

A INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AO IDOSO E A ADOÇÃO COMO ALTERNATIVA AO ABANDONO DELES

THE INEFFICIENCY OF PUBLIC POLICIES AIMED AT THE ELDERLY AND THE ADOPTION AS AN ALTERNATIVE TO THEIR ABANDONMENT

José Antônio de Faria Martos

Doutor em Direito pela FADISP. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Del Museo Social Argentino. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Professor titular da Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado.

Frederico Thales de Araújo Martos

Doutor em Direito pela FADISP. Professor Titular de Direito Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais e Faculdade de Direito de Franca. Diretor Científico do IBDFAM/Franca. Advogado.

Submetido em: 04/02/2023

Aprovado em: 04/02/2023

Resumo: O aumento da expectativa de vida reconfigurou a sociedade, levando-a a um olhar mais cauteloso sobre o envelhecimento e a velhice, pois trazem consigo um processo de vulnerabilização do sujeito idoso, já que alteram características físicas, psíquicas, culturais e sociais. Cabe ao Estado, à sociedade e à família o dever de proteção dessas pessoas. O Estado, por meio de políticas públicas, não consegue proteger e atender a toda demanda que envolve os idosos, sobrando à família e à sociedade o dever de cuidar. Contudo, quando a família se esquivava de tal obrigação, acentua-se a condição de vulnerabilidade do idoso, pois fala-se em abandono. O Estatuto do Idoso prevê a possibilidade de colocação do idoso em família substituta nesses casos, como forma de garantir ao idoso melhores condições de vida e integração social e familiar. O convívio entre idoso e família substituta pode criar laços afetivos e, a depender do caso, uma verdadeira relação de adoção. Assim sendo é objetivo do presente artigo demonstrar a ineficiência das políticas públicas voltadas ao idoso, que leva à necessidade de se pensar em alternativas diante de sua vulnerabilidade, nos casos de abandono, como também discorrer sobre a adoção de idosos e o posicionamento do Judiciário diante tal pleito. Para isso parte-se de uma metodologia com abordagem qualitativa, método dedutivo e técnica bibliográfica, pesquisando a doutrina nacional, bem como documental, ao observar as normas que tratam sobre o cuidado com o idoso. Ao final, espera-se concluir se a

colocação de idoso em família substitua especialmente com a adoção de idoso, enseja alternativa que permitirá o idoso gozar de direitos estabelecidos pela Constituição Federal, Estatuto do Idoso e demais leis que protegem esse público.

Palavras-chave: Vulnerabilidade; Políticas públicas; Adoção de Idosos; Pós-positivismo jurídico.

Abstract: *The increase in life expectancy has reconfigured society, leading it to a more cautious look at aging and old age, as they bring with them a process of vulnerability for elderly subjects, due to physical, psychological, cultural, and social changes. The State, society, and the family have the duty to protect these people. The State, through public policies, is unable to protect and meet every demand that involves the elderly, leaving the family and society with the duty of work. However, when the family evades such an obligation, the vulnerability of the elderly person is accentuated which is called abandonment. The Elderly Statute provides the possibility of placing the elderly in a surrogate family in some of these cases, as a path to ensure better living conditions for these elderly through social and family integration. The coexistence between the elderly and the surrogate family can create affective bonds and, depending on the case, a true adoption relationship. Therefore, the aim of this article is to demonstrate the inefficiency of public policies aimed at these people, which leads to the discussion of alternatives in the face of their vulnerability, in cases of abandonment, as well as to discuss the adoption of the elderly and the positioning of the Judiciary in the face of such a claim. To achieve this purpose, it starts from a methodology with a qualitative approach, deductive method and bibliographic technique, researching the national doctrine, as well as documentary, when observing the norms that deal with the care of the elderly. By the end, it is expected to conclude whether the placement of the elderly in the family replaces especially with the adoption of the elderly, gives rise to an alternative that will allow the elderly to enjoy the rights established by the Federal Constitution, the Elderly Statute and other laws that protect this public.*

Keywords: *Vulnerability; Public policies; Adoption of the Elderly; Post-positivism.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A ineficiência de políticas públicas voltadas aos idosos. 2 Abandono, colocação em família substituta e adoção de idosos. 3 O papel do judiciário: a necessidade de se pensar em princípios antes das normas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A crescente longevidade, proporcionada por questões econômicas, sociais e tecnológicas, dentre outras, que permitiram melhores condições de vida, é uma realidade que se reproduz em todo o mundo. Essa nova configuração das sociedades leva à necessidade de um olhar cauteloso sobre o envelhecimento e a velhice.

É preciso enaltecer que o conceito de velhice nunca teve um entendimento horizontal, mudando de sociedade para sociedade e de tempos em tempos. No Brasil, foi na década de 1960 e 1970 que o processo de envelhecimento e a velhice adquiriram maior relevância social, devido ao aumento significativo no número de idosos.

Não resta dúvida, contudo, de que o envelhecimento traz consigo um processo de vulnerabilização do sujeito idoso. Nesta premissa, é imprescindível que os idosos devam ser alvo de políticas públicas voltadas às suas necessidades.

Todavia, ao analisar as políticas públicas voltadas à população idosa no país, vê-se grande deficiência por parte dos atores políticos, especialmente quando se adentra em seu ciclo. Há dificuldades teóricas e práticas dos mais diversos anseios que impedem que uma política pública possa atingir suas finalidades, inclusive a universalidade.

Conforme previsão constitucional, cabe ao Estado, sociedade e família a atenção ao idoso e, não conseguindo o Estado formular políticas de proteção a esses indivíduos, resta à sociedade, mas especialmente à família, promover seu cuidado.

Sendo assim há a necessidade de se pensar em ações, no seio da família e da sociedade, que voltem atenção e zelo pelos sujeitos idosos. No entanto, a problemática torna-se ainda mais sensível quando a família, instituição, conforme estabelece o art. 3º do Estatuto do Idoso, cuja responsabilidade com o idoso é ainda mais eminente, se esquia de tal obrigação. Fala-se aqui em abandono da pessoa idosa, portanto.

Contra isso existe como alternativa a colocação do idoso em família substituta, conforme preceitua o art. 37, caput, da Lei n. 10.741/03. Nessa seara, almeja-se com o presente trabalho apresentar a adoção de idoso como alternativa à ineficiência de políticas públicas.

Isso, pois a adoção de idosos parece uma proposta razoável a garantir a sua dignidade, pois considera que os envolvidos verdadeiramente querem o resultado, o que garante maior proteção do idoso mais vulnerável.

Como não há lei em vigor sobre o tema, cabe ao Poder Judiciário enfrentar o pedido. Ressalte-se que em precedente existente o Judiciário se mostrou contrário ao reconhecimento de vínculo socioafetivo de cuidadora com idosa, com justificativa na legislação existente (Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e Adolescente, Código Civil e Constituição Federal), como se verá adiante.

Ocorre que nos casos difíceis (ou *hard cases*) se valer de regras não garante aos cidadãos a melhor aplicação do direito em casos delas inexisterem. No caso, cabe ao magistrado valer-se de princípios.

Diante todo o exposto, então, é objetivo do presente ensaio explicitar a ineficiência das políticas públicas voltadas ao idoso, que leva à necessidade de se pensar em alternativas à sua vulnerabilidade, especialmente nos casos de abandono, como também discorrer sobre a adoção de idosos e o posicionamento do Judiciário diante de tal pleito.

Para isso, parte-se de uma metodologia com abordagem qualitativa, método dedutivo e técnica bibliográfica, pesquisando a doutrina nacional, bem como documental, ao observar as normas que tratam sobre o cuidado com o idoso.

1. A INEFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AOS IDOSOS

Como política pública, entende-se ser esta “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (Comparato, 1997, p. 44-45).

As políticas públicas, cujos elementos essenciais são a ação, coordenação, processo e programa¹ (Bucci, 2006), são importantes instrumentos para que haja a concretização de direitos fundamentais (Smanio, 2013, p. 12).

Nesse diapasão, pode-se notar que política pública é uma categoria jurídica² advinda da ideia de atividade, podendo ser um conjunto de normas, atos e decisões (Grinover, 2008), com um propósito que atinja a coletividade.

A coletividade, aqui, refere-se a todos, ou a todos que fazem parte de um determinado grupo ou setor vulnerável da sociedade e que careça de atendimento prioritário (Duarte, 2013, p. 20). Por seu turno, os idosos compõem um segmento social cuja vulnerabilidade deve ser observada.

Nesta premissa, os idosos devem ser alvo de políticas públicas voltadas às suas necessidades, pois o envelhecimento é um fenômeno complexo e não linear³ (Magalhães, 1989, p. 13), que provoca alterações físicas, emocionais, sociais e culturais na vida das pessoas.

Embora a Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso - EI) determine que o idoso é aquele com 60 anos ou mais (critério cronológico), há diferentes etapas no envelhecimento⁴, bem como fatores como classe social, cor, gênero e regionalidade que podem acentuar a sua vulnerabilidade.

¹ A ação corresponde à incitação do Estado em agir. A coordenação refere-se à articulação dos programas governamentais entre si, ou seja, à participação dos três Poderes, dos entes da União e demais órgãos que compõem o governo. No que se refere ao processo, este diz respeito ao processo de implementação de uma política pública, que é complexo, já que envolve todos os participantes que compõem o Estado Democrático. Quanto ao programa, por fim, relaciona-se com o conteúdo da ação governamental, ou seja, define-se o destinatário, os objetivos, os métodos de concretização, recursos orçamentários, entre outras questões.

² Dworkin (2007) inclui à Teoria Geral do Direito as políticas públicas, tendo sua importância ao lado dos princípios e normas, vez que colaboraria para a solução dos *hard cases*. Para este autor, o Estado deve agir de forma a diminuir as desigualdades por meio de políticas distributivas.

³ Para Dirceu Magalhães (1989, p. 13), a velhice e o processo de envelhecimento demonstraram que há diversificadas formas para se passar por este período da vida. Contudo, fica claro que o não há formas pré-definidas ou rígidas, mas situações que devem considerar a subjetividade daqueles que o vivem, como segmento social, gênero, etnia, cor, regionalidade, além das experiências particulares de cada um.

⁴ Há três classes de idosos: (i) idosos jovens, que compreendem aqueles com 65 a 74 anos; (ii) idosos velhos, que compreendem aqueles de 75 a 84 anos; e (iii) idosos mais velhos, que são aqueles com mais de 85 anos (SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, p. 586).

Ocorre que a partir da década de 1960 houve, com o advento da tecnologia médica, intensificação do processo de envelhecimento da população nacional (Ramos, 2014, p. 46). Contudo, ressalva-se que esse processo não se deu de forma natural, mas artificial, já que não decorreu de políticas sanitaristas (Kalache, 1996, p. 14).

Desde então, no decorrer temporal, quando se analisar as políticas públicas voltadas à população idosa no país, nota-se grande deficiência por parte dos atores políticos. Tal afirmação se torna palpável quando observado o fato de que até o ano de 1994 não existia uma política nacional para os idosos⁵. Ao contrário, o que se via eram medidas públicas fundidas em programas como o Saúde do Idoso e o Programa de Assistência ao Idoso⁶, cujo público-alvo era idosos carentes.

A Política Nacional do Idoso (PNI), então, dentro das premissas constitucionais, que determinou ao Estado, sociedade e família (art. 230 da CF/88 e art. 3, I da PNI) o dever de zelar pelo público idoso, foi um importante marco no que diz respeito à proteção de seus direitos sociais.

Na sequência, como destaques, cita-se a Política Nacional de Saúde do Idoso (1999), o próprio Estatuto do Idoso (2003), a Política Nacional de Assistência Social (2004), a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (2006), além dos direitos redigidos na Constituição cidadã em 1988.

Tais ações ratificaram a ideia de que o envelhecimento diz respeito a toda a sociedade e não apenas às pessoas já idosas, que o idoso deve ser o destinatário das transformações na estrutura social, bem como que as pessoas idosas têm direito ao desenvolvimento de ações em todas as políticas setoriais (Rauth; Py, 2016, p. 55).

Contudo, há um hiato entre uma concepção e um resultado. Não diferente, quando se adentra no ciclo das políticas públicas, nota-se o mesmo hiato entre a formulação e a execução dessas políticas, ou seja, dentro do ciclo das políticas públicas, não necessariamente haverá o resultado esperado.

Em referência a tal ciclo, conforme Dye (2008, p. 14 s.s *apud* Duarte, 2016, p. 25-26), pode-se destacar que há o envolvimento de atividades e etapas dis-

⁵ A lei que instituiu a Política Nacional do Idoso apenas vigorou a partir de janeiro de 1994 (Lei n. 8.842/94. Trouxe que o idoso era aquele maior de 60 anos.

⁶ Para Maria Alice Machado (s/a; s/p), “em 1976, aconteceram no Brasil 3 seminários regionais e um seminário nacional para estudar a situação dos idosos, promovidos pelo MPAS em conjunto com o SESC, resultando em um diagnóstico da situação da velhice no Brasil apresentado no documento, ‘Políticas para a terceira Idade – Diretrizes Básicas’. Esse documento relata a situação da população idosa no Brasil e aponta para a necessidade da criação por parte do Estado de políticas de assistência e promoção social do idoso. Algumas ações foram sendo desenvolvidas pelo governo com a implementação do programa PAI (Programa de Assistência ao Idoso) [...]”.

tintas, como: (i) identificação das demandas a serem atacadas para a definição das prioridades a serem decididas pelos formuladores de políticas públicas; (ii) formulação de propostas efetivas entre as opções de programas a serem adotados; (iii) implementação da política, com a criação da estrutura necessária e atenção à burocracia existente, orçamentos e aprovação de leis; (iv) avaliação dos resultados da política por meio da verificação dos resultados e impacto da política, a fim de aferir sua real efetividade; (v) fiscalização e controle da execução da política, envolvendo a sociedade civil, os Tribunais de Contas e o Ministério Público (MP).

Ocorre que as etapas podem desempenhar influências recíprocas entre si, interferindo nos direcionamentos da própria política, permitindo a possibilidade de “redefinir as prioridades e até mesmo redimensionar a escolha de determinados métodos para se atingir os objetivos originalmente estabelecidos” (Duarte, 2016, p. 26).

Também, na etapa de fiscalização e controle, pode haver omissão por parte da sociedade civil, Tribunais de Contas e MP, o que interfere na efetividade da política pública. Isso acontece por vários motivos, como o desinteresse ou despreparo da sociedade civil e a falta de orçamento ou redistribuição para outros projetos, por exemplo.

Por oportuno, ressalva-se que, embora seja característica da política pública a universalidade, não necessariamente ela conseguirá atingir seu objetivo. Pensar em uma política pública que seja capaz de oferecer e custear, para todos os indivíduos, prestações que atenuem as suas necessidades fere, por exemplo, a reserva do possível. Tanto é verdade, que se fosse ao contrário, não haveria a necessidade de se falar em “decisões judiciais sobre políticas públicas”⁷.

Com isso, nota-se que a eficiência das políticas públicas no sistema político e jurídico do país resta prejudicada, pois tratando-se de obrigações prestacionais, há dificuldades teóricas e práticas dos mais diversos anseios que impedem, muitas vezes, que uma política pública possa atingir suas finalidades, inclusive a universalidade.

Não diferente, ocorre com as políticas públicas que envolvem o público idoso. Sendo a velhice o resultado de um processo de envelhecimento⁸, ela não é linear e

⁷ Para Clarice Seixas Duarte (2016, p. 33), “o que muito se discute hoje em dia é se seria possível exercer um controle judicial da efetivação dos direitos sociais, eis que os mesmos têm por objeto as políticas públicas, que envolvem, fundamentalmente, a oferta, por parte do Poder Público, de prestações de natureza fática ou jurídica, ou ainda, obrigações de fazer. O fato é que, tratando-se de direitos prestacionais, as dificuldades teóricas e práticas relacionadas à sua exigibilidade em juízo são inúmeras. A polêmica entre os doutrinadores e aplicadores do Direito gira em torno, particularmente, de se definir se deve haver uma forma de tratamento jurídico diferenciado entre os direitos sociais e os direitos individuais (civis e políticos) em função de uma possível natureza ou estrutura distinta entre ambas as categorias”.

⁸ Para Argimon e Stein (2005, p. 71), o envelhecimento é “um processo em que, para cada pessoa, as mudanças físicas, comportamentais e sociais desenvolvem-se em ritmos diferentes, sendo a idade cronológica apenas um dos aspectos, entre outros, que podem ou não afetar o bem-estar do idoso”.

envolve fatores como classe social, regionalidade, etnia, cor e gênero, contribuindo para que o alcance de uma política pública possa não ser o esperado, prejudicando a sua efetivação.

Como presta a Constituição, todavia, cabe ao Estado, sociedade e família a atenção ao idoso e, não conseguindo o Estado formular políticas de proteção a esses indivíduos, resta à sociedade, mas especialmente à família, promover seu cuidado.

Portanto, havendo carência no país de políticas públicas eficientes voltadas a beneficiar toda a sua população, o fenômeno do envelhecimento, que traz consigo grandes problemas sociais que não foram resolvidos nas fases anteriores de sua existência, resta prejudicado, pois sua situação de vulnerabilidade agrava-se a cada dia, já que os recursos se mostram abalados para resolver problemas que se sobrepõe (Ramos, 2014, p. 46).

Sendo assim há a necessidade de se pensar em ações, no seio da família e da sociedade, que voltem atenção e zelo pelos sujeitos idosos. Esse público, sorrateira e indiretamente, na medida em que não lhes são oferecidos serviços mínimos para manutenção de sua dignidade, são marginalizados e excluídos da sociedade (Ramos, 2014, p. 28).

Contudo, a problemática torna-se ainda mais sensível quando a família, instituição, conforme estabelece o art. 3º do Estatuto do Idoso, cuja responsabilidade com o idoso é ainda mais eminente⁹, se esquivava de tal obrigação. Fala-se aqui em abandono ao idoso, portanto, o que será discutido no tópico adiante.

2. ABANDONO, COLOCAÇÃO EM FAMÍLIA SUBSTITUTA E ADOÇÃO DE IDOSOS

A partir da abstenção da família em relação ao cuidado¹⁰ com o idoso, sua condição de vulnerabilidade agrava-se. Fala-se aqui em abandono¹¹. No entanto,

⁹ Para Guilherme Calmon Gama (2012, p. 7), “o cuidado e a solidariedade viabilizam o ‘envelhecimento ativo’, o que significa dizer que todos, e especialmente os familiares, devem participar do processo de otimização das oportunidades e saúde, convívio social e comunitário e segurança do idoso, de modo a permitir o aperfeiçoamento de sua qualidade de vida na medida em que se chegue à velhice”.

¹⁰ Vale ressaltar que o cuidado e a proteção não se confundem. De acordo com Braga (2011, p. 15), “cuidado pressupõe elementos subjetivos como carinho e afeto e estes só podem ser oferecidos pela família, sendo a de sangue, a escolhida ou até os amigos. Proteção tem significância objetiva e diz respeito aos direitos fundamentais cuja garantia de manutenção é obrigação primária e exclusiva do Estado”.

¹¹ No caso de falta de cuidados advir dos filhos, tem-se o chamado “abandono afetivo inverso”, que é “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”.

é necessário entender o que é abandono do idoso *a priori*, conforme as premissas jurídicas, para se falar, então, nas opções dadas pela legislação pátria, como a colocação do idoso em família substituta (art. 36 do EI) ou, de forma subsidiária, a adoção de idosos.

O Estatuto do Idoso prevê o caso de abandono em seus arts. 37, §1º e 50, inciso XVI¹², determinando a sanção para o ato em seu art. 98¹³. Neste sentido, descreveu o que vem a ser o abandono, que é o ato de esquecer o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou não prover suas necessidades básicas (que são saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária). Em novas palavras, é a negligência a outrem, causando consequências jurídicas.

O abandono pode ser material, deixando o responsável de cumprir com a assistência relativa ao sustento da pessoa idosa, como não pagar alimentos devidos, ou imaterial (art. 229 da CF e 4º do EI), que é referente aos cuidados relativos à dignidade da pessoa idosa, como a rotina de alimentação, higiene e remédios, ou a inclusão desse idoso em convívio social.

Ou ainda, conforme trouxe a doutrina, pode ser um abandono afetivo, que inicialmente foi relacionado ao menor¹⁴, ou seja, quando há o abandono dos pais

¹² Art. 37. O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família

Art. 50. Constituem obrigações das entidades de atendimento:

XVI – comunicar ao Ministério Público, para as providências cabíveis, a situação de abandono moral ou material por parte dos familiares.

¹³ Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Ainda, o Código Penal, no art. 133, estipulou:

Art. 133. Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 2º Se resulta a morte: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Aumento de pena:

§ 3º As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: [...]

III – se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos” (Acrescentado pelo artigo 110 do Estatuto).

¹⁴ O primeiro autor a tratar sobre o tema dentro da seara do direito de família foi Rodrigo da Cunha Pereira. Referido autor questiona se “há alguma razão/justificativa para um pai deixar de dar assistência moral e afetiva a um filho? A ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível, se se tratasse de um pai totalmente desprovido de recursos. Mas deixar de dar amor e afeto a um filho... não há razão nenhuma capaz de explicar tal falta” (Pereira, 2008, s.p).

para com seus filhos. Mas com o desenvolvimento doutrinário devido aos anseios sociais, notou-se a necessidade de se pensar o bem-estar do idoso, passando a se falar em “abandono inverso”, que é a omissão imaterial dos descendentes para com o idoso.

Com o avançar da idade, o idoso passa a ter ânsias que nem sempre a família consegue suprir, seja porque têm suas próprias famílias e precisam lidar com trabalho e demais afazeres, seja porque não querem dedicar tempo ou paciência para cuidar de quem os cuidou durante toda a vida (Dias, 2016, p. 1.110). Ainda, Camarano e Barbosa (2016, p. 480) justificam a redução dos cuidados advindos da família devido as mudanças na própria família, com a redução do seu tamanho e a participação maior das mulheres no mercado de trabalho.

Essa omissão leva a terceirização da responsabilidade de cuidar, como com a contratação de cuidador/zelador ou a colocação do idoso em casa de repouso, ou ao abandono diretamente.

Flagrada tal realidade, há que se reconhecer a ocorrência de abandono afetivo inverso, que é “o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos” (Dias, 2016, p. 1.111). Neste caso, é preciso lembrar que o “cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família” (IBDFAM, 2013, s/p)

Para lidar com o abandono, o §1º do art. 37 do EI traz a hipótese de assistência integral de longa permanência para o idoso sem grupo familiar, em estado de abandono e carência de recursos financeiros. Em soma, na Política Nacional do Idoso há o chamado atendimento asilar.

Os asilos na sociedade brasileira são, todavia, associados comumente à “pobreza, negligência e abandono do idoso pelas famílias”, isso, pois embora eles

Também, o *linding case* do tema trouxe o seguinte julgado: “Entenda o caso: “Não cabe indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo. A conclusão, por quatro votos a um, é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que deu provimento a recurso especial de um pai de Belo Horizonte para modificar a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais que havia reconhecido a responsabilidade civil no caso e condenado o pai a ressarcir financeiramente o filho num valor de 200 salários mínimos. Consta do processo que o filho mantinha contato com o pai até os seis anos de maneira regular. Após o nascimento de sua irmã, fruto de novo relacionamento, teria havido um afastamento definitivo do pai. Na ação de indenização por abandono afetivo proposta contra o pai, o filho afirmou que, apesar de sempre receber pensão alimentícia (20% dos rendimentos líquidos do pai), tentou várias vezes uma aproximação com o pai, pretendendo apenas amor e reconhecimento como filho. Segundo a defesa, recebeu apenas ‘abandono, rejeição e frieza’, inclusive em datas importantes, como aniversários, formatura no ensino médio e por ocasião da aprovação no vestibular [...]” (STJ, 2006, p. 228).

façam parte da rede de assistência social, conectam-se às necessidades da comunidade e não da implementação de uma política de cuidados de longa duração, geralmente. Tal omissão do Estado “inibe a fiscalização e explica, em grande parte, os problemas na qualidade dos serviços oferecidos” (Camarano; Barbosa, 2016, p. 479-480).

Além disso, a Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) esclareceu que nos anos de 2009 e 2013, as instituições de acolhimento para idosos estava, presentes em apenas 20% dos municípios, ou seja, são insuficientes para ofertar serviços à demanda.

Na mesma esteira, viver com os filhos não é garantia de respeito e prestígio ou ausência de maus-tratos. A violência física contra idosos torna-se mais frequente quando diferentes gerações convivem na mesma residência. Assim, o fato de o idoso morar no seio da família não quer dizer que ele terá uma convivência amistosa ou uma velhice bem-sucedida (Debert, 1999, p. 83).

Neste caso, há a opção de colocação do idoso em família substituta¹⁵, conforme preceitua o art. 37, caput, da Lei n. 10.741/03¹⁶, como nova via para garantir a dignidade do mais velho. A convivência familiar e comunitária é direito estabelecido no art. 3º da mesma lei.

Não encontrando seu conceito legal, é o Estatuto da Criança e do Adolescente que trata de expor o que vem a ser a família substituta (art. 28). Ressalva-se, porém, o cuidado com esse empréstimo conceitual para que não haja a infantilização do idoso (Calmon, 2020, p. 76). Em se tratando desse público, a tutela do menor deve dar lugar à curatela do mais velho e a adoção ocorre mediante o reconhecimento de vínculos socioafetivos.

Lembrando que ambos os institutos não se comunicam, sendo a curatela para fins patrimoniais, enquanto a adoção preza pela inserção do idoso em ambiente familiar, proporcionando-lhe o sentimento de pertencimento. Neste sentido, antes da colocação do idoso em família substituta, a situação em concreto deve ser sensivelmente analisada.

¹⁵ Embora a lei não tenha descrito o que vem a ser família substituta, no direito brasileiro há a descrição conceitual dos seguintes tipos de família: i) família natural (art. 25 do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA); ii) família extensa (art. 25, parágrafo único); iii) família substituta (art. 25 do ECA). Para interesse do presente trabalho, a família natural é aquele formada pelos pais (ou apenas um deles) e seus descendentes, já a substituta é a formada mediante guarda, tutela ou adoção (Calmon, 2020, p. 70).

¹⁶ Art. 37. O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

Em se tratando do instituto da adoção, intenção do presente trabalho, não há previsão legislativa em vigor que a respalde quando relacionada ao idoso especificamente. Contudo, há ao menos quatro projetos de leis em votação no Congresso Nacional referentes ao tema, merecendo destaque três: o PL n. 956/19, o PL n. 5.532/19 e o PL n. 5.475/19.

O primeiro projeto legislativo, de autoria do deputado Vinícius Farah (MDB-RJ), visa alterar o art. 119 do EI, para que haja a estimulação, pelo poder público, da adoção de idosos, esclarecendo por meio de campanhas públicas, sobre a importância da convivência familiar para o bem-estar do idoso. Além do mais, alude que a adoção de idosos obedecerá às regras referentes à adoção de maiores de 18 anos (art. 1.619 do Código Civil), aplicando o ECA de forma subsidiária.

O segundo projeto de lei é o de n. 5.532/2019, cujo autor é o deputado Ossesio Silva (Republicanos – PE), que aspira a alteração o art. 45 da Lei n. 10.741/03, prevendo regulamentar a colocação do idoso em família substituta. Bem como o primeiro projeto de lei exposto, dá ao ECA a subsidiariedade do assunto.

Por seu turno, o terceiro PL é o de n. 5.475/2019, do deputado Pedro Augusto Bezerra (PTB-CE). Nele, prevê-se a alteração do EI (capítulo XI – do direito à convivência familiar) e do ECA (art. 42, propondo a flexibilização da diferença de idade entre adotando e adotado a critério do magistrado) para regulamentar estágios da adoção, como o período de convivência e o prazo para conclusão da ação, além de conceituar “família substituta”.

Em se tratando dos projetos alhures citados, algumas indagações pairam sobre a adoção de idoso, como a flexibilidade ou não da diferença de idade mínima de 16 anos (art. 42 do ECA), as questões sucessórias e o título que o idoso ingresaria na família adotante.

Nessa esteira, criou-se o projeto de lei 105/20, de autoria do deputado Pedro Lucas Fernandes (PTB-MA), iniciando um novo instituto jurídico, qual seja, a senexão – que nada mais é que a colocação do idoso em família substituta. Tal PL visa alterar o art. 45 do EI, acrescentando também o “capítulo VII – da senexão” ao referido código.

É redação da norma em votação o caráter irrevogável da senexão (art. 55-B) e a não criação de vínculos de filiação entre senector e senectado, bem como não afeta direitos sucessórios, mas estabelece vínculos de parentesco socioafetivos – que implicam a obrigação de sustentar e amparar o idoso de forma afetiva e material (art. 55-C).

De se consignar que não há a certeza de que tais projetos de leis serão convertidos em lei, nem mesmo se a adoção de idosos será prática corriqueira na socie-

dade ao longo dos anos, embora já haja casos pontuais na atualidade. Todavia, é preciso repensar sobre as alternativas que proporcionem ao mais velho afeto, saúde, autonomia e convívio familiar e social, além de habitação, alimentação e lazer.

A depender do caso, a adoção de idosos parece uma proposta razoável a garantir a sua dignidade, pois considera que os envolvidos verdadeiramente que-rem o resultado, possivelmente por já terem laços afetivos estabelecidos, o que garante maior proteção do idoso mais vulnerável.

Por não haver respaldo legal objetivo, por hora, cabe ao Judiciário enfrentar o pedido. Em julgado histórico, contudo, se mostrou contrário ao reconhecimento de vínculo socioafetivo de cuidadora com idosa, cujo convívio já ocorria há tempos, com base na legislação existente (Código Civil, ECA e Constituição Federal). Tal caso será visto detalhadamente adiante.

Sobre isso, indaga-se se caberia ao Judiciário resolver o caso identificando a sobreposição de princípios em detrimento da norma, conforme preceitua Dworkin. Ou seja, se poderia o magistrado buscar a concretização da dignidade humana e igualdade, p.e., no lugar da fria aplicação normativa.

Tal premissa acentua-se ao notar que a adoção de idosos existe ao passo que o Estado não conseguiu protegê-los, cabendo à família e à sociedade, por ineficiência ou omissão nas ações do Estado, a função de cuidar - exemplo disso são as políticas públicas ineficientes ao grupo composto por tais idosos, que acentua a sua condição de vulnerabilidade.

3. O PAPEL DO JUDICIÁRIO: A NECESSIDADE DE SE PENSAR EM PRINCÍPIOS ANTES DAS NORMAS

Como alternativa ao abandono e a vulnerabilidade, então, como exposto, fala-se em colocação do idoso em família substituta e adoção de idosos. Contudo, o Poder Judiciário no país se mostrou resistente em proceder com o pedido feito ação cível n. 1007258-69.2019.8.26.0037, de relatoria de Francisco Loureiro, no ano de 2020.

Antes de se discutir o posicionamento do STJ, é válido expor a realidade que levou ao pleito. Neste caso, trata-se de pedido de reconhecimento vínculo de filiação socioafetiva de idosa que vive durante 50 anos em hospital na cidade de Araraquara após ser abandonada pela família ainda criança.

A idosa em tela cresceu nas dependências do hospital sendo assistida pelos funcionários do local. Nunca conheceu a família natural, mas após fechamento do

lugar em 2016, uma das funcionárias se sensibilizou pela situação de abandono em que a idosa se encontrava.

Ocorre que após fechamento do hospital a idosa foi para casa de repouso, mas expunha sua insatisfação em estar ali. Com isso, uma das funcionárias que trabalhou no hospital e teve contato com a senhora se sensibilizou para tirá-la daquele lugar, cuidando da idosa em sua casa.

Estabeleceu-se, conseqüentemente, laços de afeto e cuidado. Notória se tornou a relação de maternidade e filiação entre ambas. A idosa, portadora de deficiência mental, pela primeira vez em décadas teve um lar e uma figura que se assemelhou a de mãe, provendo sustento às suas necessidades (habitação, saúde, lazer, convívio social e familiar, entre outras) e afeto.

A fim de legalizar a relação existente para se ter o mínimo de segurança jurídica e garantir que a idosa não fosse lesada, a cuidadora, então mãe, requereu a adoção socioafetiva, que fora negada pelo Judiciário sob o argumento de que era impossível reconhecer a socio afetividade, uma fonte autônoma de parentesco, pois não se comprovava a posse do estado de filha da idosa, bem como que não obedecia ao quesito da idade, ou seja, deveria haver ao menos uma diferença de 16 anos entre adotante e adotanda (STJ, 2020, p. 3).

No mais, argumentou que o pedido não trazia reais benefícios à adotanda, havendo instrumentos jurídicos exercidos pela autora em favor da ré, como a curatela, garantindo a sua dignidade. Por fim, reconheceu que há afeto e confiança entre as partes, mas que não autorizavam o reconhecimento de relação materno-filial (STJ, 2020, p. 10-11).

Sobre a referida decisão, nota-se certa incongruência da Corte Cidadã entre a relação dos direitos positivados que tutelam os idosos com a interpretação dos princípios presentes no ordenamento jurídico nacional, em seara constitucional ou infraconstitucional.

Como justificativa à sua decisão, o STJ elencou interpretações da lei positivada, casos em que ocorriam ou deixavam de ocorrer a aplicação da regra, como é o caso da adoção de maiores de idade e a diferença de ao menos 16 anos entre adotante e adotanda, bem como a aplicação da curatela.

Não obstante, negou o reconhecimento do vínculo socioafetivo, contrariando e afastando o princípio baluarte do direito de família (princípio da afetividade), e demais princípios intrínsecos que compõem a proteção do idoso, que em vários casos garantem aos envolvidos a dignidade, como o melhor interesse ao idoso, solidariedade, igualdade, equidade, cidadania e até mesmo o princípio norteador da dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, faz-se louvável elencar que para Dworkin (1978, p. 24) as regras são normas jurídicas escritas, ou seja, positivadas, cujo objetivo é impor direitos e obrigações (proíbem, permitem ou facultam algo). A aplicação das regras é “tudo ou nada”, ou seja, ou ela é válida ou não é, não havendo meio termo ou espaço para subjetivismo político¹⁷. Nota-se tal posicionamento na decisão do STJ, em que não houve entendimento flexível quanto ao critério da diferença de idade entre adotante e idosa, por exemplo.

Um princípio¹⁸, por seu turno, é um padrão moral e político que deve ser observado, não porque ele promoverá ou assegurará uma situação social julgada desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da imparcialidade ou de alguma outra dimensão da moralidade (Dworkin, 1978, p. 22). Em novas palavras, são todos os padrões normativos que estão além das regras positivadas, podendo prevalecer ou não (Guest, 2010, p. 65), como é o princípio da afetividade, igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nos casos difíceis (ou *hard cases*¹⁹), como foi com o julgamento da ação civil exposto acima, que não havia precedentes por se tratar de adoção que envolvesse indivíduo na velhice, uma prática nova na sociedade, mas que merece atenção, as práticas jurídicas existentes não forneceram uma resposta definitiva. Entende-se, acordando com a teoria de Dworkin, que se valer de regras não garante aos cidadãos a melhor aplicação do direito, pois nesse caso não há regras.

Ao invés disso, caberia ao magistrado se valer de padrões de argumentos jurídicos, ou princípios. Os princípios, ao contrário das regras, não se aplicam de maneira “tudo ou nada”, mas exigem argumentação e justificação de um tipo mais extenso e controvertido (Guest, 2020, p. 18).

No caso trazido *a lume*, como elencado outrora, pode-se expor princípios, p.e., como a dignidade da pessoa humana, norteador do ordenamento jurídico vigente, especialmente de toda legislação que trate sobre idoso; do melhor interesse ao

¹⁷ Em relação ao subjetivismo político aceito pelos princípios, é preciso elencar a diferença entre convicções individuais e políticas, pois há um hiato entre a moralidade pessoal e a política. O que individualmente consideramos correto não necessariamente será o que a sociedade considerará também. Em relação aos princípios, então, reafirma-se que a moralidade é objetiva (Dworkin, 2000, p. 173).

¹⁸ Para Dworkin (1978, p. 79), é importante ressaltar que os princípios são os padrões de moralidade política da comunidade que justificam suas práticas. Para a sua identificação, deve-se observar o critério da argumentação. Não é uma questão de relatório ou de textos legais, muito menos uma questão metodológica de teste de *pedigree* de princípios (1978, p. 347). Os princípios são justificações, servindo como base para as instituições e leis da comunidade, caminhando além das normas no sentido positivista de regras que ordenam, proíbem ou facultam algo.

¹⁹ Os *hard cases* são aqueles que não encontram respostas claras na lei, sendo passíveis de duas ou mais interpretações igualmente justificadas no texto positivado (Dworkin, 1978, p. 81).

idoso, presente no EI; da igualdade, que garante à idosa em questão o tratamento de como filha fosse, vez que não deve haver discriminação entre filhos naturais, legais ou afetivos; da solidariedade, que está presente na relação afetiva ente perfilhante e perfilhada; e da equidade, ao fomentar que qualquer idoso possa ter condições de vida dignas observando suas necessidades.

Oportuno esclarecer que os princípios não se sobressaem às regras, nem se colocam em patamar inferior ao direito positivo, servindo como complementos argumentativos para decisões de casos que não possuem solução fácil. Ao contrário do que parece, não há hierarquia entre regras e princípios.

Os princípios estão na dimensão hermenêutica, ou seja, a dimensão da prática da interpretação, ou ainda “os princípios estão nas convicções que guiam a interpretação das regras na direção do melhor direito possível para o caso” (Simioni, 2011, p. 213).

Assim, tais princípios são fundamentos que justificam, de forma adequada, qualquer decisão jurídica. Pode o juiz decidir em um *hard case*, cujas interpretações do caso são variadas, observando as regras, como foi com a decisão em tela. Contudo, o faria de forma discricionária, iniciando uma nova problemática ao direito.

Neste caso, trata-se de o julgador criar o direito, aplicando-o retroativamente, já que a decisão jurídica reconheceria o direito de uma das partes como um direito pré-existente nos textos legais, mas justificaria esse reconhecimento na forma de um ato discricionário.

Ocorre que ao prolatar sua decisão, o Tribunal em discussão criou novo direito no sentido de não permitir a adoção de idosos na realidade brasileira. No entanto, o caso a caso deve ser observado, considerando o reconhecimento de princípios que ensejam a aplicação de direitos. Caso sejam cumpridas as finalidades principiológicas, não parece razoável o não reconhecimento do pleito, ainda mais se houver, na realidade prática nos envolvidos na lide, o cumprimento de direitos e garantias fundamentais.

A ação cível demonstrou, mesmo que brevemente, que a ré, ao ser colocada em família substituta, passou a gozar de convívio familiar, que antes não tivera, cuidados e zelos advindos da relação de afeto estabelecida. Assim, saúde, lazer, convívio social, habitação, alimentação, p.e., são garantidos ao seu cotidiano.

No mais, houve a possibilidade de refletir que a relação estabelecida entre ré e autora é muito mais profunda que aquela advinda da curatela. O instrumento da curatela, antes de tudo, tem característica de proteção patrimonial, além de

auxiliar o cumprimento ou não dos interesses daqueles que são incapazes de realizá-los²⁰.

O que ocorre entre ambas é uma relação estreitada pelo vínculo afetivo, ensejando o reconhecimento da socio afetividade, pois há caracterizada a posse do estado de mãe e ações no cotidiano da família que demonstram a posse do estado de filha.

Sequencialmente, observando todo o exposto, salienta-se que para o positivismo jurídico o direito é uma matéria semântica, “que pergunta se um caso concreto se encaixa ou não se encaixa na descrição contida nos textos jurídicos” (Simioni, 2011, p. 213).

Logo, para essa corrente nos casos que exijam melhor interpretação construtiva, haverá uma imprecisão linguística, autorizando demasiadas respostas corretas sob seu ponto de vista, gerando decisões discricionárias (Kelsen, 2003, p. 393). Caso contrário, para além do positivismo, em uma prática de interpretação construtiva, será possível obter a resposta verdadeiramente correta do direito, pois espera-se que uma decisão judicial seja baseada em princípios (Dworkin, 2000, p. 131)²¹.

Nesta ótica, indubitável que para ir além do positivismo, é preciso colocar os princípios como direito, pois “em nome da segurança linguística, o positivismo exclui os princípios translegais de seu âmbito de interpretação ou os inclui apenas na forma da discricionariedade da decisão jurídica” (Simioni, 2001, p. 210).

O direito deve ser tido como espaço de interpretação. Embora traga convicções de moral pessoal do julgador, deve haver embate entre princípios individuais e princípios da moralidade política da comunidade. Com isso, a característica positivista das análises linguísticas do direito dará espaço a uma concepção hermenêutica (que nada mais é que uma questão de argumentação) (Dworkin, 1978, p. 79).

Há essa necessidade de uma interpretação argumentativa, pois acredita-se que assim o Judiciário, munido de valores ideológicos morais políticos da comunidade, pudesse decidir no sentido de suprir a omissão legislativa e executiva,

²⁰ Em explicação, Nelson Rosenvald (s/a, s/d) alude que a curatela é instituição protetiva da pessoa e dos bens dos que detêm limitada capacidade de agir, evitando os riscos que essa carência possa impor aos exercícios das situações jurídicas por parte de indivíduos juridicamente vulneráveis. Contudo, por mais que o legislador paulatinamente procure reformar esses tradicionais mecanismos de substituição – de forma a adequá-los ao modelo personalista do direito civil constitucional –, pela própria estrutura a curatela é medida prioritariamente funcionalizada ao campo estritamente patrimonial.

²¹ Para esse autor, a decisão judicial é uma questão de princípio (Dworkin, 1978, p. 338).

intervindo a fim de controlar a ineficiência de prestações dos serviços básicos que faltaram a idosa.

Não cabe ao Poder Judiciário, ressalva-se, criar políticas públicas a fim de garantir assistência e proteção, mas tem a responsabilidade de garantir que tais direitos sejam cumpridos, independentemente se o alcance for coletivo ou individual, afinal, vida, saúde, habitação, convívio social e familiar, p.e., são garantidos a todos indiscriminadamente.

Acredita-se que assim, ao ter a primeira decisão sobre adoção de idosos baseada em uma argumentação jurídica mais completa, interpretando melhor princípios e não se pautando basicamente no cumprimento do texto legal, o Judiciário pudesse criar precedente que garantisse a melhor aplicação do direito.

Por fim, busca-se explicitar a melhor forma de interpretar o direito a fim de alcançar a integralidade do sistema, com a coesão entre as regras e os princípios de direito para que a justiça substancial se realize, com a observância dos direitos fundamentais e demais princípios que estruturam o ordenamento jurídico pátrio. Essa integralidade é a garantia de um sistema coeso e que alcançará também a realização da dignidade e igualdade perante a lei.

CONCLUSÃO

Foi proposta do corrente artigo expor a ineficiência das políticas públicas voltadas ao idoso, gerando vulnerabilidade a esse público, especialmente naqueles casos que envolve abandono do mais velho, acentuando sua condição vulnerável.

Com isso, expôs-se a colocação do idoso em família substituta, mais especificamente adentrando na adoção de idosos, como alternativa possível a colaborar para sanar esse espaço. O Judiciário, contudo, mostrou-se contrário a essa possibilidade em julgado que fora contra-argumentado aqui com base na teoria pós-positivista de Dworkin.

Restou claro que as políticas públicas são elementos essenciais para concretizar direitos fundamentais a todos. Dentre seu público-alvo estão os idosos. Esta categoria merece especial atenção, pois o processo de envelhecimento provoca alterações de ordem emocional, física, cultural e social que acentuam a vulnerabilidade do sujeito idoso.

Em contraposição ao esperado, as políticas públicas voltadas ao idosos são deficientes. Inicialmente tais políticas eram voltadas àqueles mais carentes, somente com o avançar político e legislativo que a velhice e o processo de envelhecimento dizem respeito a todos e não apenas às pessoas idosas. Assim, as pessoas

idosas, em teoria, têm direito ao desenvolvimento de ações em todas as políticas setoriais.

Mas a prática age distante do esperado, pois essas políticas públicas, de um modo geral, não alcançam o resultado esperado devido a fatores como: (i) a redefinição das prioridades e redimensionamento de métodos para atingir os objetivos iniciais de tais políticas; (ii) o processo de fiscalização e controle é omissos pelos agentes responsáveis; (iii) não atinge a universalidade dos seus destinatários, inferindo em situações complexas, como a reserva do possível.

Como resultado, então, tem-se a ineficiência dessas políticas, inclusive no que diz respeito aos idosos. Nada obstante, não conseguindo o Estado cumprir com suas obrigações, resta à sociedade e à família cuidar desses idosos.

Ressalte-se que, quando há esquivas da família em seus deveres com os idosos, inicia-se o abandono (material ou inverso), ou seja, a negligência da família com o idoso, acarretando consequências jurídicas, situação que contribui para o agravamento da condição de vulnerabilidade. Contra o abandono, a legislação pátria traz opções como o atendimento asilar e a colocação do idoso em família substitua.

No que diz respeito a essa última alternativa, o Estatuto do Idoso não descreve o que vem a ser família substitua, cabendo ao ECA defini-la. Por seu turno, família substitua fica sendo aquela formada mediante guarda, tutela ou adoção.

Para que não haja infantilização do mais velho, tais institutos devem caber à realidade do idoso. Assim, a tutela dá lugar à curatela, mas a adoção de idosos ainda não é regulamentada pelo direito brasileiro. Mas independentemente, ambos os institutos não se confundem, pois a curatela tem finalidade patrimonial e a adoção é resultado do vínculo de afeto estabelecido em uma relação de cuidado, proporcionando ao sujeito o sentimento de pertencimento.

Por não haver lei que crie o instrumento da adoção para idosos, dúvidas permanecem sem respostas quanto ao assunto, como aquelas que envolvem as questões patrimoniais (herança, p.e.), prestacionais, como o dever de alimentos, bem como critérios que possibilitam a adoção, como as características e deveres do adotante e do adotando.

Com isso, para lidar com o caso em concreto, cabe ao Judiciário resolver o tema. De qualquer forma, no entanto, a adoção de idosos apresenta-se como uma alternativa razoável para garantir a dignidade do idoso, pois garante maior proteção, já que os envolvidos realmente querem esse resultado.

Em oportunidade, ao julgar o pedido no processo n. 1007258-69.2019.8.26.0037, negou-se o pleito em interpretação positivista das normas vigentes. Contudo, como exposto, em um caso difícil (*hard case*), cabe ao magis-

trado interpretá-lo de acordo com os princípios do direito, pois além de ser uma exigência da justiça, demonstra a imparcialidade e aplicação da moralidade.

Como não havia precedentes, se valer de regras para lidar com um *hard case* não garante a melhor aplicação do direito, por inexistir regras neste caso. Ao contrário, a aplicação dos princípios garantiria sua argumentação e melhor justificção. Quando se aplica somente regras a uma decisão, o magistrado age de forma discricionária, criando um novo direito, que no caso da adoção foi a negativa ao instituto, ou seja, o Judiciário decidiu que não é permitido sua aplicação, embora não exista lei que trate sobre isso.

No caso da ação civil em tela, notou-se pouco espaço para argumentação, embora o direito seja uma questão de argumentação (Dworkin, 1978), o que prejudicou as partes envolvidas, pois a relação de afeto existente entre autora e ré é visível, indo além da curatela, acarretando na prática o cumprimento do princípio da dignidade e igualdade da idosa, o que permite que direitos e garantias fundamentais também lhes sejam assegurados, contribuindo para que sua condição de vulnerabilidade, suplementada pelo abandono, fosse azequenada.

De um modo geral, a interpretação de princípios ao se tratar da adoção de idosos asseguraria maior segurança jurídica, pois, embora não caiba ao Judiciário criar políticas públicas a fim de garantir assistência e proteção, esse poder tem a responsabilidade de garantir que tais direitos sejam cumpridos, independentemente se o alcance for coletivo ou individual.

Ao ter a primeira decisão sobre adoção de idosos baseada em uma argumentação jurídica mais completa, interpretando melhor princípios e não se pautando basicamente no cumprimento do texto legal que serviu para analogia, o Judiciário poderia criar precedente que garantisse a melhor aplicação do direito.

Ressalta-se que não se sabe se a adoção de idosos, com o passar dos anos, será vista como uma prática corriqueira na sociedade, mas a problemática da vulnerabilidade e abandono de idosos é latente, cabendo primeiramente ao Estado enfrentar o assunto com políticas sociais adequadas, mas sendo estas ineficientes - como são, as demais alternativas existentes precisam suprir tal ineficácia.

A colocação de idoso em família substituta enseja alternativa que permitirá ao idoso gozar de direitos estabelecidos pela Constituição Federal, Estatuto do Idoso e demais leis que protegem esse público. Contudo, o estreitamento de laços afetivos pode ser uma consequência desse convívio.

É discricionário o não reconhecimento dessa nova relação por interpretá-la de acordo com normas já estabelecidas por meio de analogia, já que o caso con-

creto, com suas peculiaridades, é merecedor de uma atitude mais sensível daquele que pode resolver o caso usando de argumentação.

Com isso, acredita-se que se dará ao idoso, portanto, oportunidade de proteção e cuidado, o que lhe fora negado anteriormente levando-o ao abandono, pois ao ter omissão dos outros poderes, cabe ao Judiciário o cumprimento de normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARGIMON, Irani de Lima; STEIN, Lilian Milnitsky. Habilidades cognitivas em indivíduos muito idosos: um estudo longitudinal. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 21, n. 1, p. 64-72. 2005, p. 71. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n1/08.pdf>. Acesso em: 27.jan.2022.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Curso de Direito do Idoso*. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº. 10.741 de 01 de outubro de 2003*. Estatuto do Idoso. Brasília, DF, 1 out. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº. 8.842 de 04 de janeiro de 1994*. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº. 105, de 2020*. Estabelece a senexão como o ato de colocar pessoa idosa em família substituta. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q2j57liwumhi2r4yep8i-6tl5441790.node0?codteor=1854691&filename=PL+105/2020. Acesso em: 28 jan. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei nº. 5.475 de 2019*. Altera a Lei nº 10.741, de 1º outubro de 2003 (Estatuto do idoso), e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e adolescente), para prever a possibilidade de adoção de idosos, e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2224737>. Acesso em: 05 fev. 2022.

BRASIL. *Projeto de Lei nº. 5.532 de 2019*. Altera a Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que “dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências”, para inserir no ordenamento jurídico brasileiro a adoção de idosos. (Lei Dona Cotinha). Brasília, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1827181&filename=PL+5532/2019. Acesso em: 29 jan. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALMON, Patrícia Novais. A Colocação de Idosos em Família Substituta por Meio da Adoção: uma possibilidade? *Revista IBDFAM: famílias e sucessões*, Belo Horizonte, v. 37, jan./fev. 2020.

CAMARANO, Ana Amélia; BARBOSA, Pamela. Instituições de Longa Permanência para Idosos no Brasil: do que se está falando? In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina. *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DEBERT, Guita Grin. *A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento*. São Paulo: Edusp; Fapesp, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). *Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1978.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Pessoa idosa no direito de família. *Civilistica.com*, v. 2, n. 1, p. 1-14, 31 jul. 2012. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/63/47>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 164, out. 2008.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. São Paulo: Elsevier, 2010.

IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito das Famílias. *Abandono afetivo inverso pode gerar indenização*. 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 28 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Perfil dos Municípios Brasileiros 2014*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2014/default.shtm>. Acesso em: 29 jan. 2022.

KALACHE, Alexandre. Envelhecimento no contexto internacional: a perspectiva da Organização Mundial de Saúde. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL ENVELHECIMENTO POPULACIONAL: uma agenda para o final do século, 1., 1996. *Anais [...]*. Brasília: MPAS/SAS, 1996. p. 13-15.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Maria Alice Nelli. A história da luta pelos direitos sociais dos idosos. *Gerações, pesquisas e ações em gerontologia, s.a.* Disponível em: <https://www.geracoes.org.br/historia-da-luta-pelos-direitos-sociais-dos-idosos#:~:text=Nessa%20perspectiva%2C%20em%201976%20aconteceram,terceira%20Idade%20%E2%80%93%20Diretrizes%20B%C3%A1sicas%E2%80%93>. Acesso em: 28 jan. 2022.

MAGALHÃES, Dirceu Nogueira. *A invenção social da velhice*. Rio de Janeiro: Papagaio, 1989.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; ALMEIDA, Luiz Claudio Carvalho de. A importância da política nacional do idoso e enfrentamento da violência. In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina. *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de Pão Vive o Homem*: Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=392>. Acesso em: 05 fev. 2022.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAYTH, Jussara; PY, Ligia. A história por trás da lei: a histórica, as articulações de movimentos sociais e científicos, e as lideranças políticas envolvidas no processo de constituição da política nacional do idoso. In: ALCÂNTARA, Alexandre de Oliveira; CAMARANO, Ana Amélia; GIACOMIN, Karla Cristina. *Política nacional do idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada – primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 10, p. 11-19, jul./ago. 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. *O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais*. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Instituto de Geriatria e Gerontologia. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2008000400013>. Acesso em: 26 jan. 2021.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça. RESP 757411 MG 2005/0085464-3, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Data de julgamento: 29/11/2005, 4ª Turma. Data de publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB, vol. 510 p. 20REVJMG, vol. 175 p. 438RT, vol. 849 p. 228. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7169991/recurso-especial-resp-757411-mg-2005-0085464-3-stj/relatorio-e-voto-12899600>. Acesso em: 05 fev. 2022.

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo – AC: 10072586920198260037 SP 1007258-69.2019.8.26.0037, Rel. Francisco Loureiro, data de julgamento: 20/10/2020, 1ª Câmara de Direito Privado, data de publicação: 21/10/2020.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; BARROS, Marília Ferreira de. Abandono afetivo inverso: o abandono do idoso e a violação do dever de cuidar por parte da prole. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação*, v. 11, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/66610/40474>. Acesso em: 28 jan. 2022.