que surge um novo direito para o ser humano, surge também a necessidade de o positivizar no ordenamento jurídico de seu país, sendo uma forma de torná-lo mais eficaz. No momento em que um direito deixa de ser

⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. p. 05

apenas um sentimento e passa a incorporar as leis de um Estado, passa também a conscientizar a população de que aquele direito deve ser respeitado a todo custo, afinal, todo ser humano deve ter o máximo de sua liberdade assegurada.

Na Constituição Federal de 1988, no momento em que são constitucionalizados, os direitos fundamentais passam a ser enunciados de maneira mais formal, na forma de princípios, para que os direitos sejam plenamente positivados, e assim qualquer indivíduo poderá ter tutelado pelo Poder Judiciário⁷ caso necessite, e com isso efetivar a democracia.

Ao serem inseridos no corpo da Constituição, os direitos fundamentais passam a ter um status privilegiado, acima do próprio Estado, “pairando por sobre todos os outros direitos e garantias fundamentais, os quais só têm sentido após serem devidamente tutelados os mencionados direitos de que aqueles não podem prescindir” (PASSOS, 2005, p. 351).

Nesse sentido, Piosevan (2013, p. 97):

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro o obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Os direitos acabam por ser uma limitação da soberania do Estado, protegendo as liberdades individuais de cada cidadão, por isso existem aqueles que defendem que só haverá democracia se também houver a plena observância dos direitos fundamentais, já que o respeito a estes é a essência para a construção do verdadeiro Estado democrático de direito.

Destaca, Piosevan (2013, p. 76):

O texto de 1988 inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais. Trata-se da primeira Constituição brasileira a integrar, na declaração de direitos, os direitos sociais, tendo em vista que nas Constituições anteriores as normas relativas a estes direitos encontram-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias.

⁷ Art. 5º, XXXV, CF: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Então, devido ao grande estímulo democrático, a Constituição Federal trouxe um título próprio aos princípios fundamentais, nomeado de Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Título este subdividido em capítulos: Cap. I – Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Cap. II – Direitos Sociais; Cap. III - Direitos e Deveres da Nacionalidade; Cap. IV – Direitos Políticos; e Cap. V - Partidos Políticos, além de estarem os direitos fundamentais também positivados no Título III - Da Ordem Econômica e Financeira, e no Título VIII - Da Ordem Social. Deliberou, conseqüentemente, direitos de liberdade protegidos contra a arbitragem, e assegurando a intimidade; a liberdade de expressão e credo; inviolabilidade do domicílio; proibindo a tortura e assegurando a integridade; vedando a discriminação em todo aspecto; assegura a participação política e institui direitos que protegem o trabalhador; condicionando a ordem econômica a respeitar o meio ambiente e a dignidade da pessoa humana, além de outros aspectos não menos importantes.

Constitucionalmente passa-se a reconhecer a existência de grupos sociais que necessitam de tutela especial, não por serem inferiores, mas devido a uma segregação imposta, que se derivou de uma sociedade que não reconhecia até então a diversidade social, e que todos os seres humanos, independentemente de sua condição, sejam cultural, biológica ou econômica, tem o direito a dignidade. Desse entendimento surge a ideia de proteger determinados grupos, como crianças, índios, e idosos, que passaram a ter tutela especial perante a Constituição.

3.2 DIREITOS DOS IDOSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A consolidação da assistência jurídica ao idoso no Brasil ocorreu vagarosamente. A princípio, com a primeira Constituição Imperial outorgada em 1824, que tinha como característica um regime monárquico e de pensamento liberal, não foi estabelecida previsão quanto ao direito das pessoas idosas, deixando estas perante o esquecimento.

Em 1891, com a implantação de um governo republicano, a Constituição passou a reconhecer um conjunto de direitos, como o da igualdade de todos perante

a lei, porém, também foi omissa quanto aos direitos dos idosos, pois apenas tinha a previsão da aposentadoria por invalidez para funcionários públicos e por tempo de serviço no caso de magistrados. A terceira Constituição a ser promulgada em 1934 possuía caráter democrático e social, que tinha a finalidade de construir a igualdade e deter a discriminação, nela foi disposta a proibição da diferença salarial por motivo de idade⁸, além de ser a primeira a tratar das pessoas idosas, ao estabelecer a previdência social⁹ para o trabalhador devido a velhice.

Caracterizada por traços autoritários e um Estado arbitrário, em 1937 foi outorgada uma nova Constituição por Getúlio Vargas, e com ela a deficiência na tutela jurídica ao idoso persistiu, dado que só foi estipulado a instituição “seguros da velhice”¹⁰.

A Constituição brasileira de 1946 foi a quinta a ser promulgada, esta englobava algumas características humanitárias, entretanto, no que se referia ao idoso, abordava unicamente a questão da previdência social, assim como era previsto na Carta Magna de 1934, não havendo sequer alguma inovação nesse contexto, ou seja, mais de uma década sem evolução na proteção aos idosos, persistindo assim também na Constituição de 1967.

Apenas em 11 de setembro de 1974 que foi aprovada a Lei nº 6.179¹¹, cuja qual impôs amparo previdenciário àqueles maiores de setenta anos, pois até então, seguindo o histórico de omissões constitucionais no que diz respeito as garantias e direitos de pessoas em idade avançada, também havia ausência de seu tratamento nos planos infraconstitucionais.

Contudo, assim como ocorreu em relação a positivação dos direitos fundamentais, no que se refere ao direito a uma velhice digna, foi somente com o advento da Constituição Federal, também chamada de “Constituição Cidadã”, que ocorreu a efetivação dos direitos aos idosos. A partir de então que a proteção à pessoa de idade avançada passou a ser amparada nos princípios de cidadania e dignidade da pessoa humana, formando um conjunto de direitos que irão desenvolver uma

⁸ art. 121, § 1º, alínea “a”, CF/34

⁹ art. 121, § 1º, alínea “h”, CF/34

¹⁰ art. 137, alínea “m”, CF/37

¹¹ Art. 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural (...).

sociedade justa, igualitária e solidária, que são fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito, o principal objetivo do Estado brasileiro. Assim, a Constituição Federal estabelece:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Tanto o princípio da cidadania como o da dignidade da pessoa humana passam a ser incorporados ao texto constitucional expressamente, formando diretrizes aos direitos humanos, e desse dispositivo decorre as reivindicações de prestações a serem cumpridas pelo Estado, do qual é irrefutável que também estejam inseridas as proteções ao idoso, em todos os seus aspectos.

Esclarece Ramos (2012, p. 146):

À primeira vista talvez não se perceba a importância desse dispositivo constitucional para as pessoas idosas. Todavia, trata-se de enorme engano. (...)

A afirmação de que a República Federativa do Brasil se fundamenta na cidadania e na dignidade da pessoa humana orienta toda a atuação do Estado e da sociedade civil em direção à efetivação desses fundamentos, diminuindo, com isso, o espaço de abrangência da concepção de que as pessoas, na medida em que envelhecem, perdem seus direitos. Esse dispositivo constitucional, portanto, aponta no sentido de assegurar a cidadania, que é uma decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda a sua vida.

No momento em que a cidadania e a dignidade da pessoa humana passam a ser princípios basilares para a atuação estatal e da própria sociedade, cai por terra o preconceito àqueles de idade avançada, a ideia de que com o passar do tempo os seus direitos serão perdidos é extinta, afinal, não se deixa de ser humano com o passar da idade, então seus direitos são devem ser perdidos também.

Ainda Ramos (2012, p. 157):

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais

aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade

A própria Magna Carta estabelece em seu art. 3º, inciso IV, que a República Federativa do Brasil tem, além de outros, o objetivo indispensável de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ademais, a Constituição preza pela igualdade, vedando qualquer tipo de discriminação, seja pela idade ou qualquer outra característica:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade¹².

Garantias estas que não são mais que consequências do Estado Democrático de Direito, que é adotado pela Constituição, e mostra nitidamente o teor protecionista que a comporta. Além do mais, assim como ocorreu em relação à criança e ao adolescente, ao meio ambiente, ao índio, o legislador estabeleceu normas específicas de proteção ao idoso, considerando que estes também são categoria social que necessitam de tutela diferenciada.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 em seus arts. 299 e 230 dispõem que:

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

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

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

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

É perceptível que o texto constitucional reconhece a fragilidade que os idosos possuem, além da necessidade de uma efetiva concretização dos direitos fundamentais que lhes são inerentes, com maior relevância aos direitos da dignidade

¹² Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de Jan. de 2017. Art. 3º, inciso IV

e da igualdade. Outrossim, a Constituição atribui ao Estado, à família e à sociedade o compromisso de amparo, e proteção ao preceituar que estes deverão sempre prestar auxílio ao idoso, para que este sinta-se resguardado e como participante do meio social.

Alexandre de Moraes (2007, p. 805) acrescenta que:

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade.

Já no plano da assistência social, a Carta Magna prevê a destinação de renda mínima para idosos que dela necessitam, fazendo-se presente o dever de solidariedade do Estado e sociedade em relação ao idoso que não tem condições de conseguir o próprio sustento.

Dispõe a Constituição Federal de 1988 no art. 203 que:

Art. 203 A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
(...)
V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

É nítida a existência de um conjunto jurídico voltado a proteger pessoas idosas, reconhecendo-os como sendo hipossuficientes diante de uma sociedade capitalista na qual estão inseridos, por isso a necessidade de proteção especial que lhes assegurem uma vida digna, dada as limitações de aspecto biológico, que por esta mesma sociedade é vista como um déficit econômico e social.

Contudo, devido a dinâmica social, provou-se necessário ampliação dos textos legislativos que protegessem o idoso, sendo indispensável que houvesse regulamentação infraconstitucional sobre o tema para garantir sua efetividade, o que

acarretou na criação do Conselho Nacional do Idoso¹³ em 1994, que versava sobre princípios para orientação do Estado na tomada de decisões sobre a temática, porém insuficiente, já que carecia de instrumentos específicos para efetivação da tutela judicial e administrativa.

Sucessivamente, após anos de discussões, finalmente, em 01 de outubro de 2003, foi sancionada, pelo Congresso Nacional, a Lei nº10.741: o Estatuto do Idoso, o qual, por fim, trazia em seu corpo disposições específicas de como o Estado e a sociedade deveriam se portar em sua atuação em benefício das pessoas idosas. E assim como ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso fundamenta-se em uma doutrina, que, analogicamente àquela, pode ser nominada como doutrina da proteção integral da pessoa idosa.

3.3 O ESTATUTO DO IDOSO

Após sete anos tramitando no Congresso Nacional, eis que em 2003 houve a aprovação do Estatuto do Idoso, a Lei nº 10.741, que foi sancionada logo no ano seguinte pelo Presidente da República. O Estatuto veio com a finalidade de abranger com maior efetividade os direitos dos cidadãos que possuem idade igual ou superior aos 60 anos.

Destacando a importância da criação do Estatuto do Idoso, Braga (2005, p. 186):

Esta lei é um marco importante no estudo dos direitos dos idosos brasileiros. Tanto assim que merece estudo próprio e individualizado, no entanto, é impossível deixar de citar, ao menos, alguns de seus pontos importantes. E uma vez definida a pretensão, podemos afirmar que sua maior contribuição é, sem dúvida alguma, a publicidade dada à temática do envelhecimento. A sociedade começa a perceber-se como envelhecida e os índices já divulgados pelos institutos de pesquisa passam a ser notados. O Estatuto do Idoso é um instrumento que proporciona autoestima e fortalecimento a uma classe de brasileiros que precisa assumir uma identidade social. Ou seja, o idoso brasileiro precisa aparecer! Precisa se inserir na sociedade e, assim, passar a ser respeitado como indivíduo, cidadão e participe da estrutura politicamente ativa.

¹³ Foi criado pela lei nº Lei 8.442 de 1994.

Irrefutável é a importância do Estatuto do Idoso, e como este chegou em um momento em que a Constituição não era suficiente para proteger e assegurar à população idosa seus direitos. O Estatuto veio para tornar a sociedade mais ciente de que todos irão envelhecer, é algo biológico e impossível de se impedir, e assegurar, que mesmo com o passar do tempo os direitos de qualquer cidadão não irão se extinguir, pois o Estado deverá estar lá para rogar por todos.

Quanto as garantias trazidas pelo Estatuto do Idoso, destaque para as palavras de Sousa (2011, p. 168):

O Estatuto do Idoso, uma legislação contemporânea com o objetivo protetivo assistencial quanto às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, assegurou-lhes, com tutela legal 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. Sedimentando assim a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público de assegurar 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. Com essa legislação, 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.

Se há a criação de boas leis, como foi o caso do Estatuto, o idoso estará, finalmente, munido de instrumentos que o permita continuar a se construir perante a sociedade atual, independentemente da idade que possa ter. Antes do Estatuto ser sancionado a legislação relativa ao idoso era fracionada, mas então este veio a reunir as leis e políticas que já existiam, e incorporar novos elementos, com o objetivo de integralizar as medidas e garantir o bem-estar da parte da população em idade avançada. Conforme Wolkmer (2012, p. 140): “Os idosos necessitam da atenção integral do Estado para que seu direito à existência seja efetivamente garantido”.

3.3.1 O direito à saúde e o idoso

O direito a saúde é um dos direitos mais importantes que foram conquistados, e assim como os demais direitos, há a necessidade que o Estado se envolva para assegurá-lo, no intuito de dirimir as desigualdades, se fazendo por meio de planejamento e implementação de políticas públicas.

Nesse sentido Rulli Neto (2003, p. 155):

Amparo à Saúde – a manutenção da saúde dos indivíduos, dentro dos padrões comumente utilizados é dever do Estado, cabendo à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, zelar independentemente ou em conjunto, pelo trabalho de prevenção e tratamento.

O Estado tem a função de zelar por sua população, e a parte dessa população em idade avançada necessitam ainda mais de zelo, afinal, estão biologicamente mais fracos, e por vezes necessitam de tratamentos em uma frequência maior.

No Estatuto do Idoso há um capítulo inteiro dedicado à saúde da população idosos, tendo ciência de sua condição frágil o Estado se preocupou em assegurá-lo com prioridade esse direito:

Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

Destaca Alves (2008, p. 146):

O Estatuto do Idoso, no tocante à saúde, abre portas e dá novo ânimo às pessoas com idade superior a sessenta anos na incessante busca pela efetivação das promessas constitucionais sanitárias, fortalecendo, dessa forma, a garantia fundamental presente no art. 196 da Carta. O estatuto reforça a obrigatoriedade constitucional do Estado (bem como atribui tal responsabilidade à família, à comunidade e à sociedade) na efetivação do direito à saúde, trazendo em seu bojo previsões direcionadas, de modo que tal direito, no caso dos idosos, seja efetivado de forma plena e irrestrita

O Estatuto do Idoso veio como meio de reforçar e se valer aquilo que já vinha instituído pela Constituição Federal, que é a responsabilidade constitucional do Estado para com a efetivação do direito à saúde do idoso, bem como acabou por expandir essa responsabilidade à sociedade ao qual o idoso está inserido e sua família, acentuando ainda mais na preocupação em preservar o bem-estar desta parte da comunidade.

3.3.2 O direito à educação e o idoso

O direito à educação é regido por diversos princípios, quais sejam, o da gratuidade, da garantia de padrão de qualidade, e o que pode ser considerado mais importante, o da igualdade de condições para acesso e permanência nas instituições de ensino. A Constituição Federal assegura a todos em pé de igualdade o direito aos estudos, sendo de responsabilidade da família e do Estado promover e incentivá-la, com fulcro no art. 205: “ A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Se a educação é um direito de todos, não é com o passar do tempo que este direito irá cessar, sendo garantido até mesmo aos idosos, pois sua idade não é motivo para que não possam continuar no processo de aprendizagem.

Nesse mesmo sentido, Gugel e Maio (2009, p. 26):

A educação é um direito de todos, inclusive dos idosos, e um dever do estado. Não é pelo fato de as pessoas encontrarem-se em idade avançada que devam ser subtraídas do processo de aprendizagem para a cidadania e para uma nova atividade.

Então, com intuito de se fazer mais explícito o que já previa a Carta Magna sobre a educação para todos, que o Estatuto do Idoso estabelece que “o Poder Público criará oportunidades de acesso do idoso à educação, adequando currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados”, colocando como obrigação da família, da sociedade e do Poder Público, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à educação.

Além do que, sobre a finalidade da educação na vida de pessoas idosas, Schons (2000, p.162), sintetiza que a educação destes deve:

1. considerar menos o conteúdo e mais o despertar nela a capacidade de confiança em si mesma, de sua autonomia e o de destruir os estereótipos negativos que poderão estar influenciando na sua vida. Aumentando o senso de suas responsabilidades, a pessoa idosa poderá melhorar sua saúde física e mental, o que contribuirá para que ela se afirme cada vez mais no dia-a-dia e no seu comportamento social;
2. minimizar o isolamento, a solidão em que vivem muitos idosos, estimulando as relações com pessoas de sua geração e, também, com as de outras gerações;
3. proporcionar conhecimentos práticos, específicos sobre, por exemplo, a passagem da vida ativa para a de aposentado, além de conhecimentos teóricos relativos ao processo de envelhecimento; ainda, atividades físicas, socioculturais e artísticas que possam interessar aos idosos;
4. proporcionar a tomada de consciência das pessoas idosas da riqueza de sua vida pessoal e profissional e da importância da comunicação de sua experiência a outras gerações, desenvolvendo o equilíbrio e a compreensão mútua num mundo tão conflituado e que muda rapidamente.

Nota-se que não basta que apenas haja a segurança do direito à educação, mas também há a necessidade de que ao promovê-la, o Estado consiga inserir o idoso de maneira adequada para que este consiga acompanhar e absorver os conhecimentos que estarão sendo passados, e fazê-los sentir-se como parte da sociedade que ainda pode produzir.

O Estatuto estabelece em seu art. 25 que,

Art. 25. O Poder Público apoiará a criação de universidade aberta para as pessoas idosas e incentivará a publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, que facilitem a leitura, considerada a natural redução da capacidade visual.

O direito de adquirir conhecimentos não é regalia apenas da juventude, o idoso também possui a capacidade de aprendizagem, que ocorre de igual forma, necessitando apenas que sejam respeitadas suas peculiaridades.

3.3.3 O direito à cultura, ao esporte e ao lazer e o idoso

Todo ser humano tem direito a diversão, ao lazer, a prática de esportes, e para os idosos não é diferente. O Estatuto do Idoso trouxe um rol amplo que manifesta esses direitos para as pessoas da terceira idade, impondo que estabelecimentos se adequem as particularidades que a idade lhes condicionou, “O idoso tem direito a

educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade”.

De acordo com Rulli Neto (2003, p. 155):

Cultura – o direito a cultura assegurado pelo Estatuto também é amplo, pois compreende diversões, espetáculos, meia-entrada etc. A intenção do legislador foi realmente ampla ao permitir ao idoso, especialmente com a meia-entrada, maneira mais efetiva de acesso à cultura.

Esporte – o acesso ao esporte é um direito do idoso, sendo que sua prática deve respeitar as peculiaridades e condições de idade. Assim, as unidades esportivas devem também estar preparadas ao atendimento esportivo e de recreação da população.

Lazer – É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito ao lazer. O idoso tem direito ao lazer, diversões, espetáculos, em condições que respeitem sua peculiar condição de idade.

É de certo que o legislador procurou assegurar da melhor maneira possível a inclusão social do idoso em programas culturais, esportivos, com intuito de lhes assegurar o lazer, sem esquecer, porém, das singularidades biológicas que possuem.

3.3.4 O direito ao trabalho e o idoso

O Estatuto do Idoso, com a finalidade de assegurar os direitos das pessoas idosas, em seu conteúdo, trouxe imposições de que a atividade profissional deverá respeitar as condições físicas, intelectuais e psíquicas dos trabalhadores que já estão com mais idade, com isso o empregado que for idoso não poderá ser discriminado em razão de sua condição, pois caso ocorra poderá ser proposta até mesmo ação indenizatória por desrespeito a suas características.

O Estatuto prevê em seu art. 27 que,

Art. 27. Na admissão do idoso em qualquer trabalho ou emprego, é vedada a discriminação e a fixação de limite máximo de idade, inclusive para concursos, ressalvados os casos em que a natureza do cargo o exigir.

Parágrafo único. O primeiro critério de desempate em concurso público será a idade, dando-se preferência ao de idade mais elevada

Além das empresas, sejam públicas ou privadas, não poderem fixar limite de idade, exceto se a natureza do cargo exigir, que possam vir acarretar na exclusão dos idosos, o Estatuto também os colocam como prioridade em casos de desempate de concursos públicos, reforçando que experiência de vida é algo a ser considerado.

No entanto, ainda que a legislação traga imposições à sociedade, também há necessidade de se possibilitar o acesso aos programas de profissionalização para idosos, assim sendo, o Estatuto também prevê, em seu art. 28, a responsabilidade do Estado em estimular os programas de “profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas”. Infelizmente há ainda uma grande dificuldade para o idoso se inserir no mercado de trabalho, mesmo com o Estatuto tendo um rol para protegê-lo, devido a existência da ideia que estes são considerados lentos e improdutivos, pois existe uma associação de que o envelhecimento causa incompetência laborativa.

2.3.5 O direito ao transporte e o idoso

No que se refere ao direito ao transporte, o Estatuto do Idoso em muito seguiu a Carta Magna, que em seu art. 230, § 2º, concede ao idoso maior de 65 anos o direito ao transporte coletivo urbano gratuito. Então, no mesmo sentido, o art.39 do Estatuto reafirma tal direito presente na norma constitucional e prevê que “Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares”.

Acrescenta ainda Freitas Junior (2011, p.116):

A lei não especifica a quais meios de transporte se refere, autorizando a conclusão que não há exceção, fazendo com que a gratuidade englobe os transportes rodoviários, ferroviários (inclusive os metrô), aquaviário, marítimo, aéreo, aos cidadãos com idade superior a 65 anos.

A concessão da gratuidade do transporte coletivo aos idosos que possuem faixa etária entre 60 e 65 anos fica a critério de cada Estado ou Município dispor das condições para que exerçam tal direito.

Além da gratuidade do transporte coletivo que é assegurado pelo Estatuto, este ainda prevê que “nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos”. E, ainda, em de coletivos interestaduais, o Estatuto garante uma reserva de duas vagas gratuitas para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos, que caso exceda o número de idosos previsto, lhe ficam assegurados 50% de desconto no valor da passagem.

3.3.6 O direito à habitação e o idoso

O idoso tem direito à moradia digna, seja numa família natural ou substituta, ou até mesmo desacompanhado de qualquer familiar, se assim o desejar, ou, ainda, habitar uma instituição pública ou privada. Atualmente o Estatuto do Idoso prevê “reserva de pelo menos 3% (três por cento) das unidades habitacionais residenciais para atendimento aos idosos” no caso de programas habitacionais, que sejam públicos ou que forem subsidiados por recursos públicos.

3.3.7 O direito à assistência social e o idoso

A assistência social é compreendida como política pública, um conjunto de ações, que partem do Estado, para garantir padrões de proteção social e satisfação das necessidades básicas da sociedade.

Para Neto (2003, p. 155), a assistência social:

É garantida a todos e implementada de acordo com normas específicas para cada situação, lembrando-se que a assistência social não se baseia em caridade, mas na promoção da dignidade da pessoa humana visando à sua integração. O Estatuto do Idoso traz disposições específicas acerca da assistência social que será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na

Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes.

É uma espécie de amparo social, que não é caridade, prevista pelo Estatuto em seu 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”. É um benefício que o idoso possui, seja homem ou mulher, desde que comprove que possui 65 anos ou mais, e que não esteja recebendo nenhum benefício previdenciário.

Por fim, é notável a quantidade de direitos e garantias que foram instituídos com a aprovação da lei nº10.741, inegável também o quão importante foi essa conquista, apesar de possuir algumas falhas. Ademais, o Estatuto do Idoso não está apenas munido de ideias para a proteção ativa ao idoso, como também traz mecanismos de educação e conscientização para a população. O Estatuto cobra um maior envolvimento da sociedade para que se concretize aquilo que foi previsto pelo legislador, pois de que basta um rol bonito de direitos e deveres, se a sociedade, a qual lhe são destinadas as leis, não as respeitam.

Segundo Braga (2005, p. 161):

Quando o Brasil reconhecer o potencial de seus membros idosos, passará a lutar para que o direito os reconheça como cidadãos. E, finalmente, se os idosos tiverem sua cidadania reconhecida e garantida, será possível dividir entre a família, o estado e a sociedade, a responsabilidade e o prazer de cuidar daqueles, que estão envelhecendo. Quando estivermos neste grau de evolução, estaremos conquistando o nosso próprio espaço no futuro e resguardando a nós mesmos um envelhecimento digno.

Neste momento, poderemos nos identificar como uma sociedade ética, que reconhece todos os ciclos da vida e os preserva sem distinção. A criança, o adolescente, o adulto e o idoso têm o mesmo espaço social e o mesmo direito ao respeito, respeito esse entendido na sua forma mais ampla.

Uma sociedade só será reconhecida como sendo ética quando, finalmente, respeitar todos os ciclos da vida humana, desde a infância à velhice, reconhecer que todos não de ter direitos e garantias para serem respeitados, algo que parece utópico se imaginarmos o contexto de uma sociedade capitalista no qual estamos inseridos, mas ainda um ideal no qual deve esta mesma sociedade deve perseguir.

À vista disto o Estatuto tem sido o grande marco para se perseguir tal ideal, e dependerá em grande parte da ajuda da população, pois somente através de ações da comunidade, que finalmente o respeito e a dignidade para todas as idades não serão apenas um desejo, vindo a se tornar algo realmente concreto.

4 DO ABANDONO AFETIVO

O ordenamento jurídico brasileiro traz um rol de normas de proteção, e deveres que o Estado, a comunidade e a família devem exercer perante o idoso, porém, ainda assim, esse dever de cuidado não é respeitado como deveria, acarretando em idosos sofrendo da violência do abandono.

4.1 RESPONSABILIDADE LEGAL DA FAMÍLIA PARA COM O IDOSO

A família está em constante mudança, o que há hoje não é o mesmo que havia tempos atrás, essa mudança se deve a influência dos desenvolvimentos sociais e jurídicos acerca do tema, que resulta em sua definição sendo ampliada para acompanhar o progresso da sociedade, como por exemplo, o reconhecimento da união estável, ou mesmo a proibição da distinção entre os filhos havidos dentro ou fora do casamento.

Independente de qual seja o arranjo familiar atual, o importante é se a família desempenha suas duas funções principais, uma função interna de proteção aos seus familiares, e uma função externa de socialização e transmissão de tradições e culturas.

A importância da família para qualquer ser humano é incontestável, viver em um ambiente familiar bem estruturado traz benefícios internos e externos para todos que a compõe, principalmente para aqueles indivíduos em fases específicas da vida, como a infância, a adolescência e a terceira idade.

Especialmente em relação ao idoso, considerando a taxa de envelhecimento crescente da população mundial, a família tem assumido um papel importante e inovador, já que estes têm necessidades específicas devido as suas fragilidades biológicas.

De acordo com Zimerman, 2000:

O ambiente familiar pode determinar as características e o comportamento do idoso, assim, na família suficientemente sadia, onde se predomina uma atmosfera saudável e harmoniosa entre as pessoas, possibilita o crescimento

de todos, incluindo o idoso, pois todos possuem funções, papéis, lugares e posições e as diferenças de cada um são respeitadas e levadas em consideração. Em famílias onde há desarmonia, falta de respeito e não reconhecimento de limites, o relacionamento é carregado de frustrações, com indivíduos deprimidos e agressivos. Essas características promovem retrocesso na vida das pessoas, o idoso torna-se isolado socialmente e com medo de cometer erros e ser punido.

Conforme as palavras de Zimmerman, o ambiente familiar molda o ser humano, e o que pensar então de um idoso, que com sua fragilidade tem que se adaptar a situação em que vive para não acabar se tornando um peso, justamente pelo medo do abandono. É notável a importância da família e das relações de seus entes com o idoso para seu desenvolvimento, uma vez que, o ambiente sendo próspero e harmonioso, onde se propaga o bem-estar, a pessoa com mais idade continuará envelhecendo com confiança e dignidade, e não isolada e com medo, caso o ambiente familiar lhe propicie tais sentimentos.

Os membros da família devem ser o ponto de apoio para o idoso em todas as circunstâncias da vida, vida esta que já é difícil de se viver com todos os percalços no caminho, todas as dificuldades que são apresentadas, provações a serem realizadas, o amparo familiar é o que nos resta para seguir em frente, “a família representa para esses idosos um fator que influencia significativamente a sua segurança emocional” (MENDES, 2005).

Devido à importância do papel da família para que se componha as características de uma pessoa, principalmente as mais fragilizadas, como as idosas, que o ordenamento jurídico brasileiro traz responsabilidades tanto para o Estado e a Sociedade, como também para a família nos cuidados para com esta categoria. A Constituição Federal de 1988, reconhecendo a vulnerabilidade daqueles que precisam, estabelece em seu artigo 229: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Assim como os pais tem o dever de cuidar dos filhos menores, que são incapazes de fazê-lo por si só, também tem esses mesmos filhos o dever de amparar os pais, quando também forem incapazes de cuidar de si mesmo, como ocorre na velhice.

Da mesma forma, o Estatuto do Idoso traz em seu corpo a responsabilidade dos filhos para com seus pais idosos, no seu 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.

Com a debilidade inquestionável que pessoas na velhice possuem é de se esperar que haja essa imposição, tanto pela Constituição como pelo Estatuto do Idoso, para que os resguardem, afinal, ambos são norteados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e um dos institutos que mais colabora para que se concretize tal princípio é o da família.

Das obrigações que são inerentes aos familiares para com o idoso está a da prestação de alimentos, onde é devido aos idosos uma pensão alimentícia, no caso destes não possuírem recursos suficientes para sua subsistência.

De acordo com Braga (2014, p 1):

O termo “alimentos” é usado na lei de forma ampla e significa não só o valor necessário para a alimentação em si como também o necessário para a manutenção da pessoa de forma geral, ou seja, recursos para remédios, médicos, pagamento de despesas básicas como água, luz, gás, telefone e até cuidadores ou empregados, se o idoso não puder viver sozinho.

Como bem demonstrado por Braga, os alimentos não significam apenas a comida, mas abrange toda uma lista de necessidades básicas para o sustento, que dependendo da situação em que o idoso se encontra poderá ir de medicamentos até cuidadores especiais. Ora, o direito aos alimentos tem a finalidade principal ligada ao direito à vida, devendo este direito em primeiro plano ser assegurado pela família do idoso, e somente caso não haja a quem o alimentando recorrer é que o Estado estará encarregado de fazê-lo. Dessa forma, é necessário apenas que sejam preenchidos dois requisitos que comprovem o direito, quais sejam, necessidade e possibilidade, para então avaliar a necessidade do idoso, e a possibilidade dos filhos em prestarem os alimentos. Assim, segundo o Estatuto do Idoso, é determinado que os alimentos serão prestados conforme a lei civil. Assim o Código Civil estabelece:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

O artigo do Código Civil relativo a prestação de alimentos pode ser direcionada aos filhos, mas não exclusivamente a eles, já que a obrigação se fundamenta no parentesco, porém, de maneira ampla, vindo a abranger mais que apenas de ascendente para descendente.

Nesse sentido PEREIRA (2003, p. 2):

[...] A fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de seu tipo: casamento, união estável, famílias monoparentais, homoafetivas, socioafetivas (eudemonistas), entre outras.

Uma obrigação derivada de ser familiar de alguém, manifestado através da solidariedade econômica existente no instituto da família, onde aqueles que possuem muito ajudam aqueles que não podem fazer por si mesmos.

Além do mais Wald (2012, p. 47), afirma que a prestação de alimentos:

É uma manifestação de solidariedade econômica que existe em vida entre os membros de um mesmo grupo, substituindo a solidariedade política de outrora. É um dever mútuo e recíproco entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, em virtude do qual os que têm recursos devem fornecer alimentos, em natureza ou dinheiro, para sustento dos parentes que não tenham bens, não podendo prover pelo seu trabalho a própria manutenção.

O Estatuto do Idoso em seu artigo 11, que tem por base o princípio da solidariedade, estabelece que “ A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores ”. Ou seja, é um dever mútuo e recíproco entre os membros de uma mesma família, onde aqueles que tem condições o prestam de maneira solidárias àqueles que não possuem, assegurando o sustento uns dos outros.

4.2 O ABANDONO AFETIVO: A TRISTE TEORIA DO DESAMOR

A responsabilidade entre pais e filhos vai muito além da obrigação legal, de cunho financeiro, parte dos familiares uma responsabilidade social e afetiva, já que é

através de vínculos com a família que o ser humano se desenvolve para enfrentar a sociedade, e o que se falar de uma fase tão vulnerável como a terceira idade.

Afirma Lemos (2006, p. 1227):

Em qualquer fase da vida o sujeito necessita de algum apoio e para isso conta com a família e a comunidade, locais naturais de proteção e inserção social, dentro das redes informais. São esses lugares que possibilitam suporte para ampliar processos de inclusão social, vínculos relacionais e para criar projetos coletivos para o benefício da qualidade de vida. Portanto, o sujeito encontra na rede familiar, na convivência com os vizinhos, um suporte para o enfrentamento de dificuldades que encontra em seu cotidiano.

Infelizmente são inúmeros os casos de idosos que são abandonados pelos próprios filhos dentro de casa ou até mesmo em asilos, sob a promessa de que voltarão para buscá-los, mas na maioria das vezes não voltam nem mesmo para visitar. Em decorrência dessas ações, o resultado é: idosos sendo privados da convivência familiar, o que acaba por ser uma atitude incompatível com o dever de assistência afetiva que é prevista no art. 3º do Estatuto do Idoso, mais precisamente no inciso V: “priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência”.

Ao negar o amparo afetivo, se está causando danos a personalidade do idoso que muitas vezes pode ser irreparável, pois a dor do desprezo de seus filhos para um idoso é tão ou mais cruel que a dor de uma pessoa que foi privada do cuidado parental por toda sua vida. Cuidar e dar amor a uma criança até que esta atinja idade suficiente para viver por conta, e no momento em que envelhece e necessita de atenção, na hora de retribuir, aquele que foi cuidado simplesmente some, como se não devesse nada, nem mesmo respeito.

O dever de cuidado do idoso, assim como a obrigação de alimentar, não deveria ser algo a ser cobrado, e sim algo enraizado culturalmente dentro de cada indivíduo, não havendo sequer a necessidade de se ter uma norma legal que imponha tal comportamento, ou que mesmo havendo, não fosse necessário ativar a justiça para que esta seja respeitada.

A situação de abandono no qual se encontram muitos idosos no Brasil faz lembrar um antigo conto japonês, e que de muito ajuda a refletir acerca do tema:

Um homem tinha sua mãe, muito velha, doente e enfraquecida. Então, certo dia, colocou-a em uma espécie de cesto e com seu jovem filho carregou-a para dentro de uma montanha. O homem já estava pronto para abandonar a velha senhora e voltar para casa, quando seu jovem filho correu e pegou o cesto vazio. O homem perguntou-lhe por que, e o filho replicou que poderia precisar quando chegasse o tempo de trazê-lo para a montanha. Ouvindo aquelas palavras, o homem percebeu que acabara de cometer um erro; voltou à montanha, pegou sua mãe e retornaram os três para casa.¹⁴

Devido a debilidade física acarretada pelo tempo, os idosos acabam sendo oprimidos por seus próprios familiares, que por vezes os enxergam apenas como um fardo. E é esse sentimento que assola a maioria dos idosos no Brasil, o medo incessante de se tornar um fardo e resultar no abandono por parte daqueles que deviam acolhê-los. No conto apresentado se revela muito bem essa situação, sem pensar duas vezes os filhos se desfazem de seus pais idosos, apenas por estes estarem fracos fisicamente para viverem por conta própria, mas esquecem que a velhice é um processo biológico que chegará para todos, e que um dia também se encontrarão em tal situação vulnerável, e, no momento em que abandonam um idoso apenas por sua debilidade, estão também abrindo precedentes para que esta triste cultura persista, o que pode resultar, futuramente, em seus próprios filhos os abandonando.

Há um termo apropriado para esta situação de filhos para com pais idosos, “abandono afetivo inverso”, que nas palavras do desembargador Jones Figueirêdo Alves, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) 2012:

Abandono afetivo inverso, a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.

A falta de cuidado permanente, o desrespeito, o desprezo, a inanição de amor, a indiferença dos filhos para com os genitores, que na maioria dos casos são idosos, são características que configuram o abandono afetivo inverso. Uma espécie de abandono que se institui como sendo uma das mais gravosas formas de violência contra o idoso, que causa uma dor maior até mesmo que a física ou a financeira. No

¹⁴ NERI, Liberalesso Anita. **Qualidade de Vida e Idade Madura**. Campinas: Papyrus, 2000. p. 101.

instante em que há omissão afetiva do idoso, há também uma negação à vida, sendo-lhe subtraído a perspectiva de viver com qualidade.

Tenho mais saudade de quando meus filhos me pediam a benção, ficava alegre e queria morar com eles, mas aí fiquei doente e cada um deles foi pra um lado. Minha mulher morreu, aí hoje estou sozinho (M.V.N., idoso, 73 anos, pai de 6 filhos).

A gente sente saudade dos filhos, mas parece que eles não têm, porque nunca vem visitar. Depois da morte da minha mulher, minha filha mais nova me deixou e não vi mais ela, os outros devem estar empregados por aí, nunca mais vi ninguém (F.M.C., idoso, 81 anos, pai de 9 filhos).

Ela já deve ter uns 27 anos. Não sei onde está ou se está bem. Só tenho saudades, ficaria feliz se a visse” (J.R., idoso, 89 anos, pai de uma filha).

Quando não ‘combinei’ mais minha nora, eles me deixaram. Sinto muita saudade do meu filho. Queria ver ele, saber como está” (M.R.N. idosa, 70 anos, mãe de um filho).

O que é mais degradante nessa forma de violência é que ocorre justamente no seio familiar, num meio que deveria apenas prosperar o amor e o companheirismo entre seus membros, no âmbito em que deveria ser de proteção, resulta em graves desrespeitos. O abandono não se justifica nem mesmo por condições econômicas, pois independentemente do quão simples for o lugar, o idoso ainda vai preferi-lo junto a família, que sozinho.

Heredia (2013) comenta o que transcorre na cabeça de um idoso quando está passando por difícil situação:

Pelos relatos dos idosos, a situação de abandono conduz a sentimentos de sofrimento. O idoso espera que suas experiências com familiares, amigos, parentes se prolonguem para sempre, como se todos os ciclos de vida fossem iguais. Toma como referência experiências de inserção passadas em que não existiam problemas de relacionamento e nas quais ele ainda exercia o controle sobre os demais membros da família. Essa perda de poder é anulada pelas lembranças, onde o idoso se coloca ainda num lugar privilegiado, marcado apenas pelo espaço de suas memórias, sem estar preparado para enfrentar as fragilidades que seu envelhecimento trouxe. Dessa forma, muitos relatos demonstram que alguns idosos preferem as lembranças do passado ao enfrentamento das relações sociais no presente, utilizando como mecanismo estar num lugar confortável do passado, negando suas condições do presente e se escondendo do sofrimento e da dor que essa falta de preparação de envelhecer-lhe impôs. Há ainda aqueles que assumem a condição do abandono e expressam tristeza por estarem sós e a consciência dos limites que enfrentam e da condição irreversível em que se encontram.¹⁵

¹⁵ Vania Herédia, **Abandono na Velhice: idosos vivem dor silenciosa ao serem deixados de lado**. Disponível em: <<http://idmed.com.br/saude-de-a-z/saude-do-idoso/abandono-na-velhice-idosos-vivem-dor-silenciosa-ao-serem-deixados-de-lado/falecimentos.html>> Acesso em: 13 de Fev. de 2017.

Os idosos se imergem em lembranças de momentos em que já se encontraram para fugir da realidade do abandono, tentando não se deixar dominar a mente, pois pode acarretar em danos psicológicos irreversíveis.

É necessário entender que o afeto não se compõe apenas pelo sentimento, mas todas as ações que implicam na relação entre pessoas, “o afeto constitui uma ação, e não apenas um sentimento, não devendo se confundir, necessariamente, com o amor. Afeto significa interação ou ligação entre as pessoas”¹⁶. Como um dever jurídico, a afetividade não deve se confundir com a existência real do afeto, tendo em vista que pode ser presumida mesmo quando a parte sentimental inexistir ou for insuficiente na relação, mas ainda há a responsabilidade de cuidar.

O abandono não deve ser visto apenas pelo ponto de vista afetivo, mas também pelo lado do zelo e amparo. Os danos causados por este tipo de ação são irreparáveis, e vão muito além do imaginável, apenas quem passa por tal situação consegue realmente sentir e entender. Faz-se necessário a implementação de institutos que possam, pelo menos, tentar inibir parte desse tipo de violência, a parte da população idosa realmente necessita de proteção pela justiça, de maneira que haja uma solução que imponha que todos os filhos participem dos cuidados com os pais idosos, de maneira solidária e equitativamente.

Contudo, é impossível se obrigar que pessoas amem umas às outras, já disse uma vez a Ministra Nancy Andrighi em decisão no STJ acerca do abandono afetivo “ amar é uma faculdade, mas, cuidar é um dever”, uma verdade incontestável, amor não é algo possível de se impor, o faz a pessoa de maneira espontânea, porém, o dever de cuidado é algo possível de ser imposto e necessário de ser observado.

4.3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre, v. 29, p. 11, ago./set. 2012.

O termo guarda significa “Ação de guardar”, ter vigilância, que tem a finalidade de defender, proteger ou conservar. E o intuito é justamente esse, proteger, dar abrigo ou amparo a algo ou alguém, assim, partindo-se desse entendimento que se percebe a importância e seriedade da guarda, pois se refere à responsabilidade do guardador para com algo ou alguém.

Juntamente com o nascimento de um filho surge a modalidade de guarda mais comum, também conhecida como conjunta, em que naturalmente é exercida por ambos os genitores, que são os detentores do Poder familiar.

Com o rompimento da relação conjugal se faz necessário a possibilidade de outras formas de se manterem responsáveis pelos menores, assim, é permitido aos pais definirem a melhor forma de guarda a ser aplicada para sua prole, diante de tal rompimento conjugal. Dessa forma, vejamos a seguir algumas das principais modalidades.

4.3.1 Guarda Unilateral

A Guarda Unilateral está elencada no art. 1583 do CC, uma espécie de guarda que atribui à apenas um dos genitores, ou alguém que o substitua como consta no referido dispositivo legal. Tem a característica de conferir a guarda para um dos pais, enquanto que ao outro é conferida apenas a regulamentação de visitas, que mesmo em tal contexto, aquele que não detém a guarda não fica isento de exercer o poder familiar, ou seja, não se isenta das responsabilidades para com o filho menor, apenas por não residirem mais juntos.

Explicita tal obrigação no Código Civil, em seu art. 1583:

Art. 1593, § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

A guarda unilateral só será instituída caso outra modalidade de guarda seja inviável, visto que esta modalidade não atende bem aos requisitos de inclusão e

comunicabilidade entre pais e filhos. Assim, só poderia ser ressaltada caso fosse viável a atender o melhor interesse do menor.

4.3.2 Guarda Alternativa

É outra modalidade de guarda, a guarda alternada não se encontra disciplinada na legislação brasileira, porém é muito utilizada na prática. Uma modalidade em que os pais alternam na guarda dos filhos, cada um, durante o período de sua alternância, exercerá com exclusividade a sua guarda.

Nesta guarda há uma divisão temporal da custódia entre os genitores, considerando-se como “dividida” em partes, de modo que os filhos menores, alternam de residência a todo tempo. Uma modalidade que está cada vez mais em desuso, visto que é extremamente perniciososa aos infantes, pois que rompe com qualquer rotina regular que possa ser estabelecida.

4.3.3 Guarda Compartilhada

Quando da ruptura da relação conjugal, por separação ou divórcio, a guarda é sistematicamente outorgada a um só dos genitores, para que fiquem como sendo responsável pelos filhos menores do casal, algo que sempre foi incontestável pela doutrina e jurisprudência. Porém, foi diante dessa situação que surgiu uma outra corrente, que veio a questionar tais princípios e regras legais, afirmando ser necessário o envolvimento de todos os personagens da relação familiar, partindo-se de noções interdisciplinares, como a psicologia e sociologia.

Assim, a Lei 11.698 de 2008 surgiu para alterar os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, que veio para disciplinar e instituir a guarda compartilhada.

Grisard (2014, p. 188):

A Lei 11.698/2008 representa importante mudança de paradigma, mudança impulsionada pela intervenção de várias disciplinas, para acompanhar as transformações sentidas na sociedade e, de consequência, na forma de família. Nessa, a responsabilidade e o afeto em suas relações. A guarda compartilhada, agora expressamente admitida no direito brasileiro, resgata e equilibra o exercício do poder familiar no pós-divórcio, reafirmando a complementaridade das funções paterna e materna na formação da personalidade dos filhos.

O instituto da guarda compartilhada tem uma premissa de que será exercida por ambos os pais numa conjunta responsabilização para o exercício do poder familiar. “A normatização legal trazida pela nova lei assegura a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental”¹⁷, ou seja, aquele que não for o guardião irá ainda assim participar ativamente nas decisões e interesses a respeito dos filhos menores.

Ainda que a guarda seja compartilhada, a criança pode continuar morando em apenas um local, o que é recomendado, visto que dessa maneira a criança não necessite ficar sempre sendo transferida de uma casa para outra, como ocorre na guarda alternativa. O que realmente é dividido nesse regime de guarda compartilhada é a responsabilidade sobre a vida do menor, não o local de residência, além do aumento na frequência das visitas à casa do outro genitor, mas em geral a criança possui uma residência fixa. Já disse a psicanalista Giselle Groeninga “Não se deve colocar ênfase na divisão do tempo. O espírito da guarda compartilhada é a colaboração entre os pais”.

À vista disso, a guarda compartilhada não vem impor limites, mas incentivar que haja uma efetiva participação dos genitores no cotidiano dos filhos, além de tentar diminuir os conflitos entre filhos e pais, já que o primeiro não teria de tomar partido em razão apenas daquele que lhe tem a responsabilidade.

4.5 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE UMA GUARDA COMPARTILHADA NOS CASOS DE FILHOS PARA COM PAIS IDOSOS

¹⁷ GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo da responsabilidade parental. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014, p. 187.

O tempo não para ninguém, os seres humanos nascem e envelhecem, surgem de maneira frágil com pouca idade, essa fragilidade some quando passam a ter discernimento e a serem responsáveis por si mesmos, mas quando do passar do tempo e a chegada da velhice essa fragilidade retorna. Assim define, Fried (2007, p.76), no que tange a fragilidade acarretada pela idade:

Fragilidade seria o resultado de alterações fisiológicas e biológicas associadas com a idade, como perda de peso não intencional, fraqueza muscular, fadiga, redução da velocidade de marcha e redução do nível de atividade física, que podem ocasionar situações adversas, como: quedas, dependência, doenças crônicas, hospitalizações, necessidade de cuidados a longo prazo e até morte.

Àqueles que um dia já foram fortes o suficiente para enfrentarem os percalços da vida sozinhos, em um dado momento deixam de ser, havendo a necessidade amparo de seus familiares para que persistam no tempo de vida que ainda lhes restam. E é justamente nesse ponto em que se pesa a tecla, no momento em que os filhos devem retribuir o feito de seus pais de amparo e cuidado, fazendo o mesmo, visto ser uma obrigação presente na Constituição Federal de 1988.

Infelizmente, na realidade esse dever constitucional que é inerente aos filhos para com os pais durante a velhice não é respeitado da maneira que deveria, uma vez que são inúmeros os casos de abandonos de idosos por todos os filhos, ou no máximo um deles assume a responsabilidade sozinho, enquanto os demais se isentam do encargo.

É cada vez mais comum o relato de filhos que se sentem sobrecarregados, pois os irmãos ou outros familiares se retiram, e sobra para apenas um deles a árdua tarefa de cuidar de um idoso dependente. Uma coisa é fato: não existe uma lei que obrigue todos os filhos a cuidar dos pais idosos, em igual proporção.¹⁸

É perceptível a falha que há no ordenamento jurídico brasileiro para que se garanta essa obrigação constitucional de cuidado dos filhos para com o idoso, principalmente uma forma de impor, de maneira igualitária, que todos os filhos sejam responsáveis.

¹⁸ MOREIRA, Sandra. **Os filhos não querem cuidar de seus pais**. Disponível em: <<http://dedicacaoeternura.blogspot.com.br/2010/12/os-filhos-nao-querem-cuidar-de-seus.html>>. Acesso em: 16 de Fev. de 2017.

Porém, com a possibilidade de aplicação analógica de um instituto semelhante ao da guarda compartilhada, que existe em relação aos filhos menores de pais separados, pois assim como os menores de idade, os idosos também necessitam de proteção integral, pois se encontram numa fase em que a vulnerabilidade é claramente constatada, seria possível submeter os filhos a cumprirem sua obrigação.

Teixeira (2009, p. 110) define a guarda compartilhada como:

Um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos. Guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetarem os filhos.

De maneira comparativa, os filhos tomariam o lugar dos genitores, enquanto os pais, idosos e debilitados, tomariam o lugar dos filhos menores, já que por vezes se encontram no mesmo grau de fragilidade e dependência que estes, afinal “um idoso dependente é tão vulnerável quanto um bebê, ou seja, não tem condições de se alimentar sozinho, de se vestir sozinho e de defender-se”¹⁹. Dessa forma, idosos que possuem mais de um filho, onde todos, equitativamente, tomariam decisões importantes relativas ao idoso, e essa participação no seu processo de envelhecimento que poderia tornar-se, efetivamente, uma permanência do vínculo entre pais e filhos.

Além do mais, através da guarda compartilhada, e desse compartilhamento de responsabilidade entre os filhos do idoso, não haveria mais como apenas um ter de assumir todas as tarefas e arcar com os encargos que tal situação demanda.

Dia desses veio uma assistente social aqui em casa, porque denunciaram a gente por falta de cuidado, disseram que a gente não cuidava da minha avó, que ela ficava em casa o dia todo sozinha, que tinha de ir sozinha no posto de saúde, que ninguém queria acompanhar ela, o que não é verdade. Minha mãe e meu pai trabalham o dia inteiro, só voltam de noite para casa, e eu estudo e trabalho, então também só chego de noite em casa, por isso não tem como acompanhar minha vó no posto sempre. E ela (a avó) não gosta

¹⁹ MOREIRA, Sandra. **Os filhos não querem cuidar de seus pais**. Disponível em: <<http://dedicacaoeternura.blogspot.com.br/2010/12/os-filhos-nao-querem-cuidar-de-seus.html>>. Acesso em: 16 de fev. de 2017.

de ficar na companhia de estranhos, aí a vizinha quem fica aqui quando pode, ou acompanha ela se ela quer ir na rua. No dia em que a assistente social veio aqui, eu fiquei triste foi pela minha mãe, porque ela é a única das filhas da minha vó que se responsabiliza por ela. Tem uma tia que mora duas ruas daqui de casa e que até trabalha num posto de saúde, os filhos dela só estudam, aí passam o dia em casa, mas se for pedir para a avó ficar lá um fim de semana, já diz que não e pronto. E nem é como se não gostassem da avó, só não querem ficar responsáveis por ela também. Aí a gente que fica com a avó é que é denunciado, não entendo isso. (M.V.V.S. neto de M.F.V., idosa de 72 anos)

Chega a ser injusto que apenas um dos filhos tenha que ser responsabilizado pela falta de zelo e amparo dos outros. “Meus irmãos não me ajudam, estou sozinha para cuidar de papai” (A.I.P.A., filha de uma idosa de 67 anos). Porém, mais errado ainda seria simplesmente abandonar o idoso, devido a circunstância de ser o único a cuidar dele. Nesse tipo de situação uma guarda compartilhada seria adequada para que apenas um não ficasse sobrecarregado com as responsabilidades com o idoso, pois segundo o art. 1583, § 2º do CC, “ na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”, com todos os filhos dividindo de forma equilibrada o tempo com idoso e exercendo seu dever de cuidado.

Eu sou casada e tenho dois filhos, trabalho pela manhã, e no resto do dia tenho que cuidar dos meus pais, porque os dois são idosos e têm Alzheimer. Eu passo o dia com eles, tem uma cuidadora que fica enquanto eu tô no expediente. Meus irmãos não me ajudam em nada, tenho dois, eu até entendo o que mora no Juazeiro, mas o que mora aqui não quer ajudar, e eu não posso abandonar meus pais por causa disso. Eu tenho sorte que meu marido me ajuda cuidando dos meus filhos já que eu tenho que ficar com meus pais, mas mesmo assim é pesado. Semana passada eu tive que ser internada, que eu passei mal, o doutor disse que era cansaço excessivo e que eu precisava relaxar, mas como tenho tempo pra descansar se preciso cuidar dos meus pais? A cuidadora não consegue fazer tudo sozinha. Só queria que meu irmão deixasse de ingratidão e ajudasse. (A.S.B.P., filha de M.A.B.S. e J.F.B., pais de três filhos)

Além de toda a responsabilidade que se tem que ter com o idoso dependente, pois tem que trocar roupa, dar banhos, ajudar na locomoção, o estresse e a quantidade de esforço físico empregado a todo momento pode acarretar em problemas de saúde sérios. Porém, havendo a possibilidade de que todos os filhos se responsabilizem igualmente, esse tipo de situação poderia ser evitado, visto que os encargos estariam sendo partilhado entre todos, e não apenas para um.

Um dos erros que acontecem com maior frequência entre irmãos é quando estes se afastam dos pais ao pensar que eles não precisam da sua ajuda. O facto de um determinado irmão estar a tomar conta dos pais não significa que esteja tudo bem. Toda a ajuda é necessária, pois são imensos os cuidados e os afazeres com uma pessoa idosa. A responsabilidade de tomar conta dos pais ou familiares é de toda a família e não de uma determinada pessoa em particular.²⁰

Na maioria dos casos, quando o idoso possui vários filhos, é comum que um seja elegido para arcar com o dever de cuidar do genitor e com isso os demais se isentam, sequer se disponibilizando, caso seja necessário.

Eu me mudei para o interior tem quase um ano, devido a minha mãe estar doente e não poder ficar sozinha. Não quero deixar ela num asilo, porque as casas de repouso daqui parecem mais “depósitos de idosos”, e minha mãe não merece isso, ela sempre cuidou muito bem de mim, mas tem dias que eu acordo cansada. Todo dia eu saio para trabalhar, e minha mãe fica em casa com uma moça que cuida dela, aí volto direto pra casa, não saio mais pra passear, porque não posso deixar ela só e ela não consegue ir comigo. Eu tenho um namorado que fica na outra cidade que eu morava, e a gente nem pode se ver tanto, porque eu não posso ir e ficar lá um fim de semana. Já tentei que meus irmãos fiquem com minha mãe um tempo, mas eles não ficam, e eu não sei mais o que fazer. Eu sei que é egoísmo da minha parte dizer isso, mas eu queria um tempo pra descansar, infelizmente minha mãe me cansa as vezes (J.F.S. filha de M.H.S., idosa de 76 anos).

Um instituto que possa condicionar os filhos a repartirem as obrigações que tem em relação a seus pais idosos, e que assim apenas um não se sobrecarregue, uma espécie de guarda compartilhada *sui generis*, única e com características próprias que se baseiem nas necessidades do idoso como ser hipossuficiente e debilitado para cuidar de si mesmo.

Sua aplicação deve ser restrita a situações específicas a serem avaliadas pelo juiz, e nos casos em que fossem preenchidos requisitos plausíveis, como não haver conflito entre os filhos e o idoso, afinal, não adiantaria que o filho que possui desavenças com o pai idoso exercer cuidados sobre este; proximidade de moradia, que assim possa assegurar a possibilidade de deslocamento para que não acarrete danos ao idoso; e o mais importante de tudo, que o idoso deseje tal ação, pois, assim como o instituto da guarda compartilhada, presente no Código Civil, em defesa dos menores, se baseia no princípio do melhor interesse da criança, quando da

²⁰ SOARES, Amanda. **Erros que irmãos comentem quando os pais ou familiares estão doentes.** Disponível em: < <http://cuidamos.com/artigos/erros-que-irmaos-cometem-quando-pais-familiares-estao-doentes>>. Acesso em: 16 de fev. de 2017.

possibilidade de aplicação no caso de idosos, também deve ser feita no entendimento de melhor interesse do idoso.

O resultado de algo assim seria de benefícios para todas as partes envolvidas, visto que, haveria a diminuição no número de idosos abandonados e sofrendo danos psicológicos pelo desamparo da família, e no caso dos filhos, onde somente um cuida do familiar idoso, em decorrência da falta de amparo dos demais, não teriam de carregar essa obrigação sozinho, que em muitos casos causam doenças devido ao alto estresse emocional e sobrecarga física de se cuidar de um idoso, e até mesmo complicações em exercer uma profissão, cuidar de um idoso e dos próprios filhos.

Contudo, importante lembrar que ter mais de 60 anos não é sinal de debilidade completa, há sim uma fragilidade quando se tem uma idade avançada, mas não necessariamente completa, pois existe idosos que conseguem se manter por si mesmo, sem que os familiares estejam cuidando a todos os momentos. Porém, ainda há aqueles que se encontram em situação de sequer conseguir trocar de roupa ou tomar banho sozinho, se equiparando a crianças, e esses carecem de cuidados da família, mas não apenas de um, e sim de todos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve o intuito de mostrar que, assim como a criança e o adolescente, o idoso necessita de tutela especial para sua proteção, pois da mesma forma que aqueles, também se encontra em uma fase da vida fragilizada e que é totalmente influenciado pelo ambiente a sua volta.

Apesar de todos os esforços, da Constituição Federal de 1988 e do próprio Estatuto do Idoso, em assegurar proteção para as dificuldades e adstrita à pessoa na velhice, perceptível foi a lacuna presente no que tange a proteção constitucional que os filhos deveriam ter com pais idosos, dever esse de amparo e cuidado, se fazendo necessário a presença de um instituto específico que possa impor esse compromisso, assegurando sua realização.

O abandono afetivo inverso é uma realidade triste e desumana, filhos que se livram dos próprios pais, apenas pelas dificuldades biológicas que estes enfrentam por causa da idade avançada, é algo que se tornou comum, quase que uma cultura, e, infelizmente, ainda inevitável perante a lei.

Porém, mesmo com a ausência de legislação específica acerca da matéria, faz-se necessário um estudo aprofundado de como sanar esta falha, e utilizando dispositivos legais já existentes, tal qual a Constituição Federal que já assegura uma obrigação constitucional entre filhos e pais idosos, além, é claro, do próprio Estatuto do Idoso e o Código Civil, como parâmetros que possam nortear na formação de institutos característico com o tema e apropriados.

Assim, demonstrou-se a possibilidade de aplicação de guarda compartilhada, semelhante a que ocorre no Código Civil de genitores para com filhos menores, invertendo-se os polos, em que filhos maiores de idade se colocariam no lugar dos genitores, enquanto que idosos passariam a ser os dependentes, tal qual os filhos menores, já que sua condição em muito se assemelham. Contudo, faz se necessário que haja particularidades que se adaptem a realidade e peculiaridades que abrangem essa parte da sociedade idosa, porquanto, que seja feito em razão do melhor interesse do idoso.

Com isso, percebe-se que os objetivos do trabalho foram alcançados, pois se demonstrou possível a existência de um instituto que solucionaria tais impasses

familiares. Utilizando de pesquisas bibliográficas, através de trabalhos monográficos, legislações e doutrinas, além de entrevistas com idosos e seus familiares, de maneira a mostrar que essa realidade do abandono afetivo e da dificuldade de cuidado com idosos sozinhos existe e necessita ser solucionada.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo Roberto Ramos. **Do constitucionalismo sanitário ao Estatuto do Idoso: o direito à saúde como aquisição evolutiva e suas formas de efetivação.** RBCEH, v.5, n. 2. Passo Fundo RS, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos.** Trad. de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do Idoso.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de fev. de 2017.

BRASIL. **Código Civil.** Promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 17 de fev. de 2017.

_____. **Estatuto do Idoso.** Promulgado em 1 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm> Acesso em 20 de fev. de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

DE MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral.** 8ª edição. Editora jurídico Atlas, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GUGEL, Maria Aparecida; MAIO, Iadya Gama. **Pessoas Idosas no Brasil: abordagens sobre seus direitos,** Brasília: AMPID, 2009.

LE MOS, N; MEDEIROS, S. L. **Suporte Social ao Idoso Dependente.** In: FREITAS, Elizabete Viana de et. al. Tratado de Geriatria e Gerontologia. 2. Ed. Editora: Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2006.

Mendes, M.R.S.S.B.; Gusmão, J.L.; Faro, A.C.M.; Leite, R.C.B.O. **A situação social do idoso no Brasil: uma breve consideração**. Acta Paul Enferm.; vol.18, no.4, 2005
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Teoria geral dos alimentos**. In: CAHALI, Francisco José; (coord.). Alimentos no Código Civil. São Paulo: Imago, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflitualidades jurídicas**, organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002

RULLI NETO, Antônio. **Proteção legal do idoso no Brasil: universalização da cidadania**. São Paulo: Fiuza, 2003.

SCHONS, Carme Regina & PALMA, Lucia Terezinha Saccomori. **Conversando com Nara Costa Rodrigues sobre gerontologia social**. 2. ed., Passo Fundo, UPF, 2000.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela jurídica do idoso: a assistência e a convivência familiar**. São Paulo: Alínea, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Wald, Arnoldo, **O Novo Direito de Família**, 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

Zimerman GI. **Velhice: aspectos biopsicossociais**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul; 2000.

PRINCÍPIOS DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AS PESSOAS IDOSAS. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_15/IIIPAG3_15_1.htm> Acesso em: 26 de jan. 2017.