

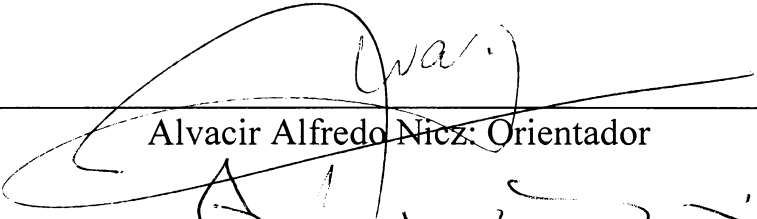
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO

TERMO DE APROVAÇÃO DA MONOGRAFIA

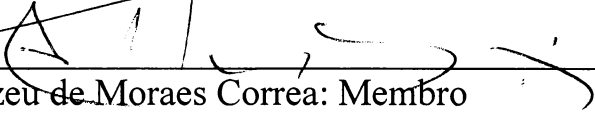
^ε
ELEMENTOS PARA UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DOS
DIREITOS DOS IDOSOS A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA

SERGIO NUNES DA CRUZ

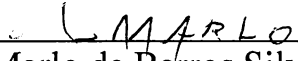
BANCA EXAMINADORA:



Alvacir Alfredo Nicz: Orientador



Elizeu de Moraes Correa: Membro



Luiz Marlo de Barros Silva: Membro

Curitiba –PR, outubro de 2004

SÉRGIO NUNES DA CRUZ

**ELEMENTOS PARA UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS DOS
IDOSOS A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

2004

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
 PARTE I – OS DIREITOS DOS IDOSOS	
Capítulo 1 – História e Evolução dos Direitos dos Idosos.....	4
Capítulo 2 – Os Direitos do Idoso no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	6
Capítulo 3 – Análise de Direito Comparado.....	9
Capítulo 4 – O Estatuto do Idoso.....	15
 PARTE II – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Capítulo 1- Percurso Histórico.....	19
Capítulo 2- Fundamentos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	21
Capítulo 3- Dissecção do Núcleo da Dignidade da Pessoa Humana.....	23
A – Igualdade.....	24
B- Integridade Psicofísica.....	24
C- Liberdade Individual.....	25
D- Solidariedade Social.....	26
 PARTE III – APORTES PARA UMA (RE)LEITURA DOS DIREITOS DOS IDOSOS SOB AS LENTES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
Capítulo 1 – Identificação dos Direitos dos Idosos enquanto Direitos Fundamentais.....	28
Capítulo 2 – A Dignidade da Pessoa Humana como Tarefa para o Estado implementar medidas de efetivação dos Direitos dos Idosos.....	31
Capítulo 3 – Estatuto do Idoso: da teoria à prática.....	35
 CONCLUSÃO	 38
 BIBLIOGRAFIA	 41

INTRODUÇÃO

O reconhecimento e importância dos direitos dos cidadãos idosos constituem fato recente tanto no panorama internacional quanto no nacional. Na cena nacional a emergência destas questões é ainda mais recente, apenas com a última Carta Constitucional. O abrolhar destas discussões tem seu fundamento alicerçado em um tripé: “transformações sociais, expansão demográfica e a saúde dos indivíduos que é afetada no curso dos anos”¹.

O IBGE mostra números que falam por si mesmos: de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui hoje cerca de 13 milhões de idosos – 8% da população. A projeção para o ano de 2025 é que este número seja em torno de 34 milhões de idosos – 13% da população². A Organização das Nações Unidas (ONU) divulgou na 2ª Assembléia Mundial sobre Envelhecimento, que aconteceu em Madri - Espanha, em 1982, que o número de idosos aumentará de 200% a 300% em apenas 35 anos, nos países em desenvolvimento, e isto tem inúmeros reflexos para a vida de um país³. Direito se constrói também em números. São quase 16 milhões de cidadãos, que das diversas formas querem ser respeitados e na medida do possível, participarem da construção socioeconômica do país.

Infelizmente, nossa sociedade ainda não evoluiu o suficiente para alcançar a importância dos idosos e o compromisso social em propiciar a eles um envelhecimento digno, porque eles formaram a sociedade em que vivemos, estabeleceram padrões sociais, construíram o conhecimento que hoje adquirimos e mais, nós somos sua extensão genética, sua continuação, portanto parte deles.

Conforme afirma Simone de Beauvoir, a classe dominante adota a posição cômoda de não considerar os velhos como homens: "se lhe ouvíssemos a voz, seríamos obrigados a reconhecer que é uma voz humana"⁴. Destarte, faz-se mister

¹ FERNANDES, F. da S. **As Pessoas Idosas na Legislação Brasileira**. São Paulo, 1997. p. 17.

² CAMARA, J. **Longevidade em perigo**. Disponível em:
<<http://www.direitoidoso.com.br/01/artigo012.html>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

³ PORTO, M. Y. **Direito dos idosos**. Disponível em:
<http://www.techway.com.br/techway/revista_idoso/politica/politica_mayla.htm>. Acesso em: 20 nov. 2003.

⁴ BEAUVOIR, S. de. **A Velhice**. Rio de Janeiro, 1990.

uma desconstrução deste modelo racional para, assim, arquitetarmos um modelo jurídico-social adequado ao respeito e reconhecimento do idoso enquanto cidadão.

É nesta circunstância que o princípio da dignidade da pessoa humana surge imperiosamente. O princípio aludido tem caráter capital em todo o ordenamento jurídico brasileiro, asseverado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III.

O juízo da dignidade da pessoa humana abrolha do pensamento de Immanuel Kant, que afirma, por sua vez, que o ser humano nunca pode ser tratado como instrumento, mas exclusivamente como fim, em todas as relações sociais e em si próprio.⁵ Essa compreensão, entretanto, não deve ser abordada isolada de seu contexto histórico e temporal, ao revés, a asseveração da dignidade da pessoa como princípio fundamental é elemento axiológico historicamente construído,⁶ tomando relevo e se consagrando, principalmente na segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial.

Com efeito, a compreensão dos direitos dos idosos desvinculados da realização de valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, não se mostra mais possível visto que enquanto direitos fundamentais que estes são possuem seu cerne e escopo sobre ela.

O presente trabalho se ocupa de reflexão crítica e construtiva que, resgatando elementos históricos que se projetam na contemporaneidade, expõe idéias e dilemas que desafiam a compreensão do direito dos idosos frente a dignidade da pessoa humana.

Visando ao desenvolvimento desta idéia, alicerçado nos marcos teóricos adiante explicitados, consciente da limitação metodológica imposta a um trabalho monográfico, dividiu-se o trabalho em três partes fundamentais as quais, a seu turno, se subdividem em diversos itens que têm como objetivo desenvolver a temática eleita.

O ponto de partida, constituído no primeiro capítulo, destina-se a ilustrar um panorama genérico do direito dos idosos. Parte do delineamento da evolução histórica destes. A seguir há referência da positivação da legislação referente às

⁵ KANT. I. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: _____. **Crítica da Razão Pura e outros Textos**. São Paulo, 1974. p. 224.

⁶ COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo, 2001. p. 51.

peças idosas no ordenamento jurídico brasileiro e no cenário internacional, ressaltando as experiências neste campo. Ao final, há reflexão sobre as inovações legislativas trazidas pelo Estatuto do Idoso, sancionado em 2003.

Na seqüência, o segundo capítulo deste trabalho tem por escopo tecer apontamentos lacônicos acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, elevado a fundamento da República pelo artigo 1º, inciso III da Constituição de 88. Inicialmente caminharemos através das perspectivas históricas do princípio em questão para aportarmos em sua estrutura nuclear, passando pelos fundamentos que lhe dão sustentação.

Por derradeiro, há a explicitação da zona de interseção entre os direitos do idoso e o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto seu elemento basilar. O terceiro capítulo inicia-se com a equiparação dos direitos dos idosos com a categoria dos direitos fundamentais, ancorados, por sua vez, na dignidade da pessoa humana. Esta serve, em momento posterior da análise, enquanto elemento impositivo para o Estado implementar medidas de proteção à população idosa. Por fim, a ponderação acerca dos dispositivos do Estatuto do Idoso e sua passagem do texto legal à prática encerram o presente trabalho.

PARTE I – OS DIREITOS DOS IDOSOS

Capítulo 1 – História e Evolução dos Direitos dos Idosos

As ponderações que se erigem acerca do direito dos idosos não são recentes. Historiadores⁷ nos revelam que muitas comunidades antigas já possuíam um padrão de tratamento das pessoas idosas. É desta evolução histórica que este capítulo irá tratar.

O primeiro registro assinalado pela doutrina⁸ em relação ao direito dos idosos é o Código de Hamurabi. Esta legislação já dispunha de distinções jurídicas entre as etapas etárias da vida do ser humano.

No Egito, foram encontrados hieróglifos, os quais assinalam para uma política de assistência às pessoas idosas.

É sabido que nas sociedades primitivas as pessoas de mais idade possuíam papel de destaque e respeito frente a toda a comunidade. Costumeiramente os mais velhos eram agraciados com os melhores pedaços da caça, e eram servidos por todos tendo em vista suas capacidades e limitações. Com freqüência, ao longo da história, os idosos são associados com a idéia de respeito e sabedoria. Nas religiões politeístas, em sinal de respeito e veneração aos mais velhos, se davam os nomes aos deuses⁹.

O respeito e os cuidados aos idosos se transferiam de uma civilização a outra pela tradição. A concepção de direitos dos idosos que abrolha no principiar do século XXI é fruto de uma caminhada longa e contínua que colhe elementos de diferentes e diversas matizes.

Elementos de proteção e respeito aos idosos são semeados das mais diversas fontes históricas. Tais elementos fazem-se presentes no Vedas, livro sagrado dos hindus; no Avestra, da civilização persa; e também no Alcorão, livro dos árabes, e no Talmud, guia sagrado dos judeus.

É com o cristianismo, todavia, que a idéia de proteção aos idosos abrolha com força. O *Corpus Juris Civilis*, imposto a todo o Império Romano, trouxe aspectos

⁷ DUBY, G. *História da Vida Privada*. São Paulo, 1990. p. 209.

⁸ FERNANDES, F. S. *Pessoas Idosas na Legislação Brasileira*. São Paulo, 1997, p. 30.

⁹ SIMMONS, L. *The Hole of the Aged in Primitive Society*. S.I., 1970.

concernentes aos idosos no que tange seus posicionamento e respeito perante a família e a comunidade.

A legislação justiniana estendeu seus reflexos no direito canônico. A igreja católica, no período medieval, combinando elementos colhidos nas escrituras sagradas e no *Corpus Juris Civilis* elaborou um Código de Direito Canônico que continha disposições a respeito do envelhecimento.

Após a Revolução Francesa, com a elaboração do *Code Civil* em 1804, o direito moderno vê surgir pela primeira vez normas protetivas de idosos e veteranos de guerra.

Com o desenvolvimento tecnológico e o implemento industrial houve uma completa desconsideração dos direitos da massa trabalhadora, na qual encontram-se muitos idosos. Este descaso perdura até o termo da segunda guerra mundial, ocasião na qual a Inglaterra, de maneira pioneira, implementou programas especiais de assistência ao envelhecimento.

Destarte, a questão do idoso foi tomando corpo e relevância na cena internacional. Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, erigiuse a responsabilidade de todos os Estados da Comunidade Internacional atentarem-se aos direitos dos idosos.

Desde então o debate tem sido crescente. Foram realizados vários debates internacionais sobre a temática sob o comando da ONU. Em 1982, ano internacional do idoso, foi realizada em Viena a assembléia mundial sobre o envelhecimento. Com a presença de mais de 126 países, foi possível o lançamento do plano de ação internacional sobre o envelhecimento. Tal diploma é eminentemente programático suscitando práticas conjuntas que enlacem toda a sociedade.

No direito brasileiro, as primeiras disposições neste influxo encontram guarida no Código Civil de 1916, sobre a influência do Código Francês. É a Constituição de 1988, de maneira mais explícita, que inaugura a proteção das pessoas idosas, em seu artigo 230.

As disposições constitucionais fixam imposições para "... a família, a sociedade e o Estado no sentido de amparar as pessoas idosas, assegurando sua

participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”¹⁰.

Atendendo parcialmente o disposto pela Carta Constitucional, o Congresso promulgou, em 4 de Janeiro de 1994, a Lei federal nº 8842, que implantou a política nacional do idoso e criou o Conselho Nacional do Idoso. Para além disto, tutela a lei os recursos financeiros destinados a proteção do idoso.

O Estatuto do Idoso, mais recente inovação legislativa nesta seara, Lei 10.741/03, surge para reforçar o ordenamento jurídico brasileiro no que tange a proteção das pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos.

Postas estas considerações passaremos para exame mais detalhado da tutela das pessoas idosas no ordenamento jurídico pátrio.

Capítulo 2 – Os Direitos do Idoso no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A tutela conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro às pessoas idosas sempre se apresentou de maneira insatisfatória e parca. Destarte, os idosos sempre estiveram colocados à margem do ordenamento jurídico pátrio clamando por respostas.

Neste principiar de milênio, os fatos sobrepõe-se ao direito e faz-se imperiosa a construção de uma consciência jurídica e legislativa protetiva dos idosos. Neste sentido, subscrevemos a seguinte lição:

Infelizmente não vamos tratar (...) da necessidade de resgate da cidadania do idoso, pois pelo que podemos observar, o idoso nunca teve realmente sua cidadania garantida. Trata-se, portanto, de garantir a construção da cidadania do idoso. Construção sim! Porque o idoso nunca foi realmente considerado cidadão capaz de exercer plenamente sua autonomia...¹¹

Foi a Carta Constitucional de 1988 o primeiro diploma legal que trouxe consigo a preocupação com a população idosa, que aumenta – no Brasil e no Mundo – de forma acelerada em relação à população geral.

¹⁰ ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo, 2001. p.405.

¹¹ BRAGA, P. M. V. **Envelhecimento, ética e cidadania**. Disponível em: <<http://www.direitoidoso.com.br/01/artigo006.html>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

Em razão disso, no que diz respeito ao âmbito nacional, afirma o art. 230 da Constituição da República Federativa do Brasil: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O texto constitucional faz menção, em várias oportunidades, à direitos cujos titulares são pessoas de terceira idade. Nesta toada, nos ensina José Afonso da Silva:

Os idosos não foram esquecidos pelo constituinte. Ao contrário, vários dispositivos mencionam a velhice como objeto de direitos específicos, como do direito previdenciário (art. 201, I), do direito assistencial (art. 203, I), mas há dois dispositivos que merecem referência especial, porque o objeto de consideração é a pessoa em sua terceira idade.¹²

A fim de complementar os dispositivos constitucionais, foi estabelecida a Política Nacional do Idoso através da Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994, e regulamentada pelo Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996. O objetivo destes dois diplomas legais é, em consonância com os preceitos constitucionais, colocar em prática, ações voltadas, não apenas para os que estão velhos, mas àqueles que vão envelhecer, no sentido de lhes garantir melhor qualidade de vida.

Muitas outras Leis tratam do idoso – inclusive o Estatuto do Idoso cujo trâmite pelo Congresso Nacional durou sete anos até ser sancionado. O presente Estatuto vem na esteira dos microssistemas, resgatando princípios constitucionais que garantem direitos que preservem a dignidade da pessoa humana em relação ao idoso. Ainda, este diploma insere importantes obrigações no que compete às entidades públicas ao atendimento aos idosos. Tendo em vista sua importância, o Estatuto do Idoso será estudado em capítulo à parte a seguir.

As leis brasileiras acerca da temática, embora, recentemente, abundantes e meticulosas, não têm sido eficientemente apostas. Esta deficiência encontra justificativa em vários fatores, desde contra-sensos dos próprios documentos legislativos até a ignorância por grande parte da população, inclusive dos próprios idosos, do que neles está disposto. A resposta a qualquer tipo de questão sobre

¹² SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, 2001. p. 824.

velho e velhice “depende a quem e como ela é feita. Não existe uma resposta única, porque o próprio fenômeno da velhice tem muitos significados contextualizados por fatores individuais, grupais e socioculturais.”¹³

Parcela da doutrina aponta que uma das causas desta ineficiência é a própria delimitação dos sujeitos desta proteção. Ou seja, a delimitação do que seja a pessoa idosa é feita de modo disforme e com contornos obscuros pelas previsões legais. A Constituição Federal alude, no § 2º, do seu art. 230, o limite de 65 anos, no mesmo sentido caminha a Lei Orgânica da Assistência Social. Todavia, a Lei nº 8.842/94, definidora Política Nacional do Idoso, estabelece a idade de 60 anos, de acordo com o critério adotado pela Organização Mundial de Saúde (OMS). A despeito de todas estas fixações, o Código Penal pátrio, por sua vez, refere-se a idade de 70 anos.

Infere-se que a tendência contemporânea seria a paulatina redução do limite de idade. O Estatuto do Idoso hoje tenta harmonizar essa distorção considerando idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, porém as controvérsias a este respeito ainda não estão sanadas.

Na cena internacional cabe destaque o Plano de Ação Internacional. Gestado pela ONU, discutido e aprovado na conferência de Madri, o plano obriga a ação governamental dos países signatários para enfrentar o desafio do envelhecimento da população. Introduce também um conjunto de recomendações, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento de pessoas idosas, à saúde e ao bem estar na velhice e garantir um ambiente propício e favorável. O Plano visa tem como escopo primordial o pleno desenvolvimento da pessoa idosa e de seus direitos, para que possam, ao envelhecer, manter sua segurança e dignidade, continuando a participar na sociedade no exercício concreto da cidadania.

Subscrevemos a seguinte lição no que diz respeito à positivação e reconhecimento dos direitos dos idosos:

O reconhecimento dos direitos dos cidadãos quando envelhecem é um fato recente. A urgência desses direitos é consequência de três fatores primordiais: as transformações sociais, a expansão demográfica e a consideração de que a saúde dos indivíduos é afetada

¹³ FOGAÇA, C. **O envelhecer sob um novo olhar**. Disponível em: <<http://www.direitoidoso.com.br/01/artigo015.html>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

no curso dos anos. Os direitos devem representar uma compensação pelas perdas e limitações porque passam as pessoas ao envelhecer, em particular nos aspectos físicos e psicológicos.¹⁴

Ao compararmos a experiência legislativa e prática de países com um maior nível de desenvolvimento social, observamos o atraso brasileiro. Não há como ignorar que o idoso, em que pese à melhora e aprimoramento dos textos legais mais recentes, especialmente o Estatuto do Idoso, na prática cotidiana continua sendo desrespeitado e não reconhecido como sujeito de direitos e cidadania perante a sociedade. Sem dúvida, temos que reconhecer que alguns ramos do têm ao menos levantado a questão do Direito do Idoso, mas infelizmente o Direito e a Sociedade como um todo não tem acompanhado tais avanços.

Traçado os contornos da legislação pátria, nos cabe agora fixar um paralelo com o direito comparado a fim de demonstrar o tratamento da questão do idoso em outros ordenamentos.

Capítulo 3 – Análise de Direito Comparado

Não obstante o senso comum é inegável a sensível diferença que há entre envelhecer em países em desenvolvimento, como o Brasil, e em países do primeiro mundo. Nestes últimos, as condições sócio-econômicas e culturais são favoráveis à qualidade de vida do idoso, além de elevar a expectativa de vida das pessoas, ainda lhes permite chegar a idade avançada com uma maior capacidade econômica, garantindo não apenas uma vida melhor, mas uma verdadeira força dentro da sua sociedade, pois os idosos formam um grupo numeroso e influente.

Os Estados Unidos são pioneiros, no cenário internacional, em termos de proteção aos idosos. Vislumbram-se várias iniciativas governamentais para a promoção da cidadania na terceira idade. Entre estas iniciativas temos o FirstGov for Seniors¹⁵, promovida como parte das operações da seguridade. O FirstGov for Seniors traz uma série de informações e conscientizações sobre proteção ao consumidor da terceira idade, educação e treinamento para atividades produtivas, saúde, legislação, planos de aposentadoria, planejamento estratégico, assistência

¹⁴ FERNANDES, Flávio da Silva. **As pessoas idosas na legislação brasileira**. São Paulo, 1997. p. 167.

¹⁵ <http://www.seniors.gov>

tributária, viagens, trabalho e voluntariado, além de um plano especial de fornecimento de computadores e ensino de informática voltado para os idosos.

Na experiência americana, a medida protetiva dos idosos mais avultante é a legislação denominada de "The Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA)". Esta lei visa à proteção dos idosos e sua manutenção no mercado de trabalho. Porém esta tutela não engloba não apenas pessoas idosas, mas desde pessoas com 40 anos, tradicionalmente deixadas de fora nas estratégias de proteção aos mais velhos, mas também discriminadas. Para garantir a aplicação prática de tais medidas existem o Comitê para Iguais Oportunidades de Emprego e o Departamento de Discriminação da Idade no Trabalho.

Na República Alemã destaca-se a Lei Federal de Assistência e Bem-Estar Social (Bundessozialhilfegesetz) no que diz respeito à proteção dos idosos. A assistência social pode ser requisitada ao governo em casos de necessidade. Todos os cidadãos têm direito legal à assistência social e seus benefícios.

Existem duas formas de assistência oferecidas pelo governo alemão: assistência para despesas da vida cotidiana e assistência especial em casos de *disablement*, doença ou idade avançada.

A assistência adicional serve, no que tange aos idosos, para amparar as necessidades especiais enfrentadas por eles, tais como a obtenção ou a manutenção de sua cidadania (*sênior-citizen friendly*).

A legislação mais importante acerca deste auxílio social prestado pelo governo alemão está no livro IX do Código Social, do Ato Federal de Assistência Social. Além desta, existe um conjunto de leis que também corroboram para a proteção da população alemã que se encontra na terceira idade, cabe aqui citar a Emenda do Benefício da Moradia; a Política de Promoção de Emprego; e o Seguro Pensão.

Segundo Francisco Umbral, escritor de destaque na literatura espanhola, fez de suas obras instrumento de denúncia da condição idosa em seu país:

España es el único país donde se ve envejecer a los viejos esperando un tranvía que ya no pasa. A los ricos no les ves nunca, que envejecen entre la finca y la capilla, con una monja al costado, como ángel de la guarda que no se lava... De derechas o de izquierdas, nadie

quiere echar una mano a los (viejos), y lo que se maneja ahora son dígitos electorales, ingencias de voto comprado con ilusiones, no una verdadera voluntad de reparto o ayuda.¹⁶

Neste mesmo influxo, adiciona Martín Seco: “se nos insta a tratar el tema de las personas mayores con sensatez y respeto: “hemos condenado a la miseria a gran número de nuestros ancianos, así que, por lo menos, no les tomemos el pelo. Si queremos hablar de pensiones, hablemos en serio”.¹⁷

Ambas denúncias feitas ao tratamento da população de mais idade espanhola levantam questionamentos acerca da possibilidade da institucionalização de uma política de rendas garantidora da dignidade desta classe, rompendo, deste modo, e para sempre, a vociferada crise no sistema de pensões que funciona na Espanha enquanto instrumento de campanhas e pressões eleitorais.

A partir da crise econômica instaurada na década de setenta países como a Espanha passam a repensar as políticas redistributivas de renda, empenhadas pelo Estado. Este movimento é derivado das políticas neoliberais que predominam na cena econômica mundial gerando a ruptura do Estado de bem-estar social e a conseqüente hipertrofia da participação pública na vida estatal. Deste modo, foi levado à cabo um processo de desmantelamento das prestações sociais subsidiadas pelo Governo. É justamente neste cenário que figura a situação dos idosos na Espanha.

É neste sentido de desmantelamento do sistema de previdência social espanhola que se erigem os Pactos de Toledo. Estes acordos contêm medidas e decisões para refrear o crescente déficit público espanhol, contrários às políticas econômicas fixadas pela União Européia. Infere-se destes pactos a imposição de revisar o sistema de pensões espanhol, em especial as pensões referentes a aposentadorias, passando estes encargos para o setor privado.

A proteção da pessoa idosa na Espanha encontra-se, então, neste franco processo de privatização. Deste modo, as prestações antes cumpridas pelo Estado social, hodiernamente, passam pelo crivo do mercado e das grandes corporações que, por muitas vezes, as renega ou ignora.

¹⁶ UMBRAL, F. **Viejos de España**. El Mundo. 7 de septiembre de 1999.

¹⁷ MARTÍN SECO, J. F. **Hablemos en serio**. El Mundo. 6 de septiembre de 1999.

É na legislação canadense que vislumbramos um dos sistemas jurídicos e sociais de melhor amparo à classe idosa. É o chamado sistema de renda básica. Em sua definição mais genérica, o sistema de renda básica é o direito que cada cidadão possui de receber prestações periódicas que assegurem a cobertura de suas necessidades materiais, independente de sua posição na população economicamente ativa.

Existe hoje no Canadá, sobretudo no que diz respeito ao amparo à população idosa, dois tipos de prestações estatais: A primeira modalidade, contributiva, é o denominado Plano de Pensões do Canadá (CPP). A finalidade deste programa é que todos os que ingressem no mercado de trabalho assegurem uma pensão.

Esta pensão serve para proteção, individual e familiar, do possível desemprego, acidentes de trabalho ou, até mesmo, aposentadorias. Como todos os programas contributivos, seu financiamento depende das cotas pagas pelos empresários, trabalhadores autônomos e assalariados e do próprio Fundo de pensões do Governo.

O segundo modelo, não contributivo, se estabelece com base em um tripé: a Lei de Seguridade para as Pessoas Idosas (OAS), a Lei de Assistência às Pessoas Idosas (GIS) e a Lei de Pensão aos Companheiros (SPA). Todos estes diplomas legais têm como escopo assegurar a qualidade de vida das pessoas que ultrapassaram os 60 anos, incluindo, também, em certos casos, viúvos e viúvas mais jovens. Seu financiamento é feito pelo Governo Federal exclusivamente.

O Programa de Seguridade Social Canadense em relação aos idosos paga, desde a década de 50, uma pensão universal a todos cidadãos com idade superior a 65 anos, independente de ser canadense nato ou residente legal.

O caso canadense para além de ser uma excelente demonstração prática do funcionamento do programa de rendas básicas é um exemplo a ser seguido pela comunidade internacional.

No caso argentino, a cultura deste país latino não possui, entre suas bases, o amparo e deferência aos ancestrais e antecessores dispensados por algumas nações como, por exemplo, o Japão. Destarte, ainda não há neste país assistência estatal eficiente, como costuma acontecer em países como a Alemanha e a Itália.

A raiz desta ignorância e desamparo é de fundo essencialmente cultural, destacam os especialistas argentinos. Deste modo, pela ausência antropológica na base da sociedade de políticas – jurídicas e sociais – de proteção aos mais velhos é fruto da ausência deste comportamento nos costumes deste povo.

Para a realidade latino-americana em geral, o respeito aos idosos sempre foi menor do que o dispensado em outras partes do globo. De fato, os estudos comprovam – e aqui mais uma vez se realça o fator cultural – que os idosos sempre foram mais respeitados no Japão e na Europa, e menos respeitados na América, em comparação com o resto do mundo.

Citando Portugal, temos que a inovação legislativa portuguesa referente a população idosa deriva da portaria nº 1362/2003. Este dispositivo atualiza as prestações de invalidez, de velhice e de sobrevivência bem como as pensões de doença profissional dos subsistemas previdenciário e de solidariedade.

O governo português definiu como prioridade, no programa de reformulação estatal que está sendo levado a cabo, a reforma do sistema de segurança social, a qual foi iniciada com a publicação da lei nº 32/2002 que aprova as bases gerais do sistema de segurança social e cuja concretização compreende o desenvolvimento de medidas que garantam uma melhor proteção social da população idosa portuguesa.

Dentre as medidas que objetivam este fim, a atualização do valor das pensões constitui fator decisivo na dignificação das condições de vida das pessoas, especialmente daquelas que auferem pensões mais baixas.

Por isso, a Lei nº 32/2002, de 20 de dezembro, consagrou o princípio da convergência das pensões mínimas de invalidez e de velhice garantidas no âmbito do subsistema previdenciário para valores indexados à remuneração mínima mensal garantida à generalidade dos trabalhadores, deduzida da quotização correspondente à taxa contributiva normal dos trabalhadores por conta de outrem.

Da mesma forma e com o mesmo objetivo, o princípio da convergência foi estendido às pensões de invalidez de velhice do regime especial de segurança social das atividades agrícolas e às pensões sociais do regime não contributivo e pensões de regimes a este equiparado.

O processo de convergência legalmente consagrado consubstancia a concretização expressa do compromisso assumido pelo governo português. A presente atualização insere-se, por um lado, no processo de revisão periódica do valor das pensões e de valorização das condições de vida dos pensionistas e, por outro, traduz o propósito inequívoco do Governo no reforço da proteção social dos pensionistas mais desfavorecidos, respeitando sempre o esforço contributivo dos beneficiários e sem pôr em causa a sustentabilidade financeira do sistema de segurança social.

Expostas estas considerações passaremos ao exame mais minucioso do Estatuto do Idoso que, colhendo muitas influências das experiências internacionais, inovou em alguns aspectos da proteção das pessoas idosas no Brasil.

Capítulo 4 – O Estatuto do Idoso

Seguindo uma orientação legislativa moderna, contemporânea à Lei de Ação Civil Pública, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código do Consumidor, foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado no dia 1º de outubro de 2003, pelo presidente da República, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03).

O Estatuto estabelece como idoso as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos e impõe como dever de todos os elementos da sociedade, ou seja, família, entidades privadas e poder público, garantir ao idoso condições adequadas de vida.

Com esta lei passam a ser impostas várias medidas de proteção às pessoas idosas. Passaremos a destacar pontualmente as principais inovações em questão na referida Lei:

1. Atendimento preferencial, imediato e individualizado junto aos órgãos prestadores de serviços à população, sejam eles público ou privados, tais como bancos, correios e INSS, entre outros;
2. Garantia de acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social locais;
3. Direito de receber do Estado pensão alimentícia, em caso de dificuldade financeira da família;
4. Estímulo às empresas privadas, através de benefícios fiscais, à contratação de pessoas idosas pelas empresas privadas;
5. Gratuidade no transporte coletivo aos maiores de sessenta e cinco anos;
6. Maior celeridade na tramitação dos processos judiciais e administrativos das pessoas idosas;
7. Proibição dos planos de saúde cobrarem tarifas maiores dos idosos, embora esta questão tenha suscitado grande polêmica e hodiernamente ainda se faz controversa;
8. Redução da idade de 67 para 65 anos para que os idosos carentes ganhem um salário mínimo do poder público conforme previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (art. 34);

9. Atendimento preferencial no Sistema Único de Saúde;
10. Todo cidadão passa a ter o dever de avisar às autoridades situações em que um idoso seja alvo de negligência, discriminação, violência ou crueldade;
11. O cidadão idoso passa a ter prioridade na aquisição da moradia dos programas habitacionais, mediante reserva de 3% das anuidades;
12. As empresas prestadoras de serviços públicos passam a ter a obrigação ocupar seus quadros, dentro de um prazo, pelo menos 20% de trabalhadores com mais de 45 anos de idade, devendo, para tanto, adequar seus concursos e processos de seleção.

Como se vê, o Estatuto agiu no sentido de manter direitos que já previstos em lei, acrescentar novos direitos e dirimir questões que suscitavam dúvida na prática, como a questão do aumento das mensalidades pelos planos de saúde, que embora vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, causou inúmeras ações judiciais.

Faz-se mister mencionar outros importantes benefícios impostos pelo Estatuto, tais como o pagamento de meia-entrada em cinemas, shows e diversos eventos esportivos e de lazer; desconto de cinquenta por cento, no mínimo, no valor das passagens, em ônibus interestaduais; no caso do transporte coletivo intermunicipal e interestadual, ficam reservadas duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários mínimos, além do fornecimento gratuito de medicamentos, especialmente os de uso continuado.

A Lei 10.741/03, de maneira elogiável, proíbe a discriminação relativa à idade e a fixação de limite máximo de idade (art. 27), para a ocupação de postos de trabalho, inclusive em concurso público, exceto nos casos em que a atividade a ser exercida exigir certos requisitos não mais preenchidos em decorrência da idade. Ocorrendo, eventualmente, um desnivelamento na ocupação destas cargos, tal desnivelamento deve estar devidamente justificado. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, por uma "correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido

em critério de descrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado"¹⁸.

Sobre a obrigação a de prestar alimentos, o Estatuto do Idoso traz algumas modificações salutare, que seguem abaixo:

1. Possibilidade de transações quanto a prestação de alimentos efetivadas consensualmente e elevadas ao status de título executivo extrajudicial quando celebradas perante promotor de justiça (art. 13);
2. Solidariedade na obrigação de prestar alimentos, embora o idoso possa optar entre os prestadores (art. 12);

Ao fazer referência ao acesso à justiça e a atuação do Ministério Público o Estatuto do Idoso mais uma vez inova. Damos relevância as seguintes questões:

1. Possibilidade de criação de varas especializadas na proteção do direito dos idosos (art. 70);
2. Prioridade na tramitação de processos e diligências judiciais em que o idoso figure como parte ou interveniente (art. 71);
3. Também na esfera administrativa os idosos têm prioridade na tramitação dos processos, incluindo no âmbito fazendário;
4. Qualificação do Ministério Público enquanto substituto processual do idoso em situação de risco (art. 43);
5. Participação necessária do Ministério Público em lides que se refiram a direito dos idosos;
6. No que tange a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tutelados pela Lei 10.741/03, houve notória ampliação da legitimação ativa, com inclusão da Ordem dos Advogados do Brasil e dos antes políticos (União, Estados e municípios).

Ao fazer referência aos planos de saúde o Estatuto do Idoso surge com uma celeuma jurídico ao determinar que as empresas prestadoras deste tipo de

¹⁸ BANDEIRA de MELLO. C. A. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo, 2002. p. 21.

serviço estejam proibidas de reajustar as mensalidades dos planos de saúde das pessoas que pertençam a uma faixa etária a partir dos 60 anos (art. 15, § 3º).

Quanto à previdência fazem-se relevantes duas alterações:

1. O reajuste das aposentadorias passa a ocorrer na mesma data do reajuste do salário mínimo, porém com percentual definido em regulamento;
2. A idade para que o idoso possa requerer o benefício de um salário mínimo estipulado pela Lei Orgânica da Assistência Social passa de 67 para 65 anos;

Outra esfera jurídica visitada pelo Estatuto do Idoso é a esfera penal. Neste âmbito merecem destaque:

1. Agravamento da pena de homicídio em um terço no quando a vítima for idosa acima de 60 anos;
2. Nos crimes definidos pelo Estatuto do Idoso, a ação penal será pública incondicionada;
3. Abandonar pessoa idosa em hospitais ou casas de saúde acarretará detenção de seis meses a três anos;
4. Deixar de prestar assistência a idoso sem justa causa implicará pena de detenção de seis meses a um ano;
5. Aquele que quem coagir o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração passa a estar sujeito à pena de reclusão, de dois a cinco anos;
6. Retenção de cartão magnético de conta bancária de idoso com o objetivo de assegurar recebimento de dívida resultará em detenção de seis meses a dois anos;

Feitas tais observações acerca dos dispositivos contentes do Estatuto do Idoso, que se unem as demais análises referentes aos institutos protetivos das pessoas idosas, passaremos a tecer considerações referentes a dignidade da pessoa humana para produzirmos um terreno fértil no sentido de lermos dos direitos dos idosos como direitos fundamentais e assim garantir sua efetivação.

PARTE II – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Teleologicamente, este capítulo aponta para o estudo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alicerce da República Federativa Brasileira, positivado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. Para melhor apreender seu sentido e conteúdo, far-se-á uma pequena visualização histórica da temática proposta, acompanhada de seu embasamento. Deste modo, prosseguiremos com a dissecação do referido princípio, tendo em conta a sua extensão e amplitude, para sua efetiva aplicabilidade. Neste sentido, será realizado exame do princípio em foco como base dos direitos fundamentais, e conseqüentemente, dos direitos dos idosos.

Capítulo 1- Percurso Histórico

No pensamento da antiguidade clássica a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana era relacionada à posição social sustentada pelo indivíduo e o seu prestígio perante a comunidade¹⁹.

Foi apenas com o término da segunda guerra mundial que esta idéia se alterou, nascendo a idéia contemporânea da intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

No tempo medieval, intensamente influenciado pelo pensamento cristão, é São Tomás de Aquino que primeiro utiliza o termo “*dignitas humana*”. Expressão que se consolidou até os dias atuais.

Esta concepção genérica de uma dignidade pessoal, cominada a todos os homens, foi gestada pelo ideário da Igreja Católica, grande senhora feudal da época.

São Tomás de Aquino compreende a dignidade em uma dúplice vertente:

a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível. Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no

¹⁹ SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre, 2001. p. 30.

exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina.²⁰

O pensamento jusnaturalista, por volta dos séculos XVII e XVIII, apregoa nova feição à dignidade da pessoa humana, bem como ao próprio fenômeno jurídico, afastando-a dos fundamentos seculares que até então lhe serviam por base. É Immanuel KANT referência, até hoje, acerca desta temática.²¹

Em sua paradigmática obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), Kant nos coloca como imperativo categórico a visão teleológica do ser humano. Afirma o filósofo: **“O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*”**.²²

Para Immanuel Kant a sociedade é bipartida havendo, de um lado, elemento axiológico externo (preço) e, de outro, um valor interior (dignidade humana). Nesse sentido, as coisas possuem seu preço; as pessoas, por sua vez, dignidade. De acordo com o autor mencionado, há indiscutível superioridade desta sobre aquele, portanto, não pode o homem servir nunca de meio para consecução de algum fim.

A despeito desta embasada ponderação, somente com o final da segunda grande guerra é que se nota nas constituições contemporâneas o abrolhar da dignidade da pessoa humana.

Este brotamento é reflexo do plano internacional, no qual, com as atrocidades decorrentes da segunda grande guerra, surge a necessidade de um sistema protetivo de direitos humanos.²³

Muito influenciada pelas conseqüências deste conflito mundial, a Alemanha, em sua Grundgesetz, Lei Fundamental, dá guarida ao princípio desde sua promulgação em 1949. Na mesma toada caminham as demais constituições

²⁰ BODIN DE MORAES. M. C. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axológico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre, 2003. p. 110.

²¹ ANTUNES ROCHA. C. L. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, nº 4, p. 27, Outubro/dezembro 1999.

²² KANT, I. Op. cit. p. 229.

²³ COMPARATO. F. K. Op. cit. p. 52.

européias; a exemplo da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Espanhola de 1978.

O sistema pátrio vislumbrou, somente em 1988, com a promulgação da constituição atualmente vigente, de acordo com lição de Fábio Konder Comparato, “um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta á proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca”²⁴.

Nesta esteira, assevera o mesmo autor:

Após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o fortalecimento do totalitarismo estatal nos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da Histórica, o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos.²⁵

Sob a mesma justificação a Declaração Universal dos Direitos do Homem apregoa, já em seu início, a dignidade da pessoa humana enquanto característica comum a todos os seres humanos.

É de acordo com estas influências que, no artigo 1º, inciso III, da constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é posta enquanto princípio basal da república.

Enquanto conceito, a dignidade da pessoa humana, em sua concepção hodierna, é fruto de seu evoluir histórico, ao contrário do que sustentam as doutrinas do direito natural, para as quais a dignidade é modelo genérico e universal que independe de espaço ou tempo.

Exposto seu percurso histórico, passaremos, então, a análise dos fundamentos que sustentam a idéia da dignidade da pessoa humana.

Capítulo 2- Fundamentos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma que a dignidade da pessoa humana seria um “*superprincípio constitucional*”. Portanto, tal princípio goza de centralidade

²⁴ Ibid. p. 358.

²⁵ Ibid. p. 54.

no ordenamento constitucional, servindo, em maior ou em menor grau, de alicerce para todos os direitos fundamentais, tais como os direitos dos idosos.

Continua a autora:

A dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência um direito pré-estatal.²⁶

Em que pese a lúcida e importante contribuição teórica acerca da dignidade do ser humano, parte da doutrina a identifica enquanto conceito indeterminado e refuta sua utilização tendo em vista esta abstração e universalidade que, no caso, afastariam a sua aplicação concreta.

Para traçar arco de superação da crítica pedestre à dignidade da pessoa humana diferentes setores doutrinários dedicam-se à delimitação deste princípio.

Alexandre de Moraes, ao seu turno, elabora a noção da dignidade da pessoa humana indiretamente. Tal autor parte das amostras desta nos demais princípios fundamentais, aos quais serve por base.

A opção seguida por Ingo Sarlet, todavia, nos parece mais atilada, pois, contribuí para erigir uma consciência prática e concreta da dignidade. O professor gaúcho posiciona o princípio fundamento da dignidade da pessoa:

neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁷

Para este mesmo autor:

uma definição clara do que seja efetivamente a dignidade não parece possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. Mesmo assim, não restam dúvidas que a dignidade é algo real (...) é categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.²⁸

²⁶ ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** CONFERÊNCIA DA OAB, XVII, 1999, Rio de Janeiro.

²⁷SARLET, I. W.. Op. cit. p.60.

²⁸Ibid. p. 103

Capítulo 3- Dissecação do Núcleo da Dignidade da Pessoa Humana

Em busca da delimitação nuclear do princípio da dignidade da pessoa humana, afastando, desta maneira, as críticas precipitadas de parte da doutrina, manifesta-se Maria Celina Bodin de Moraes:

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, **os idosos**, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.²⁹(grifo nosso)

Deste modo, podemos concluir que a dignidade da pessoa humana é um conceito plural e hiante, portanto, é impossível “reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana”. Continua Ingo Sarlet afirmando que para delimitar tal princípio é imperativa a “verificação no caso concreto uma efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana”³⁰.

Não obstante a dificuldade de delimitação, Maria Celina Bodin de Moraes, estabelece em quatro assertivas o conteúdo nuclear da dignidade da pessoa humana:

- 1) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele;
- 2) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica que é titular;
- 3) é dotado de vontade livre, de autodeterminação;
- 4) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.³¹

Prosseguir-se-á breve dissecação deste núcleo basal do princípio em tela em consonância com a lição da referida Professora.

²⁹ MORAES, M. C. B. de. Op. cit. p. 117.

³⁰ SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 1998. p. 107.

³¹ MORAES, M. C. B. de. Op. cit. p. 117.

A - Igualdade

A dignidade da pessoa humana manifesta-se no princípio fundamental da igualdade na proteção formal que estabelece que “todos são iguais perante a lei”.

Concomitantemente a esta visão formal da igualdade, a dignidade da pessoa humana também serve de substrato para a igualdade material, ou substancial. Esta noção consubstancia a igualdade na diferença que prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando se encontrarem em posição de desigualdade, em conformidade com a sua desigualdade.

Sobre a igualdade substancial, Celso Antônio Bandeira de Melo: “É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”.³²

Tendo em vista a cena hodierna faz-se necessária a retomada da concepção material da igualdade tendo em vista as inúmeras falésias sociais. Esta imperatividade vem de encontro com a necessidade de o ordenamento responder aos inúmeros desamparados que prescindem de amparo jurídico, à margem das relações de poder.

“Do embate entre as visões formal e substancial do problema igualitário que resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos internacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de políticas sociais de apoio e promoção de determinados grupos fragilizados. (...) Daí a consagração normativa das ações afirmativas”.³³

B- Integridade Psicofísica

A doutrina por muito tempo considerou a dignidade da pessoa humana restrita a esta idéia de integridade psicofísica.

Ingo Wolfgang Sarlet assevera que “não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade

³² BANDEIRA de MELO. Op. cit. p. 38.

³³ GOMES, J. B. Direito, Sociedade Civil e Minorias no Brasil da Virada do Milênio. In: DORA, D. D. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro, 2003.

física e corporal do indivíduo”³⁴. Assim, sob as lentes da dignidade a integridade psicofísica é lida como “momento de sua própria, autônoma e responsável individualidade”³⁵.

Atualmente este tema tem sido alvo de muitas polêmicas e debates, especialmente no que tange às novas tecnologias apanhadas ainda incipientemente pela bioética ou biodireito. Assim sendo, a dignidade da pessoa humana se faz ainda mais premente para guiar os caminhos que muitas vezes ainda não encontram respostas certas e inequívocas pelo ordenamento jurídico pátrio.

C- Liberdade Individual

O Direito à liberdade, fruto do momento revolucionário francês, é o fundamento sobre o qual se arquetam todos os direitos ditos de defesa ou de primeira geração.

A primeira gama de direitos teve como valor principal à liberdade. Há neste momento histórico a formação de um leque de liberdades (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.).

Acreditava-se que esses direitos podiam se consagrar como uma atitude limitada do poder público, o que denominaríamos hoje de polícia administrativa. São, por este motivo apresentados como direitos de cunho "negativo", uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado

Sua preocupação primeira é a de definir uma área de atuação estatal e outra, paralela e simultânea, de domínio individual, na qual estaria tecida uma jurisdição inteiramente inóspita a qualquer admissão estatal. São as chamadas “liberdades públicas negativas”, pois, exige do Estado uma abstenção. Contudo, a liberdade encerrada apenas neste viés não fornece a satisfação das necessidades mínimas para que se encontre dignidade e sentido na vida humana.

Então, não se pode estranhar que estes direitos de primeira geração tenham um sentido abertamente individualista, defendem o homem individual. Têm como

³⁴ SARLET, I. W. Op. cit. p.109.

³⁵ Ibid . p 108.

titular o indivíduo, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face da soberania estatal.

Refutando-se, entretanto, este nascedouro liberal deste direito, pondera Maria Celina Bodin de Moraes:

Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, no sentido que se exporá a seguir, mas já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus* – concepção mítica e ilusória -, por outro lado, tampouco existem direitos que se reconduzam a esta figura ficcional.

É neste caminhar que se erige o quarto direito explicitador do núcleo da dignidade da pessoa humana.

D- Solidariedade Social

Em consonância Maria Bodin de Moraes, foi a noção de “crimes contra a humanidade” que possibilitou a germinação da idéia de coletividade digna enquanto tal, de guarida do ordenamento.

Jaques Afonsin sustenta que “sem uma consciência generalizada da alteridade (...) não há como garantir-lhes (aos direitos fundamentais) eficácia, passe o truísmo, pois, essa não é somente vertical – válida somente contra o Estado – mas é também horizontal – válida ainda quando lhe opuserem circunstâncias episódicas próprias das crises que está sujeito o chamado livre mercado”³⁶. (destaque no original)

É neste sentido que um dos grandes desafios do ordenamento jurídico brasileiro neste século é libertar-se desta característica essencialmente individualista que lhe foi impingida pelo positivismo e liberalismo nos século XIX. É imperioso que o discurso jurídico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, abra os olhos para o coletivo.

³⁶ AFONSIN, J. T. Dos Nós de uma Lei e de um Mercado que Prendem e Excluem aos Nós de uma justiça que liberta. In: DORA, D. D. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro, 2003. p. 115.

Fixadas estas premissas essenciais acerca da dignidade da pessoa humana passaremos agora a análise do entrecorte entre os direitos dos idosos e o referido princípio fundamento.

PARTE III – APORTES PARA UMA (RE)LEITURA DOS DIREITOS DOS IDOSOS SOB AS LENTES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Capítulo 1 – Identificação dos Direitos dos Idosos enquanto Direitos Fundamentais

No ordenamento pátrio a natureza intrínseca da dignidade da pessoa humana é de princípio fundamenta que promove a integração normativa do ordenamento jurídico. É a dignidade da pessoa humana elemento referencial a todos os direitos fundamentais, estabelecendo que “todos os direitos fundamentais encontram sua vertente na dignidade da pessoa humana e de que este – justamente por este motivo – pode ser tido como elemento comum à matéria dos direitos fundamentais”³⁷.

Nesta mesma linha, Günter Dürig consubstancia a dignidade da pessoa humana no fato de que “cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda”³⁸. Deste modo, arremata Ingo Sarlet, “a idéia da dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”³⁹.

Assim, afirma Jaques Afonsin:

(...) a dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabelecera para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui-se.⁴⁰

É desta dignidade da pessoa humana, tomada em seu sentido material e conteúdo prático, que o Professor Vieira de Andrade se refere quando “identifica os

³⁷ SARLET, I. W. Op. cit. p.98.

³⁸ DÜRIG, G. Apud: SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 1998. p. 44.

³⁹ SARLET, I. W. Op. cit. 46.

⁴⁰ AFONSIN, J. T. Dos Nós de uma Lei e de um Mercado que Prendem e Excluem aos Nós de uma justiça que liberta. In: DORA, D. D. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro, 2003. p. 115.

direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana”⁴¹.

Portanto, vislumbrar o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme os ensinamentos acima transcritos, enquanto elemento normativo-axiológico fundante da ordem jurídico-constitucional brasileira é entrevê-lo enquanto desígnio e baldrame de todos os princípios fundamentais materialmente constitucionais.

Estes direitos fundamentais, materialmente constitucionais, deparam sua vertente no princípio fundamento da dignidade humana, precisamente por isso pode-se tê-lo como artefato comum aos direitos fundamentais, tal como seu “elemento referencial”⁴². “Não é difícil, portanto, perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode-se ao menos ser reconduzido ao valor da dignidade humana.”⁴³

É neste liame que a dignidade da pessoa humana e o direito dos idosos se entrelaçam. Enquanto elemento constante do texto constitucional, os direitos dos idosos podem, então, em última análise, referenciar-se na dignidade da pessoa humana.

Esta conexão, todavia, vai além. Os direitos dos idosos aproximam-se do referido princípio não apenas por conformarem a Carta Constitucional, mas também porque podem ser definidos enquanto direitos fundamentais, em que pese não estarem explicitamente contidos no rol exauriente do artigo 5º da Constituição Federal.

Para Robert Alexy,

direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).⁴⁴

⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, J. C. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, 1987. p. 83.

⁴² SARLET, I. W. Op. Cit.. p. 98.

⁴³ Ibid. p. 115.

⁴⁴ ALEXY, R. Apud: SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 1998. p. 80.

Assim sendo são os direitos dos idosos, por seu conteúdo e sentido, elevados à categoria de direitos fundamentais tendo, em sua vertente, o princípio dignidade da pessoa humana. Alicerçando tal ordem de idéias, Ingo W. Salet: “determinado direito fundamental que corresponda às exigências da dignidade, liberdade e igualdade, encontra-se ele protegido e juridicamente equiparado aos direitos fundamentais que preenchem o requisito da fundamentalidade material...”⁴⁵.

Tendo o direito dos idosos o objetivo de proteção e promoção da dignidade das pessoas com a idade mais avançada, deixadas à margem da sociedade, e muitas vezes do próprio direito, não há razão pela qual olvidar-se de sua natureza materialmente fundamental.

De acordo com os ensinamentos de Hesse⁴⁶ direitos fundamentais materialmente constitucionais são aqueles que não figuram dentro do corpo textual do documento constitucional, constituição folha de papel, mas neste rol são inseridos tendo em vista sua importância. No caso dos direitos dos idosos, apesar de serem parte integrante da Carta Constitucional, não o são do arrolamento dos direitos fundamentais feito pelo constituinte no artigo 5º. Porém sua acuidade e aceção os legitimam para, materialmente, serem contemplados como tais uma vez que o rol, de direitos fundamentais não é taxativo, de acordo com o artigo 5º, parágrafo I, ao contrário do que afirma a doutrina tradicional⁴⁷.

A relevância da inclusão dos direitos atinentes às pessoas idosas na categoria de direitos fundamentais reside no elemento basilar destes que é a dignidade da pessoa humana. Assim sendo, enquanto direitos fundamentais, os direitos dos idosos possuem como cerne o princípio fundamento.

Por sua vez, a proeminência de possuir o princípio da dignidade da pessoa em seu imo jaz na grande relevância que esta tem frente ao ordenamento jurídico brasileiro sendo, inclusive, “limite e tarefa dos poderes estatais”⁴⁸.

É exatamente desta injunção ao Poder Público de realizar medidas protetivas e promocionais da dignidade das pessoas mais idosas que o próximo capítulo virá tratar.

⁴⁵SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 2001. p. 81.

⁴⁶HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, 1991.

⁴⁷FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 2003.

⁴⁸SARLET, I.W. **A Eficácia** ... p.105.

Capítulo 2 – A Dignidade da Pessoa Humana como Tarefa para o Estado implementar medidas de efetivação dos Direitos dos Idosos

A importância de estabelecer os direitos do idoso enquanto direitos fundamentais, conforme enunciações do capítulo anterior, repousa na centralidade que o princípio da dignidade da pessoa humana possui em relação a estes direitos. Assim, é justamente através deste princípio fundamento enunciado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal que será arquitetada a imposição ao Estado de implementar políticas para a efetivação dos direitos dos idosos.

Neste diapasão, afirma Ingo Wolfgang Sarlet: “É neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade (...)”⁴⁹.

Ainda no mesmo influxo do professor gaúcho: “Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade (...)”⁵⁰.

Destarte, a dignidade da pessoa humana impõe-se, de maneira dual, frente ao Poder Público: primeiramente, demarca o perímetro da atividade estatal uma vez que impede a violação, pelo Estado, da dignidade de qualquer ser humano; em segundo lugar, vincula o Estado a sua própria efetivação e, conseqüente, efetivação dos direitos fundamentais – tal qual o direito dos idosos – que a tem por escopo.

Neste sentido, afirma a doutrina de maneira uníssona:

(...) a dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Com efeito, da mesma forma que Kant estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui-se.⁵¹

Faz-se relevante destacar a posição ímpar de Paulo Mota Pinto:

⁴⁹ SARLET, I. W. *Dignidade...* p. 46.

⁵⁰ Ibid. p. 47.

⁵¹ SARLET, I. W. *A Eficácia...* p. 115.

(...) da garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa as refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.⁵²

Em que pese estas duas dimensões, trataremos, neste ponto, da dimensão positiva, ou seja, de concretização e implementação da atuação do Estado para que possa oferecer a toda comunidade idosa “a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”.⁵³

Neste influxo, leciona Marcos Juruena Villela Souto:

(...)mais uma vez citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "que ao Estado moderno não basta estabelecer as condicionantes do progresso econômico mas, também, que volte suas atenções para os setores não econômicos, com a finalidade de dignificar a pessoa humana e preservar-lhe os legítimos valores culturais; daí a disciplina reguladora do trabalho, da seguridade, do desporto e da proteção aos recursos naturais."⁵⁴

O respeito e efetivação dos direitos dos idosos não são tarefas que se limitem unicamente à seara estatal, mas se erigem imperiosamente também aos particulares, tendo como fim o amparo e a realização da dignidade da pessoa humana. Neste influxo, afirma Wilson Antônio Steinmetz:

Seja como norma-princípio constitucional fundamental autônoma, seja como conteúdo que se expressa ou se concretiza nos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa vincula os poderes públicos. Mas não exclusivamente eles. Vincula também os particulares à medida que a CF normaliza âmbitos de vida nos quais o Estado não participa ou não participa diretamente e à medida que os particulares – de modo especial, quando detentores de poder econômico, social e ideológico – são potenciais violadores da dignidade da pessoa.⁵⁵

No Brasil a responsabilidade pelo desenvolvimento social, onde está inserida a problemática do idoso, é competência de todas as esferas de governo bem como da própria sociedade, responsabilidade esta constante na Constituição Federal, promulgada em outubro de 1988, e desdobrada em leis infraconstitucionais. De

⁵² MOTA PINTO, P. Notas Sobre O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade. ARLET. I W. A **Constituição Concretizada**. Porto Alegre, 2000, p. 84.

⁵³ SARLET. I. W. **A Eficácia**... p. 108.

⁵⁴ SOUTO, M. J. V. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro, 2003, p. 142.

⁵⁵ STEINMETZ. W. A. **Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. Eficácia Jurídica**. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003. p. 83.

acordo com o disposto no artigo 203 da Constituição da República Federativa do Brasil:

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.

Com base nos argumentos expostos infere-se a compulsão do Estado na aplicação prática dos direitos dos idosos, especialmente aqueles previstos no Estatuto, através da promoção de políticas públicas e planos governamentais.

O crescimento da população da terceira idade traz sérias conseqüências no que se refere à formulação, implementação e financiamento das políticas sociais no Brasil, particularmente as relativas às questões da seguridade social e da saúde. É, portanto, nestes círculos que se faz mais necessária a ação estatal.

A dificuldade relativa à seguridade social dá-se tendo em vista o aumento da população aposentada em relação à população economicamente ativa (PEA), ou seja, há a paulatina redução do número de pessoas que financiam os aposentados que são, em sua maioria, idosos.

No que tange à atuação estatal na Previdência, apesar de existir a possibilidade de prestação de serviços tanto pelo Poder Público, como pela iniciativa privada, importante se faz salientar que atualmente esta ocorre apenas e tão somente através de uma única esfera, qual seja, o Ministério da Previdência Social. Outrossim, vale aqui destacar a importância do Instituto Nacional do Seguro Social e da DATAPREV no desempenho das funções do Ministério da Previdência Social.

Outro aspecto relevante em relação às políticas públicas é no que diz respeito à saúde. Os gastos deste setor, em uma perspectiva per capita, aumentam com o passar do tempo. As pessoas da terceira idade, em geral possuem uma estrutura orgânica mais fragilizada em razão do déficit ou falência das suas percepções sensoriais e do desgaste físico natural da velhice. Além disto, as instituições responsáveis pelo atendimento a população idosa, bem como a formação de recursos humanos específicos para este segmento social, não servem

como modelo de serviço para o idoso alcançar um estilo de vida com o pleno desenvolvimento de sua dignidade.

No que diz respeito à atuação estatal na Saúde cumpre esclarecer que esta se dá basicamente através de três esferas, quais sejam, o Ministério da Saúde, cuja função é a de "dispor de todas as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, reduzindo as enfermidades, controlando as doenças endêmicas e parasitárias, melhorando a vigilância à saúde e dando qualidade de vida ao brasileiro"⁵⁶, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, que visa "proteger e promover a saúde da população garantindo a segurança sanitária de produtos e serviços e participando da construção de seu acesso"⁵⁷, e por fim, através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que atua "criando mecanismos e implementando as técnicas que melhor se ajustam aos comandos políticos do segmento de saúde privado"⁵⁸.

Em resposta às inúmeras demandas da população idosa, especialmente no que diz respeito às áreas acima destacadas, o Poder Público estabeleceu a Política Nacional do Idoso. É, portanto, este plano nacional o instrumento legal e legítimo para o implemento de políticas em prol da comunidade idosa.

Esta política nacional tem como diretrizes:

- 1- viabilizar formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, proporcionando-lhe integração;
- 2- desenvolvimento de organizações representativas dos idosos que atuem na formulação implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;
- 3- priorizar o atendimento ao idoso, por intermédio de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições de garantir sua sobrevivência;
- 4- descentralizar as ações político-administrativas do plano federal;

⁵⁶ Informações colhidas através do website do Ministério da Saúde, endereço: http://portalweb02.saude.gov.br/saude/area.cfm?id_area=281;

⁵⁷ Informações colhidas através do website da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, endereço: <http://www.anvisa.gov.br/inst/apresentacao.htm>;

⁵⁸ CUNHA, P. C. M. da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro, 2003. p. 05.

- 5- capacitar e reciclar os recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia;
- 6- implementar o sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos e programas em todos os níveis;
- 7- estabelecer mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;
- 8- priorizar o atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores do serviço; e , apoiar estudos e pesquisas sobre as questões do envelhecimento.

Destarte, observa-se que existem planos e políticas estatais para a promoção do idoso e de seus direitos. O que não há, todavia, é a efetivação prática do disposto no texto legal. Esta passagem da teoria à prática será objeto do capítulo subsequente.

Capítulo 3 – Estatuto do Idoso: da teoria à prática

As inovações trazidas pelo Estatuto do Idoso buscam, ou deveriam buscar, uma atuação prática do Estado frente aos desmandos impostos aos direitos dos idosos.

Este diploma legal representa uma preocupação do poder público com o novo perfil populacional brasileiro. O país, antes composto por uma maioria esmagadora de jovens, hodiernamente apresenta, segundo o IBGE, um contingente populacional de idosos que representam uma parcela significativa da sociedade, aproximadamente 10%. Esse novo contexto populacional exige que o Estado adote práticas no sentido de garantir os direitos destes idosos. Aqui se enquadra o Estatuto do Idoso.

Este maior contingente no número de idosos tornou-se um terreno próspero para que estes cidadãos passassem a se organizar para implantar suas lutas e reivindicações. Dentre esta pauta de reivindicações imposta pelos idosos podemos citar um sistema de aposentadoria capaz de suprir as necessidades de uma vida digna, por um sistema de saúde de qualidade, por leis protetivas quanto à violência

praticadas contra os idosos. É neste cenário de lutas por direitos que o Estado passa a reconhecer a questão do idoso como uma questão pública.

Neste sentido, o Estatuto do Idoso busca cumprir a função de instrumento do Estado na busca de políticas públicas de proteção as pessoas da terceira idade. A criação deste instrumento legal teve participação decisiva da sociedade civil que através dos meios de pressão fez com que o corpo legislativo nacional aprovasse o Estatuto.

A Lei 10.741/03 impõe à sociedade, à família e ao Estado o dever de garantir a participação na vida da comunidade, a defesa da dignidade, o bem-estar e o direito à vida dos idosos. Tais obrigações já vinham impostam pela Constituição de 1988, nos dispositivos que se relacionam aos direitos fundamentais (art. 5º) e no art. 230, mas a atuação do Estado não se encontrava em concordâncias com o mandamento constitucional.

Assim, o Estatuto do Idoso representa uma forma de atuação do Estado no sentido de garantir os direitos daqueles que são menosprezados pela sociedade. A grande questão, pois, que se apresenta à criação deste diploma legal é se ele será capaz de cumprir este papel ao que se dispõe. Em outras palavras, a questão é se esta lei conseguirá modificar a visão da sociedade em relação ao idoso, fazendo com que este passe a ser visto como cidadão.

A história legislativa brasileira nos demonstra que, em tempos democráticos, o Estado não consegue se impor no sentido de conter a sociedade quando esta não reconhece o direito de certas minorias. O Estatuto do Idoso nasce, portanto, com o intuito de modificar este dogma histórico, implantando uma atividade legislativa do Estado que o obrigue e obrigue a sociedade a reconhecer e resguardar o direito de uma minoria menos favorecida.

A principal função do Estatuto do Idoso é ser uma espécie de carta de direitos, propiciando ao poder público controle e mando em relação ao melhor tratamento deste e verdadeira educação de cidadania, no tocante ao respeito e à luta pela dignidade das pessoas idosas.

Enquanto microssistema constitucional, que traz consigo direitos materialmente constitucionais em defesa da dignidade da pessoa idosa, deve-se evitar o esvaziamento de seu conteúdo fazendo com que permaneça letra morta no texto legal.

O que se busca com a edição deste novo diploma legal é a sua real observância prática, ou melhor, sua efetividade produzindo conseqüências benéficas na vida das pessoas de terceira idade.

Eficácia, nos ensina Sarlet, “é a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”⁵⁹.

José Afonso da Silva nos alerta, entretanto, para uma distinção pertinente nesta seara: “Há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação no plano dos fatos) e a eficácia jurídica que designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos”⁶⁰.

Destarte, o que se busca é, portanto, a eficácia social do Estatuto do Idoso. Eficácia social esta que não se reporta apenas ao conjunto da sociedade civil, mas também se levanta frente ao Estado, em sua porção administrativa, legislativa e jurisdicional. Deste modo, “a eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica quanto a social”⁶¹.

De tal modo, no que tange à efetivação do Estatuto, e conseqüentemente do conjunto de direitos que este traz em seu bojo, faz-se imperiosa a efetiva proteção por intermédio dos tribunais através de uma jurisprudência inovadora comprometida apenas com o desenvolvimento social e a dignidade da pessoa humana.

Como instrumento de cidadania, o Estatuto do Idoso possui força para se tornar um marco da história jurídica de nosso país, e, a partir daí, galgar espaços no cenário histórico-social, no sentido de que os idosos alcancem a posição de cidadão efetivo na sociedade, participando ativamente na vida social.

Por outro lado, não podemos deixar de ressaltar que o Estatuto do Idoso não pode ser encarado como uma poção mágica que, de maneira instantânea, erradicará toda e qualquer forma de violência e desrespeito aos idosos. Esta lei é, como já foi dito, um instrumento, que deve se aliar a outros instrumentos do Estado a serem usados numa prática constante de garantia da dignidade da pessoa humana, sendo esta de que idade for.

⁵⁹ SARLET, I. W. **A Eficácia** ... p. 211.

⁶⁰ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo, 1982. p. 48.

⁶¹ SARLET, I. W. **A Eficácia** ... p. 212.

CONCLUSÃO

O trabalho aponta no conjunto das conclusões uma vez cumprido o itinerário proposto, que surgem da presente monografia, em defesa da proteção dos direitos dos idosos através da dignidade da pessoa humana.

Cumprir destacar uma preocupação inicial de contextualizar, no espaço e no tempo, os direitos relativos às pessoas mais idosas, cotejando o cenário brasileiro, inclusive suas inovações mais recentes tais quais o Estatuto do Idoso, com a experiência internacional no que se refere à proteção da terceira idade.

A legislação referente à proteção da pessoa idosa é fenômeno da contemporaneidade, em que pese suas raízes históricas, e vem sendo tema cada vez mais suscitado tendo em vista o crescente envelhecimento da população mundial.

Neste cenário é que, publicado no dia 3 de outubro último, entrou o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, visando consolidar alguns direitos e assegurar outros a todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (art. 1.º). Tal legislação vem complementar, de maneira mais completa e exauriente, o disposto no artigo 230 da Constituição Federal que já previa a proteção pela família, Estado e sociedade das pessoas idosas.

A dignidade da pessoa humana é trazida a cotejo para a explicitação de sua interligação, e as conseqüências daí advindas, com o direito dos idosos. Anterior a esta explicitação fez-se necessária sucinta explicação do referido princípio a fim de esclarecer seu percurso histórico, fundamentos e cerne.

A idéia da dignidade da pessoa humana às portas de um novo milênio assume novas vestes. Libera-se de sua origem kantiana individualista para assumir-se enquanto fundamento material da República. Deste modo, a dignidade da pessoa humana é princípio cujo conteúdo apenas pode ser vislumbrado na práxis, afastando-se de formulações metafísicas abstratas que já o envolveram.

O entrelaçamento entre os direitos dos idosos e a dignidade da pessoa humana decorre do fato daqueles serem inseridos dentro do arrolamento dos direitos materialmente constitucionais. Assim, a dignidade da pessoa humana figura enquanto cerne e baldrame destes referidos direitos.

Este alicerce na dignidade da pessoa humana mune a legislação referente aos idosos e força e imperatividade frente ao Estado que, deste modo, encontra-se obrigado com o agenciamento da dignidade da pessoa humana dos idosos.

Por fim, outra dimensão que traduz paradoxo é o descompasso entre o legado teórico e a prática dos direitos dos idosos. Estes direitos não venceram as barreiras do plano da *praxis*, ficando restritos às abstrações teóricas. Destarte, a mirada reside hodiernamente sobre a efetividade do Estatuto do Idoso. É desafio imposto ao ordenamento jurídico enquanto um todo, desde a jurisprudência até os próprios operadores do sistema, dar a concretude prática devida a este diploma, e conseqüentemente, para os direitos dos idosos.

Sobre o problema da efetivação destes direitos nos ensina Ingo Sarlet: “É nesta seara que os problemas de efetivação assumem dimensão muitas vezes trágica, não sendo raros os casos em que a falta das prestações materiais ceifou a vida dos titulares do direito”⁶².

É justamente nestas circunstâncias que se insere ação direta de inconstitucionalidade de número 2435, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a Ministra Ellen Gracie que afirmou:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.542/01, do Estado do Rio de Janeiro, que obrigou farmácias e drogarias a conceder descontos a idosos na compra de medicamentos. Ausência do periculum in mora, tendo em vista que a irreparabilidade dos danos decorrentes da suspensão ou não dos efeitos da lei se dá, de forma irremediável, em prejuízo dos idosos, da sua saúde e da sua própria vida. Periculum in mora inverso. Relevância, ademais, do disposto no art. 230, caput da CF, que atribui à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Precedentes: ADI nº 2.163/RJ e ADI nº 107-8/AM. Ausência de plausibilidade jurídica na alegação de ofensa ao § 7º do art. 150 da Constituição Federal, tendo em vista que esse dispositivo estabelece mecanismo de restituição do tributo eventualmente pago a maior, em decorrência da concessão do desconto ao consumidor final. Precedente: ADI nº 1.851/AL. Matéria relativa à intervenção de Estado-membro no domínio econômico relegada ao exame do mérito da ação. Medida liminar indeferida.⁶³

A defesa e afirmação prática dos direitos da pessoa idosa e de sua dignidade, tal como no venerando acórdão, faz-se de maneira urgente em um país

⁶² SARLET, I. W. **Eficácia** ... p. 285.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida liminar indeferida. ADI n. 2435. Confederação Nacional do Comércio e Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ellen Gracie. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-julg&s1=2435&u=http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Jurisp.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=SJURN&p=1&r=4&f=G&l=20>> . Acesso em: 25 jul. 2004.

em que rendimento nominal médio mensal das pessoas de 60 anos ou mais de idade é de aproximadamente R\$ 297, 00 reais⁶⁴. Tal quantia demonstra o estado calamitoso no qual a população idosa se encontra no Brasil, pois, não quase maneira de sobreviver, quem dera de viver com dignidade, com este valor.

É nesta encruzilhada, entre lampejos de esperança fornecidos pela jurisprudência e a crueldade prática do cotidiano das pessoas com idade mais avançada que o ordenamento jurídico brasileiro se situa hodiernamente.

Quiçá com a legislação recente a distância entre a prática e a teoria legal, no que tange ao direito dos idosos, seja encurtada. Foi para auxiliar nesta aproximação que este trabalho foi arquitetado.

⁶⁴ Fonte: Censo demográfico 1991: resultados do universo: microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. 21 CD-ROM; IBGE, Censo Demográfico 2000.

BLIBLIOGRAFIA

AFONSIN, J. T. Dos Nós de uma Lei e de um Mercado que Prendem e Excluem aos Nós de uma justiça que liberta. In: DORA, D. D. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES ROCHA. C. L. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, nº 4, p. 27, Outubro/dezembro 1999.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BANDEIRA de MELLO. C. A. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BEAUVOIR, S. de. **A Velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BODIN DE MORAES. M. C. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRAGA, P. M. V. **Envelhecimento, ética e cidadania**. Disponível em: <<http://www.direitodoidoso.com.br/01/artigo006.html>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

CAMARA, J. **Longevidade em perigo**. Disponível em: <<http://www.direitodoidoso.com.br/01/artigo012.html>>. Acesso em: 20 nov. 2003.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA, P. C. M. da. **Regulação Jurídica da Saúde Suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DORA, D. D. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

DUBY, G. **História da Vida Privada**. vol 1. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

FERNANDES, F. da S. **As Pessoas Idosas na Legislação Brasileira**. São Paulo: RT, 1997.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FOGAÇA, C.. **O envelhecer sob um novo olhar**. Disponível em: <<http://www.direitodoidoso.com.br/01/artigo015.html>>. Acesso em: 20 nov. 2003>.

GOMES, J. B. **Direito, Sociedade Civil e Minorias no Brasil da Virada do Milênio**. In: DORA, D. D. **Direito e Mudança Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: _____. **Crítica da Razão Pura e outros Textos**. São Paulo: Abril Cultural S/A, 1974.

MOTA PINTO, P. **O Direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. In: SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, M. Y. **Direito dos idosos**. Disponível em: <http://www.techway.com.br/techway/revista_idoso/politica/politica_mayla.htm>. Acesso em: 20 nov. 2003.

SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1982.

_____. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIMMONS, L. **The Hole of the Aged in Primitive Society**. S.l. Archon Books, 1970.

SOUTO, M. J. V. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

STEINMETZ, W. A. **Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais. Eficácia Jurídica**. Tese aprovada no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.