

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ESTATUTO DO IDOSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento
jurídico brasileiro**

MARISTELA NASCIMENTO INDALÊNCIO

Itajaí-SC, junho de 2007

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ESTATUTO DO IDOSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS:
fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento
jurídico brasileiro**

MARISTELA NASCIMENTO INDALENCIO

Dissertação submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI, para
obtenção do Título de Mestre em
Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí-SC, junho de 2007

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Aos meus pais João (*in memoriam*) e Inocência
por todo esforço empreendido para que eu
pudesse chegar até aqui

À minha avó Eddy, pela inspiração e pelo
exemplo de prosseguir estudando sempre

À Juliana Schütz Machado, minha Assistente de
Promotoria, pelo auxílio prestado na pesquisa
realizada

DEDICATÓRIA

Ao meu marido André Fernandes Indalencio,
companheiro de todas as horas, meu grande
amor e incentivador, sem o qual impossível seria
efetivar este trabalho, e aos meus filhos Bruna e
João Pedro, razões da minha existência

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 Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, junho de 2007

Maristela Nascimento Indalencio

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJ	Diário da Justiça
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (L.8069/90)
EID	Estatuto do Idoso (L.1074/04)
RESP	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Direitos Humanos

Conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional¹.

Dignidade da Pessoa Humana

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos 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 humanos².

Idoso

Considera-se idoso a pessoa com idade igual ou superior a sessenta (60) anos³.

¹ PÉREZ LUÑO, A. E. et al., **Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p.60.

³ Artigo 1º da Lei 10.741/03.

Direito do Idoso (Gênero)

Ramo recente do direito público, destinado à tutela daqueles que, em face da degeneração natural da saúde decorrente do avanço da idade, encontram-se em condições de hipossuficiência econômica e social, necessitando de especial tutela jurídica para o resguardo de sua dignidade.

Ministério Público

Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴.

Efetividade dos Direitos Fundamentais

Condições de aceitação, implementação e garantia de pautas mínimas para o real desenvolvimento da pessoa humana em suas especiais dimensões de dignidade, liberdade e igualdade.

⁴ Artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

SUMÁRIO

RESUMO	XII
ABSTRACT	XII
INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO 1	5
DIREITOS FUNDAMENTAIS: conceito, evolução e perspectiva em face dos “novos direitos”	5
1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	5
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	7
1.3 A LIBERDADE E A IGUALDADE	16
1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	21
1.5 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS NOVOS DIREITOS	26
CAPÍTULO 2	33
A PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	33
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	33
2.2 A PROTEÇÃO DO IDOSO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	37
2.3 O ESTATUTO DO IDOSO (LEI 10.741/03).....	43
2.3.1 Conceito de Idoso.....	47
2.3.2 A Proteção Integral.....	51
2.3.3 A Política de Atendimento ao Idoso.....	57
CAPÍTULO 3	63
O ESTATUTO DO IDOSO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
3.1 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DO ESTATUTO.....	63
3.2 UM INSTRUMENTO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA: a legitimidade do Ministério Público para celebração e ratificação de acordos relacionados a alimentos.....	73
3.2.1 O Idoso e os Alimentos.....	73
3.2.2 O Papel do Ministério Público na Tutela dos Interesses Individuais Indisponíveis do Idoso.....	75

3.2.3 A Viabilidade Jurídica do Acordo Extrajudicial de Alimentos em Prol do Idoso.....	81
3.2.4 A Prisão Civil.....	83
3.3 OUTROS INSTRUMENTOS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA: a regulação da propriedade privada e de serviços públicos.....	85
3.3.1 Constitucionalidade da Regulação: a Função Social da Propriedade...	88
3.3.2 Limites: o Respeito ao Equilíbrio Financeiro.....	92
3.4 O PAPEL DAS AGÊNCIAS OFICIAIS DE EXECUÇÃO: Conselhos Comunitários, Delegacias de Polícia, Ministério Público e Judiciário.....	93
3.5 PANORAMA ATUAL DO SISTEMA DE PROTEÇÃO: a implementação da rede de atendimento à pessoa idosa.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	103
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	109

RESUMO

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a opção pelo modelo político do Estado Democrático e Social de Direito nela realizada, os direitos fundamentais, no Brasil, passaram a ter uma especial dimensão. Se antes referida tutela praticamente inexistia, com a nova ordem democrática adveio a necessidade de novos instrumentos jurídicos de proteção, voltados para a redução das desigualdades e plenitude da realização da dignidade da pessoa humana. Daí o surgimento de novos direitos, voltados, dentre outros aspectos, para a tutela de determinadas categorias de indivíduos, colocados, por sua especial condição, à margem dos processos sociais contemporâneos. É o caso da pessoa idosa. Pois, o Estatuto do Idoso (lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), ao regulamentar no plano infraconstitucional o artigo 230 da Constituição Federal, tornou-se um importante instrumento para a efetividade da tutela ali prevista. Superando o texto anterior (lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994), de eficácia reduzida, o diploma atual, fundado na doutrina da proteção integral, estabelece vários instrumentos para a defesa da pessoa idosa e sua integração na vida social, estabelecendo, dentre outros, a especialização das agências públicas de atendimento, a imposição da realização de políticas públicas para a proteção da pessoa idosa e a regulamentação da atividade privada, neste caso estabelecendo posições de vantagem para o idoso nas relações de consumo e de convívio social. O exame (não exaustivo) do Estatuto como elemento de efetividade de tais direitos fundamentais é o objeto desta investigação que tem como linha de pesquisa a hermenêutica e principiologia constitucional.

ABSTRACT

Since the 1988 Brazilian Constitution and its option for a Democratic and Social State, human rights, which were very much overlooked before, have reached a new magnitude. The new democratic order claims for new legal instruments of protection, for the purpose of reducing inequality amongst people and ensuring the principle of human being dignity. Therefore, new rights came up on behalf of certain categories of people whom, due to their special condition, have been put aside the social processes. That's the situation of aged people in Brazil. Brazilian "Aged People Act" (Act 10.741, from October 1st, 2003), that was edited to fulfil the constitutional commandment (article # 203), became an important instrument to bring effectiveness to the protection ordained in the Fundamental Law. Exceeding the former and not so effectual enactment (Act 8.842, from January 4th, 1994), the new statute, grounded on the so known "full protection doctrine", sets up a number of juridical instruments for the sake of the elderly, providing their integration into the community. In order to accomplish that, the Act orders the specialization of public agencies in charge of attending old people. Moreover, it prescribes the developing of public policies of protection and the ruling of private activities, in a way that allows advantageous positions for the elderly in consumer as in social relations. In short, the object of this study is a nonexhaustive examination of the Aged People Act, as an important means to achieve human rights effectiveness.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto os fundamentos de validade e legitimidade da tutela integral do idoso no plano jurídico, avaliando-o enquanto instrumento para realização da cidadania, garantindo a isonomia e a plena realização da dignidade da pessoa humana, tal como constitucionalmente assegurada. Visa-se, por igual, destacar a especial dimensão da efetividade desse novo direito no ordenamento jurídico brasileiro.

O seu objetivo, portanto, é avaliar as modificações introduzidas com a edição do Estatuto do Idoso e aspectos de sua efetividade, correlacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, principia-se, no primeiro capítulo, a conceituação dos Direitos Fundamentais e sua evolução histórica, tendo como ponto de partida a Revolução Francesa. Dentro desse contexto, busca-se situar o surgimento dos primeiros Direitos Fundamentais, quais sejam, os direitos de liberdade e igualdade, para, então, buscar a elaboração e reconhecimento históricos do princípio da dignidade da pessoa humana. Essa fase se encerra com a discussão sobre a possibilidade de universalização dos Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo busca-se abordar a introdução dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se uma análise da recepção desses direitos nas diversas constituições pátrias, para se chegar, então, à Constituição Federal de 1988. Analisa-se, assim, a proteção do idoso na mencionada Carta Magna e, posteriormente, a Lei 10.741/03, que instituiu o denominado Estatuto do Idoso. Aborda-se, a partir daí, o conceito de pessoa idosa, a respectiva doutrina da proteção integral e a política de atendimento ao idoso.

O último capítulo aborda a questão da efetividade dos Direitos Fundamentais, trazendo à tona, inicialmente, o debate sobre a discricionariedade administrativa como obstáculo à efetividade do Estatuto. Parte-se, então, para análise de um instrumento de grande importância, qual seja, a

legitimidade do Ministério Público para celebração e ratificação de acordos relacionados a alimentos. Visualiza-se a existência de outros instrumentos de efetividade dos direitos do idoso, dentre eles a regulação da propriedade privada através da destinação de vagas de estacionamento e de transporte público para pessoas idosas, bem como a preferência no atendimento de idosos em estabelecimentos públicos e privados. Adentra-se, nesse aspecto, à questão da constitucionalidade de tal regulação, tendo como base a função social da propriedade, desde que observado o respeito ao equilíbrio financeiro. Aludido capítulo é finalizado com a abordagem do papel das agências oficiais de execução (Conselhos Comunitários Delegacias de Polícia, Ministério Público e Judiciário) e com um levantamento de dados acerca do que foi efetivamente implementado da rede de apoio à pessoa idosa.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a tutela da pessoa idosa.

Questiona-se, aqui, os fundamentos da tutela do idoso, especialmente a base da doutrina da proteção integral adotada no Diploma, os instrumentos elaborados para sua efetividade e os entraves jurídicos eventualmente surgidos em sua implementação, destacando a importância dos institutos jurídicos elaborados e sua imprescindibilidade enquanto garantia de defesa dos direitos fundamentais.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁵ foi utilizado o Método Indutivo⁶, na Fase de Tratamento de

⁵ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁶ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

Dados o Método Cartesiano⁷, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁸, da Categoria⁹, do Conceito Operacional¹⁰ e da Pesquisa Bibliográfica¹¹.

Enfim, a opção pelo tema decorreu da observação da existência de um cenário de exclusão social, propiciado, em grande parte, por uma nova ordem mundial, fundada no aspecto econômico, onde aqueles que não se inserem na cadeia de consumo e produção, acabam, inevitavelmente, excluídos. Aí, de regra, encaixa-se a pessoa do idoso, que por sua hipossuficiência física e/ou econômica, é freqüentemente colocado à margem do processo social. O Estatuto do Idoso, assim, representa um instrumento jurídico de proteção extremamente necessário, atenuando, pela intervenção estatal, as desigualdades provocadas pelo sistema, assim atuando, de tal modo, no resguardo de um efetivo Estado Social e Democrático de Direito.

⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁸ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

¹⁰ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, EVOLUÇÃO E PERSPECTIVA EM FACE DOS “NOVOS DIREITOS”

Dado que o objeto da presente investigação se relaciona diretamente com a tutela dos direitos fundamentais (pois que, como se verá, a idéia de proteção do idoso, no plano constitucional, decorre da idéia de proteção da dignidade da pessoa humana, em seus vários aspectos) mister buscar, previamente, a noção (aproximada) do aludido conceito bem como sua extensão em face dos diversos textos doutrinários sobre o tema.

Tal compreensão tem sua utilidade em face do elemento histórico, que fornece a base para compreensão das circunstâncias que levaram à formação do sistema jurídico específico de proteção ao idoso.

É o que se pretenderá a seguir.

1.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diversas são as expressões utilizadas na doutrina e nos textos legais para definir os direitos fundamentais, podendo-se mencionar dentre elas, “direitos do homem”, “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, entre outras. Trata-se, todavia, de divergência meramente semântica, sem qualquer influência no plano prático ou teórico para modificação da essência do conceito a tal gênero relativo.

Importância maior, porém, deve ser reconhecida em relação às definições fornecidas pela doutrina relacionada ao tema, em suas diversas perspectivas, e que devem aqui ser mencionadas para a melhor compreensão do

âmbito no qual o exame de referido tema se insere. Nesse passo, importante ter sempre em conta a advertência de Nicolás María López Calera¹², para quem

cada tiempo, cada pueblo o cada teoria entiende los derechos humanos a su manera: los derechos humanos son um concepto histórico. Tal tesis significa, entre otras cosas, que no hay um concepto unívoco, sino múltiples y contradictorios y que sus contenidos, por consiguiente, han sido también diversos y contradictorios.

Ferrajoli¹³, numa perspectiva positivista crítica, dirá que

son *derechos fundamentales* todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas com capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por uma norma jurídica; y por ‘*status*’ la condición de um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴, citando J.J. Canotilho e Jorge Miranda, observa diferenças nas definições conforme o âmbito do reconhecimento dos direitos referentes à pessoa dentro do Estado Soberano. Com efeito, afirma que o termo “direitos fundamentais”

se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que,

¹² LOPEZ CALERA, Nicolas Maria. Filosofia de los derechos humanos. In: **Filosofia Del Derecho** (I). Granada: Comares, 1997, p.212.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley de más débil. Tradução de Perfecto Andres Ivanez yAndrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 36.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.35-36.

portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional (internacional).

Fazendo uma distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais, Canotilho esclarece que:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são freqüentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); *direitos fundamentais* são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁵

As diversas definições, todavia, não afetam a categoria essencial para a compreensão do conceito aqui pretendido, devendo ficar presente nossa preferência pela expressão “Direitos Fundamentais” e sua utilização, doravante, para a representação de toda a gama de direitos necessários para o reconhecimento da pessoa humana e sua realização plena.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A preocupação de se estabelecer e reconhecer direitos que não figuravam nos escritos sagrados remonta à idade antiga, tendo-se como exemplo um dos dramas mais famosos de Sófocles, em “Antígona”.

Segundo Lopez Calera¹⁶:

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p.393.

¹⁶ LOPES CALERA, Nicolas Maria. Filosofia de los derechos humanos. In: **Filosofia Del Derecho**. p.212-213.

Antígona se enfrenta al rey Creonte y ante la prohibición real apela a leyes no escritas e inmutables de los dioses para defender su derecho inalienable a enterrar a su hermano.

Algunos sofistas de la primitiva Grecia defendieron también un cierto derecho natural a la igualdad, esto es, admitían una igualdad por naturaleza que debía ser respetada por las leyes de las ciudades. [...] *La filosofía cristiana* también insistió en que por naturaleza no hay distinciones entre los hombres, porque todos son hijos de Dios, hechos a su imagen y semejanza y hermanos entre sí.

Entretanto,

[...] este iusnaturalismo se producía en un contexto histórico poco proclive a reconocer derechos fundamentales, en un contexto lleno de opresiones, autoritarismos y desigualdades de toda clase, un contexto donde se aceptaba como natural la esclavitud (ARISTÓTELES) o como institución jurídica (derecho romano). Los derechos subjetivos de cualquier clase, en el sentido moderno, no eran sino el privilegio de unos pocos. En cualquier caso hay solo una tímida llamada, meramente teórica y no práctica, al reconocimiento y defensa de algo que es del hombre y de todos los hombres.¹⁷

Na verdade, foi durante a Idade Moderna que iniciaram-se as bases teóricas que permitiram aos indivíduos reivindicar direitos e liberdades em face dos poderes políticos.

Para Gregório Peces-Barba¹⁸,

¹⁷ LOPEZ CALERA, Nicolas Maria. Filosofía de los derechos humanos. In: **Filosofía Del Derecho**. p.213.

¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p.113. Na tradução livre da autora: “Não se pode falar propriamente de direitos fundamentais até a modernidade. [...] a dignidade humana, a liberdade ou a igualdade só se começam a plantar desde os direitos em um momento determinado da cultura política e jurídica. Antes encontrávamos uma idéia desses direitos dispersa em autores como Platão, Aristóteles ou Santo Tomás, mas sem um conceito claro.”

No se puede hablar propiamente de derechos fundamentales hasta la modernidad. [...] la dignidad humana, la libertad o la igualdad por ejemplo, sólo se empiezan a plantear desde los derechos en un momento determinado de la cultura política y jurídica. Antes existía una idea de la dignidad, de la libertad o de la igualdad, que encontramos dispersa en autores clásicos como Platón, Aristóteles o Santo Tomás, pero éstas no se unificaban en ese concepto.

Ressalta, ainda que

La aparición del Estado como poder soberano, que no reconoce superior y que pretende el monopolio en el uso de la fuerza legítima, generará un disenso [...], impulsado por la nueva clase social en ascenso, la burguesía, sobre las condiciones del ejercicio absoluto de ese poder, y construirá un nuevo consenso político cuestionando el origen del poder, su justificación, su ejercicio y sus fines, con el contractualismo, con la idea de Constitución y de derechos humanos como objeto del contrato y como límites del poder. Estos dos puntos de vista, tanto los factores sociales en que aparecen por primera vez los derechos, como la reflexión teórica y las causas que explican el consenso de su inicial moralidad, desembocarán en los primeros textos positivos que situamos en los siglos XVI y XVII, en Europa primero.¹⁹

Numa breve retrospectiva histórica acerca da transição entre a Idade Média e a Idade Moderna, verifica-se que ocorreram diversas lutas pela limitação do poder e pelo reconhecimento de direitos, culminando com as razões

¹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In. **Curso de Derechos Fundamentales**. p.114-115. Em tradução livre: “A aparição do Estado como poder soberano, que [...] pretende o monopólio do uso da força legítima, gerará um dissenso [...] impulsionado pela nova classe em ascensão, a burguesia, sobre as condições do exercício absoluto desse poder, e construirá um novo consenso político questionando a origem do poder, sua justificação, origem e seus fins, com o contratualismo, com a idéia de Constituição e de direitos humanos como objeto do contrato e como limites do poder. [...] esses pontos de vista, tanto os fatores sociais presentes pela primeira vez no direito, quanto à reflexão teórica e as causas que explicam o consenso da sua moralidade inicial, desembocaram nos primeiros textos positivos que situamos nos séculos XVI e XVII, primeiro na Europa e depois nas colônias inglesas da América do Norte.”¹⁹

que desencadearam a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem em 1789, o grande marco da positivação dos direitos fundamentais.

Inicialmente, durante a Idade Média, vigorava o feudalismo como modo de organização das cidades. Através desse sistema, o senhor feudal, normalmente um barão ou bispo, era proprietário de imensas glebas de terras, onde trabalhavam, em situações precaríssimas e sem qualquer remuneração, os camponeses, que além de tudo eram compelidos ao pagamento de impostos ao rei, dízimos à Igreja e diversas outras taxas em moedas ou produtos das colheitas particulares.

A Idade Média, assim, foi marcada pelas lutas constantes dos camponeses contra a exploração dos senhores feudais, dos reis e da própria Igreja que aceitava a desigualdade social, pregando como pecaminosa a ambição de enriquecer, tudo sob o argumento de que o poder possuía origem divina.

Somada à luta dos camponeses, surge nova força social, a burguesia, que, inicialmente, era composta por “habitantes dos ‘burgos’, pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas.”²⁰ A burguesia modificou-se consideravelmente durante os séculos XV e XVIII, passando a acumular capital com as práticas do comércio e da usura, o que fez com que os burgueses percebessem que a sociedade feudal não lhes era favorável.

Com o fortalecimento da burguesia e com as constantes rebeliões dos camponeses, tanto a nobreza quanto o clero foram perdendo poder, o que culminou com o rompimento da antiga organização feudal.

Para Trindade²¹, foram diversos os fatores que ensejaram a mudança da forma de organização da sociedade daquela época, podendo destacar-se que

²⁰ TRINDADE, José Damião. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002, p.24.

²¹ TRINDADE, José Damião. **História Social dos Direitos Humanos**. p.26

As navegações intercontinentais, a descoberta do Mundo Novo, os avanços da mecânica, do conhecimento científico e da tecnologia, o crescimento da população e da demanda, a Reforma, o Renascimento, o triunfo do absolutismo, etc. – todo o “clima” medieval seguiu transformando-se incessantemente, em compasso com as mudanças econômicas que se processavam e que minavam as bases da existência do modo de produção feudal e do correspondente modo de se organizar a sociedade.

Surgia, assim, “um novo e revolucionário modo de produção, de organização social e de domínio do mundo, das coisas e das pessoas, chamado ‘capitalismo’.”²²

Entretanto, não obstante o surgimento desse novo modelo de sociedade, em diversos países ainda se observava uma forte tendência à manutenção do feudalismo.

Na França, durante o século XVIII, persistia a divisão entre os servos e as pessoas livres, as quais eram divididas em três estamentos: o primeiro estado composto pelo clero, o segundo pela nobreza e o terceiro pelos plebeus livres.

Conquanto desfrutasse de liberdades relativas, ao terceiro estado, composto pela quase totalidade das pessoas livres (camponeses, artesãos, lojistas, professores, mercadores, etc.) cabia o pagamento de inúmeras taxas e impostos. Além disso, enquanto as castas privilegiadas do primeiro e segundo estado desfrutavam das riquezas e do poder, recaía sobre o terceiro estado a obrigação de desempenhar todas as funções laborais.

De ressaltar-se que nessa época imperava o poder absoluto do rei, cuja fusão do Estado na pessoa do monarca restou claramente demonstrada pela frase de Luís XIV da França: “ O Estado sou eu” .

Assim, a partir de 1780 a França passou a enfrentar uma enorme crise econômica, em razão das guerras travadas (Guerra dos Sete Anos e da independência americana). A situação de crise abrangia diversas áreas,

²² TRINDADE, José Damião. **História Social dos Direitos Humanos**. p.26

como a fiscal, a política e a social. Para fazer frente aos gastos descontrolados do governo, resolveu o rei estabelecer uma igualdade fiscal, onde os que até então não pagavam qualquer tipo de imposto, passariam a fazê-lo. Dessa forma, convocou o rei Luís XVI, em 1787, um “Conselho de Notáveis”, composto por pessoas por ele escolhidas, para tentar negociar o pagamento de impostos. Porém, nenhum êxito obteve, vez que a aristocracia apresentava enormes resistências.

Ao contrário, os aristocratas, percebendo que a monarquia enfrentava momentos de fraqueza, resolveram exigir a divisão do poder real. Contra tal ato, o monarca respondeu com medidas de repressão, acabando, mais tarde, por recuar e ver-se desmoralizado.

A situação se agravou com a exigência, por parte da aristocracia, de ver reconhecidos seus “direitos individuais e naturais” contra o poder absoluto do rei.

Assim, apesar de a revolta dos nobres ter por fundamento a recusa em equiparar-se ao terceiro estado no aspecto fiscal e econômico, a luta contra o absolutismo passou a ser comum a ambos.

Diante das dificuldades enfrentadas e, sem recursos financeiros, o rei Luís XVI acabou por aquiescer, em agosto de 1788, com a convocação da assembléia dos “Estados Gerais”, a qual era composta por representantes da população livre do país.

A partir de então, intensificaram-se os movimentos revolucionários, principalmente pelo fato de que a grande maioria da população, composta pelo terceiro estado, não possuía o mesmo número de representantes dos demais estados (clero e nobreza).

Em junho de 1789 o rei se reuniu com os representantes dos três estados, apresentando a possibilidade de concessões, ordenando, porém, que as votações das sessões ocorressem por ordem (clero, nobreza e pessoas livres). Após a saída do rei, que foi acompanhada de representantes da nobreza e de parte do clero, houve a insurgência da grande maioria dos deputados que lá

permaneceram à sessão, afirmando, textualmente, que só desocupariam o palácio à força.

Apesar de o rei ter ordenado, posteriormente, a desocupação, com o uso da força, verificava-se, já naquele momento, a tomada do pátio do palácio pela população. Além disso, havia insubordinação por parte da própria guarda de Versalhes.

Para Trindade²³

A burguesia saiu vitoriosa em sua aberta ruptura com a legalidade monárquica, em 27 de junho, os três estados já se reuniam unificados. Era o fim do absolutismo. Em 7 de julho, os Estados Gerais adotaram o nome de Assembléia Nacional Constituinte e no dia 11 era apresentada uma primeira versão do que em breve viria a ser uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Entretanto, não conformado com a vitória da burguesia, o monarca, acompanhado pela maioria da nobreza, ordenou o envio de tropas à Paris, visando dissolver a Assembléia Nacional Constituinte. Não obteve êxito, posto que a situação já estava fora de controle, com a população faminta saindo às ruas para saquear mercados e armar-se para os confrontos.

Em 14 de julho daquele ano houve a tomada da Bastilha, fortaleza considerada prisão e símbolo do absolutismo, por parte de um comitê popular formado pela burguesia, posteriormente denominado de “Comuna de Paris”. A ação revolucionária estendeu-se por todo o país, inicialmente nas cidades e posteriormente nos campos, com a ocupação de propriedades e castelos.

O rei, ciente de sua derrota, retornou à Paris e, em razão do caos social que havia se instalado, a Assembléia Nacional Constituinte, em 4 e 5

²³ TRINDADE, José Damião. **História Social dos Direitos Humanos**. p.48.

de agosto de 1789 aprovou diversas resoluções que sepultaram de vez o feudalismo e os privilégios concedidos ao clero e à nobreza.

Foi nesse clima de transformação social, que floresceu a necessidade de proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi aprovada em 26 de agosto de 1789, encerrando, de vez, o *ancien regime*, constituindo-se o grande marco inicial da jornada dos direitos humanos.

Necessário frisar, no entanto, que não obstante o início da positivação dos direitos fundamentais ter ocorrido com a Declaração dos Direitos do Homem, já se buscava o reconhecimento desses direitos quando da Revolução Americana, que culminou com a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776. Referidas lutas, sem dúvida, tiveram grande influência no desfecho da Revolução Francesa.

Norberto Bobbio, citando a obra *Os direitos do homem*, de Thomas Paine, enfatiza:

Com sua ação e com sua obra, Paine representou a continuidade entre as duas revoluções. Não tinha dúvidas de que uma fosse o desenvolvimento da outra e de que, em geral, a Revolução Americana abrisse a porta para as revoluções da Europa: idênticos eram os princípios inspiradores, bem como seu fundamento no contrato social, a república como governo que rechaça para sempre a lei da hereditariedade, a democracia como governo de todos.²⁴

Da mesma forma, importante ressaltarmos que o século XVIII foi considerado como o século das luzes, em razão da existência de grandes pensadores (Kant, Locke, Voltaire, Montesquieu, Diderot, Rousseau), que, através de suas idéias, deixaram inúmeras contribuições para as mudanças acima mencionadas.

Para autores como Bobbio, Matteucci e Pasquino

²⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.88-89.

O termo Iluminismo indica um movimento de idéias que tem suas origens no século XVII (ou até talvez nos séculos anteriores, nomeadamente no século XV, segundo interpretação de alguns autores), mas que se desenvolve especialmente no século XVIII, denominado por isso o 'século das luzes'. Esse movimento visa estimular a luta da 'luz' contra as 'trevas'. Daí o nome de Iluminismo. [...]. O Iluminismo é, então, uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional; seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos.²⁵

Além disso, deve ser considerada, ainda, a grande influência do Direito Natural Racionalista que inspirou e serviu de fundamento para as revoluções burguesas que ocorreram na Idade Moderna, tendo como representantes Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, os quais, nos séculos XVII e XVIII já defendiam a existência de direitos inerentes ao homem, em razão de sua própria natureza humana.

A partir de seu reconhecimento e positivação nos textos legais, os direitos fundamentais passaram por inúmeras transformações, caracterizadas como dimensões ou gerações.

Embora atualmente não exista consenso entre o número de gerações dos direitos fundamentais (três, quatro ou cinco), Norberto Bobbio sustenta que:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado: aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de

²⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed, Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, p.605.

quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.²⁶

Verifica-se, portanto, que a primeira geração de direitos fundamentais refere-se ao direito de liberdade, posto que traduz, em síntese, a luta contra o absolutismo. Já, os direitos fundamentais de segunda geração correspondem aos direitos de igualdade, como se verá a seguir.

1.3 A LIBERDADE E A IGUALDADE

Sabemos que, no curso da história, nunca houve liberdade ou igualdade entre todos os seres humanos, chegando Bobbio a afirmar que “a sociedade de livres e iguais é um estado hipotético, apenas imaginado”²⁷

Entretanto, o início da Idade Moderna foi marcado pela luta contra o poder absoluto dos reis, ou seja, contra a interferência do Estado. Essa luta pela não atuação estatal, significava, na prática, a luta pela liberdade.

Paulo Barbosa Ramos enfatiza que os direitos de primeira geração

Fazem alusão às liberdades negativas, ou seja, liberdades de pensamento, locomoção, crença, contrato. São as liberdades que exigem do Estado apenas uma atitude de passividade, de não interferência. Essa chamada primeira geração de direitos foi a única que encontrou possibilidade de imediata implementação após a tomada do poder pelos burgueses, à medida que estava voltada apenas para beneficiá-los.²⁸

Ao discorrer sobre o conceito de liberdade negativa Bobbio esclarece:

Por *liberdade negativa*, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 6.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 3. ed., Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 8.

²⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p.40.

impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos. Com a seguinte advertência: o fato de que, na linguagem política, a liberdade seja uma relação entre dois sujeitos humanos não exclui que o conceito amplo de liberdade compreenda também uma relação na qual um dos dois sujeitos ou ambos não sejam sujeitos humanos. É perfeitamente lícito dizer que o homem conquistou a própria liberdade emancipando-se não apenas das restrições derivadas da sujeição do homem ao homem, mas também da submissão às forças naturais [...].²⁹

Entretanto, além das lutas pelas liberdades negativas, também pleiteava a sociedade da época, uma maior participação nas decisões políticas tomadas pelos governantes. Buscavam, assim, o reconhecimento de seus direitos políticos.

Paulo Márcio Cruz enfatiza que:

O Conceito de Liberdade próprio do constitucionalismo tem também uma dimensão ativa ou positiva, com a Liberdade compreendendo, também, a participação na adoção das decisões da comunidade política.

Através desta participação, o cidadão, sujeito à vontade do poder do Estado é, sem dúvida, autor – ou co-autor – esta vontade e, por isto, membro deste mesmo poder. Por meio desta participação na formação da vontade pública, o cidadão, assim, ‘se obedece a si mesmo’. A Liberdade compreende, portanto, também, os direitos à cidadania política e não só civil.

O reconhecimento destes direitos aparece, compreensivelmente, nos primeiros documentos do constitucionalismo moderno, quando a burguesia tratava de garantir a máxima Liberdade perante o Estado, que fora seu opressor na ordem anterior. Os direitos de participação, em todo caso, também experimentaram uma notável evolução, paralela à implantação generalizada do princípio democrático, que supõe a existência de direitos de participação universais e iguais para todos os cidadãos [...].³⁰

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. p. 48-49.

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. (ano 2003), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2005. p.160.

Aludido período, portanto, foi marcado pelas conquistas de direitos civis e políticos, destacando-se, assim, a ascensão do modelo de Estado Liberal.

Nesse aspecto esclarece Flávia Piovesan:

No final do século XVIII, as Declarações de Direitos, seja a Declaração Francesa de 1789, seja a Declaração Americana de 1776, consagravam a idéia contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduzem aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. O discurso liberal da cidadania nascia no seio do movimento pelo constitucionalismo e da emergência do modelo de Estado Liberal, sob a influência das idéias de Locke, Montesquieu e Rousseau. Frente ao Absolutismo, fazia-se necessário evitar os excessos, o abuso e o arbítrio de poder. Neste momento histórico, os direitos humanos surgem como reação e resposta aos excessos do regime absolutista, na tentativa de impor controle e limites à abusiva atuação do Estado. A solução era limitar e controlar o poder do Estado, que deveria se pautar na legalidade e respeitar os direitos fundamentais.³¹

A primeira geração dos Direitos Fundamentais é marcada, assim, pela busca da liberdade (direitos civis e políticos).

De outro modo, a segunda geração tem como característica primordial a luta pela igualdade, representada pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Essa fase decorre de um novo modelo de Estado, que surge após o advento da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social.

Com o passar dos anos percebeu-se que a simples concessão de direitos de liberdade não possuía qualquer eficácia prática se não fossem garantidas algumas condições materiais mínimas aos seres humanos. A não intervenção do Estado já não bastava para garantir os mesmos direitos aos

³¹ PIOVESAN, Flávia. Desafios e Perspectivas dos Direitos Humanos: A inter-relação dos valores Liberdade e Igualdade , in **Direito Internacional dos Direitos Humanos** – Estudos em homenagem à Prof. Flávia Piovesan. Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli (coordenadores). Curitiba: Juruá, 2006, p.158.

cidadãos. Era necessária a atuação do Estado para que fossem reduzidas as desigualdades, mormente pelo avanço do capitalismo que impunha grandes diferenças econômicas e sociais entre os homens.

Nesse aspecto, Paulo Mário Cruz leciona:

A doutrina constitucionalista inicial pretendeu deixar por conta dos cidadãos a satisfação de suas necessidades materiais. Entretanto, não foi difícil perceber, principalmente ao longo das crises econômicas dos séculos XIX e XX – com destaque para a Segunda Revolução Industrial e para a Grande Depressão de 1929 – que o mero jogo de forças de mercado, balizados pela competitividade e pela lei da oferta e da procura, não podia garantir, inclusive nos países ricos, condições mínimas e estáveis de vida.

A intervenção do Estado na vida econômica e social passou a se configurar como um elemento necessário para impedir crises cíclicas e para garantir um mínimo de bem-estar a grande parte da população. O Estado passou a ser configurado, paulatinamente – principalmente após a Segunda Guerra Mundial – como intervencionista ou, numa fórmula mais ampliada, como um Estado Social e com função social, decidido a promover – ou a impedir – determinadas ações sociais, culturais e econômicas.

³²

Assim, tornou-se necessário o reconhecimento de novos direitos fundamentais, destacando-se, dentre eles, os direitos à segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Os primeiros países que inseriram em suas Constituições o reconhecimento dos direitos sociais foram o México (Constituição de 1917) e a Alemanha (Constituição de Weimar de 1919). Porém, somente após a Segunda

³² CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos do Direito Constitucional. p.161.

Grande Guerra é que tais direitos foram consolidados na maioria das Constituições dos países Europeus e Americanos.

Sustentam diversos doutrinadores que, no Brasil, conquanto aludidos direitos estejam resguardados constitucionalmente, ainda não se atingiu o Estado Social necessário à diminuição das desigualdades econômicas e sociais.

Lênio Streck, discorrendo sobre a transformação do Estado, enfatiza que:

A minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia³³.

A terceira geração dos direitos fundamentais é também chamada de direitos de solidariedade e fraternidade, visto que se desvincula da figura do homem como titular do direito e protege direitos coletivos e difusos, ou seja, relacionados a grupos. Pode-se destacar, dentre os direitos de terceira dimensão, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Há, ainda, quem defenda a existência de direitos fundamentais de quarta e de quinta dimensão (Antonio Carlos Wolkmer), referindo-se aqueles à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 24.

genética e estes às tecnologias de informação (*Internet*), do ciberespaço e da realidade virtual em geral.³⁴

Entretanto, não obstante a divergência doutrinária acerca do número de dimensões ou gerações, Ingo Sarlet afirma que:

Não nos parece impertinente a idéia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana.³⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, pode ser visto como o alicerce de todos os direitos fundamentais, de onde a necessidade de um melhor exame de sua dimensão e importância, o que se buscará efetivar na etapa seguinte desta investigação.

1.4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A noção de valor inerente à pessoa humana possui origem no período clássico da história, época em que, segundo Fábio Konder Comparato³⁶, “despontou a idéia de uma igualdade essencial entre todos os *homens*”. Iniciou-se, então, a primeira fase da evolução do conceito de pessoa com a filosofia estoica que se desenvolveu durante seis séculos (321 A.C até a segunda metade do século III da era Cristã).

De fato, pondera o referido mestre:

O estoicismo organizou-se em torno de algumas idéias centrais, como a unidade moral do ser humano e a dignidade do homem,

³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12-15.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. ver. Atual. E ampli. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 2006, p. 60.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16.

considerado filho de Zeus e possuidor, em conseqüência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais.³⁷

Seguiu-se então a era Cristã, onde o sobrenatural – Deus - passou a ser o modelo de pessoa para todos os homens. A igualdade só existia no plano metafísico, visto que na prática, durante séculos, continuou se admitindo a existência de diferenças entre os seres humanos, hierarquizando a sociedade de modo que determinadas castas (seja por deter o poder da palavra revelada, pela força, ou ainda pelo exercício dessas duas formas de submissão) se autodenominavam superiores, enquanto outras - os escravos, as mulheres e os povos colonizados - restava a condição de seres inferiores, meros instrumentos para os interesses das primeiras.

A segunda fase da evolução do conceito de pessoa teve início no século VI, com BOÉCIO, o qual sustentou que “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia* (“diz-se propriamente pessoa a especificação individual da substância racional”)³⁸. Essa definição posteriormente também foi adotada por Santo Tomás que, dentro do organicismo que lhe era peculiar, defendeu ser o homem “um composto de substância espiritual e corporal”³⁹.

Passou-se, então, à terceira fase da construção do conceito de pessoa humana, agora com a filosofia de KANT, a qual, amparada nas idéias de que “*só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios: só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática*”⁴⁰, reconhece como um dos imperativos categóricos (ou seja, uma das máximas morais para uma vida virtuosa), a impossibilidade de o homem ser tratado como fim para outros meios. Pois, para Immanuel Kant o homem não possui preço como as coisas, mas sim dignidade, inerente a condição de ser humano, indivíduo racional.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 16;

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 19;

³⁹ *Apud* COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p.20;

⁴⁰ *Apud* COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 20.

Assim,

[...] no reino dos fins tudo tem ou preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade...⁴¹

Segue-se uma quarta fase da estruturação do princípio da dignidade da pessoa humana, representada, agora, pela descoberta do mundo dos valores. Através dela, verificou-se que o homem possui “vontade”, ou seja, é capaz de agir livremente direcionando sua ação no sentido da busca da satisfação de seus interesses, de onde

a quarta etapa na compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função de preferências valorativas. Ou seja, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas⁴².

Por fim, a quinta e última etapa da formação do conceito de pessoa surge no século XX, com o reconhecimento de uma identidade singular do ser humano, defendida pelo pensamento existencialista.

Como novamente pondera COMPARATO,

Confirmando a visão da filosofia estoíca, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo⁴³.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 33.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p.26.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 27.

Disso tudo extrai-se que a evolução do conceito de dignidade da pessoa humana e a importância de sua dimensão para o Estado Social e Democrático de Direito, deu-se nas marchas e contra-marchas da história, evoluindo de uma primitiva relação de privilégios entre castas até a busca da isonomia de tratamento e garantia do indivíduo perante todas as formas de violência (formal ou informal). Ou, como pondera com melhor propriedade Rizzatto Nunes, tal idéia se solidifica como “*uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana*”⁴⁴.

Foi somente à custa de séculos de lutas que se pôde chegar hoje ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como sendo algo essencial e indistinto a todos os seres humanos, base e fundamento de uma ordem verdadeiramente democrática. Ou seja, na dignidade da pessoa humana hoje se reconhece

(a) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos 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 humanos⁴⁵.

Essa a dimensão que hoje deve prevalecer e que somente pode ser compreendida e efetivada dentro de um modelo político determinado, qual seja, o Estado Social e Democrático de Direito, fundamento das constituições modernas ocidentais. A dignidade, portanto, inspira e fundamenta toda ordem

⁴⁴ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p.60.

sócio-política que se pretende democrática⁴⁶, devendo ser reconhecida como exigência de efetivação de todas as potencialidades do ser humano, daí o reconhecimento de sua fundamental dimensão para o modelo que irá guiar, pelo Direito, toda a gama de relações intersubjetivas de poder, delimitando a relação entre os indivíduos e entre eles e o ente artificial instituído para a implementação de tal modelo político (o Estado).

Alexandre de Moraes, comentando o artigo 1º da Constituição Federal, o qual dispõe que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos:

[...] a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁴⁷

Pois, ao tempo em que fundamenta o Estado Social e Democrático de Direito, somente dentro dele a dignidade se realiza plenamente e é apenas a partir de seu reconhecimento gradativo no curso da história que os direitos fundamentais passam a transcender o local em direção ao global. A evolução histórica de tal conceito fundamenta sua solidificação no curso do tempo e, fundamentalmente, revela o surgimento da necessidade de sua projeção em caráter supra-nacional, ou seja, a necessidade de sua universalização. Foi a partir das lutas históricas e dos movimentos sociais e políticos contra a opressão que a

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Colección El Derecho y la Justicia, 3ª reimpresión, versión castellana: Ernesto Galzón Valdés, Revisión: Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

dignidade da pessoa humana restou construída, diversificando-se nas várias garantias individuais, base de toda ordem político-jurídica que se pretende democrática.

Todavia, se tal solidificação se construiu com a afirmação do individual e do coletivo perante o poder local, o processo de sua universalização necessitou de um evento marcante e profundo, a segunda guerra mundial e seus horrores, para que definitivamente se tivesse em conta a dignidade da pessoa humana como um valor de todos os povos e a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais a níveis planetários.

Como se procurará demonstrar a seguir, embora consenso, a redução das desigualdades, o respeito à diversidade, a tutela da vida em todas as suas formas (o que abrange uma noção ampla de meio ambiente) e a proteção do indivíduo contra a exploração predatória ainda são realidades em construção. O processo de universalização e principalmente os instrumentos jurídicos de proteção da dignidade humana ainda enfrentam enormes barreiras de cunho político, econômico e social, tratando-se, em verdade, do grande desafio da humanidade para os tempos que seguem.

1.5 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS NOVOS DIREITOS

O processo de universalização dos direitos fundamentais é essencialmente um processo histórico, gerado e desenvolvido a partir de um elemento comum, qual seja, a reafirmação da pessoa humana diante do poder. Os direitos fundamentais, portanto, surgiram com a marca da perspectiva emancipatória, evoluindo, a partir daí, para a possibilidade de uma atuação reivindicatória.

Destaca-se, nesse aspecto, que

Foram necessários vinte e cinco séculos para que a primeira organização internacional a englobar a quase totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração

Universal de Direitos Humanos, que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”⁴⁸.

O primeiro passo na jornada de universalização dos direitos fundamentais foi o *Bill of Rights* editado na Inglaterra em 13 de fevereiro de 1689. Pretendia-se, ali, nada mais nada menos do que limitar o poder do rei, protegendo, acima de tudo, o direito de liberdade do cidadão (ficando a ressalva aqui, obviamente, da concepção de tal categoria na ordem feudal e absolutista). Da mesma forma, a Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de outubro de 1776, estabelecia em seu artigo 1º, que

Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais, dos quais não podem, por nenhum contrato, ser privados nem despojados na posteridade.

Os textos provenientes da Revolução Francesa igualmente contêm a idéia de limitação do poder, tratando-se, na verdade, do estatuto da nova ordem mundial surgida com o fim do poder monárquico absolutista e com a emergência da burguesia. A Declaração dos Direitos do Homem é, sem dúvida, o texto que melhor traduz a realidade do iluminismo, cuja influência na evolução dos direitos humanos permanece e fundamenta, até os dias que correm, a idéia de limitação do poder.

Cumprir observar, todavia, conquanto represente o primeiro ato de positivação de direitos, o âmbito de sua extensão revelou-se extremamente limitado. A nova ordem ainda operava com distinções entre os indivíduos, pautadas por condições de matizes sociais, econômicas e de gênero, isto sem mencionar a economia escravocrata e a colonização expropriatória em curso a nível global.

Todavia, nem o surgimento da fábrica, espaço onde se resumiam as relações de poder deixadas pelo mercantilismo e apropriadas pela ordem industrial, nem o desenvolvimento de idéias preconceituosas de matriz

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 12.

positivista inspiradas na teoria evolucionista de Darwin (a partir da qual se desenvolveram idéias de “povos evoluídos” e “povos atrasados”, além de diferenças baseadas em critérios étnicos) foram suficientes a provocar a ampliação do conceito de direitos fundamentais⁴⁹, transpondo-se a linha emancipatória. Foram necessários, sim, todos os horrores de uma guerra mundial revestida de elementos sem precedentes (além do domínio geopolítico e econômico o nazismo trazia como um de seus ideais a “higienização” social, fio condutor do genocídio praticado) para que se formasse o consenso da necessidade de criação de normas internacionais de reconhecimento e proteção de direitos e, mais importante, de agências capazes de levar adiante tal tarefa.

É aí que surge a Organização das Nações Unidas – ONU, e com ela, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, grande marco histórico dos direitos humanos, representando, segundo Comparato⁵⁰,

a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignada em seu artigo I.

Assim, somente após ser redigida a Carta das Nações Unidas, é que restou positivada, com declarada intenção de universalidade, a defesa dos direitos humanos, presente na citada Declaração Universal dos Direitos do Homem. O processo de internacionalização dos direitos fundamentais foi construído, então, a partir do Direito Humanitário.

Para Flávia Piovesan⁵¹:

O movimento de internacionalização dos direitos humanos constituiu, assim, um movimento extremamente recente na

⁴⁹ A revolução industrial, cabe destacar, trouxe consigo uma série de demandas sociais que posteriormente vieram a constituir a base do estado do bem estar social. A universalização, todavia, ainda não estava presente.

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 223.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Liminad, 2000, p. 129.

história, surgindo a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no extermínio de 11 milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionador a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.

Enfatizando a necessidade de proteção do ser humano, Cançado Trindade⁵² explicita que:

Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial. Já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas como no passado (por exemplo, a proteção de minorias, de habitantes de territórios sob mandato, de trabalhadores sob as primeiras convenções da OIT), mas doravante de proteger o ser humano como tal.

Incorpora-se no texto da declaração toda a estrutura dos direitos emancipatórios construídos a partir da luta contra o antigo regime, nele se inserindo, também, vários direitos que iriam constituir o chamado Estado do Bem Estar Social, ficando presente não apenas a ocorrência de limitações ao poder mas também e fundamentalmente a idéia da existência de direitos de prestação, ou seja, toda uma gama de exigências a serem opostas ao Poder Público de modo a exigir sua intervenção para garantia de direitos, visando a plenitude da pessoa humana.

Destaca Flávia Piovesan⁵³:

⁵² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p.17.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**.p. 158.

A declaração trouxe em seus artigos não apenas disposições sobre direitos civis e políticos, mas introduziu ainda direitos sociais, econômicos e culturais, o que, nesse aspecto, representa uma inovação no campo dos direitos humanos. Trata-se de um documento que buscou proporcionar aos direitos humanos e às liberdades fundamentais um reconhecimento internacional.

Comparato⁵⁴ vai mais além, afirmando que:

Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade.

A pretensão de universalização, a partir daí, é edificada como meta a ser perseguida por todas as nações do mundo, sustentando-se, portanto, no consenso surgido a partir da violência extrema da Segunda Grande Guerra.

À Organização das Nações Unidas, a partir daí, coube o papel de entidade supra-nacional, legitimada para atuação fiscalizatória e garantidora do pacto, junto aos países signatários. Relativiza-se, a partir daí, embora em dimensão menor, a idéia de soberania, colocando-se os direitos humanos, sedimentados enquanto categoria, como valor supremo a ser perseguido.

Com a revolução industrial novo elemento histórico passa a operar, fazendo surgir, no cenário de evolução dos direitos fundamentais, novas categorias. São os chamados “direitos de terceira geração”, destacando-se, dentre eles, os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida. Aprimoram-se as noções de direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina, direitos da criança, direitos do idoso, deficientes físicos e mentais, os direitos das minorias [étnicas, religiosas, sexuais], bem como os novos direitos da personalidade (direito à intimidade, à honra, à imagem).

⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. p. 56.

Tais direitos surgiram, conforme Sarlet,⁵⁵

do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais.

Esse, em linhas gerais, o plano evolutivo da universalização dos direitos fundamentais da pessoa humana. Como ponderado, trata-se de um conceito fluído e instável, que se aprimora lentamente, na corrente da evolução histórica das sociedades humanas: nesse momento outros direitos encontram-se em gestação (é exemplo o direito à inclusão digital) e muitos outros virão, num movimento dialético e democrático necessário e irreversível.

No plano da realidade, todavia, cumpre confessar, a modernidade não conseguiu até o momento realizar as tarefas para as quais foi concebida, estando presente a insuficiência e a falta de autonomia e de independência das agências supra-nacionais instituídas para a implementação e tutela do direitos humanos. De fato, a globalização e o movimento neo-liberal próprios ao fim do século XX e ainda em curso foram suficientes a reduzir em muito o potencial limitador e fiscalizatório das Nações Unidas, podendo se constatar, com algum pesar, visíveis retrocessos no movimento de universalização concreta (não apenas normativa) dos direitos humanos.

Assim, a submissão das Nações Unidas ao poder das potências planetárias, do qual a guerra do Iraque é o exemplo definitivo; a dificuldade de instituir e fazer operar o Tribunal Penal Internacional; a impossibilidade de impedimento dos conflitos de cunho fundamentalista no Oriente Médio; a devastação da África, com prejuízo de vidas em escala próxima ao genocídio; os conflitos étnicos e a convivência diuturna com ditaduras declaradas; a transferência do poder político ao poder financeiro (Organização Mundial do Comércio); a volatilidade decorrente da globalização dos mercados,

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 58.

com reflexos imediatos na vida de milhões de pessoas, completamente desamparadas diante das crises, tudo isso dentre outros aspectos, constituem barreiras fortíssimas à implementação dos Direitos Fundamentais a nível planetário, fornecendo um cenário extremamente sombrio para os tempos que seguirem. Urge, pois, o resgate de uma cultura de tolerância e implementação dos direitos humanos, com a busca de sua realização, o quanto possível, dos direitos de liberdade, igualdade e dignidade a todos os indivíduos, estendendo-os para muito além dos limites dos países centrais.

Cumpra a implementação de políticas de inclusão e a instituição de instrumentos de contenção da atual política homogênea e beligerante. Sem tais modificações, parece evidente, a universalização dos direitos humanos não passará de uma declaração de boas intenções.

A advertência de BOBBIO, portanto, segundo a qual “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los⁵⁶”, nunca se fez tão atual. E é justamente a proteção dos direitos fundamentais da pessoa idosa que iremos abordar no próximo capítulo.

⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** p. 25.

CAPÍTULO 2

A PROTEÇÃO DA PESSOA IDOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Os direitos fundamentais, como visto anteriormente, fazem parte do processo de evolução da sociedade e, como bem esclareceu Bobbio, “não são conquistados todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.⁵⁷ Trata-se, na verdade, de um catálogo aberto, onde os novos direitos são inseridos na medida em que, diante de circunstâncias históricas determinadas, se lhes reconhecem aludida necessidade.

Como pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos

É certo que o simples reconhecimento de novos direitos humanos ou sua incorporação aos ordenamentos jurídicos internos de cada Estado, tornando-os assim fundamentais, não se revela suficiente para que esses direitos sejam respeitados, contudo, há de se considerar que, no mínimo, desencadeiam um processo de conscientização de que os homens têm direito a liberdade, a todo tipo de liberdade.⁵⁸

Para Canotilho

A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights*

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 05.

⁵⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p.48-49.

colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os “direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.⁵⁹

A história dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, em tal aspecto, não foi diferente, senão por um detalhe específico: a peculiar formação do estado brasileiro e seu papel político desvirtuado, não apenas pela negligência no trato das questões sociais, mas por sua utilização como instrumento de manutenção da desigualdade social existente⁶⁰.

Pois, se na ordem monárquica anterior à Constituição Outorgada de 1824 sequer uma positivação podia ser reconhecida (utilizavam-se as ordenações portuguesas), com tal diploma legal adveio a previsão de direitos do homem brasileiro e do estrangeiro residente no país, não obstante condizente com a ordem escravista e estamentária de então. Previa aquela Carta Magna, em seu Título VIII – *Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros* - alguns direitos e garantias fundamentais (direitos de liberdade e igualdade). Entretanto, não obstante a positivação de aludidos direitos fundamentais, eram os mesmos ineficazes, o que é evidentemente deduzido da estrutura política e social do período.

A República brasileira, embora influenciada visivelmente pela nova ordem europeia e pela independência americana, nasce de um golpe de estado. Ao invés de constituir-se em um movimento com ramificações populares, a proclamação da república não é mais do que a substituição da agonizante ordem antiga pela elite dominante de então. Com o colapso do tráfico negreiro no plano mundial e com o subsequente declínio das elites ligadas à monocultura da cana de açúcar, surge ambiente desfavorável à manutenção da monarquia, que é alijada do poder pelo exército e cede a uma nova casta

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 377, grifo no original.

⁶⁰ As idéias a seguir expostas, evidentemente, não são originais e decorrem da leitura de várias obras sobre a história do Brasil. Como referência, todavia, fica a obra de Boris Fausto, **História concisa do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

dirigente, sem qualquer compromisso social. Por isso, embora a Constituição republicana de 1891, em seu Título IV, Seção II, contivesse uma *Declaração de Direitos* “onde assegurava a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*”⁶¹, de cunho nitidamente liberal, e possuísse basicamente apenas os direitos e garantias individuais, pode-se afirmar que os mesmos constituíam-se em meras declarações de princípios, quando muito destinados a proteger a nova elite dirigente..

É somente com o período anterior ao Estado Novo, em 1934 – que, vale destacar, tratou-se também de um golpe de estado, com os revolucionários inconformados derrubando um governo central deslegitimado pela manipulação política - que o ordenamento brasileiro teve acrescentado ao texto constitucional, além dos direitos e garantias individuais, também os direitos de nacionalidade e direitos políticos, além do reconhecimento dos direitos econômicos e sociais do homem, sob o título “Da Ordem Econômica e Social”, mantidos na Constituição de 1937.

O período antes citado, todavia, foi marcado pelas fortes tensões, todas voltadas para a figura de Getúlio Vargas, e que refletiram enorme instabilidade política e social. Nesse período, a despeito da declaração formal de direitos a repressão política e a modificação da estrutura capitalista brasileira, com a industrialização impulsionada deram abrigo a contradições e ao surgimento de ambiente de extrema arbitrariedade. O Estado previdenciário que Getúlio Vargas iniciou, teve seu ápice na Constituição de 1946, que previu, além do capítulo específico sobre os direitos e garantias individuais, diversos direitos econômicos e sociais divididos em dois títulos: III – *Da Ordem Econômica e Social* e IV – *Da Família, da Educação e da Cultura*.

Tratava-se, entretanto, de um movimento marcado pela peculiaridade de sua imposição a partir do próprio governo. Os direitos sociais reconhecidos, se de um lado representavam uma preocupação mínima voltada

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995, p.169.

para a dignidade da pessoa humana, não eram mais do que o reflexo de um movimento que já se desenvolvia na Europa e nos Estados Unidos e não podiam deixar de ocorrer senão como reflexo direto das tensões decorrentes da industrialização em curso. Por isso que se limitavam, em boa medida, à figura do *trabalhador*, desprezando todo um contingente de excluídos socialmente que permaneciam mantidos à margem do processo de desenvolvimento social em curso.

Com a ditadura militar de 1964, o Estado brasileiro alcança seu momento de maior desprezo pela tutela dos direitos fundamentais. À própria supressão, em 1969, por um chamado *ato institucional*, de disposições da Constituição Federal de 1967 (supressão de *habeas corpus*, expurgos de políticos etc.), a ponto de nele se visualizar uma nova constituição, o Estado Brasileiro adotou posição de guerra ideológica, identificando inimigos, valendo-se da tortura, da cassação de direitos políticos, da centralização política (fechamento do congresso nacional), incorporando como pauta balizadora da atuação estatal a *ideologia de segurança nacional*. Assim, se no plano político identificava uma guerra e perseguia inimigos, no plano econômico pautou-se por um modelo concentrador da renda e expansivo do endividamento público, que jogou inúmeros brasileiros na miséria e expandiu ao insuportável a massa de desassistidos. O Estado, portanto, descumpria no plano político, social e econômico qualquer pauta mínima de efetivação dos direitos fundamentais, provocando reação que somente tomou corpo, no plano jurídico, nos anos 80 do século passado, com a promulgação, em 05 de outubro de 1988, de uma nova Carta Magna.

Esse, em verdade, o marco inicial dos direitos fundamentais no Estado brasileiro.

De forte inspiração democrática, trouxe a Constituição um título específico sobre os princípios fundamentais, tendo como Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Referido título se subdivide em diversos capítulos, sendo eles: *Cap. I – Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Cap. II – Direitos Sociais; Cap. III – Direitos e Deveres da Nacionalidade; Cap. IV – Direitos*

Políticos e Cap. V – Partidos Políticos. Além do referido Título II, também estão positivados direitos fundamentais no *Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira* e no *Título VIII – Da Ordem Social.* Estatuiu, portanto, direitos de liberdade contra o arbítrio; protege a intimidade, a liberdade de expressão, de credo; a inviolabilidade do domicílio; proíbe a tortura; garante instrumentos processuais contra o arbítrio; assegura a plena participação política e veda a discriminação em todos os seus aspectos; torna princípios do Estado brasileiro a tolerância e a busca da redução das desigualdades regionais; institui direitos sociais de proteção ao trabalhador, condiciona a ordem econômica ao respeito ao meio ambiente e à dignidade da pessoa humana e, dentre outros aspectos não menos importantes, reconhece a existência de grupos sociais merecedores de especial tutela⁶², não por uma pretensa *inferioridade*, mas pela *marginalização imposta*, derivada de uma ordem que não reconhecia até então a diversidade social e o pleno reconhecimento da dignidade humana a qualquer indivíduo, ainda que alijado, por razões culturais, econômicas ou biológicas, das relações de trabalho e sociais. Surge, então, a idéia de *proteção* dos índios, das crianças, dos idosos, que ganham especial tutela na ordem constitucional.

Essa tutela constitucional, no aspecto específico do idoso, que agora se pretende analisar.

2.2. A PROTEÇÃO DO IDOSO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na linha do acima exposto, semelhante ao que se deu em relação à positivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, o direito à velhice – ou melhor dizendo, o direito a uma velhice digna, também só teve sua positivação efetiva com o advento da Constituição Federal de 1988. É somente aí que a proteção da pessoa idosa, amparada nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, passa a ser considerada parte do conjunto de direitos que irão fomentar uma sociedade justa, igual e solidária, fundamento do Estado Democrático e Social de Direito e objetivos a serem buscados pelo Estado Brasileiro. *Verbis:*

⁶² Reconhecendo, portanto, que a isonomia pressupõe o reconhecimento das desigualdades.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a *cidadania*;

III – a *dignidade da pessoa humana*;

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

V – o pluralismo político.⁶³

Os princípios da Cidadania e da dignidade da pessoa humana, portanto, são expressamente incorporados no texto constitucional brasileiro, traduzindo a aceitação, no plano político interno, das diretrizes relativas aos direitos humanos reconhecidas a nível universal (ao menos formalmente). Decorre daí toda uma demanda de prestações positivas pelo Estado, dentro das quais, por evidente, insere-se a proteção da dignidade do idoso, em seus mais diversos aspectos (social, político, jurídico etc).

Pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos,

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

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

⁶³ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cáspedes. - 33a ed., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004, artigo 1º. Grifo.

decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana, durante toda a sua vida.⁶⁴

E acrescenta referido autor:

Assegurar os direitos fundamentais das pessoas idosas é uma alternativa inteligente para a garantia dos direitos de todos os seres humanos. Todavia, fez-se observar que somente serão assegurados os direitos fundamentais aos idosos na medida em que aos seres que envelhecem seja garantido, durante a existência, o direito à dignidade.⁶⁵

Não por acaso, aliás, estatui o artigo 3º da Carta Magna que a República Federativa do Brasil tem como objetivo fundamental, dentre outros, “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”⁶⁶, reiterando-se a não discriminação o artigo 5º do texto constitucional, relacionado aos Direitos e Garantias Fundamentais:

*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*⁶⁷.

Tais diretrizes não são menos do que o natural desdobramento do Estado Social e Democrático de Direito adotado na Constituição Federal de 1988, ficando evidente sua nítida feição garantista.

Segundo Ferrajoli:

⁶⁴ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. *In Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*, organizadores WOLKMAR, Antonio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato, São Paulo: Saraiva, 2003, p.133.

⁶⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. *In Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. p. 149.

⁶⁶ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. artigo 3º, inciso IV, grifo.

⁶⁷ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**.

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições deste século têm, contudo, reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais: os direitos já recordados a subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à instrução, à habitação, à informação e similares. Diferente dos direitos de liberdade, que são *direitos de* (ou faculdade de comportamentos próprios) a que correspondem a *vedações* (ou deveres públicos de não fazer), estes direitos, que podemos chamar 'sociais' ou também 'materiais', são direitos a (ou expectativas de comportamento alheios) que devem corresponder a *obrigações* (ou deveres públicos de fazer) [...] Digamos, pois, que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações *negativas* para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como *Estado de direito liberal*; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, estes se caracteriza como *Estado de direito social*⁶⁸.

O Estado, nessa concepção, diferentemente do Estado Liberal, não se limita a uma posição de não-intervenção, mas se vê compelido a dar efetividade a várias prestações sociais. Por isso que, continua o autor:

Podemos [...] caracterizar o *Estado liberal* como um Estado limitado por *normas secundárias negativas* [...]; e o *Estado social*, ou *socialista*, como um Estado vinculado por *normas secundárias positivas*, isto é, por comandos igualmente dirigidos aos poderes públicos. A técnica garantista é sempre aquela da *incorporação limitativa* de direitos civis e correlativamente de deveres públicos nos níveis normativos superiores do ordenamento: a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos, repitamos, equivale à declaração constitucional dos deveres do Estado. [...] As garantias liberais ou negativas buscadas em vedações legais servem para defender ou conservar as condições *naturais* ou pré-políticas de existência, a liberdade, a imunidade aos arbítrios e, devemos acrescentar, a não destruição do ar, da água e do meio ambiente em geral; as garantias sociais ou positivas baseadas nas obrigações conduzem, ao invés, a pretensões e aquisições de condições *sociais* de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde,

⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 691.

o lar, a instrução etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm como tais uma função conservadora; e as segundas são dirigidas ao futuro e têm um alcance inovador⁶⁹.

Essas prestações sociais derivam das diretrizes citadas (direito à saúde, à habitação etc.) e que, como pondera Rebecca Monte Nunes Bezerra⁷⁰, enquanto princípios gerais, são aplicáveis a todos os cidadãos, o que obviamente não exclui a figura do idoso. A só previsão de tal diretriz constitucional, portanto, já se faria suficiente para a tutela da pessoa idosa, nos múltiplos aspectos de sua vulnerabilidade. Todavia, reconhecendo a necessidade de uma descrição específica da pessoa do idoso enquanto categoria jurídica passível de uma tutela diferenciada, o legislador constituinte, a exemplo do que realizou em relação à criança e ao adolescente, aos índios, ao meio ambiente, optou por estabelecer normas específicas de proteção, fixando nos artigos 229 e 230 as regras de cunho protetivo que irão balizar a atividade do legislador infraconstitucional, e as diretrizes da atuação do Estado enquanto implementador das políticas públicas de proteção.

Senão vejamos:

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

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

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

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 692.

⁷⁰ BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do Idoso Comentado/** Naide Maria Pinheiro (organizadora). Campinas: LZN, 2006, p.9.

§ 2º aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.”⁷¹

No campo específico da assistência social, prevê a destinação de renda mínima aos idosos que dela necessitarem, tornando evidente o dever de solidariedade em relação à figura do idoso hipossuficiente economicamente. Reafirmando, assim, a destinação de quantia correspondente a um salário-mínimo mensal como patamar mínimo de garantia da dignidade humana.

Dispõe a Constituição Federal:

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

(...)

V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.⁷²

Pode-se verificar, de tal forma, a existência de todo um arcabouço jurídico voltado para a proteção da dignidade da pessoa humana e nela se insere, sem menor dúvida, o conjunto de ações voltadas para a integração social do idoso, reconhecendo-lhe a hipossuficiência diante da dinâmica social capitalista. Em um mundo competitivo e excludente, o idoso, dadas as limitações naturais de ordem biológica, de regra é visto como portador de um *déficit* econômico e social, cujo resgate e busca da isonomia passa a ser objetivo da tutela jurídica específica.

⁷¹ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cáspedes. - 33a ed., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷² Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. artigo 203, inciso V.

A dinâmica social e a tradição legalista da cultura jurídica brasileira, todavia, logo fizeram ver a necessidade de ampliação do texto legislativo de proteção, fazendo-se necessária a regulamentação infraconstitucional de tais diretrizes para garantia de sua efetividade. Assim é que, passados seis anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em 04 de janeiro de 1994, entrou em vigor a Lei 8.442, que dispunha sobre a Política Nacional do Idoso, criava o Conselho Nacional do Idoso e dava outras providências, diploma que logo se mostrou insuficiente: tratava-se, na verdade, a par dos princípios que estatuaía, de disposições voltadas para a tomada de ações governamentais em tal área, carecendo de instrumentos específicos de tutela judicial e administrativa, e, portanto, do mínimo de efetividade que tal proteção estava a reclamar.

Posteriormente, enfim, depois de anos de discussão, foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, em 01 de outubro de 2003, a Lei 10.741 (Estatuto do Idoso), a qual, finalmente trazia em seu bojo disposições específicas de atuação estatal e da sociedade em prol do idoso. O direito à assistência familiar, da sociedade e do Estado; a não-discriminação; a ampla tutela judicial; a criação de agências específicas, tudo de modo a garantir a tutela efetiva da pessoa idosa e garantir-lhe, ao menos no plano normativo, instrumentos para a tutela de sua dignidade. Pois, a exemplo do que do Estatuto da Criança e do Adolescente, funda-se o Estatuto do Idoso em uma *doutrina*, que, em analogia àquela, pode ser denominada de *doutrina de proteção integral da pessoa idosa*.

O Estatuto do Idoso como instrumento de efetividade dessa proteção, seus instrumentos, conceitos e, bem assim, os fundamentos da doutrina que lhe orienta, serão objeto das indagações que seguem.

2.3 O ESTATUTO DO IDOSO (Lei 10.741/03)

Ao contrário de determinadas culturas, onde a velhice é relacionada à maturidade e à sabedoria, na moderna sociedade capitalista de consumo o idoso é tratado de forma extremamente preconceituosa, visto, não

raro, como hipossuficiente, ou seja, um indivíduo cuja precária condição físico-biológica não lhe confere condições de ingressar na esfera competitiva própria ao mercado. Ademais, como se encontra afastado da cadeia produtiva (não por acaso o núcleo formador das associações em defesa do idoso formou-se junto a grupos de aposentados), o idoso também não é considerado como consumidor em potencial e, logo, salvo poucas exceções, permanece em constante situação de desigualdade social, inserindo-se em um mundo que não parece admiti-lo com a mesma facilidade de outros grupos.

Nas palavras de Suzana Aparecida Rocha Medeiros, extrai-se que:

A velhice parece que pode ser considerada uma vitória com sabor de fracasso. Todos querem viver muito, ninguém quer ser velho. Esta ambigüidade presente no desejo de viver muito mas não envelhecer traz muitas perguntas. Por que rejeitamos essa etapa da vida ? Uma das explicações, entre tantas outras que podem ser dadas, é que a velhice é excludente e, portanto, sem significado, sem lugar⁷³

Percucientemente, observa:

Quem não está diretamente ligado a linha de produção 'custa caro' à sociedade. A criança está enquadrada neste segmento, mas é tratada como investimento. Recebe proteção hoje porque vai produzir amanhã. Mas quem já produziu, que significado pode ter ?⁷⁴

Daí porque a existência de uma peculiar situação de desigualdade jurídica, fazendo surgir a necessidade de instrumentos jurídicos para o restabelecimento da necessária isonomia e reafirmação da dignidade dos indivíduos pertencentes a tal segmento social. Nesse passo, é na regulamentação inerente a legislação infra-constitucional que se encontra o *locus* decisivo para a implementação de tal diretriz política fundamental, especificando e assim delimitando de forma clara e efetiva os meios para a formação de um sistema

⁷³ *Apud* RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, prefácio, p. 7.

⁷⁴ *Apud* RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice**, prefácio, p. 8.

jurídico próprio, suficiente para o reforço da implementação de uma cultura de plena inserção social do idoso.

É que a Constituição, embora fundamente e imponha a tutela do hipossuficiente (de onde a especial referência ao idoso e a outros segmentos sociais – criança e adolescente, índios etc.), como acima ponderado, por si só, acaba não fornecendo o potencial necessário a efetivação concreta de tais direitos. Em um país de recente tradição democrática, a legislação infraconstitucional, ao cumprir a função de regulamentar o texto maior, acaba ganhando uma dimensão muito mais significativa, quase que imprescindível mesmo para a superação da desconfiança e má vontade inerente ao conservadorismo jurídico peculiar às instituições jurídicas brasileiras: não raro, basta conste do texto constitucional a referência a que tal ou qual direito é garantido “na forma da lei”, para que se condicione a efetividade de garantias com previsão na Constituição à exigência de posterior regulamentação infraconstitucional, daí derivando gravíssimas conseqüências jurídicas. A positivação, portanto, é ainda uma necessidade, possibilitando fazer frente à tradição jurídica brasileira e sua tendência ao legalismo, permitindo que um instrumento de tutela jurídica não reste esvaziado por falta de norma regulamentar.

O Estatuto do Idoso, instituído pela lei federal nº 10.741/03, portanto, teve como mérito primeiro dar maior concretude à tutela da pessoa idosa, evitando que a falta de regulamentação esvaziasse o conteúdo da norma constitucional e se agudizasse o processo de exclusão social dos indivíduos com idade igual ou superior a 60 anos de idade.

Para Wladimir Novaes Martinez:

Os idosos, vítimas do desrespeito por parte dos que os cercam, têm na Lei n. 10.741/03 um conjunto de medidas estatais para resguardá-los, providências de variada ordem que visam a resgatar-lhe o respeito e, principalmente, a viabilizar-lhe o exercício da cidadania. Por isso são-lhe assegurados ou declarados novos e significativos direitos. Toda a sociedade é convocada para reconhecer esses postulados e a reaculturar-se,

passando a tributar a reverência devida àqueles que fazem por merecer a consideração humana, familiar e social.⁷⁵

No que toca a suas disposições normativas e sua finalidade instrumental, deve-se destacar, inicialmente, ter sido edificado, o texto em exame, sob o manto de uma doutrina - a citada doutrina da proteção integral (antes já utilizada no Estatuto da Criança e do Adolescente) incorporando-a e reafirmando-a em todos os seus institutos, buscando resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social.

Daí porque estabelece *posições de vantagem* tendentes a suprimir as diferenças concretas (vagas em estacionamentos, não pagamento de tarifas ligadas ao transporte coletivo, prioridade de atendimento junto a prestadores de serviços, principalmente junto aos órgãos incumbidos da saúde pública, preferência processual etc.), cria órgãos tendentes à efetivação de tais vantagens (conselhos municipais etc.) e, principalmente, fornece instrumentos para responsabilização da sociedade, da família e do Estado em caso de omissão relativa a qualquer forma de proteção do idoso contra toda forma de violência, dando efetividade à diretriz constitucional em seus múltiplos aspectos, atuando de modo decisivo no resgate da dignidade da pessoa humana.

Novamente Paulo Roberto Barbosa Ramos:

Sabe-se que a velhice é visualizada pela sociedade brasileira de forma negativa. Em regra, as pessoas fazem de tudo para evitar a velhice, apesar de a natureza empurrar os homens, salvo motivo de força maior, para essa etapa da vida. A visão consoante a qual a velhice é um ciclo faz com que homens e mulheres abdicuem, quando chegam a essa fase da existência, de seus direitos, como se a velhice acarretasse a perda da condição humana. A incorporação dessa idéia torna os idosos seres que ruminam o passado e digam, dia após dia, que seu tempo já passou, esquecendo-se que é o tempo que está no homem e não o contrário. Disso tudo decorre uma séria conseqüência: a apatia política dos idosos. Se o tempo de quem é idoso já passou, já não há como interferir no presente. Assim,

⁷⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2005, p. 14.

os idosos são sutilmente excluídos da sociedade em que vivem.

⁷⁶

E aí o contexto em que o texto normativo em questão se insere, atuando como instrumento de efetividade das garantias constitucionais, explicitando-as, instituindo agências dentro do aparelho estatal para sua implementação e incumbindo a sociedade de uma atividade participativa e fiscalizadora, sempre voltada à integração do idoso à vida comum democrática.

Por isso que, fundamentalmente,

O *Estatuto do Idoso*, na trilha do Estatuto da Criança e do Adolescente, é mais um instrumento para a realização da cidadania plena. Ambos têm o propósito de operacionalizar a garantia dos direitos consagrados, por meio de políticas públicas e mecanismos processuais.⁷⁷

Disso se pode concluir que o Estatuto do Idoso representa um inegável *avanço*, uma *conquista social*, a exemplo do que ocorreu com os chamados direitos sociais, tendo em sua positivação em uma legislação infra-constitucional garantista e tutelar a busca da superação concreta da exclusão existente.

2.3.1 Conceito de Idoso

Uma das inovações trazidas com o novo diploma legal, foi a definição de pessoa idosa. Uma definição jurídica, por óbvio, na medida em que conceitos sempre existiram em diversas áreas do conhecimento humano como na sociologia, gerontologia, biologia, etc.

A palavra idoso, conforme Marco Antonio Vilas Boas,

⁷⁶ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. *In Os “novos” direitos no Brasil – natureza e perspectivas*, organizadores LEITE, José Rubens; WOLKMER, Antônio Carlos, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 133.

⁷⁷ Nota de introdução assinada pelo Centro de Promoção, Proteção e Defesa de Direitos Humanos da SERTE, *in* ABREU FILHO, Hélio (organizador). **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2004.

Tem sua origem latina no substantivo *aetas*, *aetatis* (substantivo feminino que corresponde à idade ou espaço de tempo humano), de cujo caso acusativo *aetatem* (caso lexiogênico de onde nasceu a maioria das palavras num grande número de línguas modernas) deu-se existência à palavra “idade”. “Idoso” é o vocábulo de duas componentes: “idade” mais o sufixo “oso”, no léxico, denota-se “abundância ou qualificação acentuada”. Portanto, o vocábulo “idoso” pode significar: cheio de idade, abundante em idade etc.⁷⁸

No Brasil, tanto na Constituição quanto nas Leis Ordinárias, optou-se corretamente por adotar o termo “idoso” em contraponto à expressão “velho”, dada a enorme carga estigmatizante que este último carrega. Como explica o autor antes citado,

“Velho” e “idoso” são dois termos quase sinônimos, por analogia, uma vez que o processo de envelhecimento afeta a todos, avança com a faixa etária de todos os viventes, mas de modos distintos em tempo e espaço. Velho, porém, é um termo mais depreciativo, se visto na sua pura conotação unívoca, na conseqüente perda de sentidos e vigor. Há idoso no seu quase pleno vigor e não há velho que não tenha experimentado a fraqueza orgânica visível.⁷⁹

Trata-se de uma opção recente: em vários aspectos a legislação brasileira utilizava-se de expressões diversas (o Código Penal referia-lhe à “velho”). No uso comum, de outro lado, já há algum tempo se fazem comuns as referências às: “pessoas da melhor idade”, “pessoas da terceira idade”, pessoas da “maior idade”, da “idade madura”, etc, todas utilizadas como forma de superar a estigmatização que a velhice provocava.

Rebecca Bezerra, citando as autoras Anita Liberalesso Néri e Sueli Aparecida Freire, menciona que:

Nos movimentos sociais de idosos, que têm em sua pauta de ações a justa causa de lutar contra os preconceitos e as práticas discriminatórias em relação aos idosos, os termos “maduro”,

⁷⁸ VILAS BOAS, MARCO ANTONIO. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.1-2

⁷⁹ VILAS BOAS, MARCO ANTONIO. **Estatuto do Idoso Comentado**. p.3.

“maturidade”, “idade madura” e “adulto maduro” são preferidos aos que mencionam explicitamente sua condição de serem “entrados em anos”, enquanto que outros preferem o termo “adulto maior”.⁸⁰

Nesse sentido, também, Wladimir Martinez:

A palavra *velho* ganhou conotação negativa e passou a ser considerada como politicamente incorreta, por estar associada à idéia de coisa inútil ou imprestável. Começou a ser difundido, então, o vocábulo *idoso*, além disso, foram criados diversos neologismos para se referir ao grupo formado por essas pessoas, tais como terceira idade, meia-idade e idade avançada.⁸¹

Tais opções, todavia, na análise correta de Paulo Roberto Barbosa Ramos, servem antes a reforçar a estigmatização do que eliminá-la, pois relacionam-se, de regra, à uma idéia de consumo, de “inserção” no mercado que de outro lado traduz a rejeição dos excluídos. Assim:

As expressões terceira idade, melhor idade, pessoa idosa não dão conta do fenômeno do envelhecimento. E não dão conta, porquanto fazem alusão a determinados estratos envelhecidos da população, sendo seu objetivo, na realidade, negar aos velhos a sua condição de velhos, traduzida especialmente na diminuição de suas forças físicas e preocupação com outras coisas da vida que não o simples consumo de bens.⁸²

No plano jurídico, optou-se pelo critério biológico-cronológico, *único a oferecer a segurança jurídica devida*. Assim, inicialmente a Lei 8.842/94, já citada, dispunha, em seu artigo 2º, que “Considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa *maior* de sessenta anos de idade”. Ampliando-o um pouco mais, a Lei 10.741/03 considerou como pessoa idosa aquela com idade

⁸⁰BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do Idoso Comentado**/ Naide Maria Pinheiro (organizadora). Campinas: LZN, 2006, p.7.

⁸¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos Idosos**. São Paulo: LTr, 1997, p.23.

⁸² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p.48-49.

igual ou superior a sessenta anos (artigo 1º)⁸³, aí residindo o critério definitivo para a caracterização da pessoa idosa para fins da tutela jurídica do Estatuto do Idoso.

Segundo Rebecca Monte Nunes Bezerra:

Esse critério cronológico atendeu às especificações da Organização Mundial de Saúde, que considera idoso, nos países em desenvolvimento, a pessoa a partir dos 60 (sessenta) anos. Igual critério foi adotado pelos seguintes países: México – *Ley de Los Derechos de Las Personas Adultas Mayores* (artigo 3º, inciso I); Guatemala – *Ley de proteccion para las personas de la tercera edad* (artigo 3º); El Salvador – *Ley de Atención Integral para la Persona Adulta Mayor* (artigo 2º), entre outros, os quais consideram como *adulto maior* a pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais.⁸⁴

Evidentemente, existem outros critérios para a identificação da velhice. Pérola Melissa Braga, citando Bobbio, esclarece que a velhice pode ser compreendida sob três perspectivas: a cronológica, a burocrática e a psicológica ou subjetiva. Segundo ela,

A velhice cronológica é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançarem são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais.

A velhice burocrática corresponde àquela idade que gera direitos a benefícios, como a aposentadoria por idade ou passe livre em ônibus urbanos.

A velhice psicológica, ou subjetiva, é a mais complexa já que não pressupõe parâmetros objetivos. Depende do tempo que cada indivíduo leva para sentir-se velho.⁸⁵

O que parece relevante destacar, é a *necessidade e a viabilidade de um critério objetivo*, posto que, tal como se dá com a responsabilidade penal, com a definição de criança e de adolescente para fins de

⁸³ “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”

⁸⁴ BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do Idoso Comentado**. p.6.

⁸⁵ BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do Idoso**. São Paulo:Quartier Latin, 2005, p.42.

incidência dos dispositivos tutelares pertinentes etc., *posto que somente assim se estará dando correto atendimento à segurança jurídica necessária* e a definição fornecida pelo Estatuto do Idoso, sem dúvida, atende a tal diretriz.

2.3.2 A proteção integral

Comentando o disposto no artigo 230 da Constituição da República Federativa do Brasil, afirmam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins que:

Idoso a que se refere é aquele sem condições de auto-sustentação, dependente, como o são as crianças na sua primeira infância ou os adolescentes que não trabalham, com o que tanto a própria família quanto a sociedade em que se integram, ou o Estado, que tem a obrigação de por eles zelar, são responsáveis por seu bem-estar, devendo ampará-los.⁸⁶

A idéia do hipossuficiente econômico, bem retratada na lição supra transcrita, sempre permeou o senso comum. A ele correspondia uma dupla exclusão: de um lado tratava o idoso *suficiente economicamente* como alguém cuja proteção fosse desnecessária; de outro tratava o idoso *dependente economicamente* como uma categoria inferior, diversa da primeira.

O Estatuto do Idoso quebrou tal barreira. Nele, a proteção é integral, vale dizer, abrange *todos* os idosos e *em tudo* aquilo que se refere à vida em sociedade. A proteção econômica não é a única, embora a mais premente: a manutenção da dignidade passa, de regra, pelo resgate da inclusão social e esta se faz pela geração de recursos econômicos necessários para o acesso a bens indispensáveis à vida humana. Mas também a solidariedade, o afeto, a consideração, independentemente da condição do idoso, ali lhe são assegurados.

Em sua gênese, pois, o sistema da proteção integral adotado pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) segue os mesmos moldes da proteção integral da criança e adolescente, adotada com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

⁸⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 8º vol., 1988, p. 1.109.

No que consiste, então, referida doutrina? Para Munir Cury, que a define sob a ótica do Estatuto da Criança e do Adolescente,

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.⁸⁷

Para Paolo Vercelone, citado por Tânia da Silva Pereira,

O termo *proteção* pressupõe um ser humano protegido e um ou mais seres humanos que o protegem, isto é, basicamente um ser humano que tem necessidade de outro ser humano. Obviamente, este segundo ser humano deve ser mais forte que o primeiro, pois deve ter capacidade para protegê-lo. Como corolário lógico, a proteção pressupõe uma desigualdade (um ser é mais forte que o outro) e uma redução real da liberdade do ser humano protegido: ele deve ater-se às instruções que o protetor lhe dá e é defendido contra terceiros (outros adultos e autoridade pública) pelo protetor.⁸⁸

Aludida autora, ainda, citando Felício Pontes Jr. esclarece que a doutrina da proteção integral fundamenta-se na concepção de que

Criança e adolescente são sujeitos de direitos universalmente reconhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade.⁸⁹

A proteção integral, portanto, pressupõe o atendimento a todas as necessidades do ser humano, respeitando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Enquanto a criança e o adolescente são vistos como pessoas em peculiar processo de desenvolvimento, ao idoso se reconhece o outro extremo, ou seja, sua

⁸⁷ CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. Cury, Garrido e Marcura, 3ª ed., São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, p.21.

⁸⁸ SILVA PEREIRA, Tânia da. **Direito da criança e do adolescente**, uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p.27-28.

⁸⁹ SILVA PEREIRA, Tânia da. **Direito da criança e do adolescente**, uma proposta interdisciplinar. p. 27

peculiaridade em face do processo de envelhecimento - ou declínio biológico. Trata-se de circunstância que, como dito anteriormente, na moderna sociedade capitalista de consumo, faz com que o idoso seja tratado com preconceito, como hipossuficiente em face da ausência de condições de competir no mercado de trabalho, gerando desigualdade de tratamento que deve ser equilibrada com a proteção integral prevista no Estatuto. Guardadas as peculiaridades, é evidente a identidade de situações.

No plano normativo, tal proteção vem estatuída nos artigos 2º e 3º, da Lei 10.741/03. Dispõem aquele de forma cristalina:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Especificamente sobre a garantia de prioridade, estatui o artigo 3º antes citado:

Art. 3º . É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, *com absoluta prioridade*, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A *garantia de prioridade* compreende:

- I- atendimento preferencial e imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;
- II- preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;
- III- destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV- viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V- priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI- capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII- estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII- garantia de acesso à rede de serviços de saúde e assistência social locais.

A idéia de “prioridade”, pois, é a perfeita tradução da prevalência dos interesses do idoso, colocando-o, portanto, em situação de vantagem jurídica necessária para o resgate de sua igualdade. Eis aí um dos principais desdobramentos da proteção integral, já utilizado em relação à criança e ao adolescente.

Para a efetividade de tais disposições, remete o Estatuto ao Título III, “das medidas de proteção”, onde se explicita o trato judiciário das violações cometidas contra o idoso, nestas compreendidas as ações ou omissões de todos aqueles obrigados a garantir ao idoso o pleno gozo de seus direitos fundamentais.

Assim:

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II- por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III – em razão de sua condição pessoal.

Constatada qualquer violação, fazem-se possíveis as seguintes medidas de proteção:

Art. 45. (...)

I- encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II- orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III- requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV- inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V- abrigo em entidade;

VI- abrigo temporário.

Este o arcabouço jurídico-normativo (extremamente semelhante àquele presente no Estatuto da Criança e do Adolescente, reitere-se) no qual se funda a tutela da pessoa idosa, tratando-se, evidentemente, de sistema não exaustivo, podendo ser utilizada qualquer outro instrumento jurídico necessário para o cumprimento do mandado constitucional.

Discorrendo sobre a proteção integral do idoso, Patrícia Albino Galvão Pontes enfatiza que:

No novo diploma legal, o idoso passa a ter direitos específicos e diferenciados em relação às demais pessoas, haja vista merecer da sociedade uma proteção especial em função da sua idade já avançada. Em virtude do próprio processo natural e biológico do envelhecimento, a pessoa idosa se torna mais frágil, os problemas de saúde aparecem com mais frequência, já não possui mais tanto vigor, implicando, assim, maiores dificuldades. Desta

maneira, é preciso adotar medidas, a fim de que seja possível equilibrar as condições e possibilidades desses cidadãos em relação aos demais. Ora, se aquela pessoa já não tem mais tantas forças para lutar, vamos conferir-lhe uma proteção maior, porque se faz necessária. Está é a legítima tradução do princípio da igualdade.⁹⁰

Citando Rui Barbosa, continua:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeirar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.⁹¹

Pois, diante de tudo até aqui exposto, não há dúvidas da opção, pelo legislador, pela instituição de um sistema tutelar da pessoa idosa orientado sob os ditames da doutrina da proteção integral, bem como do acerto de tal escolha: em um país de desigualdades tão evidentes e tão perversas, o resgate da igualdade e da dignidade da pessoa idosa é imperativo que pressupõe uma forte intervenção estatal, especialmente pela via da tutela jurisdicional. A criação de um sistema nacional tutelar do idoso é imperativo inafastável da efetivação da cidadania para todos.

O instrumental jurídico fornecido, assim, visa à efetivação de um sistema coerente e eficiente, permitindo-se o recurso à tutela jurisdicional em caso de omissão ou ação indevida de qualquer responsável pela manutenção da dignidade do idoso, abrangendo até mesmo as situações da auto-colocação em perigo.

⁹⁰ PONTES, Patrícia Albino Galvão. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, São Paulo: LZN, 2006, p.16.

⁹¹ PONTES, Patrícia Albino Galvão. **Estatuto do idoso comentado**. p. 16

2.3.3. A Política de Atendimento ao Idoso

O Estado Brasileiro, a partir de certo momento da última década do século passado, optou pela adoção ao modelo neo-liberal imposto pelos movimento de globalização em curso a nível planetário: o mercado passou a se tornar a bússola pelo qual se orientam as práticas públicas, causando um esvaziamento do poder político local e reduzindo a dignidade da pessoa humana a um mero *obstáculo* às políticas de competitividade e de atração do capital internacional, sempre volátil, flutuando pelo mundo através dos canais produzidos pela revolução tecnológica, mola mestra da engrenagem globalista. E, pois, em um modelo que só conhece consumidores, a pessoa idosa, como todas as demais, só é valorizada enquanto tal, tendo sempre em seu desfavor, a hipossuficiência, derivada de sua peculiar situação pessoal.

Por isso é possível afirmar não ser uma coincidência a edição do Estatuto somente após quinze anos da promulgação da Constituição Federal. O reconhecimento da tutela jurídica como forma de garantia da isonomia, assim, veio tarde, porém representa uma barreira à não-solidariedade da sociedade globalizada e, mais que isso, como instrumento de resgate do papel do Estado como garantidor da dignidade humana, mormente em uma realidade tão brutal quanto à brasileira.

Dentro dessa ótica, o Estatuto, a exemplo de outros textos normativos voltados para a tutela específica de gênero, não se limitou à instituição de instrumentos jurídicos de proteção. Trouxe ele, também, uma série de preceitos destinados a orientar a atividade administrativa do Estado, visando o pleno atendimento do idoso, inclusive mediante a formação de um conjunto de órgãos específicos, impondo-lhes a atuação articulada em todos os níveis federativos.

Assim, dispõe o artigo 46 do referido texto normativo:

Art. 46. A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esta política não é senão aquela já consignada na Lei 8.842/94, que estabeleceu a Política Nacional do Idoso, delineando sua finalidade, os princípios e as diretrizes respectivas, as ações governamentais; dentre outras disposições prescritivas da atividade estatal no campo específico da proteção ao idoso.

Nesse passo, dispõe o artigo 47 do Estatuto:

Art. 47. São linhas de ações da política de atendimento:

I – políticas sociais básicas, previstas na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994;

II – políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que necessitarem;

III – serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;

IV – serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência;

V – proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos dos idosos;

VI – mobilização da opinião pública no sentido de participação dos diversos segmentos da sociedade no atendimento do idoso.

Por sua vez, estas as ações governamentais básicas citadas na Lei nº 8.842/94:

Art. 4º. Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;

II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuem condições que garantam sua própria sobrevivência;

IV - descentralização político-administrativa;

V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;

VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;

VII - estabelecimento de mecanismo que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;

IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

Tem-se aí, portanto, diretrizes de atuação estatal de enorme abrangência, abarcando, como não podia deixar de ser, praticamente todos os aspectos da vida social.

Importante destacar, a referência aos dispositivos já constantes do texto que estabeleceu a Política Nacional do Idoso não se deu por erro ou acaso: é que, com efeito, apesar de positivadas na Lei 8.842/94, as ações governamentais voltadas ao atendimento da pessoa idosa foram redigidas de forma muito genérica, o que acabou resultando na sua não implementação, mesmo porque inexistia qualquer tipo de sanção em caso de descumprimento.

Nas palavras de Anderson Ricardo Fernandes Freire:

As ações governamentais da lei nº 8.842/94 são expressas de forma muito genérica, funcionando, na maioria das vezes, como normas programáticas, que apenas estabelecem uma orientação para a administração pública no que tange à adoção das medidas voltadas para as necessidades específicas dos cidadãos de 60 (sessenta) anos ou mais. Esta característica da Lei nº 8.842/94 resultou na previsão de direitos sem muita eficácia, uma vez que se o poder público não adotava medidas, a fim de concretizá-los, não havia como exigí-los. Além disso, o aludido diploma legal não prevê nenhum tipo de sanção para aqueles que violarem os direitos dessa parcela da população.⁹²

E acrescenta referido autor:

A partir da edição do estatuto, houve uma significativa mudança em relação à efetivação dos direitos das pessoas idosas, porquanto muitos destes foram consagrados mediante determinações específicas, acompanhadas de instrumentos jurídicos para se exigir a observância das normas, bem como de preceitos cominatórios de sanções para os infratores, inclusive no âmbito criminal.⁹³

Trata-se, portanto, de situação diretamente relacionada à *eficácia* das diretrizes estipuladas e que agora se espera reforçada com os instrumentos jurídicos presentes no Estatuto. É questão de especial interesse, principalmente quando confrontada com o denominado *princípio da discricionariedade administrativa*, diretriz que vem sendo utilizada como grave obstáculo à reivindicação jurisdicional dos direitos de prestação⁹⁴.

Retomando a análise proposta, deve ficar claro que o rol de prestações sociais acima referido não é exaustivo. Como observa Marco Antônio Vilas Boas,

Além das políticas básicas, já previstas, existem outras no universo legal brasileiro e cujo enfoque está presente em diversos

⁹² FREIRE, Anderson Ricardo Fernandes. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, São Paulo: LZN, 2006, p.294.

⁹³ FREIRE, Anderson Ricardo Fernandes. **Estatuto do idoso comentado**. p.294.

⁹⁴ Tal questão será objeto de análise no último capítulo desta investigação.

dispositivos. Observa-se, por exemplo, na Lei Orgânica da Assistência Social, art. 2º, incisos I e V, que a assistência social tem por objetivos a proteção à velhice e a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Note-se, ainda, a Lei nº 8.926, de 9 de agosto de 2004, que torna obrigatória a inclusão, nas bulas de medicamentos, de advertências e recomendações sobre seu uso por pessoas de mais de sessenta e cinco anos. São apenas exemplos e existem incontáveis casos no repertório social.⁹⁵

E essa não-exaustividade decorre justamente da complexidade dos fatos sociais e da necessidade de constante adaptação das ações governamentais para a inserção social do idoso.

A instituição de Conselhos de Idosos, por outro lado, visa garantir a participação popular e, com ela, dos próprios idosos na formulação de tais políticas públicas, não apenas a título de elaboração de sugestões como na fiscalização de sua implementação e manutenção. Como já ponderado, dentro do contexto neoliberal fortes são as pressões para a colocação de tais políticas em segundo plano, vistas como simples fomentadoras do déficit público e, assim, como causa de instabilidade local. Diante da maleabilidade política que caracteriza o sistema democrático, ademais, não é raro um determinado governo, por conotação ideológica ou simplesmente por questões políticas e econômicas proceder à não implementação de determinadas ações ou, pior, partir para a supressão de políticas já adotadas. Cabe a tais Conselhos, portanto, a constante fiscalização da atividade estatal para a efetividade de tais diretrizes.

Como pondera Hélio Abreu Filho e Franciny B. Abreu de Figueiredo e Silva,

As políticas sociais básicas são aquelas que envolvem necessidades humanas primárias, de sobrevivência, as quais devem ser estendidas a toda população. Nelas vamos encontrar: alimentação, educação, esporte, habitação, lazer, trabalho, transporte. Ao Estado compete tratá-las com **prioridade absoluta**, destinando-lhes recursos financeiros para sua execução. Daí a importância do 'controle social' exercido pelos

⁹⁵ VILAS BOAS, Marco Antonio. **Estatuto do Idoso comentado**. p. 105.

conselhos de idosos –acompanhar a execução das políticas públicas, verificando a existência da alocação de recursos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), na Lei Orçamentária (LO) e no Plano Plurianual (PPA).⁹⁶

As políticas de atendimento, enfim, derivam do Estado de Bem-Estar Social, fundam-se na solidariedade e buscam orientar o Estado, em suas ações, na busca da proteção integral visada pelo Estatuto. Trata-se de uma imposição política mas também jurídica, prevista em lei e que deve pautar a ação estatal daqui para frente.

Sem embargo, a garantia de sua efetividade é o grande desafio da sociedade para o futuro. Alguns dos instrumentos voltados para essa efetivação constituem-se no objeto do próximo capítulo.

⁹⁶ ABREU FILHO, Hélio (org.). SILVA, Franciny Beatriz Abreu de Figueiredo e. **Comentários sobre o Estatuto do Idoso** p. 43, grifo no original.

CAPÍTULO 3

O ESTATUTO DO IDOSO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DO ESTATUTO

Embora, como mencionado, parte da doutrina veja nas disposições presentes no Estatuto um grau de efetividade maior das diretrizes relativas às políticas voltadas à pessoa do idoso, é sempre necessário destacar as dificuldades da exigibilidade jurídica da prestação pelo Estado diante das freqüentes referências à *discricionariedade administrativa*, verdadeiro entrave à concretização das disposições de garantia presentes na legislação e na própria Constituição Federal. Trata-se de fenômeno comum, que se tem verificado principalmente quando da análise jurisdicional das ações civis públicas aforadas na área da infância e juventude, muitas delas voltadas justamente para a implementação de ações relacionadas à política de proteção, deixadas no vazio pela administração pública das três esferas federativas.

De fato, tem-se defendido que determinadas proposições resumem-se a uma questão de *escolha* pelo administrador e que a determinação judicial em tal sentido acabaria por solapar a independência entre os poderes, implicando uma indevida invasão de competências. Sob tal ótica, ao decidir determinadas questões relativas às políticas públicas de atendimento, o juiz estaria usurpando o lugar do administrador, fazendo-o inclusive a despeito das regras de custeio financeiro e de licitação respectivas.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Ao Poder executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas.⁹⁷

Do Tribunal de Santa Catarina:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Medida cautelar com objetivo de obrigar a Administração Pública a fazer reforma no prédio e reequipar a escola pública. Impossibilidade jurídica do pedido. Extinção da ação. Não pode o julgador deliberar a respeito de Atos da Administração Pública, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício de outros poderes - Executivo e Legislativo - do Estado. Aliás, a Administração Pública só pode fazer o que contenha em seus recursos e há de fazê-lo segundo as previsões programáticas e orçamentárias, com a participação do Poder Legislativo, não podendo ser atropeladas. Ademais, não se pode olvidar que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processos de licitação pública (CF, art. 37, XXI)⁹⁸.

Ainda, agora sob o pretexto da natureza meramente programática das disposições referidas:

Ação civil pública. Despacho saneador. Ação proposta pelo Ministério Público, objetivando compelir o Estado à aquisição de medicamentos e equipamento para o manuseio de drogas tóxicas, à contratação de profissional médico oncologista e ativação de outros leitos na internação oncológica de hospital. Impossibilidade jurídica do pedido. Inteligência do art. 11 e § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido.

⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça -1ª Turma, Resp 169.876-SP, rel. Min. José Delgado, j. 16.6.98, deram provimento, v.u., DJU 21.9.98, p. 70. *In* BRASIL. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**/ organização, seleção e notas Theotônio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 32ª ed, atual. até 9 de janeiro de 2001, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 991, nota nº 7 ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública.

⁹⁸ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 8.445. Relator Desembargador João Martins. 17.05.1994 Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em 24 de maio de 2007.

O artigo 11 e seu § 2º da Lei 8.069/90 configuram normas programáticas, que valem apenas pelo seu teor recomendatório ou orientador ao destinatário. A norma programática, ao reverso da norma de cunho imperativo, não se destina à pluralidade de pessoas ou organismos. Ela prima por destinar-se de maneira exclusiva à singularidade de pessoas ou organismos. Sendo destinatário do artigo 11 e seu § 2º da Lei 8.069/90 o Poder Executivo, não se admite o Poder Judiciário como destinatário secundário, apto, pois, na hipótese de omissão, para o exercício de atividade substitutiva. Somente no caso de norma imperativa, a omissão do Poder Executivo pode redundar em atividade substitutiva do Judiciário, se houver a devida provocação. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Extinção do processo sem julgamento do mérito'.⁹⁹

A consequência direta de tais entendimentos é o esvaziamento da regra constitucional, tornada agora, tanto quanto as disposições infraconstitucionais que a operacionalizam, não mais diretrizes cogentes capazes de serem opostas ao administrador, mas uma mera *recomendação*, cumprida pelo Estado conforme sua conveniência. Não por acaso, decorridos quase vinte anos da promulgação da Constituição, muitas políticas públicas permanecem ausentes da vida social, seguindo a inexistência de qualquer consequência para o Estado e para os administradores contumazes na omissão. Trata-se de postura que, mantida, certamente atingirá o Estatuto do Idoso e suas disposições, inviabilizando a exigência judicial do cumprimento das metas constitucionalmente asseguradas, em prejuízo de toda coletividade.

Abramovich e Courtis, analisando a questão da tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais, alertam para a escassa tradição de controle judicial dos referidos direitos:

Debemos señalar otro obstáculo de índole cultural, que potencia algunos de los anteriores: la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos – en especial en los casos de derechos que se definen fundamentalmente por una prestación, como los

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 9.890. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. 21/03/1996. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em 24 de maio de 2007.

derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros – a través de mecanismos judiciales. Pese a la existencia de norma de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del poder judicial y de la separación de poderes han provocado una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen.¹⁰⁰

Tal visão do Estado desconhece que a tripartição dos poderes de matiz “liberal” foi instituída justamente para contenção do arbítrio, sendo da essência da democracia a intervenção do Judiciário nos demais poderes. Os entraves de ordem burocrática e econômica só devem ser opostos quando realmente insuperáveis, devidamente evidenciados pelo administrador público à vista de cada realidade concreta. Torná-los uma garantia abstrata de não intervenção, quer parecer, implica reconhecer ao administrador a amplitude de um poder superior àquele que lhe dá legitimidade, permitindo-lhe a simples e pura desobediência aos ditames da Constituição Federal.

Discorrendo sobre a possibilidade de controle dos atos da administração pública, leciona Peña Freire:

Decir que el control de la administración es una de las formas en que se expresa la función jurisdiccional puede parecer una obviedad. No obstante la afirmación sólo resulta absolutamente correcta en un modelo de Estado – el constitucional – donde la separación de poderes no excluye sus relaciones, donde todos los poderes se encuentran sometidos al derecho y, particularmente, a los derechos fundamentales de los individuos y donde, por último, existe un control jurídico e independiente que pretende asegurar la efectividad de este sometimiento. Sólo entonces es posible la superación del aforismo según el cual *juzgar a la administración es aun administrar* que justificó los modelos de jurisdicción retenida, característicos del Estado liberal, en los que el control de la actividad administrativa estaba más próximo a la simple reconsideración o revisión por parte del

¹⁰⁰ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2004, p.131.

propio pode público que a un control externo e independiente conforme a derecho.¹⁰¹

Uma concepção assim renovada, todavia, implica a superação dos paradigmas positivistas tradicionais, reconhecendo na função jurisdicional uma atividade garantista ampla, não apenas voltada à não-intervenção do Estado na esfera individual, mas fundamentalmente para a tutela de direitos positivos, de prestações efetivas para o alcance dos fins visados pela República brasileira, conforme disposto no texto constitucional. Essa superação dogmática é fruto de um processo que se encontra em marcha e que decorre da crise do paradigma positivista atual, insuficiente para a resolução dos conflitos surgidos da complexidade da realidade social existente. De fato, um exemplo pode ser visto no atual reconhecimento da efetividade das normas programáticas (como são, via de regra, aquelas relacionadas às políticas públicas) sempre que, diante de uma dada circunstância concreta, propicie o surgimento de um direito subjetivo, individual ou coletivo.

É o que afirma José Afonso da Silva, quando, após reconhecer nas normas programáticas a existência de direitos subjetivos em sentido negativo, faz a seguinte observação, relacionada ao Direito à Educação:

Normas programáticas como as do art. 170, III (“função social da propriedade”); do art. 226 (“A família... tem especial proteção do Estado”); do art. 205 (“A educação, direito de todos e dever do Estado...”); do art. 215 (“O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional...”), entre outras semelhantes, já tutelam mais intensamente os interesses referidos. Delas surge interesse legítimo que fundamenta sua invocação para embasar solução de dissídios em favor de seus beneficiários. O princípio da função social da propriedade, por exemplo, pode ser invocado contra o abuso desse direito, em certas circunstâncias, em prol de inquilinos contra o senhorio, e especialmente impor atuações positivas ou abstenções ao proprietário, no interesse da coletividade. *Por outro lado, se a educação é direito de todos, embora ainda programaticamente, a regra pode servir de base para sustentar certas situações subjetivas do educando. Aliás, a*

¹⁰¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid:Editorial Trotta S.A, 1997, p.287, grifo no original.

Constituição até já reconhece como direito público subjetivo o acesso a ensino obrigatório (art. 208, § 1º), norma que tem como contrapartida a responsabilidade da autoridade competente pelo não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público (art. 208, § 2º).¹⁰²

Logo, atrelada a uma situação concreta, a norma constitucional programática tem potencial para a geração de direitos positivos e sua exigibilidade judicial, em face disso, se faz indeclinável: se ainda não é possível acionar o Estado para que implemente uma ação geral de tutela de direitos, diversa é a situação quando em jogo a necessidade de um indivíduo ou um grupo determinado, ocasião em que se pode reconhecer a existência das situações subjetivas acima mencionadas e com elas a nota de sua exigibilidade pela via jurisdicional.

Trata-se de um primeiro passo, mas que gera conseqüências de enorme vulto para a cidadania. E tal superação dogmática, quer parecer, já vem mostrando sua face, evidenciando o processo histórico de consolidação dos direitos humanos e de sua exigibilidade judicial. É o que revela o seguinte entendimento firmado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo acórdão, da lavra do Ministro Luiz Fux¹⁰³, pela enorme dimensão com que se reveste, vale a citação. Eis a ementa:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. ARTS. 7.º, 200, e 201 DO DA LEI N.º 8.069/90. DIREITO À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

¹⁰² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 177, grifo.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2005/0008518-5. Relator Ministro Luiz Fux. 06/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 24/05/2007

Após enfrentar a questão de uma possível ilegitimidade do Ministério Público, consigna o relator:

9. O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

"Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

10. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

Na seqüência, reconhecendo a existência, no caso, das situações subjetivas acima expostas e afastando a discricionariedade administrativa como empecilho à prestação jurisdicional, estabelece:

11. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o

assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

12. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

13. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

Após, aludida decisão ingressa na abordagem da natureza da norma constitucional, qual seja, o direito à educação previsto no artigo 208 da Constituição Federal, visando a sua identificação, se programática ou definidora de direitos:

14. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

15. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

16. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

17. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça

que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

18. O direito do menor à freqüência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

19. O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes. Precedente jurisprudencial do STJ: RESP 575.280/SP, desta relatoria p/ acórdão, publicado no DJ de 25.10.2004.

Finalmente, o acórdão em questão faz referência à precedente do Supremo Tribunal Federal que, em situação análoga (autos do RE 436.996-6/SP, publicado no DJ de 07.11.2005), em que figurou como Relator o Ministro Celso de Mello, decidiu, *verbis*:

"CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do

processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Aqui, novamente, a discricionariedade da Administração Pública resta afastada diante da existência de direito fundamental à educação, sendo possível ao Poder Judiciário determinar a implementação desse direito em caso de descumprimento dos órgãos estatais:

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos

político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

À evidência, trata-se de decisão de enorme dimensão política e que permite verificar os avanços que já se fazem sentir no trato da questão. Não é outra coisa senão o produto das lutas travadas para o resgate da cidadania, para a efetivação da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, um processo de conquistas lentas, mas que tendem a se solidificar à medida que aumentar a consciência popular dos direitos de cidadania e do papel do Estado frente aos dispositivos constitucionais. Se o Estatuto da Criança e do Adolescente constituiu-se num primeiro momento dessa luta, o Estatuto do Idoso é sua continuidade, evidenciando que os instrumentos jurídicos de proteção tem revelado sua utilidade e sua importância, integrando-se em um processo de contínuo avanço, sempre de modo a colocar a dignidade da pessoa humana como prioridade da atividade estatal, em todos os seus níveis.

3.2. UM INSTRUMENTO DE ESPECIAL IMPORTÂNCIA: A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CELEBRAÇÃO E RATIFICAÇÃO DE ACORDOS RELACIONADOS A ALIMENTOS

3.2.1. O Idoso e os Alimentos

O dever alimentar funda-se numa obrigação geral de solidariedade, qualificada juridicamente por laços de parentesco. A esse respeito foi a Constituição Federal expressa, dispondo em seu artigo 229 que "*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*", deixando clara a imposição de auxílio mútuo entre ascendentes e descendentes.

Assim, segundo a doutrina,

A lei impõe aos pais (art. 1.568 c/c art. 1.694) o encargo de prover a manutenção da família e, por decorrência jurídica, a eles compete sustentar e educar os filhos. Da mesma forma, aos filhos compete

sustentar os pais, na velhice e quando necessitam de auxílio. Por isso, os romanos denominavam a obrigação *officium e pietas*, expressões que traduzem o fundamento moral do instituto, o dever de mutuamente, se socorrerem os parentes, na necessidade¹⁰⁴.

No caso específico do ascendente idoso, tem-se como referência legislativa mais próxima a Lei 8.648, de 20 de abril de 1993, que veio acrescentar o parágrafo único ao artigo 399 do Código Civil de 1916, dispondo que

No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas.

A especificidade de tal norma acabou suprimida no novo código civil, que ao regulamentar os alimentos devidos entre parentes, limitou-se a dispor que, verbis:

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

Com o advento do Estatuto do Idoso os alimentos devidos à pessoa idosa tornaram a sofrer uma especificidade de tratamento, sendo então regulados pelo artigo 11 e seguintes do referido diploma, que agora estabelece a *solidariedade* entre os prestadores e a *subsidiariedade* do Estado na obrigação alimentar. Os alimentos, portanto, quando se tratar de pessoa com idade superior a 60 anos, passam a ter uma nova dimensão, revelando sua condição de instrumento de garantia da dignidade da pessoa idosa, estendendo-se o dever

¹⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado - direito de família**, vol. 5, editora Revista dos Tribunais, SP. 2005, p. 381.

assistencial para além do vínculo de parentesco, gerando obrigação subsidiária do próprio Estado em caso de impossibilidade da manutenção pela família.

Tal característica diz com a citada doutrina da proteção integral, devendo as carências do idoso serem supridas pela família, pela sociedade e pelo Estado, como forma de garantir a isonomia constitucional e de resguardar-lhe a dignidade, fornecendo meios para garantia da própria sobrevivência. Esse novo enfoque da obrigação alimentar é de especial dimensão, posto que agora é visto como realmente deve ser, ou seja, como um direito fundamental, localizado acima do âmbito das relações familiares, oponível inclusive contra o Estado em caso de impossibilidade pelos parentes.

Reconhecida a natureza indispensável e indisponível da verba, a atuação do Ministério Público, nas causas relativas a alimentos, é de rigor, o que, aliás, condiz perfeitamente com a missão constitucional da instituição. E não apenas nelas, mas inclusive na solução de controvérsias ainda não levadas ao judiciário, pela via da formulação e ratificação de acordos de alimentos entre os envolvidos, como adiante se verá.

3.2.2. O papel do Ministério Público na tutela dos interesses individuais indisponíveis do idoso

Com a Constituição Federal de 1988, a instituição do Ministério Público ganhou um rol de extensas atribuições, projetando-se para além do mero exercício da ação penal pública, com atuação na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais e coletivos indisponíveis, espraiando-se o rol de atividades no campo cível em praticamente todos os setores de especial dimensão social (infância e adolescência, consumidor, meio ambiente, saúde etc.).

Explica-se referida opção constitucional, em especial no que se refere aos chamados direitos coletivos e difusos: o Brasil era, e é ainda, um país incipiente em matéria de organização social para defesa de direitos, fruto de anos de desigualdade social e de práticas antidemocráticas. Somente há pouco tempo, passados muitos anos desde o fim dos regimes autoritários, vem a

sociedade brasileira se organizando para a reivindicação de direitos, em especial no que se refere aos direitos das minorias e da classe economicamente desfavorecida. Atento a tal *déficit* cultural, optou o legislador constituinte por outorgar a um órgão público, estruturalmente organizado nos níveis federal e estadual, e, sobretudo, com relativa autonomia para o exercício de atividades direcionadas contra o poder político, a tarefa de fomentar a tutela de tais direitos, promovendo ações no nível judicial e extrajudicial para a pacificação social e atuando como agente político de modo a influenciar a sociedade e o Estado para a necessidade de tais práticas, estimulando a primeira a reivindicar seus direitos e obrigando o segundo a cumprir as políticas públicas determinadas pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, percebendo a prática já ocorrente nas comarcas do interior do país, instituiu o legislador a possibilidade de figurar o acordo extrajudicial referendado pelo Ministério Público como título executivo extrajudicial (lei nº 7.244/84, a chamada lei dos juizados de pequenas causas), consolidando situação que posteriormente veio a ser expressamente incorporada pelo Código de Processo Civil (artigo 585, II, alterado pela lei 8.953/1994) e pela lei dos juizados especiais, lei nº 9.099/95¹⁰⁵. Ou seja, verificando a corrente prática de pacificação social e solução informal dos litígios pelo Ministério Público, em especial nas áreas remotas do país, ainda mais desprovidas de canais de conciliação informal do que aqueles poucos até então presentes nos grandes centros urbanos, e percebendo a grande dimensão social a que correspondia tal tarefa, optou o legislador por consolidar a atribuição ministerial na condução de acordos extrajudiciais, concedendo força executiva ao termo referendado¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “art. 57. O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial”; “parágrafo único. Valerá como título executivo extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público”.

¹⁰⁶ Tal prática ainda é corrente, por exemplo, no interior do Estado de Santa Catarina, em especial nas regiões serrana e oeste, onde, principalmente nas comarcas de Promotoria única, tivemos oportunidade de desenvolver inúmeras conciliações entre a população local. Muitos conflitos de vizinhança e mesmo questões de convívio familiar acabaram solucionadas no gabinete que ocupávamos, sem a necessidade de uma demanda judicial. A título de curiosidade, vale menção aos inúmeros “contratos de bem viver” realizados, sem força jurídica, mas que serviam à pacificação entre os membros de uma mesma família, que por vezes apenas reclamavam a

Trata-se, assim, do reconhecimento de atuação de relevantíssimo aspecto, dada sua inegável utilidade para a pacificação social inerente ao direito. A intervenção do Ministério Público e a respectiva condução do acordo, portanto, revelaram-se verdadeiros instrumentos de cidadania, fortalecendo a instituição perante a sociedade e conferindo-lhe tamanha legitimidade a ponto de posteriormente se lhe estender a tutela de praticamente todos os setores sociais fundamentais para o desenvolvimento social (os atuais termos de compromisso de ajustamento de condutas realizado no âmbito dos direitos difusos e coletivos, por exemplo, de ampla utilização na tutela de tais interesses, nada mais são do que termos de acordo extrajudiciais referendados pelo Ministério Público, qualificados pela natureza do direito em jogo e pela característica de sua intersubjetividade).

Todavia, embora não fizesse a lei expressa vedação¹⁰⁷, procedeu a jurisprudência e a doutrina a restrição da abrangência jurídica dos efeitos do acordo, que assim, não poderiam versar sobre os chamados direitos indisponíveis, em especial as questões relacionadas ao chamado “estado de pessoa”, dentre eles, os alimentos.

Quando muito, deveriam ser ratificados pelo juiz para então poder surtir os efeitos jurídicos próprios à execução com sanção coativa pessoal.

É a lição de Yussef Sahid Cahali:

intervenção de um agente público com alguma autoridade para o restabelecimento da convivência familiar.

¹⁰⁷ Pondera Maria Berenice Dias: “Ainda sobre os alimentos, significativas as novidades introduzidas. A obrigação alimentar estipulada, mediante **acordo** referendado pelo Ministério Público, constitui título executivo (EI 13) a autorizar o uso do processo de execução. A explicitação vem em boa hora. Apesar da clareza da norma processual (CPC 585), resiste a jurisprudência em outorgar aos títulos assim constituídos força executória para uso da ação pelo rito da prisão. Esta postura apresenta-se absolutamente contrária à lei, que não faz qualquer ressalva quanto ao meio executório. Em se tratando de obrigação alimentar, constituída por título executivo extrajudicial, possível o uso de qualquer dos meios executórios (CPC 732 a 735), sem nenhuma distinção quanto à natureza do título. Portanto é possível fazer uso da execução pelo rito da coação pessoal (CPC 733) quando a obrigação alimentar de acordo referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública e advogados das partes.” (DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005, pág. 412. Grifo no original).

“Como a ação de alimentos pode ser de iniciativa seja do credor, seja do devedor, nada obsta a que, chegando ambos a um acordo extrajudicial, reclamem em juízo a sua homologação.”

(...)

“ A respeito, observa Vladimir Passos de Freitas que tais acordos, celebrados em escritórios particulares ou mesmo perante o Promotor Público, uma vez descumpridos, não sujeitam o devedor a qualquer sanção; em tais circunstâncias, nada mais natural do que pretenderem as partes a homologação do acordo pelo juiz; (...)”¹⁰⁸

Na jurisprudência, um dos paradigmas:

DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EXECUÇÃO - PRISÃO CIVIL DO ALIMENTANTE - ACORDO EXTRAJUDICIAL NÃO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE - PRISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL - EXECUÇÃO NULA - ALEGAÇÕES COMPROVADAS - DESPACHO CASSADO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Acordo extrajudicial não homologado pelo judiciário não é título executivo judicial ou extrajudicial a ensejar processo de execução.

Nulo o título que embasa a execução, nulo é o decreto prisional do alimentante.¹⁰⁹

Há de se notar o contexto em que tais entendimentos surgiram (e, até aqui, se mantiveram): como já colocado, havia em tal atuação ministerial a característica da recenticidade, gerando a natural desconfiança dos tribunais e doutrinadores (de regra conservadores quando a questão relaciona-se à outorga de poderes), em especial quando se tratava de direito relacionado à própria existência da pessoa humana, como é o caso dos alimentos devidos.

¹⁰⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2ª ed., revista e ampliada, São Paulo: RT, 1994, p. 653/654.

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2002.001680-2. Relator Desembargador Monteiro Rocha. 05/05/2003. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em 13 de junho de 2007.

Porém, se havia o medo da atuação imprudente ou leviana em desfavor do alimentando tal restou devidamente superada. Sem afastar o risco natural de tal ocorrência (que pode se verificar mesmo dentro de uma ação judicial), a *práxis* revelou a responsabilidade com que tais questões vêm sendo tratadas no dia-a-dia, revelando a maturidade dos membros do Ministério Público no trato de tais situações, justificando o avanço agora presente no Estatuto do Idoso.

Como pondera Paulo Roberto Barbosa Ramos:

Não parece concebível que hoje, a par de todo o aparato tecnológico disponível, a sociedade brasileira não ofereça as condições mínimas de dignidade às pessoas idosas.

Diante disso, salta aos olhos a importância do Ministério Público na defesa dos direitos desse segmento social, porquanto tem a tarefa primordial de reverter esse quadro de desrespeito a seus direitos, especialmente mediante ações que despertem a atenção da sociedade para a necessidade de sua garantia, lançando mão de todos os instrumentos jurídicos à sua disposição, especialmente o inquérito civil e a ação civil pública, como forma de demonstrar à sociedade que se transitou da barbárie à civilização, traduzida pela efetividade das normas que reconhecem os direitos humanos como imprescritíveis e invioláveis.”

Adiante, continua:

Nesse ponto, o Ministério Público pode dar grande parcela de contribuição aos idosos, especialmente através da conscientização de seus direitos, da orientação sobre os mecanismos judiciais de garantia de sua cidadania, cobrando do Estado, dos particulares e dos demais cidadãos nova postura diante desse segmento social, que, segundo as mais atualizadas pesquisas, já corresponde a mais de 8% (oito por cento) da população brasileira.

Assim conscientizados, e, em razão disso, exercendo pressão sobre os centros de poder do Estado, provocarão a materialização

dos direitos que lhes assistem, fato que chamará a atenção do restante da sociedade civil para os resultados que ela poderá alcançar, se devidamente organizada. Isto ocorrendo, os membros do Ministério Público terão colaborado decisiva e definitivamente para a efetivação dos direitos fundamentais, meta maior dessa instituição.”¹¹⁰

O acordo de alimentos em favor da pessoa idosa, assim, enquadra-se à perfeição na categoria de instrumentos jurídicos colocados à disposição do *Parquet* para a tutela dos direitos de tal parcela da população.

De outro lado, como adiante se demonstrará, o ato de conferir validade executiva ao termo de acordo referendado pelo Ministério Público para justificar a coação pessoal em caso de inadimplência (prisão civil) encontra-se autorizado por sua visível *utilidade*: basta um leve olhar pela realidade e ter-se-á presente sempre ocorrente impossibilidade de defesa do idoso, que por sua condição e por sofrer no âmbito familiar as agressões e omissões que lhe expõe a perigo, nenhuma autonomia possuía para a contratação de um advogado e a busca judicial dos alimentos. Com o Estatuto a tutela ganha uma nova dimensão, dada a possibilidade de criação de órgãos especializados na detecção das violações (Conselhos de Defesa da Pessoa Idosa) e com o encaminhamento ao Ministério Público. Reitera-se, aqui, a prática extremamente bem sucedida no campo da infância e juventude, conferindo-se ao “Parquet” o poder para notificar os parentes do idoso, conduzir e referendar acordo de alimentos e, enfim, aforar eventual ação em caso de inexitosa a composição.

Assim, nos parece equivocado o posicionamento do autor antes já mencionado, quando diz que:

Há de se destacar ainda que o Estatuto do Idoso traz dispositivo com previsão consoante a qual as transações relativas a alimentos poderão ser celebradas perante o Promotor de Justiça,

¹¹⁰ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. *In Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. Organizadores WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato, p. 148/149.

que as referendará, passando estas, então, em razão disso, a ter efeito de título executivo extrajudicial nos termos da lei processual civil.

Não há vantagem nesse dispositivo. A experiência não recomenda esse tipo de prática. Melhor parece resolver a questão diretamente no Poder Judiciário, porquanto haverá conseqüências extremas em caso de inadimplemento, como a de prisão.”¹¹¹

A natureza extrajudicial do título, como adiante se demonstrará, não impede a conseqüência da prisão. A referência expressa aos alimentos como objeto do acordo não é casual: quisesse manter a atual disciplina jurídica limitar-se-ia o legislador a repetir a formula genérica presente na legislação processual civil existente (como aliás procedeu na redação do Estatuto do Idoso, ao referir no artigo 74, inciso X, a atribuição do *Parquet* para o referendo de transações envolvendo interesses de idosos previstos neste mesmo diploma).

A legitimidade do Ministério Público para o acordo, de outro lado, permite uma maior dimensão dessa mesma transação como instrumento de resgate da dignidade da pessoa idosa, não havendo se falar, como na lição transcrita, em inutilidade do referido dispositivo.

Cabe, a esta altura, adentrar o aspecto jurídico-constitucional da viabilidade de tal instrumento processual, buscando os fundamentos de sua validade jurídica e da justificativa de seu uso em ações de execução com característica coativa, tal qual os títulos relacionados aos alimentos em geral, independentemente do *referendum* da autoridade judicial.

É o que agora se pretende realizar:

3.2.3. A viabilidade jurídica do acordo extrajudicial de alimentos em prol do idoso

¹¹¹ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org.) **Estatuto do idoso comentado pelos promotores de justiça**, Florianópolis: ed. Obra Jurídica, 2005, p. 23.

Não é difícil defender a plena viabilidade do acordo extrajudicial de alimentos, homologado pelo órgão respectivo do Ministério Público para a tutela dos interesses fundamentais do idoso.

Um primeiro aspecto que salta aos olhos é a plena compatibilidade de tal instrumento jurídico com a regra do artigo 230 da Constituição Federal, antes já mencionada: pela celeridade e desburocratização que representa, a *desjurisdicionalização* não é apenas desejável como impositiva, permitindo uma solução absolutamente mais rápida e efetiva do conflito instaurado. A exemplo do que ocorre com a determinação legal de prioridade dos feitos envolvendo idosos em seus pólos ativo ou passivo, também a resolução informal e assistida do conflito alimentar atende à regra maior de que o tempo, no caso do idoso, é algo de extrema importância: o efeito degenerativo que produz é especialmente agravado no caso de quem já atingiu a época de acentuação do inevitável declínio orgânico.

Depois, pode-se invocar o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente germânica, utilizado como guia para a solução do conflito de princípios incidentes na espécie. Haveria, aqui, dois princípios em antagonismo: primeiro, a segurança jurídica; depois, a dignidade da pessoa humana.

De fato:

A principal objeção que sempre se opôs à possibilidade da validade de um acordo extrajudicial do acordo de alimentos funda-se na ausência de uma maior segurança do ato, que tem como projeção concreta, de um lado, a manutenção do alimentando e, de outro, a possibilidade de coerção física do alimentante. A ratificação judicial do ato, assim, atenderia às necessidades do primeiro na medida em que traria ao documento um caráter de maior “estabilidade jurídica”, e ao segundo permitiria não sofrer uma prisão por algo feito sem maior fiscalização por um órgão estatal independente e imparcial.

Em contraponto a tal premissa, pode-se ponderar que o acordo realizado perante o Ministério Público traduz-se em garantia de maior

efetividade, na medida em que, embora igualmente fiscalizado por um ente público imparcial e independente, permitiria o acesso à justiça de modo simplificado, sem os custos econômicos e pessoais de um processo judicial, com maior celeridade e, portanto, com maior ganho para os envolvidos e, em especial, para a parte hipossuficiente, ou seja, o idoso. Cabe lembrar que outro elemento importante a atuar na espécie é o consenso entre os envolvidos, ou seja, a manifestação livre, consciente e (principalmente no caso do idoso) assistida acerca dos interesses em jogo, sem a qual nada pode ser feito.

Pode-se extrair, portanto, que a solução do conflito através do sacrifício da segurança jurídica praticada melhor atende à razoabilidade, porque melhor condiz com a dignidade da pessoa humana estabelecida na Constituição Federal. Na ponderação, sobressai a solução que melhor atente a esta última diretriz, devendo a efetividade receber peso decisivo, no conflito, a favor de sua utilização.

Valendo-se da máxima de Alexy¹¹², pode-se dizer que a validade de tal acordo extrajudicial (a) é *adequada* ao fim a que se destina, permitindo maior efetividade na tutela prioritária do idoso, tal qual compromisso adotado no plano constitucional pelo Estado Brasileiro; (b) é *necessária*, já que reduz os custos e a burocracia para o acesso à Justiça; e (c) é *proporcional em sentido estrito*, já que fornece maiores ganhos do que perdas, permitindo uma maior relativização da segurança jurídica em favor da efetividade.

Por isso que à luz da dignidade da pessoa humana e do princípio da proporcionalidade, não há razões para negar a projeção judicial do acordo de alimentos formulado informalmente, assistido e homologado pelo Ministério Público em favor do idoso.

3.2.4. A prisão civil

Postas as questões acima, vale uma última indagação: pode, mesmo assim, um título executivo extrajudicial projetar seus efeitos de modo a atingir a liberdade de outrem, ainda que participe do acordo? Não

¹¹² ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. p. 111/115.

haveria, aí sim, um desequilíbrio na ponderação dos princípios que regem a matéria, provendo-se a *efetividade* em prejuízo da *liberdade* individual? Superada a proporcionalidade e trazendo-se o direito de liberdade para a ponderação, não haveria justamente a inversão de tal equação?

A contradição é mais aparente do que real.

Primeiro, há de se ponderar que a prisão civil, de matiz constitucional, funda-se na defesa de um interesse tão ou mais importante que a liberdade do alimentante, qual seja, a própria sobrevivência do alimentando. Não se trata de contrapor uma *dívida*, apenas, ao direito de liberdade de terceiro, estando em jogo, ao contrário a própria sobrevivência daquele que necessita da assistência. Esta, certamente, deve prevalecer, estando justificada a supressão da liberdade para a garantia da continuidade da vida digna daquele que necessita dos alimentos.

Depois, há de se lembrar, a prisão, embora efeito da inadimplência, somente pode ser decretada após regular processo contraditório, garantida a ampla defesa. Cabe a autoridade judiciária, ouvido o devedor, proceder ou não a ordem de prisão e tal reduz o risco de arbitrariedade ao nível “normal” das execuções de alimentos. Permanece, agora, a segurança jurídica necessária à validade da coerção derivada do documento consensual firmado.

O que se pode admitir como razoável, porém, é uma ampliação da matéria de defesa, que poderá ir além da simples justificativa do inadimplemento, abordando determinados aspectos formais do próprio acordo (desatendimento de regras de atribuição, pelo Promotor, não legitimação do executado para a obrigação etc.). Isso sem descurar de eventual impugnação por vício de consentimento (fraude, coação etc.), a ser efetuada pela vias já existentes na lei processual civil em vigor, ou seja, a ação de anulação de ato jurídico.

Por tudo isso, enfim, parece viável concluir pela plena validade da norma citada e por sua ampla compatibilidade com a Constituição Federal. A idéia alimentar decorre do princípio ético da solidariedade e tem agora,

no acordo extrajudicial dirigido e ratificado pelo Ministério Público, um instrumento jurídico de fundamental dimensão para sua efetividade.

3.3 OUTROS INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA IDOSA: a regulação¹¹³ da propriedade privada e de serviços públicos

O Estatuto do Idoso não se limitou a instituir determinações no âmbito das relações entre o Poder Público e o indivíduo. Atingiu também, em várias disposições, a esfera da autonomia privada, instituindo diretrizes a serem seguidas pelo particular, no exercício de várias atividades ligadas ao campo da prestação de serviços e fornecimento de produtos, ou seja, relacionadas ao âmbito consumerista, impondo restrições à autonomia (sempre relativa) do direito de propriedade.

São elas: o direito ao transporte gratuito e à reserva de vagas ao idoso; a garantia de vagas em estacionamentos de órgãos públicos e particulares, e a prioridade no atendimento em órgãos públicos e estabelecimentos bancários, conforme disposto na Lei nº 10.048/2000¹¹⁴.

¹¹³ Segundo Paulo Márcio Cruz “Deve-se anotar que regulação e intervenção são categorias diferentes. A intervenção dos poderes públicos como agentes econômicos, produzindo ou comercializando, diretamente, insumos e bens ou prestando serviços típicos da iniciativa privada é que caracteriza a intervenção do Estado na economia. Regular ou regulação é outra coisa, bem distinta.” (**Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 224) Em nota de rodapé, esclarece: “Regular é sujeitar a regras, dirigir, regerar. Significa também estabelecer regras para determinadas atividades. Intervir é vir a tomar parte. Significa ser ou estar presente através de uma atividade. Não só estabelece regras mas também participa como sujeito à regulação.” Daí o porque do título deste sub-item.

¹¹⁴ A lei nº 10.048/2000, “*Dá prioridade de atendimento as pessoas que especifica, e dá outras providências*”, e *consiste no seguinte*: “Art. 1º As pessoas portadoras de deficiência física, os idosos com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei. Art. 2º As repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos estão obrigadas a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas a que se refere o art. 1º. Parágrafo único. É assegurada, em todas as instituições financeiras, a prioridade de atendimento às pessoas mencionadas no art. 1º. Art. 3º As empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo. Art. 4º Os logradouros e sanitários públicos, bem como os edifícios de uso público, terão normas de construção, para efeito de licenciamento da respectiva edificação, baixadas pela autoridade competente, destinada a facilitar o acesso e uso desses locais pelas pessoas portadoras de deficiência. Art. 5º Os veículos de transporte coletivo a serem produzidos após doze meses da

Assim, no tocante à gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, a matéria vem disciplinada nos artigos 30 e 40 do Estatuto do Idoso, *verbis*:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

(...)

§ 2º. Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

§ 3º. No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 e 65 anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no *caput* deste artigo.

Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica:

I- a reserva de duas vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos;

II- desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos.

publicação desta Lei serão planejados de forma a facilitar o acesso a seu interior das pessoas portadoras de deficiência. § 1º (VETADO); § 2º Os proprietários de veículos de transporte coletivo em utilização terão o prazo de cento e oitenta dias, a contar da regulamentação desta Lei, para proceder às adaptações necessárias ao acesso facilitado das pessoas portadoras de deficiência. Art. 6º A infração ao disposto nesta Lei sujeitará os responsáveis: I - no caso de servidor ou de chefia responsável pela repartição pública, às penalidades previstas na legislação específica; II - no caso de empresas concessionárias de serviço público, a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por veículos sem as condições previstas nos arts. 3º e 5º; III - no caso das instituições financeiras, às penalidades previstas no art. 44, incisos I, II e III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Parágrafo único. As penalidades de que trata este artigo serão elevadas ao dobro, em caso de reincidência. Art. 7º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação. Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Parágrafo Único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.

A respeito da garantia de vagas em estacionamentos públicos e privados, o artigo 41 do mencionado Diploma Legal é cristalino ao dispor:

Art. 41. É assegurada a reserva para os idosos, nos termos da lei local, de 5% (cinco por cento) das vagas dos estacionamentos públicos e privados, as quais deverão ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso.

Da mesma forma, com relação ao atendimento prioritário em filas, dispõe o artigo 114 da Lei 10.741/03:

Art. 114. O art. 1º da lei 10.048, de 8 de novembro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 1º. As pessoas portadoras de deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei.’

Tem-se aqui, dentre muita outras, situações do cotidiano que afetam de maneira particular a pessoa do idoso, colocando-o, por sua condição física ou econômica (ou mesmo as duas), em nítida situação de desigualdade. Daí a necessidade da intervenção estatal.

Nas palavras de Rossana Campos Cavalcanti Pinheiro:

“O transporte coletivo, nos dias de hoje, principalmente nos grandes centros urbanos, reveste-se de importância conjuntural, por ser o meio pelo qual a maior parte da população pode se locomover, vencendo as grandes distâncias existentes para obter os diversos serviços, constituindo-se, pois, em instrumento fundamental para o cumprimento das funções sociais e econômicas do Estado, e dele depende a população para que os

direitos sociais elencados na Constituição Federal possam ser exercidos e efetivados.”¹¹⁵

Por isso que,

“É compreensível, no atual contexto, o espírito do legislador em dar atenção especial a uma camada da população que, por razões de idade, de saúde ou hipossuficiência, deve ser tratada de forma diferenciada pela lei, recebendo a proteção especial que sua condição etária lhe impõe, conferindo ao idoso um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. Diante disso, não visou a norma conceder ao idoso um privilégio, mas a proteção necessária que garanta a compensação das desigualdades existentes, de forma que assegurasse o necessário equilíbrio entre os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.”¹¹⁶

Trata-se, portanto, de intervenção legislativa legítima e constitucional, já que fundada na tutelada dignidade da pessoa humana, e autorizada, acima de tudo, pela necessidade de resguardo da função social da propriedade, nos moldes dispostos no artigo 170, III da Constituição Federal. É aí, acima de tudo, que a regulação normativa e os instrumentos de tutela se fazem legitimados em sua dimensão jurídica e é esse o aspecto a ser abordado no próximo passo desta investigação.

3.3.1 Constitucionalidade da regulação: a função social da propriedade

O direito de propriedade surgiu, inicialmente, sob a forma coletiva, passando, posteriormente, para o plano individual e absoluto. Nos dias atuais, porém, conquanto a propriedade seja garantida individualmente, cabe-lhe acima de tudo, o respeito a sua função social.

Nesse sentido a lição de André Ramos Tavares:

Historicamente caminhou-se de uma concepção coletiva da propriedade, considerada como bem comum de todos, para a

¹¹⁵ PINHEIRO, Naide Maria (Organizadora). **Estatuto do idoso comentado**, Campinas:LNZ, 2006, p.255.

¹¹⁶ PINHEIRO, Naide Maria (Organizadora). **Estatuto do idoso comentado**, Campinas:LNZ, 2006, p.255.

idéia de um direito individual e absoluto ate se alcançar a concepção atual de que, embora assegurada individualmente, a propriedade deverá atender sua função social.¹¹⁷

Acrescenta referido autor:

Houve, pois, mais recentemente, uma relativização desse direito (de propriedade), que deixou de considerar-se absoluto. Essa mudança de concepção caminhou paralelamente ao deslocamento do instituto do Direito Privado para o Direito Público.¹¹⁸

Na atual Constituição Federal, a função social da propriedade restou disciplinada nos princípios gerais da ordem econômica, mais especificamente, no artigo 170, que disciplina:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - (...)

De outro modo, o poder de regulação pelo Estado vem explicitado no artigo 174 do Texto Fundamental, *verbis*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹¹⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 587.

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. p. 587

José Afonso da Silva discorrendo sobre a liberdade de iniciativa preleciona:

(...) a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica.¹¹⁹

Acerca do poder de regulação do Estado, Sérgio de Andréa Ferreira esclarece:

As limitações de exercício de um direito ou poder podem, igualmente, decorrer da necessidade de salvaguardar interesses públicos e sociais, cujas tutelas estão a cargo das várias pessoas político-federativas (e não, necessariamente, da competente para estabelecer o estatuto básico do direito em questão), interesses como a higiene, os bons costumes, a segurança, a tranqüilidade comunitária, a competição hígida nos mercados etc. na medida em que o exercício dos poderes e direitos interfere em tais interesses, a pessoa política competente, exercitando seu poder normativo, através da edição de normas legais e de atos administrativos gerais normativos, disciplina poderes e faculdades, na proteção daqueles interesses, e, em consequência, o exercício dos direitos.

Essa disciplina traduz-se em limitações de direito público e social.

As limitações em tela dão sentido expresso à regularidade (daí, “regular” e “órgão regulador”) do exercício dos direitos, na defesa desses interesses. Quanto mais espontânea e autêntica for a sensibilidade da comunidade para esses interesses, menor terá de ser o número de normas em foco.¹²⁰

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 745.

¹²⁰ FERREIRA, Sergio de Andréa. A regulação como expressão do poder normativo governamental. *In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*.

E, analisando a questão do direito de propriedade, complementa referido autor:

Em suma, assim como o *Poder Público* não pode ser *absoluto*, tampouco podem sê-lo os *direitos dos particulares*. É certo que existem os *direitos fundamentais*, como o *direito à liberdade pessoal*, *absolutos* no sentido de que não comportam *limites* a seu *conteúdo*. Ao lado desses, porém, conforme antes lembrado, existem, em maior número, os *direitos, poderes e liberdades* ditos *institucionalizáveis*, como o de *propriedade; institutos jurídicos* sem *conteúdo completo "a priori"*, pois que o mesmo é dado pelo Direito. O Poder Público competente para *legislar* sobre o *direito*, estabelecendo o seu *estatuto jurídico*, forma o respectivo *conteúdo*, e configura seu *exercício*, dotando-o de *poderes e faculdades* e traçando-lhe seus *limites positivos*, com a indicação de até onde pode ir o titular do direito. Estabelece ainda *limites negativos*, ao conferir a terceiros direitos de *incursão, de ingerência*, no direito que está sendo objeto da legislação. Vê-se tal fenômeno com clareza na disciplina do *direito de propriedade*, como direito real, como domínio.¹²¹

Por isso que, nas palavras de Nagib Slaibi Filho, ao se referir sobre a intervenção na atividade econômica, possível a instituição de limitações à esfera de atuação privada:

A livre empresa, no entanto, não é irrestrita, pois a lei (votada pelo Legislativo, ainda que seja aprovando medida provisória da União, do Estado, do Distrito Federal, do Município, cada um dentro de sua esfera de competência), pode limitar a atuação privada em certas atividades econômicas (art. 170, parágrafo único), fiscalizá-las e fomentá-las (art. 174), bem como instituir monopólios estatais (art. 173), lançando impostos sobre atividades privadas de acordo com a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, § 1º).¹²²

Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (Coordenadores): Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2003, p.355.

¹²¹ FERREIRA, Sergio de Andréa. A regulação como expressão do poder normativo governamental. *In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. p. 355-356.

¹²² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.702.

Vê-se aí, portanto, a legitimidade da regulação praticada no Estatuto do Idoso, que ao instituir a reserva de vagas em estacionamentos e em veículos de transporte coletivo, ao garantir o não pagamento de tarifas e a prioridade em filas, atende não apenas a dignidade da pessoa humana e a igualdade, mas, acima de tudo, a busca da função social da propriedade enquanto fundamento da ordem econômica dentro do Estado Democrático de Direito adotado pela Carta Política em vigor.

A intervenção feita, de tal modo, é legítima e constitucional, estando devidamente adequada aos ditames da Justiça Social presentes na Carta Político-Jurídica em vigor.

3.3.2 Limites: o respeito ao equilíbrio financeiro

Embora evidenciada a legitimidade da intervenção na esfera individual, há de se notar, todavia, a necessidade da manutenção de certos limites à atividade estatal, que não pode chegar a ponto de efetuar a transferência ao particular, mesmo aquele concessionário de serviços públicos, de determinados ônus sem a respectiva compensação. Assim, especificamente nas questões relacionadas à reserva de vagas e à gratuidade do transporte coletivo urbano e interestadual (a prioridade do atendimento em filas e a reserva de vagas em estacionamentos não geram conseqüências econômicas diretas ao fornecedor de produtos e serviços), tal obrigação não pode atingir os contratos já efetuados sem a implementação de um respectivo instrumento de compensação. Embora tais direitos sejam exigíveis de plano, sua imposição ao empreendedor privado depende de duas situações: a não ocorrência de comprometimento do equilíbrio financeiro (podendo ser averiguada, por exemplo, mediante análise dos lucros obtidos com a atuação do concessionário), ou, evidenciado tal comprometimento, a elaboração de instrumentos de compensação de perdas (renúncia fiscal etc.).

De qualquer forma, os novos acordos elaborados a partir da vigência do Estatuto deverão obrigatoriamente conter a reserva de vagas e a gratuidade estabelecidas na lei federal, ficando o custo decorrente de tais ações compreendido no contrato.

Visando resolver inúmeros conflitos decorrentes do direito à gratuidade no sistema de transporte coletivo, previsto no artigo 40 do Estatuto do Idoso, em 18 de outubro de 2006 foi publicado o Decreto n. 5.934, o qual estabelece mecanismos e critérios a serem adotados na aplicação do referido dispositivo legal. Além disso, foi editada a Resolução n. 1.692, de 24 de outubro de 2006, que *dispõe sobre procedimentos a serem observados na aplicação do Estatuto do Idoso no âmbito dos serviços de transporte rodoviário interestadual de passageiros*, restando, portanto, regulamentada a questão, o que possibilita aos idosos o exercício do aludido direito.

3.4. O PAPEL DAS AGÊNCIAS ESTATAIS: Conselhos Comunitários, Delegacias de Polícia, Ministério Público e Judiciário

Reafirmando concepção que se iniciou com o Estatuto da Criança e do Adolescente e que agora é reiterada na legislação de proteção da mulher (a chamada “Lei Maria da Penha”), o legislador torna evidente a idéia de que a criação de entes específicos no interior da estrutura de controle social do Estado - embora não exclusiva, é algo de fundamental importância para a implementação da ideologia tutelar. A experiência revela que onde existem delegacias especializadas o atendimento costuma ser melhor dirigido, voltado para as especificidades da pessoa atingida, proporcionando melhores resultados no exame de cada caso e um encaminhamento mais expedito e eficaz à Justiça Criminal, o que ganha enorme dimensão quando se verifica que o primeiro contato do Poder Público com os conflitos individuais dá-se justamente pela via da atuação policial (registro de ocorrências).

A experiência das chamadas Delegacias da Mulher não pode ser desprezada em tal aspecto: foi somente com a instituição de tais órgãos específicos, conduzidos por mulheres e voltadas a amenizar o contato da vítima com o angustiante ambiente policial que as denúncias de maus-tratos e violência sexual começaram a aflorar, descortinando o que, pela afetação da dignidade, permanecia restrito ao ambiente familiar. Ora, muitas das violências cometidas contra o idoso são também levadas a efeito no ambiente familiar e por envolver relações entre parentes tendem a ser vistas como algo estritamente doméstico. A

criação de delegacias especializadas, portanto, pode ajudar a romper tal barreira e fazer vir à luz fatos graves que não raro permanecem entre os muros da convivência familiar.

Corroborando dito entendimento, Anderson Ricardo Fernandes Freire enfatiza:

Para facilitar a apuração dos delitos, é recomendável a criação de delegacias especializadas em crime contra o idoso, visto que estes demandam o exame de situações muito específicas, as quais, com bastante frequência, envolvem parentes da vítima, sendo necessária, assim, uma investigação sobre a vida familiar do idoso, com a aplicação de conhecimentos especializados que a maioria das delegacias comuns não possui.¹²³

A especialização do Ministério Público, de outro lado, reflete de modo essencial o melhor encaminhamento das investigações civis e da utilização dos acordos (termos de compromisso de ajustamento de conduta) e das ações civis públicas para defesa de direitos difusos e individuais indisponíveis, tornando-o, de modo muito mais efetivo, em um ente de atuação político-social de extrema dimensão.

Nesse mesmo passo, tem-se que a criação de varas específicas tende a superar um tradicional problema do Poder Judiciário, consistente na lentidão derivada do volume e do acúmulo de processos. E o tempo, no caso do idoso, como já afirmado, é o bem mais escasso.

Paulo Roberto Barbosa Ramos defende que:

A especialização embora muitas vezes possa ter caráter alienante, quando aplicada no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público possui a capacidade de chamar a atenção dessas instituições para os direitos de segmentos marginalizados socialmente, como o dos idosos. Revela-se oportuno, portanto, diante do contingente de idosos que o Brasil já possui, a criação de varas especializadas para tratar de questões que envolvam essas pessoas, especialmente, sendo estas vítimas de violências

¹²³ FREIRE, Anderson Ricardo Fernandes. **Estatuto do Idoso Comentado**. p. 296.

praticadas pela família, pela sociedade e pelo Estado, sejam decorrentes de ações ou omissões.¹²⁴

Por fim, a implementação dos conselhos de idosos (municipais, estaduais e nacional) permite a participação ativa da sociedade civil na formulação de políticas públicas, no controle e acompanhamento de programas e ações de atendimento aos idosos, bem como no gerenciamento de recursos destinados aos fundos da pessoa idosa.

Diante disso tudo, parece viável afirmar que a idéia de formação de um sistema de proteção da pessoa idosa e que, em face dela, a especialização de setores do Poder Público voltados para o atendimento de pessoas portadoras de tal característica, representa uma opção válida e que, como tal, realmente sua implementação irá atuar de forma decisiva para a realização do projeto político-jurídico pretendido.

Feita a afirmação, buscou-se averiguar como tal diretriz vem sendo implementada nas unidades federativas do país, logrando-se traçar um breve (e, portanto, até certo ponto incompleto) panorama das iniciativas tomadas para a efetivação do comando normativo citado, mormente quando já decorridos três anos de vigência do Estatuto. Esse quadro é agora apresentado:

3.5. PANORAMA ATUAL DO SISTEMA DE PROTEÇÃO: a implementação da rede de atendimento à pessoa idosa

Conforme projeto de pesquisa realizado junto à Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI para o Programa Integrado de Pós-Graduação e Graduação - PIPG, procedemos à análise e avaliação de dados relativos à efetiva implementação do sistema de proteção da pessoa idosa no país. Tomamos como parâmetros indicativos da efetivação da rede de proteção a eventual especialização de Promotorias, a fixação de competências exclusivas para determinadas Varas Judiciais, a manutenção de Delegacias de Polícia específicas e a criação de Conselhos de idosos. Para tanto, foram dirigidos

¹²⁴ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice. p.98-99.

questionamentos a todos os Tribunais do país, a todas a Procuradorias de Justiça respectivas, às Secretarias de Segurança Pública, bem como aos Conselhos Estaduais e Conselho Nacional do Idoso.

Embora a criação de Varas especializadas e respectivos Conselhos de Idosos dependa de lei (o que não ocorre com as atribuições das Promotorias e das Delegacias de Polícia), não se podendo desconhecer as dificuldades de tramitação de um projeto relativo a tal matéria, como já se vão mais de três anos desde a edição do Estatuto, pareceu razoável a não valorização do tempo como obstáculo à pesquisa. Da mesma forma, desprezou-se aqui qualquer outra dificuldade de ordem política ou administrativa (falta de recursos, falta de juízes e promotores etc.), que assim, não serão tomadas em consideração para qualquer conclusão.

Inúmeras foram as correspondências enviadas (via e-mail e por carta via correios). O quadro obtido com as respostas (nem todas as indagações foram respondidas) foi o seguinte:

DADOS – CONSELHO NACIONAL, ESTADUAIS E MUNICIPAIS DE IDOSOS
NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail e correspondência via correios - 2006

<u>ESTADO</u>	<u>Ofícios</u>	<u>Conselho Estadual</u>	<u>Conselhos Municipais</u>
ACRE	Carta	Correspondência voltou.	Correspondência voltou
ALAGOAS	E-mail	01 Conselho Estadual	03 Conselhos Municipais
AMAZONAS	Carta	01 Conselho Estadual	02 Conselhos Municipais
AMAPÁ	E-mail	Ainda não foi implementado	
BAHIA	E-mail	01 Conselho Estadual	17 Conselhos Municipais
CEARÁ	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
ESPÍRITO SANTO	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
GOIÁS	E-mail	01 Conselho Estadual	77 Conselhos Municipais
MARANHÃO	E-mail	01 Conselho Estadual	16 Conselhos Municipais
MATO GROSSO	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
MATO GROSSO DO SUL	E-mail	01 Conselho Estadual	10 Conselhos Municipais

MINAS GERAIS	Carta	01 Conselho Estadual	71 Conselhos Municipais
PARÁ	E-mail	01 Conselho Estadual	07 Conselhos instalados 18 em fase inicial de mobilização
PARAÍBA	E-mail	Sem resposta	
PARANÁ	E-mail	01 Conselho Estadual	91 Conselhos Municipais
PERNAMBUCO	Carta/E-mail	01 Conselho Estadual	36 Conselhos Municipais
PIAUÍ	E-mail	01 Conselho Estadual	17 Conselhos Municipais
RIO DE JANEIRO	E-mail	01 Conselho Estadual	27 Conselhos Municipais
RIO GRANDE DO NORTE	E-mail	01 Conselho Estadual	1 Conselho Municipal em Natal
RIO GRANDE DO SUL	Carta/E-mail	01 Conselho Estadual	92 Conselhos Municipais
RONDÔNIA	Carta/E-mail	Sem resposta	Sem resposta
RORAIMA	E-mail	Sem resposta	Sem resposta
SANTA CATARINA	Carta/E-mail	01 Conselho Estadual	
SÃO PAULO	Carta/E-mail	01 Conselho Estadual	270 Conselhos Municipais
SERGIPE	E-mail	01 Conselho Estadual	49 Conselhos Municipais implantados (25 Conselhos funcionando)
TOCANTINS	E-mail	01 Conselho Estadual	13 Conselhos Municipais
DISTRITO FEDERAL	Carta/E-mail	1 Conselho do Distrito Federal e 1 Conselho Nacional	

DADOS – SECRETARIAS DE SEGURANÇA PÚBLICA – Nº DE DELEGACIAS DE IDOSO NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail e correspondência via correios - 2006

<u>ESTADO</u>	<u>Ofício enviado</u>	<u>Quantidade de Delegacias Especializadas</u>
ACRE	Carta/E-mail	Sem resposta
ALAGOAS	***	Não foi possível encontrar endereço para entrar em contato
AMAZONAS	Carta	Sem resposta
AMAPÁ	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe projeto de lei tramitando
BAHIA	Carta	Sem resposta

CEARÁ	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada
ESPÍRITO SANTO	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe um Núcleo de Proteção e atendimento ao Idoso criado em 04/09/98
GOIÁS	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe projeto de lei tramitando
MARANHÃO	E-mail	1 Delegacia especializada
MATO GROSSO	Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe um Núcleo de Atendimento ao Idoso
MATO GROSSO DO SUL	Carta/E-mail Carta/E-mail	Não há delegacia especializada Existe a Divisão de Polícia Especializada sobre crimes contra Idoso e Pessoas Portadoras de Deficiência.
MINAS GERAIS		
PARÁ	***	Não foi possível encontrar endereço para entrar em contato
PARAÍBA	Carta/E-mail	Sem resposta
PARANÁ	E-mail	Não há delegacia especializada
PERNAMBUCO	Carta	Tem um Núcleo de Atendimento ao Idoso
PIAUI	Carta	1 Delegacia Especializada com Psicóloga e Assistente Social
RIO DE JANEIRO	E-mail	1 Delegacia do Idoso
RIO GRANDE DO NORTE	E-mail	Não há delegacia especializada
RIO GRANDE DO SUL	Carta/E-mail	2 Delegacias especializadas 1 Posto Policial de Proteção ao idoso, vinculado à Delegacia de Polícia
RONDÔNIA	E-mail	Não há delegacia especializada
RORAIMA	Carta	Sem resposta
SANTA CATARINA	E-mail	Não há delegacia especializada
SÃO PAULO	Carta/E-mail	Existem 5 Delegacias especializadas
SERGIPE	Carta/E-mail	Sem resposta
TOCANTINS	Carta/E-mail	1 Delegacia Estadual de Proteção à criança, ao adolescente e ao idoso
	Carta/E-mail	Em cada Delegacia Policial Circunscricional existe uma Seção de Atendimento a Idosos e Pessoas com necessidades especiais.
DISTRITO FEDERAL		

**DADOS – PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS NO
ATENDIMENTO AO IDOSO NO BRASIL**

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail e correspondência via correios – 2006

<u>ESTADO</u>	<u>Ofício enviado</u>	<u>Quantidade de Promotorias Especializadas</u>
ACRE	E-mail	1 Promotoria Especializada na Defesa da Cidadania e saúde, atuando com idoso
ALAGOAS	Carta/E-mail	Sem resposta
AMAZONAS	Carta	1 Promotoria esp. na proteção e defesa dos dtos. constitucionais do cidadão, (atribuição para atendimento e defesa do idoso)
AMAPÁ	Carta/E-mail	Não há promotoria especializada
BAHIA	Carta/E-mail	Não há Promotoria especializada
CEARÁ	Carta	6 Promotorias especializadas
ESPÍRITO SANTO	Carta/E-mail	Sem Resposta
GOIÁS	Carta/E-mail	Não há Promotoria especializada (124 atuam na área do idoso)
MARANHÃO	Carta	1 Promotoria especializada
MATO GROSSO	E-mail	Não há Promotoria especializada
MATO GROSSO DO SUL	E-mail	Não há Promotoria especializada
MINAS GERAIS	Carta	1 Promotoria especializada
PARÁ	E-mail	1 Promotoria especializada
PARAÍBA	Carta/E-mail	Sem resposta
PARANÁ	E-mail	1 Promotoria especializada
PERNAMBUCO	Carta/E-mail	1 Promotoria de Justiça (promoção e defesa dos Direitos Humanos e pessoa idosa na capital)
PIAUÍ	Carta/E-mail	1 Promotoria Especializada
RIO DE JANEIRO	Carta	4 Promotorias Especializadas
RIO GRANDE DO NORTE	Carta	1 Promotoria Especializada
RIO GRANDE DO SUL	E-mail	Não há Promotoria especializada, mas na Capital existe 1 Promotor que trata especificamente das questões de idosos
RONDÔNIA	Carta	Sem resposta
RORAIMA	Carta/E-mail	1 Promotoria especializada (Idoso, Consumidor e Cidadania)
SANTA CATARINA	E-mail	Não há Promotoria especializada

SÃO PAULO	Carta	(111 Promotorias com atribuição na área de Cidadania e Fundações) Não há Promotoria especializada (325 Promotorias que dão atendimento ao idoso e 1 grupo de atuação especial de proteção ao idoso – GAEPI)
SERGIPE	E-mail	1 Promotoria Especializada na capital
TOCANTINS	Carta/E-mail	4 Promotorias especializadas
DISTRITO FEDERAL	E-mail	2 Promotorias especializadas

DADOS – VARA JUDICIAIS ESPECIALIZADAS NO ATENDIMENTO AO IDOSO
NO BRASIL

Fonte: Ofícios enviados através de e-mail para Presidências e Ouvidorias dos Tribunais

<u>ESTADO</u>	<u>Ofício enviado</u>	<u>Quantidade de Varas Especializadas</u>
ACRE	E-mail	Sem resposta
ALAGOAS	E-mail	Sem resposta
AMAZONAS	E-mail	Sem resposta
AMAPÁ	E-mail	Não há Vara especializada
BAHIA	E-mail	Sem resposta
CEARÁ	E-mail	Sem resposta
ESPÍRITO SANTO	E-mail	Sem resposta
GOIÁS	E-mail	Sem resposta
MARANHÃO	Carta	Sem resposta
MATO GROSSO	E-mail	Sem resposta
MATO GROSSO DO SUL	E-mail	Não há Vara especializada
MINAS GERAIS	E-mail	Não há Vara especializada
PARÁ	E-mail	1 Vara Especializada
PARAÍBA	E-mail	Sem resposta
PARANÁ	E-mail	Sem resposta
PERNAMBUCO	E-mail	1 Juizado Especializado
PIAUI	E-mail	Sem resposta
RIO DE JANEIRO	E-mail	Sem resposta
RIO GRANDE DO NORTE	E-mail	Não há Vara especializada
RIO GRANDE DO SUL	E-mail	Não há Vara especializada
RONDÔNIA	E-mail	Não há Vara especializada

RORAIMA	E-mail	Sem resposta
SANTA CATARINA	E-mail	Não há Vara especializada (existem três Varas – Itajaí, Criciúma e São José – que cumulam c/ Infância e Juventude)
SÃO PAULO	Carta	Sem resposta
SERGIPE	E-mail	Sem resposta
TOCANTINS	E-mail	Sem resposta
DISTRITO FEDERAL	E-mail	Central Judicial do Idoso (parceria c/ o Ministério Público do DF)

Pela análise dos dados acima, podemos concluir que, atualmente, nos vinte e seis Estados e no Distrito Federal existem atualmente:

- 19 Conselhos Estaduais do Idoso;
- 799 Conselhos Municipais do Idoso¹²⁵;
- 11 Delegacias de Polícias especializadas, 03 Núcleos de proteção ao idoso, um Posto Policial de proteção ao idoso e 01 Divisão de Polícia especializada no atendimento aos crimes contra idosos;
- 27 Promotorias de Justiça especializadas¹²⁶;
- apenas 04 (quatro) Varas Judiciais¹²⁷ e 01 (um) Juizado Especializado, bem como 01 (uma) Central Judicial do Idoso.

O que é muito pouco.

Nota-se, de fato, a existência de um *déficit* entre o prescrito e o realizado para a implementação do Estatuto, em tal particular, e tal não deixa de representar, em certa medida, a manutenção do desprezo existente para com a pessoa idosa, justamente o *leitmotiv* que justificou a criação do novo texto legal e a ideologia tutelar que lhe é inerente. Sendo fato que os problemas estruturais,

¹²⁵ De salientar-se, ainda, que, pelas respostas obtidas, alguns Conselhos de Idosos (Estaduais e Municipais), apesar de instalados, não estão em funcionamento. Mesmo assim, foram considerados como implementados na pesquisa.

¹²⁶ Aqui foram consideradas as Promotorias que também acumulam outras atribuições além da especialização.

¹²⁷ Das quatro Varas consideradas, três acumulam as funções do Idoso com Infância e Juventude.

em especial de ordem orçamentária, não são barreiras intransponíveis, que muitas dessas modificações refletem discricionárias questões de prioridade administrativa e que o tempo decorrido já se fez suficiente para uma iniciativa mínima de parte das instituições públicas e seus dirigentes, resta presente, apenas, a idéia de que investir no idoso não compensa. Despreza-se, novamente, aquele que, de regra, já se encontra fora do círculo produtivo/consumerista, deixando claro que ainda há muito que se buscar para a efetiva absorção da ideologia tutelar presente no texto normativo em exame.

Faz-se imperiosa, portanto, ao menos nas comarcas maiores, a ocorrência de movimentos para a implementação da especialização determinada na legislação, em todas as esferas de atuação do poder público (polícia, Ministério Público, Judiciário) bem como a constituição e funcionamento dos Conselhos de Idosos (vale lembrar o universo de quase cinco mil e quinhentos municípios existente na federação brasileira¹²⁸, o que traduz a ainda tímida iniciativa de parte dos entes federados), sensibilizando as administrações respectivas para o significado que tais providências representam para a efetividade da tutela do idoso.

Essa, pois, uma das principais pautas que devem orientar a luta pela implementação do sistema de proteção integral presente no Estatuto do Idoso, devendo ficar presente, no caso, a íntima correlação entre a eficiência estatal visada e a preservação da dignidade da pessoa humana, vindo ela de encontro, portanto, com ideais superiores que balizam a própria existência do Estado Brasileiro.

¹²⁸ Cf. **Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse**, São Paulo: Editora Abril, 2006, verbete "Brasil".

Considerações Finais

1. Os direitos fundamentais representam um conceito fluído, intimamente relacionado à evolução histórica e cultural da civilização ocidental.

Seus primeiros movimentos identificam-se com a busca da afirmação da liberdade, traduzida, em síntese, na luta do indivíduo contra o poder opressivo do Estado.

Têm como fundamento, nessa primeira fase, o Direito Natural Racionalista que preconizava a existência de direitos inerentes ao homem, em razão de sua própria natureza humana. Seguiu-se, então, a busca da igualdade. Dela deriva o reconhecimento dos primeiros direitos sociais e, principalmente, a tendência a sua positivação constitucional.

Já a terceira geração dos direitos fundamentais repousa na busca da solidariedade e da fraternidade. São direitos desvinculados da figura do homem como seu titular, passando-se para a proteção de direitos difusos e coletivos. Dentre esses direitos pode-se destacar o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente sadio e à qualidade de vida, dentre outros.

2. A dignidade da pessoa humana, como exposto ao longo do texto, é o grande alicerce dos Direitos Fundamentais e baseia toda a ordem que se propõe efetivamente democrática.

Em sua estruturação o princípio sofreu lento processo evolutivo, podendo se identificar cinco fases: o período axial, amparado na filosofia estóica, representado pelo surgimento da concepção de uma igualdade natural entre os seres humanos, essencialmente metafísica. Num segundo momento, a junção entre a substância espiritual e corporal vem idealizada por Boécio e Santo Tomás. Essa constitui-se na fundamentação do período medieval e permanece até o surgimento do ideal Kantiano, no qual se defende a máxima

de que o homem não pode ser visto como meio para outros fins, portando, assim, uma dignidade intrínseca.

Superada a descoberta do mundo dos valores, surge, enfim, o pensamento existencialista do século XX, com a reafirmação do ideal estóico de que o ser humano possui uma essência própria, distinta de sua função dentro da sociedade. A partir de então, com a Modernidade, sofrem os Direitos Fundamentais, para além de seu reconhecimento, forte movimento de expansão, solidificando-se na constituição de um verdadeiro “Direito Universal”.

A marca inicial da referida jornada surge com o *Bill of Rights*, editado na Inglaterra em 1689 e, posteriormente, com a Declaração dos Direitos do Bom Estado da Virgínia, datada de 1776. A Revolução Francesa que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem em 1789, embora considerada o marco da positivação dos direitos fundamentais, teve seu âmbito de extensão extremamente limitado. De fato, é somente com a Declaração dos Direitos do Homem, datada de 10 de dezembro de 1948, e sua adesão pelas nações, que se reconhece, no âmbito universal, valores como a igualdade, a liberdade e a fraternidade, bem como a necessidade da criação de entidades supra-nacionais para sua efetivação e garantia. Foram necessários todos os horrores da Segunda Guerra Mundial para que se chegasse à conclusão acerca da necessidade de criação de normas internacionais de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos, bem como de agências incumbidas desse mister (a Organização das Nações Unidas, – ONU e suas agências).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, por outro lado, representa a primeira e mais efetiva tentativa de positivação universal dos direitos fundamentais, reconhecidos agora como meta a ser alcançada por todas as nações do mundo.

Não obstante, encontra-se em curso hoje a revolução tecnológica, fazendo surgir, no cenário da evolução dos direitos fundamentais, os chamados “direitos de terceira geração” ou “Novos Direitos” (meio ambiente, tutela de gênero etc.) a reclamar novas intervenções a nível planetário. Destaca-se, nesse processo, a crescente insuficiência das agências supra-nacionais,

caracterizadas por uma cada vez maior ausência de autonomia e independência, e a expansão diuturna dos movimentos de globalização e neo-liberalismo, potencializadores da concentração da riqueza e, com ela, de agressivos cenários de exclusão social, ambos obstáculos à implementação de políticas mundiais voltadas para a emancipação do indivíduo.

3. O reconhecimento dos Direitos Fundamentais, no Brasil recente, é produto direto da Constituição Federal de 1988 e do Estado Democrático Social de Direito nela adotado. Não se pode falar de direitos fundamentais até a promulgação da referida Carta Magna.

De fato, conquanto a Constituição republicana de 1891 contivesse uma *Declaração de Direitos*, pode-se afirmar que aludidos direitos representavam, na prática, meras declarações de princípios. Com a nova ordem derivada do Estado Novo, enquanto movimento representativo do rompimento com a ordem oligárquica existente, surgem determinados direitos sociais diretamente derivados da tentativa de implementação do Estado Previdenciário. Tem-se a inserção, nas Constituições de 1934 e 1937, então, de direitos de nacionalidade, certos direitos políticos, econômicos e sociais, que, todavia, não chegam a representar, por sua incompletude, a recepção e efetivação dos direitos fundamentais como agora compreendidos. O ápice do Estado previdenciário idealizado por Getúlio Vargas deu-se com a Constituição de 1946, texto que reúne ao capítulo específico sobre os direitos e garantias individuais, outros dois títulos relativos a direitos econômicos e sociais, formando ordem significativamente democrática, atrelada, todavia, ao espírito positivista e centralizador de poderes então vivenciado.

A ordem democrática em curso sofre inegável revés com a ditadura militar de 1964, época em que o Estado-Providência incipiente dá lugar a um modelo concentrador de renda e supressor das liberdades e é somente em outubro de 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, onde se faz a adoção de modelo político democrático, voltado para a implementação de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, que os direitos fundamentais

se consolidam no ordenamento jurídico nacional. É na Constituição Federal de 1988 que surge, também, a proteção à pessoa idosa.

Trouxe, referida Carta Magna, um modelo político fundado na busca de uma sociedade justa, igual e solidária. O Estado não se limita à posição de não-intervenção, sendo-lhe exigido muito mais, uma atuação positiva no sentido de efetivar as prestações sociais. Verifica-se, assim, a existência de um novo direcionamento político-jurídico, voltado para a proteção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, para a efetivação das ações de integração da pessoa idosa. Reconhece-se, no idoso, um indivíduo passível de exclusão social, em especial por sua peculiar situação de hipossuficiência diante das especificidades impostas pela sociedade capitalista.

No plano infra-constitucional, a tutela inicia com a Política Nacional do Idoso, cuja Lei nº 8.442, entrou em vigor em 04 de janeiro de 1994. Como referida legislação não se mostrou suficiente à proteção da pessoa idosa, vez que ausentes instrumentos específicos de tutela judicial e administrativa efetiva (exigíveis coativamente), fez-se necessário, após anos de discussão no Congresso Nacional, a edição de nova lei que preenchesse referida lacuna. Tal completude somente adveio com a edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03). Somente a partir do advento dessa normativa passou a existir em nosso ordenamento jurídico disposições específicas de atuação do Estado e da sociedade em prol da pessoa idosa, instituindo-se elemento doutrinário de especial dimensão: a proteção integral.

Tal doutrina permeia o Estatuto do Idoso, e é erigida como instrumento essencial para o grande projeto constitucional e legislativo que a fundamenta, ou seja, a mencionada efetividade dos direitos fundamentais e o resgate da dignidade da pessoa humana. Para tanto, dentro do mesmo contexto, a Lei 10.741/03 não se limitou a delinear instrumentos de proteção, mas trouxe, por igual, preceitos orientadores da atividade administrativa do Estado, com a formulação da política de atendimento ao idoso (aí reiterando as ações anteriormente previstas na Lei 8.842/94), além de prever determinadas formas de intervenção na esfera privada.

4. Dentro da análise da efetividade dos direitos fundamentais da pessoa idosa, optou-se por destacar o exame de determinados instrumentos, bem como os entraves que freqüentemente se opõem a sua utilização, iniciando pela tutela difusa e coletiva de tais direitos, pela via, em especial, do manejo da ação civil pública para a implementação de políticas de atendimento.

Nesse aspecto, a discricionariedade administrativa é freqüentemente utilizada como um entrave ao manejo da reivindicação judicial dos direitos de prestação e, assim, verdadeira barreira à efetividade dos direitos fundamentais, havendo, portanto, a necessidade de superação de tal paradigma como forma de reafirmar os direitos fundamentais, permitindo-se chamar à responsabilidade o Estado pela omissão nas prestações devidas constitucionalmente e esperadas pela coletividade. Embora presente a resistência pretoriana, já se faz possível verificar algum avanço na aceitação de tais reivindicações, dando-se ênfase ao entendimento, já ratificado jurisprudencialmente, no sentido de que a discricionariedade não pode ser oposta sempre que gerar determinadas situações subjetivas.

Outros instrumentos revelam-se de grandes dimensões: o reconhecimento legal da legitimidade do Ministério Público para a elaboração e ratificação de acordos extrajudiciais voltados para a prestação de alimentos a idosos, com possibilidade de sua execução judicial e respectiva utilização da força coativa da prisão civil, e a regulação da atividade privada, mediante a obrigatoriedade de reserva de lugares em veículos de transporte coletivo, de vagas em estacionamentos públicos e privados, da isenção do pagamento de tarifas e da prioridade de atendimento em filas, dentre outros, correspondem a instrumentos de compensação das desigualdades. A legitimidade jurídica de tais imposições à esfera privada decorre da necessidade de que a propriedade cumpra sua função social.

Finalmente, destaca-se no trabalho o papel das agências oficiais de execução encarregadas da proteção integral da pessoa idosa (Conselhos Comunitários, Delegacias de Polícia, Ministério Público e Judiciário).

A especialização dos serviços é vista como algo de fundamental importância para a efetividade do Estatuto. Mediante uma análise da atual situação nacional, feita através de levantamento de dados relativos à implementação de agências especializadas em todos os Estado, é possível constatar a insuficiência das iniciativas já tomadas, havendo a necessidade de potencialização da criação de tais órgãos.

Enfim, o Estatuto do Idoso deve ser visto como um instrumento de garantia da cidadania da pessoa idosa, como parte do processo de redução das desigualdades e como elemento configurador de uma ordem voltada para a tutela da dignidade da pessoa humana. Sua efetividade corresponde a um grau maior de realização de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito, modelo político este que, fundado na tutela dos direitos fundamentais, foi o corretamente adotado pelo Estado Brasileiro através da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editora Trotta, 2004;

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Colección El Derecho y la Justicia, 3ª reimpressão, versão castelhana: Ernesto Galzón Valdés, Revisión: Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2002;

ABREU FILHO, Hélio (organizador). **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2004;

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 8º vol., 1988;

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do Idoso Comentado/** Naide Maria Pinheiro (organizadora). Campinas: LZN, 2006;

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000;

_____. **Igualdade e Liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho - 3ª ed. – Rio de Janeiro: Ediouro, 1997;

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cáspedes. - 33a ed., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004;

_____. **Código de processo civil e legislação processual em vigor/** organização, seleção e notas Theotônio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 32ª ed, atual. até 9 de janeiro de 2001, São Paulo: Saraiva, 2001;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2005/0008518-5. Relator Ministro Luiz Fux. 06/12/2005. Disponível em <http://www.stj.gov.br>, acesso em 24/05/2007

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 8.445. Relator Desembargador João Martins. 17.05.1994. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em 24 de maio de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 9.890. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. 21/03/1996. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em 24 de maio de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2002.001680-2. Relator Desembargador Monteiro Rocha. 05/05/2003. Disponível em <http://www.tj.sc.gov.br>, acesso em 13 de junho de 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 2ª ed., revista e ampliada, São Paulo: RT, 1994;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2003;

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997):** as primeiras cinco décadas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998;

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ª ed. (ano 2003), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2005;

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. Cury, Garrido e Marcara, 3ª ed., São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005;

Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse, São Paulo: Editora Abril, 2006;

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006;

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley de más débil**. Trad. Perfecto Andres Ivanez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999;

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

FERREIRA, Sergio de Andréa. **A regulação como expressão do poder normativo governamental**. *In* Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (Coordenadores): Malheiros Editores Ltda., São Paulo, 2003;

FREIRE, Anderson Ricardo Fernandes. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, São Paulo: LZN, 2006;

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado - direito de família**, vol. 5, editora Revista dos Tribunais, SP. 2005;

LOPEZ CALERA, Nicolas Maria. **Filosofia de los derechos humanos**. *In*: Filosofia Del Derecho (I). Granada: Comares, 1997;

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos Idosos**. São Paulo: LTr, 1997;

_____. **Comentários ao Estatuto do Idoso**, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2005;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9ª. Ed, atual. São Paulo: Atlas, 2001;

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002;

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PECES-BARBA, Gregorio. **La diacronía del fundamento y del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia**. In___Curso de Derechos Fundamentales: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995;

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid:Editorial Trotta S.A, 1997.

PÉREZ LUÑO, A. E. et al., **Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979

PINHEIRO, Rossana Campos Cavalcanti. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora). Campinas:LNZ, 2006;

PIOVESAN, Flávia. Desafios e Perspectivas dos Direitos Humanos: A inter-relação dos valores Liberdade e Igualdade, in **Direito Internacional dos Direitos Humanos** – Estudos em homenagem à Prof. Flávia Piovesan. Maria de Fátima Ribeiro e Valério de Oliveira Mazzuoli (coordenadores). 1ª ed. (ano 2004), Curitiba: Juruá, 2006;

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Liminad, 2000;

PONTES, Patrícia Albino Galvão. **Estatuto do idoso comentado**. Naide Maria Pinheiro (organizadora) – Campinas, São Paulo: LZN, 2006;

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

_____. **Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa.** *In Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.* Antonio Carlos Volkmer e José Rubens Morato Leite (organizadores) , São Paulo: Saraiva, 2003;

_____. (org.) **Estatuto do idoso comentado pelos promotores de justiça,** Florianópolis: ed. Obra Jurídica, 2005;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006;

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 10ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995;

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3ª ed, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 1999;

SILVA PEREIRA, Tânia da. **Direito da criança e do adolescente, uma proposta interdisciplinar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996;

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2006;

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006;

TRINDADE, José Damião. **História Social dos Direitos Humanos.** São Paulo: Petrópolis, 2002;

VILAS BOAS, MARCO ANTONIO. **Estatuto do Idoso Comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 2005;

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos Direitos”**. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Organizadores). **Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.