

FACULDADES INTEGRADAS DE ARACRUZ - FAACZ

LUANA SANTOS PEREIRA

**A ANTINOMIA APARENTE ENTRE O ESTATUTO DO IDOSO E A
LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)**

**ARACRUZ
2017**

LUANA SANTOS PEREIRA

**A ANTINOMIA APARENTE ENTRE O ESTATUTO DO IDOSO E A
LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)**

Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia
apresentada ao Curso de Graduação em Direito
das Faculdades Integradas de Aracruz - FAACZ
como requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Wellington Borghi.

ARACRUZ
2017

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para todos os fins de direito que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Faculdades Integradas de Aracruz, a coordenação do curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Aracruz _____ de dezembro de 2017.

Luana Santos Pereira
Graduanda

LUANA SANTOS PEREIRA

**A ANTINOMIA APARENTE ENTRE O ESTATUTO DO IDOSO E A LEI
ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL (LOAS)**

Trabalho de Conclusão de Curso -
Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito das Faculdades
Integradas de Aracruz, como requisito
parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em ___ de _____ de
2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador

Prof.

Prof.

RESUMO

O trabalho em questão demonstra a omissão apresentada na legislação brasileira em relação à responsabilidade pelo cuidado da pessoa humana mais frágil inserida no contexto etário de 60 a 64 anos, bem como as implicações jurídicas decorrentes desse desamparo assistencial. Ressalta-se que a Constituição Federal, o Código Civil de 2002 e o Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de 1º de outubro 2003 tutelam acerca do amparo aos idosos, onde inicialmente é responsabilidade da família amparar seus ascendentes e na falta destes, a obrigação será assumida pelo Estado.

Observou-se ainda, a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993, que tem por objetivo assegurar e proteger de maneira mais enfática os direitos dos idosos. Concluiu-se que, partindo da análise dos referidos diplomas legais, percebeu-se que, inexistindo familiares com condições de amparar seus entes na velhice e recaindo sobre o Estado tal obrigação, há uma antinomia na legislação, vez que o Estatuto do Idoso considera a pessoa humana como idosa aos 60 anos de idade, entretanto só assegura o benefício prestacional de assistência social para os que não possuam meios de prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, a partir do 65 anos. Sendo assim, os cidadãos que se encontram entre 60 e 64 anos enfrentam uma situação de prejudicialidade, em face da ausência de previsão legal para ampará-los.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil, Direito de Família, Assistência aos idosos, Desamparo material e afetivo, Estatuto do Idoso, Lei Orgânica de Assistência Social.

ABSTRACT

The presents work intends to demonstrate the omission present in Brazilian law regarding the responsibility for the care of the most fragile human being inserted in the age context from 60 to 64 years, and the legal implications of this lack of assistance. It is worth to note that the Federal Constitution, the 2002 Civil Code and the Elderly Statute (Law 10.741 - October 1, 2003) oversee about support for the elderly, which is initially family responsibility to care for their ancestors and in their absence, the obligation will be assumed by the State.

It should also be noted the Organic Law of Social Assistance (Law 8.742 - December 7, 1993), that aims to ensure and protect the rights of the elderly in the most emphatic way. It can be concluded, based on the analysis of such legislation, that there is a gap. In the absence of the family with conditions to support their loved in old age it falls upon the State this obligation. But at the same time the Elderly Statute considers a person being elderly from 60 years old on, it only ensures the benefits of Social Assistance for those who do not have means to provide their subsistence neither have it provided by their family from 65 on. Thus, people who are between 60 and 64 face a prejudicial situation, given the absence of legal provisions to support them.

KEYWORDS: Liability, Family Law, Elderly Care, Material and Affective Abandonment, Elderly Statute, Organic Law of Social Assistance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. PROTEÇÃO SOCIAL	11
1.1 A Assistência Social na Constituição Federal	11
1.2 O Idoso dentro da Ordem Constitucional Brasileira	13
2. A ASSISTÊNCIA FAMILIAR	14
2.1 Princípio da Solidariedade Familiar.....	15
2.2 Análise do parentesco na aplicabilidade do Princípio da Solidariedade Familiar	17
2.3 Do Parentesco	19
3. PROTEÇÃO AO IDOSO VULNERÁVEL	22
3.1 Direitos e obrigações decorrentes da relação familiar	23
3.1.1 Do Direito a Herança	25
3.1.2 Do Dever de Alimentar.....	26
3.1.3. Do caráter solidário do dever de alimentar	32
4. OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO AO IDOSO	34
4.1 Lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso).....	34
4.2 Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)	35
4.3 Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social)	36
5. O CONFLITO DE NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	39
5.1 Da antinomia normativa:	42
5.2 A Vulnerabilidade e a Solução:	43
CONCLUSÃO	48
ANEXOS	53

INTRODUÇÃO

O cenário socioeconômico brasileiro vem passando por constantes mudanças, e de acordo com estatísticas do IBGE essas transformações serão intensificadas nas próximas décadas em razão da nova estrutura etária do país. É de verificar-se que a expectativa de vida dos brasileiros terá um aumento acelerado nos próximos anos, vez que segundo o órgão, a população idosa acima de 60 anos, deve passar de 14,9 milhões (7,4% do total), em 2013, para 58,4 milhões (26,7% do total), em 2060, ou seja, o número de Brasileiros considerados Idosos irá praticamente quadruplicar.¹ Estes dados são de extrema relevância para o Direito, visto que tais mudanças devem ser observadas de maneira mais cautelosa no âmbito jurídico, haja vista que o abandono material e afetivo poderá se tornar ainda mais evidente, e o direito deve assegurar a responsabilidade da família em relação ao amparo aos Idosos.

Sabe-se que a legislação brasileira preleciona na Constituição Federal, bem como no Código Civil a proteção aos direitos dos idosos, compreendendo-se, a responsabilidade da família para garantia e proteção dos interesses dos seus entes de idade mais avançada, bem como do Estado. Ressalta-se que tais direitos estão assegurados entre os direitos fundamentais, passando pelo direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e ainda à obrigação familiar de prestar alimentos. Aqui analisar-se-á a situação na qual se encontram os cidadãos entre 60 e 64 anos que não tem família ou meios de prover o seu sustento e embora consideradas idosas não atingiram a idade mínima para receber o benefício de prestação continuada fornecido pelo Governo Federal.

Destarte, mister se faz salientar que, o interesse para desenvolver o assunto abordado neste trabalho, se deu após um projeto coordenado pelo professor Wagner Carmo, desenvolvido pela turma no 6º período do curso, na matéria de

¹BBC, Brasil. **Número de idosos no Brasil vai quadruplicar até 2060, diz IBGE**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130829_demografia_ibge_populacao_brasil_lgb#share-tools>. Acesso em: 20 jun. 2016.

Direito de Família, em que através de uma pesquisa de campo, fora realizada uma visitação no Recanto do Ancião, fundação social que abriga idosos no município de Aracruz desde 23/06/1985, visando apurar a questão da manutenção do vínculo familiar e as situações de abandono afetivo dos cidadãos que lá se encontravam internados.

Durante o desenvolvimento do projeto procedeu-se um questionário quanto ao funcionamento da instituição, processo de acolhimento e demais peculiaridades que envolviam os residentes, portanto, quando se passou a analisar os meios pelos quais a instituição se mantinha, visto que se tratava de uma fundação social sem fins lucrativos, pode-se perceber que a manutenção da instituição se dava exclusivamente por meio de doações, convênios de subvenção com a prefeitura e com o valor de 70% dos auxílios recebidos pelos internos, sendo alguns aposentados, pensionistas, e/ou titulares de benefício de prestação continuada fornecido pelo Estado. Todavia, analisando as condições das pessoas que lá se encontravam acolhidas, um caso particular despertou o interesse da turma, haja vista que, um dos internos, um idoso de 62 (sessenta e dois) anos de idade, que não tinha amparo familiar, recebia como único auxílio do Governo Federal, o Bolsa Família, pois conforme informado pela coordenadora da instituição na ocasião, o mesmo não atingira a idade mínima para obtenção do benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742/93.

Particularmente, a situação despertou grande interesse na turma, devido à forma de manutenção da instituição, uma vez que, todos os internos tinham 30% dos seus benefícios, direcionados à compra de utilidades pessoais, como corte de cabelo, eventuais passeios, óculos, rádios, objetos pessoais para o dia a dia de cada um, e os outros 70% seriam direcionados à instituição. Sendo assim, o idoso que recebia apenas o Bolsa Família não detinha valor para compra de benefícios pessoais, e como informado pela coordenadora da casa de repouso, sempre que o mesmo pedia algo para uso pessoal, os funcionários da instituição o ajudavam com doações.

Assim, compreendeu-se no primeiro capítulo do presente trabalho, acerca da Proteção Social ao cidadão brasileiro, demonstrando a inovação trazida na

Constituição Federal de 1988, com o estabelecimento da Assistência Social em seus artigos 203 e 204, visando analisar especificamente a condição da pessoa idosa neste novo cenário e a sua inserção na ordem constitucional brasileira.

Com o objetivo de analisar os direitos, deveres e obrigações decorrentes da condição de vulnerabilidade em que se encontram os cidadãos idosos, no segundo capítulo se analisará a assistência familiar, assim como, o princípio da solidariedade familiar e as relações de parentesco, visto que inicialmente, verificada a necessidade de amparo ao idoso, atribui-se a referida obrigação aos familiares.

O que pese o fato dos Idosos merecerem tratamento especial, sendo considerados vulneráveis e por vezes equiparados às condições que se atribuem as crianças e adolescentes, fica delimitado no terceiro capítulo, a abordagem da proteção social ao idoso vulnerável, tal qual, discorre as obrigações e direitos decorrentes das relações familiares, a exemplo do direito a herança, do dever de alimentar, e ainda o caráter solidário da obrigação alimentar devida ao ascendente.

Destarte, sabe-se que, diante da condição de fragilidade em que se inserem os idosos, é dever do Estado, dispor e implementar instrumentos normativos de proteção a pessoa idosa, conforme disposto no quarto capítulo.

Por fim, no quinto capítulo se demonstrou o conflito existente entre os instrumentos normativos de proteção ao idoso, bem como a antinomia normativa, no que tange a concessão do benefício de assistência social instituído pela Constituição Federal aos idosos que não tenham meios de prover a própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família. Uma vez que, a Lei Orgânica de Assistência Social regulamenta o dispositivo constitucional conferindo direito ao recebimento do benefício de um salário mínimo, apenas aos idosos a partir de 65 (sessenta e cinco) anos completos.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 não fez restrições quanto à idade mínima para recebimento do benefício assistencial disposto em seu artigo 203, inciso V, assim como, o Estatuto do Idoso, legislação a qual dispõe

especificamente sobre os direitos decorrentes da senioridade dos cidadãos, considera em seu artigo 1º, como sendo idoso todo cidadão com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade.

Em síntese, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta uma antinomia entre o artigo 34 do Estatuto do Idoso e o artigo 24 da Lei Orgânica da Assistência Social, dever-se-á observar ao que está disposto na Constituição Federal, Carta Magna brasileira que preleciona acerca dos princípios fundamentais, garantindo cidadania e dignidade aos cidadãos, a qual não restringiu a idade mínima para recebimento do benefício assistencial e, por conseguinte, levando em consideração a vulnerabilidade da pessoa idosa, a qual pleiteia o benefício, deve-se utilizar como requisito etário a idade estabelecida no artigo 1º da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

1. PROTEÇÃO SOCIAL

1.1 A Assistência Social na Constituição Federal

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inovou ao dispor expressamente em seus artigos 203 e 204 o estabelecimento de medidas assistenciais, para garantir proteção aos cidadãos em situação de maior vulnerabilidade, uma vez que anteriormente, em nossa carta magna falava-se apenas em previdência social, a qual compreendia a proteção dos direitos dos trabalhadores, e no mesmo título dispunha-se do acesso à saúde.

Nesse sentido, a nova ordem constitucional brasileira revolucionou, ao passar a dispor em seu título sobre a Ordem Social, acerca da “Seguridade Social”, capítulo este que visa compreender todas as ações de iniciativa do poder público e da sociedade, destinadas a assegurar o direito relativo às necessidades básicas de saúde, previdência e assistência social, indispensáveis a subsistência da população.

A Assistência Social tem o intuito de assegurar que todos os cidadãos tenham condições de satisfazer as suas necessidades básicas, isto é, que lhes seja garantido o mínimo a uma existência digna.

Desse modo, o artigo 203 da Constituição Federal dispõe acerca dos destinatários da Assistência Social e seus objetivos, vejamos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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 à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Enquanto o artigo 204 da Constituição Federal discrimina as fontes de recursos que financiam o orçamento empenhado nas ações governamentais de assistência social, bem como as diretrizes que devem ser seguidas pelos gestores.

Um pouco mais tarde, após a promulgação da Constituição e diante da necessidade de regulamentação do novo dispositivo, aprovou-se a Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), que estabeleceu a assistência social sob a ótica da obrigatoriedade de prestar do Estado e um direito dos cidadãos, rechaçando-se que a mesma fosse compreendida como mera faculdade do governo.

Assim leciona, Alexandre de Moraes:

Mais do que reconhecimento formal é 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 humana².

A edição do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º-10-2003) veio a consagrar tal entendimento, posto que tem por objetivo assegurar os direitos de todos os cidadãos com idade mínima igual ou superior a 60 anos, garantindo-lhes, com prioridade, a satisfação dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e consolidando o princípio da solidariedade, ao atribuir a família, a comunidade e ao Poder Público a obrigatoriedade por efetivar o 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 dos idosos³.

² de Moraes, A. (2017). *Direito Constitucional* (33ª ed.). São Paulo: Atlas. Pág 901.

³(de Moraes, 2017)

1.2 O Idoso dentro da Ordem Constitucional Brasileira

É de verificar-se que, a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu Título I, preleciona acerca dos princípios fundamentais que norteiam o texto constitucional, de modo que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme se observa exposto em seu art. 1º, inciso II e III. Destacar-se-á ainda que, entre os objetivos fundamentais da República dispostos no art. 3º, estipula-se a promoção do bem de todos, sem preconceito ou discriminação em razão da idade do cidadão.⁴

Destarte, entende-se dos artigos supracitados que todos os cidadãos brasileiros têm devidamente garantidos os seus direitos, conforme amparados em nossa Carta Magna.

Portanto, de maneira genérica os artigos apresentados contemplam os idosos, visto que, todo idoso é considerado cidadão e, conseqüentemente têm assegurado o seu direito a dignidade humana, sem distinções. Todavia, diante da fragilidade e vulnerabilidade do contexto em que estão inseridos os idosos, o constituinte foi obrigado a destinar dispositivos específicos do texto constitucional, para coibir a discriminação em face dos mais velhos e garantir que lhes seja conferido o tratamento devido, conforme veremos adiante.

⁴ Cielo, P. F., & Vaz, E. R. (2009). *A Legislação Brasileira e o Idoso*. Acesso em 15 de Outubro de 2017, disponível em portal catalão: http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf

2. A ASSISTÊNCIA FAMILIAR

Em consonância com o art. 1º do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Os idosos encontram-se em uma situação de maior vulnerabilidade e fragilidade frente à sociedade, situação essa que se assemelha ao contexto onde estão inseridas as crianças e adolescentes, daí dizer que o dever de amparo aos mais velhos decorre do princípio da solidariedade familiar, compreendendo-se, portanto, a fraternidade e reciprocidade existente entre os entes familiares. A Constituição Federal assegura em seu artigo 230 o Direito a proteção integral aos idosos, conforme se verifica abaixo:

Art. 230 CF. 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.

Sabe-se que o artigo supracitado da Carta Magna coloca em evidência a família como principal responsável pelo cuidado da pessoa humana mais frágil, haja vista que a família está mais próxima destes, constituindo vínculos sanguíneos e afetivos com as crianças e os idosos, ou seja, estes seres mais sensíveis. Desse modo, o entendimento do Estado é que o principal responsável pela proteção da dignidade humana, direito à vida, à saúde, amparo e outros direitos conferidos aos cidadãos da 3ª idade, é primeiramente da família, depois da sociedade e somente por último do Estado.

Neste sentido, Maria Berenice Dias preleciona que:

A Constituição veda discriminação em razão da idade, bem como assegura especial proteção ao idoso. Atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, bem como lhe garantindo o direito à vida (CF 230)⁵.

⁵ Dias, M. (2016). *Manual de Direito das Famílias* (11ª ed.). São Paulo: RT. Pág 50

Carlos Roberto Gonçalves conceitua família de uma forma abrangente como sendo “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. E também de uma forma mais específica como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau” ⁶.

Mister se faz salientar que a Constituição Federal de 1988, ao trazer em seu artigo 226, *caput*, um conceito de família plural e indeterminado, rompeu radicalmente com os textos constitucionais anteriores, haja vista que não mais relaciona a constituição do núcleo familiar com a celebração do casamento, fato este que por muitos anos se sustentou como o pressuposto de atribuição de legitimidade a formação da “família”.

Contemporaneamente, família, “trata-se de entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana, que tem como diploma legal regulamentador a Constituição da República de 1988” ⁷, portanto, diante da amplitude e abrangência do atual conceito de família, pode-se dizer que se estabeleceu uma autêntica acepção geral de inclusão, onde se busca a dignidade de seus membros, sendo assim, formados os mais diversos tipos de núcleos familiares, deve-se atribuir proteção legal a todos.

2.1 Princípio da Solidariedade Familiar

Como visto acima, a luz do princípio da solidariedade irá decorrer do vínculo familiar, bônus como o direito de herança, e também ônus que geram encargos obrigacionais.

Art. 229 CF. 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.

⁶ GONÇALVES, C. (2017). *Direito Civil Brasileiro* (14ª ed.). São Paulo: Saraiva. Pág 17.

⁷ CHAVES DE FARIA, C., & ROSENVALD, N. (2017). *Curso de Direito Civil, Famílias* (9ª ed., Vol. 6). Salvador, Bahia: JusPodivm.

Em análise do presente artigo percebe-se que tal responsabilidade é recíproca, entre pais e filhos, devendo também os filhos prestar auxílios aos pais em casos de necessidade. Tal dispositivo legal poderá ser aplicado de forma subsidiária, o que implica dizer que se estende aos outros familiares, ascendentes, descendentes em linha reta, e colaterais até quarto grau, portanto, na condição de necessidade é dever da família assistir e amparar os mais velhos, incluindo-se inclusive o dever de prestar alimentos.

Ressalta-se que a solidariedade e a dignidade da pessoa humana são princípios indissociáveis essenciais a constituição da Ordem Social, posto que, a dignidade refere-se intrinsecamente aos valores atribuídos ao cidadão, observando-se os fatores mínimos relativos a sua existência, particularmente imputados ao grupo familiar.

Enquanto, a solidariedade, se exprime das obrigações que os cidadãos têm, uns para com os outros, visando à ordeira idealização de suas dignidades.

Em análise do princípio da solidariedade familiar, chega-se a conclusão de que o mesmo desdobra-se do princípio constitucional da solidariedade social, onde se poderá observá-lo sob o aspecto externo, o qual atribui ao Estado e a sociedade civil a realização de políticas assecuratórias de satisfação das necessidades familiares básicas dos menos favorecidos. Assim como, internamente traduz a aplicabilidade do princípio no seio da relação familiar, onde todos os membros da família devem cooperar entre si para que não venha a faltar o mínimo necessário a manutenção e sobrevivência de seu semelhante, compreendendo tanto as obrigações materiais como imateriais.

É dever de cada entidade familiar preservar os direitos personalíssimos de seus entes, sua subsistência, tal como conceder auxílio psicológico e material para o desenvolvimento dos mesmos.

Destarte, é possível compreender que, se impõe a solidariedade familiar para os fins de alimentos, educação, profissão, lazer e afeto, etc⁸.

De acordo com o que fora explanado nos capítulos acima, a solidariedade social integra o rol de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expostos no art. 3º da Constituição Federal, razão pela qual perfeitamente cabível o entendimento de que o princípio da solidariedade social abrange a solidariedade familiar, visto que, o próprio texto constitucional concede proteção Estatal e coloca a instituição “família” como a base da sociedade civil contemporânea.

2.2 Análise do parentesco na aplicabilidade do Princípio da Solidariedade Familiar

Conforme comentado, a nova definição jurídica de família estabelecida no cenário contemporâneo, deixou de se pautar na família matrimonializada para abranger os diversos tipos de entidades familiares, restando expressamente previsto na Constituição Federal a união estável e a relação monoparental, assim como se prezou a harmonização entre a família consanguínea e a família civil.

Para Rolf Madaleno:

“O conceito de parentesco não está apenas circunscrito ao vínculo existente entre pessoas que descendem de ancestral comum e consanguíneo, mas também o parentesco por afinidade e o parentesco civil oriundo da adoção”. Enfim, o parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum, que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (afinidade), ou que se estabelece por ficção jurídica na adoção”.⁹

Assim, “a transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da

⁸ LISBOA, R. (2013). *Manual de Direito Civil* (8ª ed., Vol. 5). São Paulo: Saraiva. Pág 38

⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**.3.ed. Rio de Janeiro: Max Editos, 1947. v.III, p. 21. apud (MADALENO, 2016, p. 484)

personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto, no amor e na solidariedade”¹⁰, portanto a relação de parentesco não mais suporta discriminações ou distinções que terminam por criar diferentes categorias de pessoas humanas (e não somente de parentes), privilegiando uns em detrimentos de outros.

Guilherme Calmon Nogueira Gama, é primoroso ao afirmar que nas novas relações familiares, o parentesco é destinado a “preservar e desenvolver as qualidades mais relevantes entre familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideias pluralistas, solidárias, democráticas e humanistas”¹¹.

Destarte, as relações parentais devem ser analisadas atentando-se as especificidades de cada caso concreto, exprimindo-se sua essência especialmente a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

O Superior Tribunal de Justiça já vem confirmando o fato das relações parentais não estarem mais subordinadas aos critérios biológicos, e ou sociológicos, visto que abrangeu a possibilidade de determinação de diferentes vínculos.

“O Superior Tribunal de Justiça ampliou a possibilidade de reconhecimento da relação de parentesco, nos moldes da moderna concepção de Direito de Família. A pretensão dos autores de, através de via declaratória, buscar estabelecer, com provas hábeis, a legitimidade e certeza da relação de parentesco não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido” (STJ, Ac. 3ª T., Resp. 326.136/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 2.6.05, DJU 20.6.05).

Sendo assim, a partir da Constituição Federal, que estabeleceu uma nova ótica da Ordem Social, onde se passou a prever a Seguridade Social, com a consequente adoção da Assistência Social, todo e qualquer modelo de família

¹⁰(CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017, p. 536)

¹¹Guilherme Calmon Nogueira da Gama “Das relações de Parentesco” apud (CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017, p. 550)

requer proteção do Estado, abrangendo as mais diversas relações de parentesco, sem realizar discriminações e conferindo aos entes familiares a obrigação elementar de prestação de assistência moral e material no seio familiar, visando resguardar a dignidade de cada membro, sendo conferida proteção diferenciada apenas aos cidadãos em condições peculiares, o que é o caso dos idosos e das crianças e adolescentes.

Nas palavras de LISBOA atualmente:

“vigora a solidariedade familiar entre todos os integrantes da entidade, pouco importando se eles são ascendentes, descendentes ou colaterais uns dos outros. Cada um, no entanto, tem um função definida pelo legislador no que diz respeito à assunção de deveres materiais e imateriais, devendo o julgador levar em conta a idade, o parentesco mais próximo e a capacidade jurídica das pessoas envolvidas, a fim de estabelecer, no caso concreto submetido à sua apreciação, a observância prática da solidariedade familiar e da equidade”.¹²

Em suma, uma vez reconhecida à relação de parentesco entre os cidadãos, decorrerão inúmeros efeitos jurídicos, em razão da ligação existente entre eles, sejam efeitos jurídicos materiais ou imateriais, que terão sua intensidade variada, de acordo com o grau de proximidade existente entre os parentes.

Por conseguinte, verificar-se-á adiante, que, decorrem das relações familiares alguns direitos, obrigações, os quais beneficiam, e ou obrigam através do princípio da solidariedade familiar a todos os integrantes do núcleo familiar a cooperarem entre si, para a manutenção de uma vida digna de seus entes.

2.3 Do Parentesco

É sabido que o parentesco é instituído em linhas e graus, onde se aufere a proximidade do mesmo em linhas retas ou colaterais (transversal), aqui se observando a projeção da relação parental, assim como, se determina em graus o vínculo existente entre os indivíduos, isto é, indica-se o quão próximo ou distantes são os parentes, e se formados pelo critério biológico ou civil (adoção), ao passo que, para cada geração contar-se-á um grau.

¹²(LISBOA, 2013, p. 44)

Desse modo, consideram-se parentes em linha reta, os cidadãos que estão uns para com os outros em uma relação de descendência direta.

Vejam os:

Art. 1591 do Código Civil: “São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”.

Destarte, dependendo da perspectiva do parente que se esteja analisando, a linha reta pode ser ascendente ou descendente, indo da pessoa analisada para os seus antepassados, ou seja, do neto para o avô, do filho para o pai, ou para os seus sucessores, aqui, do pai para o filho, do avô para o neto, e assim sucessivamente. Importante ressaltar que a linha reta de ascendência subdivide-se em duas correntes, sendo a linha paterna e a materna, onde uma relaciona-se ao parentesco relativo à mãe e a outra a do pai, e por consequência aos parentes de cada um deles.

O parentesco auferido em linha colateral, diz respeito aos indivíduos que tem um tronco familiar comum, todavia, não descendem uma das outras. Aqui se estabelece o parentesco a partir da observação de um ponto de interseção, a exemplo dos irmãos que tem como ancestral em comum a figura paterna ou materna, e seguindo a mesma lógica encontrar-se-á a figura dos tios, sobrinhos e primos.

Art. 1592 do Código Civil: “São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”.

Diferentemente do parentesco em linha reta, o colateral não prescinde de dupla origem, ou seja, nem sempre se têm como ancestral comum necessariamente a figura materna e paterna, importa dizer que, é possível manter o parentesco somente por um dos troncos ancestrais, é o que ocorre nos casos dos irmãos unilaterais.

Art. 1594 CC: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente”.

Sabe-se que, observados os vínculos de afinidade e de parentesco, embora sejam tratados em conjunto pelo legislador, não se confundem, todavia, ambos geram direitos e obrigações¹³. Portanto, se considera que a afinidade é originária da legislação, ou seja, deriva da constituição do casamento ou da união estável, e por consequência em razão do laço existente entre cada cônjuge ou convivente, vincular-se-á os parentes uns dos outros.

Art. 1595 CC: “Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.

§1.º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

Depreende-se do artigo supracitado que, só serão afins os pais, os filhos, assim como os irmãos de cada cônjuge ou companheiro, limitando-se ainda em linha reta à nora e ao genro, ao sogro e à sogra, ao enteado e à enteada, à madrasta e ao padrasto, e, na linha colateral, ao cunhado e à cunhada¹⁴, de modo que os cunhados serão parentes por afinidade em segundo grau, desta feita, o parentesco por afinidade da linha colateral se exaure neste grau.

Art. 1595CC: §2.º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

O dispositivo em referência implica dizer que, embora dissolvida a união estável ou o casamento que deu origem ao parentesco afim, como bem diz o famoso provérbio popular “o sogro, a sogra, o enteado e a enteada, a madrasta e o padrasto são para sempre”, isto é, embora dissolvido o vínculo que os unia, a relação de parentesco por afinidade antes constituída não será rompida, fato que faz com que subsistam vários dos impedimentos previstos no Código Civil Brasileiro, a exemplo do exposto no inciso II do artigo 1521 do Código Civil Brasileiro.

¹³(Dias, Manual de Direito das Famílias, 2016, p. 378)

¹⁴(MADALENO, 2016, p. 488)

3. PROTEÇÃO AO IDOSO VULNERÁVEL

Entende-se por “vulnerável” aquele que pode ser ferido física ou moralmente e bem assim no seu âmbito econômico. De suma importância destacar que a classificação dos grupos inseridos no contexto de vulnerabilidade não se confunde com as minorias, visto que esses podem estar constituídos em um grande contingente numérico, a exemplo das crianças, mulheres, e os idosos, todavia, todos se identifiquem como vítimas da intolerância e da discriminação¹⁵.

Desse modo, a vulnerabilidade deve ser vista como um traço universal existente em alguns grupos de indivíduos que permeiam a sociedade, o qual são destinatários de especial proteção, o que é o caso dos idosos, de modo que o tratamento diferenciado recebido pelos mesmos, se dá em razão das suas condições políticas, sociais e culturais.

Nas palavras de Rolf Madaleno:

“A vulnerabilidade, no entanto, não se confunde com a hipossuficiência, pois está vinculada à pobreza e só legitima alguns tratamentos diferenciados, porque nem toda pessoa vulnerável tem dificuldades econômicas e sociais, que pudesse ser classificada como pobre. A vulnerabilidade é inerente à existência da pessoa, seja ela hiper ou hipossuficiente, tendo em conta que a existência ou ausência de lastro econômico e financeiro não impede que, em dado momento, qualquer indivíduo possa estar vulnerável e assim ser ferido ou ofendido em sua integridade física ou psicológica”¹⁶.

Como supracitado, os Idosos estão inseridos em um grupo que possui vulnerabilidades específicas, que decorrem das peculiaridades da idade avançada, sendo assim, o legislador previamente conferiu proteção integral a seus interesses, de modo que lhes fosse assegurado a dignidade e o bem-estar. Alguns dos fatores que caracterizam a vulnerabilidade da pessoa idosa são a diminuição do poder econômico, a exclusão do mercado de trabalho e o

¹⁵SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica**. Ob. Cit. p. 12. apud(MADALENO, 2016, p. 51)

¹⁶(MADALENO, 2016, p. 51)

tratamento que lhe é conferido pelos familiares, sociedade e Estado em razão das alterações físicas decorrentes da longevidade¹⁷.

Sabe-se que a legislação brasileira é uma das mais avançadas no que tange a proteção aos idosos, de modo que, a Carta Magna de 1988 veda, expressamente, em seu Art. 3º, inciso IV, a discriminação em razão da idade, bem como garante a participação dos mesmos na vida em comunidade e garante-lhes o direito a vida no Art. 230. No mesmo plano, têm-se ainda o Estatuto do Idoso que versa sobre a proteção à vida e a saúde imputada ao Estado, e garantida à pessoa idosa por intermédio de efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições dignas. Entretanto, embora a legislação seja bastante avançada, a prática ainda é insatisfatória.

O Estado tem como dever de agir prestar auxílio de caráter material a quem não tenha condições de adquiri-los, e ou se encontre em situação de vulnerabilidade, portanto, a lei estabelece as seguintes áreas de atuação na proteção dos interesses do Idoso: a) Promoção e Assistência Social; b)Saúde; c)Educação; d)Habitação e Urbanismo; e)Trabalho e Previdência Social e f)Cultura, Esporte e Lazer, conforme será explicitado nos próximos tópicos.

3.1 Direitos e obrigações decorrentes da relação familiar

Mister se faz salientar que, reconhecida a relação de parentesco entre diferentes indivíduos, por força do vínculo decorrente entre elas, decorrerá diversos efeitos jurídicos, variáveis quanto a sua intensidade tendo em vista a proximidade existente entre os parentes. Desta feita, é de suma importância

¹⁷ SARAIVA de Lima, L. (s.d.). *A Tutela Constitucional da pessoa idosa*. Acesso em 03 de Novembro de 2017, disponível em Conteúdo Jurídico: <https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-constitucional-da-pessoa-idosa,55852.html>

conhecer com estrita precisão as relações de parentesco, uma vez que delas resultam direitos, obrigações e restrições¹⁸.

Por conseguinte, vários campos do direito serão afetados pelos efeitos decorrentes da vinculação da relação de parentesco, seja no ramo do Direito Público como no Direito Privado, com efeitos jurídicos de ordem pessoal e patrimonial, no âmbito do Direito de Família, se impõe impedimentos matrimoniais, onde se proíbe a celebração do matrimônio entre determinados parentes, ainda ocorre à responsabilização quanto ao encargo alimentar, como também instaura o poder familiar.

No Direito Processual são observadas normas no mesmo sentido, a exemplo de quando se veda a oitiva de testemunhas ligadas por vínculos parentais, e ou se estabelece a suspeição do juiz, assim como no Direito Processual Penal, permite-se a recusa e conseqüente dispensa de determinada testemunha, em razão de seus laços familiares.

No Direito Constitucional e Administrativo observar-se-á as efetivas restrições quanto à nomeação de indivíduos para a ocupação de cargos públicos, em virtude do vínculo parental, entendimento que consta expressamente previsto na Súmula Vinculante 13 do Superior Tribunal Federal.

Perpassando-se ainda na esfera do Direito Penal, Direito Eleitoral, como também no Direito Sucessório, onde os vínculos parentais irão estabelecer as classes de herdeiros, regulará o direito à legítima e as causas de exclusão da herança por indignidade ou deserdação, entre outros reflexos possíveis de se extrair da legislação brasileira, tendo em vista as relações de parentesco.

Sem dúvida, a grande controvérsia quanto aos efeitos jurídicos decorrentes da relação de parentesco se dá no tocante ao Direito Sucessório quando se estabelece as classes de herdeiros entre os quais ocorrerá a divisão da

¹⁸ MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit, p.294-295. apud(CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017)

legítima, e quando há necessidade de se impor a obrigação de alimentar entre os parentes.

3.1.1 Do Direito a Herança

O Código Civil Brasileiro, no tocante ao Direito Sucessório, estabelece que os bens deixados pelo de cujus sejam divididos conforme a ordem de vocação hereditária disposta no artigo 1829 do referido diploma legal, vejamos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Em análise do referido artigo, observa-se que a sucessão será deferida aos mais próximos em preferência aos mais remotos, isto é, inicialmente, na abertura da sucessão, serão chamados a suceder os parentes mais próximos do falecido em linhas e graus, e na falta desses convocam-se os mais distantes. Ressalta-se que o parentesco estabelecido no inciso IV do artigo supracitado, diferentemente do estabelecido em linha reta, aqui há a limitação do parentesco ao quarto grau.

Art. 1839 CC Se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau.

A título de curiosidade, salienta-se que a legislação brasileira já considerou o parentesco colateral até o décimo grau, tendo o mesmo variado com o passar do tempo. O Código Civil Brasileiro de 1916 em seu artigo 331 estabelecia que a contagem do parentesco na linha colateral se daria até o sexto grau, já com o advento do Código Civil de 2002 o mesmo fora reduzido para o quarto grau, conforme se verifica no art. 1592 do CC.

Art. 1592 CC São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Todavia, a maior problemática envolvendo o parentesco na linha colateral, se dá quando há necessidade de prestação alimentícia entre os parentes, haja vista que, os colaterais até o quarto grau são considerados herdeiros legítimos, sendo chamados a sucessão, entretanto, quanto a responsabilização acerca da obrigação alimentícia, a mesma só é onerada aos colaterais até o segundo grau.

3.1.2 Do Dever de Alimentar

O direito a obrigação alimentar está previsto no art. 11 do Estatuto do Idoso, entretanto, observa-se no cenário societário o costume onde os idosos tem uma boa renda oriunda de sua aposentadoria ou uma pensão, e são capazes de proporcionar uma boa qualidade de vida a seus descendentes, fazendo com que assim haja maior aproximação de seus entes familiares, porém quando a situação é inversa, e o idoso pertence a um nível social mais baixo necessitando de amparo da família, é comum observar situações de total abandono, onde os familiares ficam repassando essa obrigação entre os parentes e tratam da situação como se a pessoa necessitada fosse um encargo demasiadamente pesado, impossível de ser suportado, e acabam por abandoná-lo sem prestar os devidos auxílios.

Como dito anteriormente, a obrigação de zelar pela dignidade e bem-estar dos idosos, garantindo-lhes o direito a uma vida digna, inicialmente é da família e da sociedade, passando a ser do Estado quando na falta desses, o qual arcará em caráter subsidiário e complementar, com a obrigação alimentar.

Faz-se importante ressaltar a responsabilização a qual dispõe o Código Civil Brasileiro no âmbito alimentar, prevista nos artigos 1694 a 1699, os quais servem de fundamento para o ajuizamento de eventuais ações de alimentos propostas pelos idosos em desfavor dos filhos e familiares que incorrerem em

abandono, tendo em vista à efetivação de seus direitos e promoção de uma vida digna¹⁹.

Art. 1696 do Código Civil. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outro.

Quanto à obrigação alimentar oposta aos parentes, se sabe que deverá ser obedecida uma ordem prioritária, isto é, sendo o idoso casado ou vivendo ele em união estável, o dever de fornecer alimentos é imposto inicialmente ao cônjuge ou companheiro²⁰, posteriormente acompanha-se a ordem de vocação hereditária, opondo-se aos descendentes e ascendentes, uma vez que em linha reta têm-se vinculação infinita. Todavia é na falta destes que ocorre um complexo embate doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilização dos colaterais, uma vez que parte da doutrina afirma que para efeitos *juri sanguinis* a Lei Civil considera apenas a família restrita - os parentes mais próximos. Assim na linha colateral, não se consideram os tios, sobrinhos e nem os primos²¹, somente os colaterais até segundo grau.

Para Maria Berenice Dias:

O vínculo de parentesco não gera somente ônus: há ônus também. Os parentes têm direitos, mas também têm deveres: têm direito sucessório e têm obrigação alimentar. Quem faz jus à herança deve alimentos. No parentesco em linha reta, nem o vínculo parental (CC, art. 1.591), nem a obrigação alimentar (CC, art. 1.696), nem o direito sucessório (CC, art. 1.829, I e II) tem limite. Na linha colateral, o parentesco está limitado ao quarto grau (CC, art. 1.592) tanto para efeitos alimentícios como para efeitos sucessórios (CC, art. 1.829, IV). Assim, quando inexistirem descendentes, ascendentes ou cônjuge tem obrigação alimentar e também fazem jus à herança os parentes até o quarto grau: irmãos, tios, sobrinhos e primos²².

¹⁹ ALMEIDA, Ana Paula da Silva. **Pais idosos: Responsabilidade familiar**. Disponível em: <<http://anaufms.jusbrasil.com.br/artigos/186614542/pais-idosos-responsabilidade-familiar>>. Acesso em 07 jun. 2016.

²⁰ Arnaldo Rizzardo. Direito de família, 684 apud DIAS, Maria Berenice. **Os alimentos após o Estatuto do Idoso**. Clubjus, Brasília-DF: 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.1814&hl=no>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

²¹ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 472 p. 5 v.

²² DIAS, Maria Berenice. **Os alimentos após o Estatuto do Idoso**. Clubjus, Brasília-DF: 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.1814&hl=no>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

Sendo assim, considerando que o direito sucessório no artigo 1829 do Código Civil, prevê o beneficiamento de colaterais até o quarto grau na arrecadação da herança deixada por seu parente, quando na ausência de ascendentes, descendente ou colateral mais próximo, nada mais razoável que também imputar-lhes a obrigação alimentar, em caráter residual e subsidiário²³, desde que ausentes parentes mais próximos, uma vez que, quem tem direito ao bônus, também deve ser responsabilizado a arcar com o ônus, isto é, os familiares que tem direito de receber herança, aqui inclusos tios, sobrinhos e primos, também devem ter o dever de prestar alimentos, não há como reconhecer direitos aos parentes e não lhes atribuir deveres.

Maria Helena Diniz²⁴, Cristiano Chaves de Farias e Rolf Madaleno se questionam, nesse sentido:

“Se pode e está habilitado a receber, porque realmente haveria de estar impedido de doar, como se solidariedade e parentesco fossem via de mão única? O direito sucessório e o direito familiar pertencem ao mesmo sistema, e a própria lei manda guardar a ordem de sucessão na obrigação alimentar (CC 1.698). Não se trata, portanto, de restringir os direitos sucessórios, mas de ampliar os direitos familiares, para permitir que a pensão alimentícia possa ser cobrada do parente colateral vocacionado a herdar”.

Entretanto, diverge o entendimento jurisprudencial, basta ver os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça que excluem a possibilidade de responsabilização civil dos parentes de 3º e 4º grau no auxílio alimentar aos seus familiares, conforme segue abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA POR SOBRINHA EM RELAÇÃO À TIA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL.

1.- Segundo o entendimento deste Tribunal, a obrigação alimentar decorre da lei, que indica os parentes obrigados de forma taxativa e não enunciativa, sendo devidos os alimentos, reciprocamente, pelos pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, não abrangendo, conseqüentemente, tios e sobrinhos (CC, art.1.697). 2.- Agravo Regimental improvido.

²³(CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017, p. 557)

²⁴(Dias, Manual de Direito das Famílias, 2016, p. 582)apud. (CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017)(MADALENO, 2016)

(AgRg no REsp 1305614/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 02/10/2013)

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS PROVISIONAIS. AÇÃO CAUTELAR. PATERNIDADE RECONHECIDA NA ORIGEM. VÍNCULO FAMILIAR. IRMÃOS. NECESSIDADE E POSSIBILIDADE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE OUTROS PARENTES. ALIMENTANDO IDOSO.

1. Ação de fixação de alimentos provisionais entre colaterais, com peculiaridades. 2. Enquanto não finda o processo principal, nada impede que os possíveis irmãos alcancem ao alimentando aquilo que poderá constituir fração do patrimônio que porventura lhe venha a ser destinado, na hipótese de encerramento positivo da investigatória de paternidade. 3. A obrigação de prestar alimentos, na hipótese específica, nasce a partir da decisão de reconhecimento do vínculo de parentesco, ainda que esteja pendente de recurso, conforme disposto no art. 7º da Lei n.º 8.560/92. 4. Todos os filhos – sejam eles nascidos fora da relação de casamento, sejam oriundos de justas núpcias –, assim como os parentes entre si, têm, potencialmente, o direito de reclamar alimentos, desde que respeitada a ordem legal dos obrigados a prestá-los. 5. O art. 1.694 do CC/02 contempla os parentes, os cônjuges ou companheiros, como sujeitos potencialmente ativos e passivos da obrigação recíproca de prestar alimentos, observando-se, para sua fixação, a proporção das necessidades do reclamante e dos recursos dos obrigados. 6. Àqueles unidos pelos laços de parentesco, sejam eles ascendentes descendentes ou, ainda, colaterais, estes limitados ao segundo grau, impõe-se o dever recíproco de socorro, guardada apenas a ordem de prioridade de chamamento à prestação alimentícia, que é legalmente delimitada, nos termos dos arts. 1.696 e 1.697 do CC/02. 7. São chamados, primeiramente, a prestar alimentos, os parentes mais próximos em grau, só fazendo recair a obrigação nos mais remotos, à falta daqueles; essa falta deve ser compreendida, conforme interpretação conjugada dos arts. 1.697 e 1.698 do CC/02, para além da ausência de parentes de grau mais próximo, como a impossibilidade ou, ainda, a insuficiência financeira desses de suportar o encargo. 8. Os alimentos provisionais arbitrados em cautelar incidental à ação de investigação de paternidade têm amparo legal não apenas se forem decorrentes do vínculo paterno-filial surgido do reconhecimento, como também dos laços de parentesco dele derivados. 9. O parentesco surgido entre as partes, na hipótese, irmãos unilaterais, em razão da sentença de reconhecimento da paternidade, declarada e confirmada, respectivamente, em 1º e em 2º graus de jurisdição, é suficiente para autorizar o arbitramento dos alimentos na forma em que se deu. 10. A condição de idoso do alimentando encontra disciplina específica na Lei 11.741/2003 (Estatuto do Idoso), que estabelece, a partir do art. 11, os alimentos devidos às pessoas idosas. 11. Com a cessação do efeito suspensivo atribuído ao REsp 1.120.922/SE, julgado concomitantemente ao presente recurso especial, torna-se desde já obrigatório o pagamento dos alimentos provisionais, na forma em que foram arbitrados pelo i. Juiz e confirmados pelo TJ/SE. O débito pretérito – desde o arbitramento – poderá, desde logo, ser executado. 12. Recurso especial não provido.

(REsp 1170224/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 07/12/2010)

Destarte, cabe ao idoso pleitear junto ao Poder Judiciário, em face de seus familiares, os danos sofridos decorrentes do desemparo material, para que através de ações judiciais possa haver uma compensação dos referidos danos, exercendo assim o seu direito a uma vida digna.

Neste sentido, ainda, considerando que o fundamento do parentesco é a solidariedade social e familiar, é possível vislumbrar a imputação de incidência da obrigação de alimentar, aos parentes por afinidade, assim como aos colaterais de terceiro e quarto grau, quando não houver parentes mais próximos que possam assumir o encargo. É evidente que tal obrigação tem caráter residual e subsidiário, e se consolida no fato de que, em se tratando de familiares, negar alimentos a pessoas que são parentes entre si, é uma demonstração da negativa da solidariedade, fundamento este que, deveria unilos.

Sabe-se que a legislação brasileira identifica o parentesco como sendo de três tipos: o parentesco natural ou consanguíneo, o qual decorre das relações biológicas, isto é, sanguíneas, bem como o parentesco por afinidade, auferido através dos vínculos de casamento ou estabelecimento de união estável, onde se estabelece uma ligação entre o cônjuge ou companheiro e os familiares do outro, compreendendo ascendentes, descendentes ou irmãos, na forma do art. 1595, §1º do CC, e ainda o parentesco civil, advindo dos vínculos estabelecidos pelas relações de adoção.

Desse modo, evidenciando aqui, o parentesco decorrente das relações de afinidade, se deve atentar ao fato de que, o artigo 1.694 do Código Civil, estabelece a satisfação da obrigação alimentar a todos os parentes, sem fazer qualquer distinção ou especificidade, e, portanto, ao se falar na dissolução do vínculo familiar, seja no casamento ou na união estável, a lei reconhece a permanência do elo de afinidade na linha ascendente e descendente após a dissolução da relação, dissolvendo-se somente a relação parental por afinidade na linha colateral, como exposto no art. 1595, §2º do CC, razão pela qual,

mantido o fundamento da solidariedade familiar, não se deve ignorar a permanência da obrigação de alimentar entre os afins.

Mister se faz salientar que, o referido entendimento referendado pela doutrina, vem sendo aceito jurisprudencialmente, visto que, já há jurisprudência estabelecendo a fixação de prestação alimentícia entre parentes afins, vejamos a decisão da juíza Adriana Mendes Bertocini que fixou pensão alimentícia devida pelo padrasto a sua enteada, reconhecendo-se o vínculo estabelecido ao longo de mais de 10 anos de convivência: “A relação afetiva restou demonstrada, posto que é o requerido quem representa a adolescente junto à instituição de ensino que a mesma estuda.

Ademais, o requerido declarou ser a adolescente sua dependente, além de arcar com o custeio de sua viagem aos Estados Unidos. Não há nos autos notícia acerca de eventual contribuição financeira percebida pela adolescente de seu pai biológico. Contudo, mesmo que a menor receba tal auxílio, nada impede que pelo elo afetivo existente entre ela e o requerido, este continue a contribuir financeiramente para suas necessidades básicas.

Portanto, primando pela proteção integral da menor e com base na relação de afetividade existente entre a adolescente e o requerido, defiro os alimentos provisórios pleiteados” (TJ/SC, processo em segredo de justiça, Comarca de São José, 1ª Vara de Família). Imperioso ressaltar que, em julgamento de recurso interposto pelo requerido, o Tribunal de Justiça Catarinense manteve a decisão da juíza a quo:

“Alimentos à enteada. Possibilidade. Vínculo socioafetivo demonstrado. Parentesco por afinidade. Forte dependência financeira observada. *Quantum* arbitrado compatível com as necessidades e possibilidades das partes. Comprovado o vínculo socioafetivo e a forte dependência financeira entre o padrasto e a menor, impõe-se a fixação de alimentos em prol do dever contido no art. 1694 do Código Civil. Demonstrada a compatibilidade do Alimentante, em especial os sinais exteriores de riqueza em razão do elevado padrão de vida deste, não há que se falar em minoração da verba alimentar” (TJ/SC, Ac. Unân., 2ª Câmara de Direito Civil, Agr. Instr. 2012.073740-3 – Comarca de São José, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 14.2.13).

Conseqüentemente, é necessário analisar as circunstâncias e fatos concretos que envolvem a relação entre os parentes afins para o estabelecimento de prestação alimentícia, uma vez que, tratando-se de responsabilidade subsidiária e complementar, só poderá ser imposta, quando não houver parentes mais próximos consanguíneos ou civis, aptos a suportar o encargo.

3.1.3. Do caráter solidário do dever de alimentar

Sabe-se que a obrigação alimentícia prevista no Código Civil é de caráter subsidiário e complementar, condicionado às possibilidades de cada um dos devedores. Destaca-se que, a natureza da obrigação é divisível e não solidária, desse modo, havendo mais de uma pessoa obrigada à prestação, deverá o credor necessitado, pleitear os alimentos de todos os coobrigados, que irão suportar o encargo na medida de sua cota parte e observadas suas possibilidades.

Conforme explicitado no artigo 265 do Código Civil, a solidariedade não se presume, a mesma deve resultar expressamente da lei ou de convenção entre as partes. Todavia, inovou o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) ao trazer em seu artigo 12 o estabelecimento da solidariedade obrigacional na prestação de alimentos em favor do idoso.

Art. 12. (Lei nº 10.741/03) A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.

O referido dispositivo estabelece que em caso de necessidade, todos os obrigados a prestar alimentos em favor do ascendente idoso, parentes de mesmo grau, responderão solidariamente pela obrigação, o que implica dizer que, o idoso poderá demandar sozinho cada um dos devedores, ficando os mesmo obrigados integralmente pela dívida. É sabido que aquele que pagar integralmente tem o direito de regresso frente aos demais coobrigados.

Ressalta-se que, a inovação trazida no artigo supracitado se baseou no princípio da proteção integral e prioritária em favor das pessoas de idade avançada.

4. OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO AO IDOSO

4.1 Lei 8.842/94 (Política Nacional do Idoso)

Conforme citado nos tópicos acima, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 inovou-se ao estabelecer acerca da assistência social, visto que, anteriormente dispunha-se apenas sobre os direitos relativos à previdência social da pessoa idosa, com essa nova disposição passou-se a observar de maneira explícita, outros diversos aspectos referentes aos direitos dos idosos, que vieram a ser implementados nas legislações infraconstitucionais decorrentes.

Com o objetivo de atribuir efetividade ao disposto na Carta Magna de 1988, em 04 de janeiro de 1994 foi promulgada a Lei 8.842, que dispôs a Política Nacional do Idoso, legislação infraconstitucional pioneira a abordar de forma ampla os direitos dos idosos no Brasil, a qual tem por finalidade assegurar os direitos sociais dos idosos e objetivou criar mecanismos para a promoção da autonomia destes, além de possibilitar-lhes a garantia de meios de integração e participação efetiva na vida em sociedade.

A referida legislação foi regulamentada pelo Decreto no 1.948, de 3 de julho de 1996, e teve como principais articuladores as entidades civis, tais como, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), e as entidades técnicas, como a Associação Nacional de Gerontologia (ANG) e a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG)²⁵.

A lei é relativamente pequena, haja vista que, possui apenas 22 artigos e é estruturada em 6 capítulos, o quais: capítulo 1- Da Finalidade; capítulo 2 - Dos Princípios e das Diretrizes; capítulo 3 - Da Organização e Gestão; capítulo 4 -

²⁵(de Oliveira Alcântara, Camarano, & Giacomini, 2016, p. 360)

Das Ações Governamentais; capítulo 5 - Do Conselho Nacional; e capítulo 6 - Das Disposições Gerais.

Em seu artigo 2º, a lei considerou idoso todo cidadão maior de 60 anos de idade.

4.2 Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso)

A Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, tramitou no Congresso Nacional por seis longos anos, vindo a ser publicada em 01 de outubro de 2003, onde em seus 118 artigos, se consagram uma série infindável de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos²⁶, consiste em um microsistema jurídico de proteção à velhice, que consolidou a matéria relativa aos direitos e garantias dos idosos²⁷, onde se reconhece as necessidades especiais dos mais velhos e estipula as obrigações do Estado.

O Estatuto do Idoso foi considerado um grande marco na legislação brasileira em matéria de proteção aos idosos, visto que, se estabeleceu regras de direito previdenciário, civil, e ainda, preocupou-se com a proteção penal do ancião, o qual dispõe de penalidades mais severas para quem haja com descaso em relação aos mesmos. O Estatuto prevê vários direitos fundamentais que visam garantir com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e convivência familiar e comunitária dos idosos²⁸.

Deve-se ressaltar que o referido diploma legal, além de estabelecer direitos, também identificou as pessoas obrigadas a dar-lhes efetividade e que

²⁶(Dias, Manual de Direito das Famílias, 2016, p. 643)

²⁷(SARAIVA de Lima)

²⁸SILVA, LillianPonchio e et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo**. 2012. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx>. Acesso em: 20 jun 2016.

respondem pelas responsabilidades decorrentes, como já citados compreende-se, a família, a sociedade e o Poder Público.

Em consonância com o artigo 1º do Estatuto, considera-se idoso todo cidadão com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, portanto, se verifica uma antinomia entre o que resta estabelecido no artigo 34 do Estatuto Idoso e no artigo 20 da Lei de Orgânica da Assistência Social, visto que, só se confere direito ao recebimento do benefício assistencial ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos completos.

4.3 Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social)

É sabido que o grande marco para a evolução do direito a Assistência Social no Brasil foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde se implementou o tripé da seguridade social, compreendendo a condição de política pública a saúde, a previdência social e por fim nos artigos 203 e 204 da CF a assistência social.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), n 8.742/93 foi promulgada para regulamentar esse novo aspecto trazido pela Constituição nos artigos 203 e 204, uma vez que, se propõe a estabelecer normas e critérios para a organização e gestão do direito assistencial.

É de verificar-se que, o Governo Federal vem apresentando iniciativas, como a implementação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), para desenvolver o estabelecimento de uma rede de proteção e promoção social cada vez mais atenta a satisfazer aos interesses da população, onde a Norma Operacional Básica do Sistema Único da Assistência Social – NOB/ SUAS aprovada pela Resolução nº 130, de 15 de julho de 2005, do CNAS, visa a implementação e a consolidação do SUAS.

Em análise mais específica dos fundamentos da Lei Orgânica da Assistência Social, é possível perceber que a mesma tem como fonte principal o inciso V, do artigo 203 da Constituição Federal, e fora promulgada para disciplinar tal

dispositivo, o qual assegura a assistência social a todos os cidadãos que dela necessitarem, independente de prévia contribuição a previdência social, garantindo, portanto, a quantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meio de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família²⁹.

Desse modo, o principal ponto a ser debatido da Lei 8.742/93, é o Benefício de Assistência Continuada, previsto na Constituição de 1988 e regulamentado pelo artigo 20 da LOAS, conforme segue:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Para concessão do benefício dispõe a Lei Orgânica da Assistência Social em seu art. 20 que:

§ 3º - Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

É necessário que através de programas de assistência do município sejam observados os critérios estabelecidos na referida Lei e fique constatada a situação de vulnerabilidade e a condição de miserabilidade do idoso e de seu grupo familiar.

Concedido o benefício este será revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

Por conseguinte, os instrumentos normativos apresentados se destinam a uma finalidade muito específica, que é assegurar a tutela da pessoa idosa, razão pela

²⁹ Florindo da Silva, H. (15 de Fevereiro de 2011). *A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) como ação afirmativa a garantir o direito a diferença*. Acesso em 12 de Novembro de 2017, disponível em Conteúdo Jurídico: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-organica-da-assistencia-social-loas-como-acao-afirmativa-a-garantir-o-direito-a-diferenca,31232.html>

qual, eventual antinomia entre as legislações supracitadas, deve ser resolvida do seguinte modo: como todas são normas tendentes à proteção ao idoso, quando houver conflito entre as mesmas, sempre deve prevalecer à proteção do idoso, uma vez que se deverá resolver a antinomia em favor do beneficiário do direito.

5. O CONFLITO DE NORMAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A grande controvérsia debatida no presente trabalho, se estabelece quando passa-se a analisar o ordenamento jurídico pátrio, no que cerne ao amparo aos idosos quanto a responsabilidade alimentar, seja o mesmo prestado pela família, comunidade, sociedade ou Poder Público.

Sabe-se que, Em atenção ao artigo 14 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), quando a família não puder cumprir com as obrigações alimentares em favor dos ascendentes, tal provimento deverá ser atribuído ao Poder Público. O artigo supracitado reconhece a obrigação do Estado, por meio da assistência social para com o idoso, se este ou seus familiares não possuem condições para prover seu sustento, sendo este o meio de garantir a pessoa idosa dignidade como pessoa humana e efetivar os seus direitos fundamentais.

Além disso, o artigo 34 do Estatuto do Idoso, disciplina:

Art. 34 Estatuto do Idoso. 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.

O benefício assistencial ao qual faz referência o artigo citado, é o Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social - BPC-LOAS previsto na Lei nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), sendo este um integrante do Sistema Único da Assistência Social - SUAS, pago pelo Governo Federal, cuja concessão e administração é realizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), e assegurado por lei, encontrando-se disposto no art. 203, V da Constituição Federal, estabelecendo que a assistência social será prestada, independente de contribuição social, a todo aquele que necessitar, estando este nas condições estabelecidas no mencionado artigo do Estatuto do Idoso, garantindo o valor de 01 (um) salário

mínimo mensal. Seu objetivo é permitir o acesso de idosos e pessoas com deficiência às condições de uma vida digna.

Todavia, a disposição constitucional contida no artigo 203, inciso V, que estabelece o referido benefício, nada fala quanto à idade mínima para que ocorra o deferimento do benefício, dispondo apenas que o mesmo deve ser concedido ao idoso, de forma geral, vejamos:

Art. 203 da CF. 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 à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Destaca-se que a Lei 10.741/03, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 1º considera idoso todo cidadão com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade, entretanto, a Lei Orgânica de Assistência Social só prevê a concessão do benefício assistencial para o idoso a partir de 65 (sessenta e cinco) anos completos.

Mister se faz salientar que, a Constituição Federal, apesar de promover em seus dispositivos a proteção dos idosos, não se preocupou em definir quem seria assim considerado e atribuiu dúbio tratamento à pessoa idosa, uma vez que, não é uniforme quanto a disposição etária em seus artigos.

Na leitura do texto constitucional constata-se que, no parágrafo segundo do artigo 230, a Carta Magna determinou que é garantida a gratuidade do transporte público aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, já na alínea b do parágrafo primeiro do artigo 14, dispôs de forma diversa, ao afirmar que o voto será facultativo para os maiores de 70 (setenta) anos, e no inciso II do parágrafo primeiro do artigo 40, estabeleceu ainda que os servidores públicos deverão ser compulsoriamente aposentados aos 70 (setenta) anos de idade.

A primeira legislação brasileira a definir a idade mínima para que se considere o cidadão uma pessoa idosa, foi a Política Nacional do Idoso - Lei 8.842/1994,

a qual definiu ser considerado idoso toda pessoa maior de 60 (sessenta) anos de idade, o que deixou dúvidas acerca da inclusão, ou não, dos cidadãos com 60 (sessenta) anos exatos.

Por conseguinte, objetivando acabar com a dúvida deixada pela Política Nacional do Idoso, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em seu artigo 1º, estabeleceu ser considerada pessoa idosa, todo aquele cidadão com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Ressalta-se que, a Organização Mundial de Saúde (OMS) define o idoso como a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, salvo nos países desenvolvidos, nos quais a idade sobe para 65 (sessenta e cinco) anos. Dessa forma, se relaciona a expectativa de vida da pessoa ao nascer com a qualidade de vida que as nações proporcionam aos seus cidadãos. Essa conceituação seguiu a Resolução 39/125 da Organização das Nações Unidas (ONU), fruto da Primeira Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento da População, realizada em 1982, na cidade de Viena.³⁰

É possível observar que, o legislador, ao promulgar o Estatuto do Idoso, seguiu os parâmetros estabelecidos pela OMS para definir quem será considerado pessoa idosa.

À vista disso, insta ressaltar a existência de uma problemática acerca da idade mínima para pleitear o Benefício de Prestação Continuada, tendo em vista a divergência das legislações em relação à consideração de pessoa idosa, haja vista que, o Estatuto do Idoso estabelece que sejam considerados idosos, todas as pessoas que tiverem 60 (sessenta) anos completos, entretanto, a Lei Orgânica de Assistência Social só prevê a concessão do benefício assistencial para o idoso a partir de 65 (sessenta e cinco) anos completos.

Destarte, todas as vezes que a Constituição Federal abordou de maneira específica acerca do direito dos idosos, o texto constitucional foi claro quanto a

³⁰(SARAIVA de Lima)

quem seriam os destinatários dos privilégios concedidos, visto que, dispôs explicitamente a restrição quanto à idade, como é o caso do artigo 230, §2.º, que versa acerca da gratuidade do transporte coletivo urbano para os maiores de sessenta e cinco anos. De maneira diversa, quando não há especificado no texto constitucional restrição quanto idade mínima para o estabelecimento dos benefícios, se deve observar o que está previsto na legislação infraconstitucional, aqui o artigo 1º do Estatuto do Idoso.

A problemática envolvendo a idade mínima presente entre as legislações, para que possa ser pleiteado o Benefício de Prestação Continuada, é tema do Projeto de Lei do Senado nº 279, de 2012, o qual tem como iniciativa uniformizar os padrões adotados pelas duas leis, adotando a idade recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como critério para as políticas direcionadas à proteção da senioridade. O projeto de Lei propõe a alteração do artigo 20 da Lei 8.742/93, para estabelecer que o idoso que não “possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”, faça jus ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) a partir dos sessenta anos.

5.1 Da antinomia normativa:

Sabe-se que, o ordenamento jurídico deve encerrar um conjunto unitário e ordenado de elementos em função de princípios coerentes e harmônicos entre si, de modo que em sua acepção objetiva o direito possa ser representado com um todo organizado, onde os textos legais, isto é, o conjunto de normas jurídicas, as legislações que o integram estejam dispostas de modo a desempenhar a função a que lhes compete³¹.

Preleciona Norberto BOBBIO, que:

"A situação de normas incompatíveis entre si é uma das dificuldades frente as quais se encontram os juristas de todos os tempos, tendo esta situação uma denominação própria: antinomia. Assim, em considerando o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, o Direito não tolera antinomias."³²

³¹ESTIGARA, Adriana. Das antinomias jurídicas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 791, 2 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7207>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

³²(BOBBIO, 2014, p. 85)

Tércio Sampaio Ferraz Jr. define antinomia jurídica como sendo:

“a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado”³³

Mister se faz salientar que, os problemas que envolvem a população são de alta complexidade, o que exige de maneira reflexa a edição de normas harmônicas e coerentes, entre si, para que sua aplicabilidade seja totalmente satisfatória. O ordenamento jurídico se organiza de modo a evitar a confusão e o tumulto social, onde a ordem jurídica constitui a organização da sociedade pelo direito e se rege pelo princípio maior de efetivação da justiça³⁴.

Ocorre que, dentro do próprio Estatuto do Idoso, se verifica uma antinomia normativa, haja vista que o artigo 1º primeiro da Lei 10.741/03 considera idoso, todo cidadão com 60 (sessenta) anos de idade completos, todavia, em seu artigo 34, se estabelece o benefício assistencial apenas para o idoso com 65 (sessenta e cinco) anos completos, o que é reflexo do estabelecido pelo artigo 20 da Lei 8.742/93, que também adotou os 65 (sessenta e cinco) anos como mínimo etário.

5.2 A Vulnerabilidade e a Solução:

Nas palavras de Heloisa Helena Barboza o termo vulnerabilidade deriva do latim *vulnerabilis*, aquilo que pode ser ferido³⁵, o que implica dizer aquilo que se pode vulnerar, o lado mais fraco de um assunto ou questão e o ponto por onde alguém pode ser atacado ou ofendido³⁶.

³³(DINIZ, 2001, p. 19)apud. (Tércio Sampaio Ferraz Jr., Antinomia, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., p14)

³⁴ESTIGARA, Adriana. Das antinomias jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 791, 2 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7207>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

³⁵(BARBOZA, 2009, p. 110)

³⁶(Editora Melhoramentos Ltda.)

Em razão da idade avançada os idosos tornam-se vulneráveis, possuindo peculiaridades que os colocam em uma situação de fragilidade em relação ao restante da sociedade, portanto, deve-se dispensar tratamento diferenciado aos mesmos, visto que suas vulnerabilidades demandam por tutelas estatais específicas.

Conforme discorrido nos tópicos anteriores, a Constituição Federal assegura a todos aqueles que não têm meios de prover com a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, o Benefício de Prestação Continuada no valor de 01 (um) salário mínimo mensal, o qual deverá ser custeado pelo Estado, desde que preenchidos os requisitos necessários.

Portanto, constatada a antinomia jurídica existente entre as legislações, qual seja, o Estatuto do Idoso e a Lei Orgânica da Assistência Social, é possível perceber que os cidadãos que se encontram entre 60 e 64 anos, embora sejam considerados idosos, não tem direito a perceber o referido benefício, conquanto já pacientes de toda a proteção do Estado conferida a pessoa idosa, ainda se encontram em uma flagrante situação de vulnerabilidade, uma vez que, não tendo condições de manutenção, seja por meios próprios ou por sua família, também não poderá requerer o auxílio estatal, ficando a mercê de outros auxílios assistências oferecidos pelo estado através do CRAS (Centro de Referência da Assistência Social), como exemplo, do oferecimento de cestas básicas, aluguel social, entre outros, programas o qual são insuficientes para possibilitar uma condição de vida digna a este idoso, afastando a situação de miserabilidade e desemprego em que esta inserido.

Visualiza-se a solução do conflito existente entre as normas, a partir da interpretação do problema sob a égide do disposto no texto constitucional, visto que, a Constituição Federal preleciona no art. 230, inciso V, que o benefício será concedido ao idoso sem restrição específica de idade, de modo que, se a lei infraconstitucional nova, revoga lei posterior tem que se aplicar ao mesmo 60 (sessenta) anos e não 65 (sessenta e cinco), pois após a promulgação da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) passou-se a prever que será considerado

idoso todo cidadão com 60 (sessenta) anos completos, o que revogou a disposição do art. 20 da lei 8.742/93 (LOAS).

Se a Carta Magna de 1988 não restringiu a idade mínima, ficando posteriormente regulamentado no Estatuto que se considera idoso com 60 anos, a lei de benefício está incorreta, e deve ser adaptada, porque a Constituição concedeu o benefício ao idoso, e a norma infraconstitucional regulamentadora diz que todo cidadão com 60 (sessenta) anos completos é considerado idoso, portanto, deve-se entender a proteção a este.

Embora o art. 34 do Estatuto do Idoso preveja que a idade mínima para pleitear o BPC é 65 (sessenta e cinco) anos, o mesmo não pode se sustentar, visto que, a antinomia normativa apresentada, é de caráter aparente, sendo que ambas as legislações regulam o mesmo tema, qual seja, a idade mínima para que se possa pleitear o benefício de prestação continuada, de modo que, em regra, as legislações se excluem, devendo ser resolvida observando-se os preceitos de direitos fundamentais.

Vários são os critérios apresentados para a solução das antinomias normativas aparentes, sejam estes, cronológicos, hierárquicos ou em razão da especialidade. Constatada a existência da antinomia normativa os operadores do direito podem se valer de métodos modernos ou clássicos, para apresentar solução para o caso específico.

Conforme apresentado no capítulo anterior, verificada a antinomia normativa presente dentro do Estatuto do Idoso, e na Lei Orgânica da Assistência Social, se faz razoável dizer que, o operador do direito poderá resolver tal antinomia pela técnica de ponderação, a qual vem sendo empregada pelo Superior Tribunal Federal em seus julgados.

Ressalta-se que, essa técnica de resolução de antinomia é, em regra, a aplicação da norma que mais faz prevalecer o Direito Fundamental, isto é, pondera-se qual das normas que melhor abrange o direito fundamental, sendo

aplicada a mais benéfica para o cidadão que a pleiteia, nos casos de antinomia normativa.

Nesse sentido, vem decidindo a juíza Adriana Regina Barni Ritter da 2ª Vara do Juizado Especial Federal de Criciúma, onde determinou ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que pague o benefício assistencial de um salário mínimo a duas pessoas de 60 e 62 anos de idade, cinco e três anos a menos que a idade prevista na legislação sobre o benefício, que é de 65 anos.

Segundo a juíza, são inconstitucionais o artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e o artigo 34 do Estatuto do Idoso que preveem o benefício para pessoas com mais de 65 (sessenta e cinco) anos em situação de carência. A juíza observou ainda que o próprio estatuto, em outro artigo, considera idosas as pessoas que tenham pelo menos 60 anos de idade, vejamos:

“Apesar dessas disposições, sobretudo a previsão de proteção integral, o fato é que o Estatuto do Idoso (de 1º de outubro de 2003) ao invés de alterar a LOAS para que todos os idosos, com idade igual ou acima de 60 anos, fizessem jus ao benefício assistencial, acabou por repetir, em seu art. 34, os mesmos termos da Lei n. 8.742/93, exigindo a idade de 65 anos para tal. Ora, é evidente que o referido art. 34 da Lei n. 10.741/2003 é inconstitucional nesse aspecto, pois trata desigualmente pessoas que se encontram nas mesmas condições, ou seja, os idosos que não tem condições de prover a sua subsistência por si ou pela sua família.

Não há como diferenciar o idoso entre os 60 a 64 anos daquele que possui 65 anos ou mais para fins de benefício assistencial, sem ferir o princípio da isonomia, previsto constitucionalmente (CF, art. 5º). Isso porque o art. 203, inciso V, da CF, estabelece a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao **idoso** que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (grifei).

Por evidente, não tendo a Constituição Federal limitado a idade do idoso para fins de amparo social, a lei não poderia fazê-lo, porque isso implica, ao fim e ao cabo, total afronta ao princípio da igualdade, que é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

(TRF/SC, JEC. 2ª Vara Federal de Criciúma, Procedimento Comum. 5002159-70.2015.4.04.7204 –MM. Adriana Regina BarniRitter, julgado em. 08.7.15).

Para a magistrada, se o Estatuto do Idoso estabelece que as pessoas a partir de 60 anos de idade são consideradas idosas e devem ter proteção integral, a idade mínima para receber o benefício deveria ser a mesma. A expressão "conforme dispuser a lei", que está no texto constitucional, também não autoriza o limite de 65 anos. "Do contrário, poder-se-ia admitir (...) que o legislador instituísse qualquer idade mínima, como (...) 70, 75, 80 anos, o que, certamente, não foi a intenção do constituinte"³⁷.

Desse modo, a magistrada afirma que, tendo o Estatuto do Idoso estabelecido que a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos é considerada idosa para fins de proteção integral, e deve receber todos os demais direitos previstos naquela Lei, é evidente que, não poderia dispor de modo diverso fixando, acima disso, idade para ter direito ao benefício assistencial, já que o citado art. 203, V, da CF, estabelece esse direito ao idoso (vale dizer, ao idoso de qualquer idade).

“E nem poderia ser diferente, tanto em função do princípio da isonomia, que não pode ser olvidado na espécie, quanto em razão do próprio princípio da dignidade humana”, visto que, só será efetivamente observado no caso concreto se for estabelecido idêntico tratamento a todo e qualquer idoso que não possa prover a própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família.

A supracitada magistrada, argumenta sua decisão alegando a inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei 8.742/93, e artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), todavia, ao longo do presente estudo, pode-se perceber que não se trata de inconstitucionalidade, mas de uma antinomia normativa, que será resolvida, caso seja aprovado o projeto de Lei do Senado nº 279, de 2012, o qual tem como iniciativa uniformizar os padrões adotados pelas duas leis, adotando o previsto no artigo 1 do Estatuto do Idoso, qual seja, 60 (sessenta) anos de idade como idade mínima para que seja pleiteado o benefício assistencial.

³⁷(Justiça Federal do Estado de Santa Catarina, 2012)

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da situação de prejudicialidade em que estão inseridas as pessoas idosas que tenham entre 60 (sessenta) e 64 (sessenta e quatro) anos de idade, haja vista que, há uma antinomia normativa aparente no ordenamento jurídico pátrio no que concerne ao amparo aos idosos.

De um modo geral, os idosos que estão inseridos no contexto analisado, se encontram desamparados quando não possuem meios de prover sua própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família, visto que, embora o Estatuto do Idoso considere pessoa idosa aquela que tenha 60 (sessenta) anos ou mais, verifica-se que há uma divergência entre o Estatuto do Idoso e a Lei nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), posto que esta prevê a concessão do benefício do LOAS apenas para as pessoas com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, deixando excluídos as pessoas entre 60 e 65 anos já consideradas idosas pelo estatuto.

Destarte, conforme explicitado a antinomia normativa aparente apresentada no ordenamento jurídico, esta em discordância com o texto constitucional, que estabeleceu em seu artigo 203, inciso V, que o benefício assistencial seria devido a pessoa idosa e não ao maior de 65 anos. De modo que, as legislações regulam o mesmo tema, que é a questão referente à idade, todavia, em regra, por serem divergentes, elas se excluem. Sendo assim, deve-se resolver a antinomia pela técnica da ponderação, onde se integrará os preceitos de direitos fundamentais, isto é, aplicar-se-á a norma mais benéfica ao solicitante.

A pesquisa de campo realizada em uma instituição filantrópica que abriga idosos no município, e posterior questionário acerca dos residentes, possibilitou a verificação do problema, onde um dos residentes não recebia amparo familiar e sequer fazia jus ao benefício assistencial concedido pelo Governo Federal.

Dada a importância do assunto abordado, torna-se necessário a aprovação da alteração legislativa proposta no Projeto de Lei do Senado nº 279, de 2012, o qual tem como iniciativa uniformizar os padrões adotados pelas duas leis, adotando o previsto no artigo 1 do Estatuto do Idoso, qual seja, 60 (sessenta) anos de idade como idade mínima para que seja pleiteado o benefício assistencial.

Por conseguinte, deve-se integrar as diretrizes de Direito Fundamental para que ocorra a resolução da antinomia normativa aparente apresentada, de modo que, o operador do direito irá ponderar a condição prejudicial que se enfrente, e decidirá a divergência em prol do idoso necessitado.

BIBLIOGRAFIA

LISBOA, R. (2013). *Manual de Direito Civil* (8ª ed., Vol. 5). São Paulo: Saraiva.

BARBOZA, H. (2009). *Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos*. São Paulo: Atlas.

BBC, B. (s.d.). *Número de idosos no Brasil vai quadruplicar até 2060, diz IBGE*. Acesso em 20 de junho de 2016, disponível em bbc: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130829_demografia_ibge_populacao_brasil_lgb#share-tools

CHAVES DE FARIA, C., & ROSENVALD, N. (2017). *Curso de Direito Civil, Famílias* (9ª ed., Vol. 6). Salvador, Bahia: JusPodivm.

Cielo, P. F., & Vaz, E. R. (2009). *A Legislação Brasileira e o Idoso*. Acesso em 15 de Outubro de 2017, disponível em portal catalão: http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf

de Moraes, A. (2017). *Direito Constitucional* (33ª ed.). São Paulo: Atlas.

de Oliveira Alcântara, A., Camarano, A., & Giacomini, K. (2016). *Política Nacional do Idoso: velhas e novas questões*. Rio de Janeiro: Ipea.

Dias, M. (2015). *Manual de Direito das Famílias* (10ª ed.). São Paulo: RT.

Dias, M. (2016). *Manual de Direito das Famílias* (11ª ed.). São Paulo: RT.

Editora Melhoramentos Ltda. (s.d.). *Michelis - Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Acesso em 02 de Novembro de 2017, disponível em Michaelis: <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/vulnerabilidade/>

Florindo da Silva, H. (15 de Fevereiro de 2011). *A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) como ação afirmativa a garantir o direito a diferença*. Acesso em 12 de Novembro de 2017, disponível em Conteúdo Jurídico: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-organica-da-assistencia-social-loas-como-acao-afirmativa-a-garantir-o-direito-a-diferenca,31232.html>

GONÇALVES, C. (2017). *Direito Civil Brasileiro* (14ª ed.). São Paulo: Saraiva.

Justiça Federal do Estado de Santa Catarina. (2012). *Jusbrasil - Criciúma - pessoa de 62 anos terá benefício assistencial de idoso*. Acesso em 03 de Novembro de 2017, disponível em JusBrasil: <https://jf-sc.jusbrasil.com.br/noticias/3109503/criciuma-pessoa-de-62-anos-tera-beneficio-assistencial-de-idoso>

MADALENO, R. (2016). *Direito de Família* (7ª ed.). Rio de Janeiro: Forense.

SARAIVA de Lima, L. (s.d.). *A Tutela Constitucional da pessoa idosa*. Acesso em 03 de Novembro de 2017, disponível em Conteúdo Jurídico: <https://conteudojuridico.com.br/artigo,a-tutela-constitucional-da-pessoa-idosa,55852.html>

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família**.3.ed. Rio de Janeiro: Max Editos, 1947. v.III, p. 21. apud(MADALENO, 2016, p. 484)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama “Das relações de Parentesco” apud (CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017, p. 550)

MONTEIRO, Whashington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit, p.294-295. apud(CHAVES DE FARIA & ROSENVALD, 2017)

ALMEIDA, Ana Paula da Silva. **Pais idosos: Responsabilidade familiar**. Disponível em: <<http://anaufms.jusbrasil.com.br/artigos/186614542/pais-idosos-responsabilidade-familiar>>. Acesso em 07 jun. 2016.

Arnaldo Rizzardo. Direito de família, 684 apud DIAS, Maria Berenice. **Os alimentos após o Estatuto do Idoso**. Clubjus, Brasília-DF: 09 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.1814&hl=no>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

SILVA, LillianPonchio e et al. **Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo**. 2012. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx>. Acesso em: 20 jun 2016.

ESTIGARA, Adriana. Das antinomias jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 791, 2 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7207>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ANEXOS

ANEXO A – PROJETO DE LEI DO SENADO nº 279 de 2012, de autoria do Senador Cyro Miranda.

ANEXO B –Sentenças proferidas pela MM. Juíza Federal Adriana Regina BarniRitter da 2ª Vara do Juizado Especial Federal de Criciúma, nos processos nº 5006013-14.2011.404.7204/SC e 5002159-70.2015.4.04.7204/SC.