

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

ANDRIZE LEITE CALDEIRA

NOVOS DIREITOS: PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO DOS IDOSOS A UMA VIDA
DIGNA. O CASO DA SAÚDE

São Leopoldo

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANDRIZE LEITE CALDEIRA

NOVOS DIREITOS: PODER JUDICIÁRIO E O DIREITO DOS IDOSOS A UMA VIDA
DIGNA. O CASO DA SAÚDE

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção de título de Mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Área de Ciências Jurídicas da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da
Rocha

São Leopoldo

2009

Ficha catalográfica

C122n Caldeira, Andrize Leite

Novos direitos: poder judiciário e o direito dos idosos a uma vida digna: o caso da saúde / por Andrize Leite Caldeira. 2009.

157 f.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha, Centro de Ciências Jurídicas.”

1. Direito do idoso – Papel social. 2. Direitos fundamentais – Idosos - Saúde. 3. Saúde do idoso. I. Título.

CDU 342.7 – 053.9

Dedico este trabalho aos meus pais que me apoiaram em todas as minhas decisões profissionais e me deram condições físicas e psicológicas para que eu chegasse até aqui. Ao meu querido companheiro pela paciência e ao meu filho Pedro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Professor Álvaro, pela paciência em todos os momentos difíceis, que com sua orientação me acolheu sempre que precisei.

Agradeço ao meu amigo Daisson Silva Portanova pelo suporte profissional que me concedeu para que concluísse minhas pesquisas e pelo estímulo inicial para que a iniciasse.

Agradeço a Ricardo Menna Barreto, em face de sua minuciosa revisão e apoio durante o período da elaboração da presente dissertação.

Agradeço aos colegas de trabalho que compreenderam, muitas vezes, a minha ausência, conscientes de que era para o crescimento de todos.

“Eu quisera que os médicos que se empregam no serviço de saúde pública tivessem um ordenado (...) suficiente para garantir as suas necessidades. E, se isto não é assim, é porque (...) o serviço da saúde pública não é considerado coisa de grande importância”.

Adolfo Bezerra de Menezes Cavalcanti

RESUMO

Este trabalho abordará o papel social do Poder Judiciário na concretização do direito do idoso à saúde, como um dos principais atores sociais na busca da efetivação destes direitos, entendendo-se este como um direito humano, fundamental e social. Juntamente com outros agentes políticos e sociais, o Poder Judiciário representa o garantidor daquele direito que está constitucionalmente previsto e, que deve ser interpretado de forma a realizar a cidadania, ou seja, não se esquecendo da substância e dos valores que ele representa para que se efetive a dignidade e o Estado Democrático de Direito. Para tanto, o trabalho se desenvolve, em uma primeira parte, no sentido de que o direito do idoso à saúde é um direito humano fundamental-social constitucional e, assim como outros da mesma espécie, podem ser considerados “novos” direitos. Ainda na primeira parte do trabalho demonstraremos que existem atores sociais, que com seu poder simbólico, são responsáveis à concretização deste direito. Na segunda parte do trabalho e terceiro capítulo, abordaremos a importância do Poder Judiciário na efetividade daqueles direitos dos idosos, tanto nas relações jurídicas com o poder público, quanto com entes privados que prestam serviços públicos relativos à saúde dos idosos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sua maioria, já aponta na direção de que, em se tratando de um direito à saúde, pleiteado por pessoa idosa, a negativa de prestação, tratamento ou internação, é medida que viola a dignidade humana, devendo ser corrigida e garantida pelo Poder Judiciário. Utilizando-se da teoria do poder simbólico de Pierre Bourdieu, verifica-se que, aquele antigo *habitus*, que é a crença de que as políticas públicas devem ser efetivadas apenas quando há reserva orçamentária, muitas vezes, não garantem o mínimo existencial necessário para o alcance de uma vida digna, tendo em vista que o surgimento de “novos” direitos. Isto faz com que o campo jurídico, por intermédio da tutela jurisdicional, mantenha o poder simbólico sobre os aqueles que estão fora do campo mas, que dele participam indiretamente, tendo em vista que a linguagem utilizada é, na maioria das vezes, inacessível aos profanos, fazendo com que os agentes do campo mantenham poder sobre os dominados.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Idoso. Saúde. Dignidade. Novos Direitos

ABSTRACT

This paper will address the social role of the judiciary in implementing the right to health of the elderly as major social actors in search of realization of these rights, it being understood that as a human right, fundamental and social. Together with other political and social, the Judiciary is the guarantor of that law which is constitutionally provided for and which should be construed to hold the citizenship, that is, not forgetting the substance and the values he represents to be enforce the dignity and democratic state of law. Thus, the work unfolds in a first part, that the right of the elderly to health is a fundamental human right, constitutional and social as well as others of the same species, can be considered "new" rights. Although the first part of the study showed that there are social actors, with its symbolic power, is responsible to implement this law. In the second part of the work and the third chapter, we discuss the importance of the Judiciary in the effectiveness of those rights of the elderly, both in legal relationships with the public power, as with private entities that provide public services on the health of the elderly. The Court of Justice of Rio Grande do Sul, for the most part, already pointing in that direction, in the case of a right to health, plead for the elderly, a denial of service, treatment or hospitalization, is measured that violates human dignity and must be corrected and guaranteed by the judiciary. Using the theory of symbolic power of Pierre Bourdieu, it appears that, that old *habitus*, which is the belief that public policies should be enforced only when there are budget reserves often do not provide the minimum necessary for the existential achieving a dignified life, since the emergence of "new" rights. This makes the legal field, through the judicial protection, keep the symbolic power of the people who are outside the field, but they participate indirectly in order that the language used is, in most cases, inaccessible to the profane, causing the players to maintain power over the field dominated.

KEY-WORDS: Judiciary. Elderly. Dignity Health. New Rights

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
PARTE I – OS DIREITOS DOS IDOSOS E SEUS DEFENSORES	23
2. OS DIREITOS DOS IDOSOS COMO INTEGRANTES DOS “NOVOS” DIREITOS	23
2.1. O DIREITO À SAÚDE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	26
2.2. O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS DOS IDOSOS	29
2.3. O DIREITO DOS IDOSOS NA CONCEPÇÃO DE “NOVOS” DIREITOS	32
2.3.1. O Estatuto do Idoso	35
2.3.2. O Direito dos Idosos à Saúde	48
3. OS ATORES SOCIAIS RELACIONADOS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS.....	47
3.1. O MINISTÉRIO DA SAÚDE	52
3.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	54
3.3. OS ÓRGÃOS ESTATAIS DE PROTEÇÃO JURÍDICA AOS DIREITOS DOS IDOSOS	55
3.3.1. O Ministério Público	57
3.3.2. A Defensoria Pública.....	68
3.3.3. O Poder Judiciário	62
3.4. As Instituições Privadas de Assistência à Saúde	67
3.5. A INTENÇÃO DOS ÓRGÃOS ESTATAIS ENVOLVIDOS NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DOS IDOSOS	71
PARTE II – A LUTA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS.....	74
4. O PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO DOS IDOSOS À SAÚDE.....	74
4.1. AS DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO	77
4.2. A LUTA POR PODER SIMBÓLICO.....	82
4.2.1. A Luta no Campo Político	85
4.2.2. A Luta no Campo Jurídico.....	88
4.3. O JUDICIÁRIO COMO CONTROLADOR DA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS À SAÚDE DO IDOSO	91

4.4. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO – PLANOS DE SAÚDE.....	95
4.5. CASOS EMBLEMÁTICOS.....	102
4.5.1. O Dever Público.....	108
4.5.2. O Dever Privado.....	113
4.6. O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	116
4.7. A “RESERVA DO POSSÍVEL” PARA O DIREITO À SAÚDE DOS IDOSOS.....	120
4.8. O DIREITO DOS IDOSOS A UMA VIDA DIGNA COM SAÚDE.....	124
4.9. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA SUBSTÂNCIA DO DIREITO DO IDOSO À SAÚDE.....	130
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	148

1. INTRODUÇÃO

A motivação para o presente trabalho partiu da vasta experiência profissional em atendimento a pessoas idosas, as quais manifestam seus sentimentos em relação ao tratamento que lhes é dispensado pela sociedade e pelo Estado, seja este passiva ou ativamente. As constantes manifestações acerca do descaso do Poder Executivo em realizar a concretização das políticas públicas que são determinadas pela Constituição Federal, assim como, dos abusos dos contratos dos planos de saúde privados e, ainda, das decisões judiciais endossando a postura extravagante dos agentes políticos responsáveis pela prevenção, manutenção, tratamento e proteção da saúde das pessoas de idade avançada, consideradas idosas na concepção dada pela Organização Mundial da Saúde, também motivaram o presente trabalho. As atitudes dos agentes políticos e jurídicos leva-nos a crer que não estão preparados para atender à vontade da maioria, expressada na Constituição Federal e em outros documentos constituídos já na vigência do Estado Democrático de Direito por ela instituídos, bem como, outros considerados não tão recentes.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, donde se originaram os direitos apontados nas constituições de diversos países como fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana, é o documento mais importante de expressão da vontade de uma maioria que, desde a Revolução Francesa, vem evoluindo para alcançar a tríade a qual propôs-se: liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que esta última pode ser entendida, hoje, como solidariedade. Segundo o documento histórico, todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Esta evolução social acarretou o desenvolvimento industrial, tecnológico e científico, fazendo com que a população, a cada século, vivesse por mais tempo. Daquela tríade foram nascendo os direitos. Primeiramente os civis e políticos, nestes incluindo-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Os direitos econômicos, sociais e culturais, formam a segunda dimensão de direitos os quais outorgam ao indivíduo as prestações sociais estatais, incluídas, aqui, a saúde, o que revelou a transição de liberdades formais abstratas para liberdades materiais concretas ¹. A terceira dimensão de direitos

¹ No sentido de que as liberdades não eram apenas aquelas perante o Estado, mas por intermédio do Estado, pois, com os direitos econômicos, sociais e culturais, ditos de segunda geração, foi atribuído ao Estado

contemplou a solidariedade, também chamada fraternidade, os quais se destinaram à proteção de grupos sociais, coletivos ou difusos, sendo um deles o direito à qualidade de vida. Os direitos sociais referem-se, portanto, a todos aqueles que garantem tanto o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, quanto ao direito de participar na herança social e levar a vida como um ser civilizado, de acordo com padrões que prevalecem na sociedade ².

Esta classificação em dimensões não é exclusiva umas das outras, mas decorrente da evolução dos direitos, conforme foram sendo implantados nas constituições. Todos têm direito à vida, com saúde, principalmente quando o titular pertencer a um grupo social, culturalmente excluído, como é o caso da pessoa idosa, objeto principal do presente trabalho. Os direitos sociais, dentro dos quais se insere a saúde, aproximam todas as dimensões antes referidas, sendo direito do idoso a vida digna, saudável e com qualidade, ou seja, a levar uma vida como um ser civilizado, podendo-se dizer, então, que aqueles direitos sociais estão contemplados, também, como direitos fundamentais, e, conseqüentemente, direito humano.

As revoluções que buscaram a dignidade no trabalho, a igualdade entre sexos, raças, idades, e a promoção de bem-estar foram constantes. A preocupação com a saúde do cidadão fez com que a sua promoção, proteção e recuperação fossem preconizadas na Constituição como um direito de todos e dever do Estado. A edição do Estatuto do Idoso, ainda recente, vem sofrendo com a resistência ofertada por aqueles agentes que deveriam cumprir os ditames constitucionais compromissários, no que se refere às políticas públicas para a efetivação destes direitos humanos fundamentais-sociais, no tocante à saúde.

A linha de raciocínio que deve ser utilizada é a de que o Poder Judiciário deve demarcar território na proteção do direito dos idosos à saúde, pois como direitos humanos fundamentais, deverão ser respeitados por toda ordem de indivíduos e pelo Estado, em qualquer de seus níveis de poder. Os direitos sociais dos idosos foram consagrados, material e formalmente, pelo próprio direito constitucional positivo brasileiro, pois, como seres humanos, são seus titulares ³, mesmo quando representados por entes coletivos. Igualmente, os direitos sociais são exercidos de forma individual, com o mesmo caráter universal dado aos

comportamento ativo na realização da justiça social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

² Classificação referida, primeiramente por MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro, 1967, p. 63.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 56.

direitos humanos, ou seja, inseridos como cláusulas constitucionais intangíveis, restaram abarcados, portanto, pelo § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, sendo que a falta de respeito a eles caberia ao Poder Judiciário a sua proteção.

Diante da existência desta discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, em face da pouca efetividade da Constituição de 1988, a práxis jurídica nos leva a crer que os direitos humanos fundamentais-sociais por ela adotados ainda não são suficientes para amadurecer uma consciência mais social, de acordo com os ditames do próprio texto democrático constitucional, e, por isso, podem ser chamados de “novos” direitos, que a reflexão científica virá identificar e trazer para o posterior sancionamento no direito positivo, tendo sido inserido o direito ao envelhecimento com dignidade, considerando sua proteção um direito social ⁴. Da mesma forma, o direito dos idosos, em face da ainda considerada recente vigência de um Estatuto próprio, desde o ano de 2003, principalmente no que diz respeito à saúde, por estar caracterizado como direito humano compromissório, deve ser compreendido como “novo” direito. O direito à saúde continua a carecer de efetividade por aqueles agentes que estariam obrigados, pelos ditames constitucionais, a concretizá-los, seja em face da frequente disputa dentro do próprio campo político, seja pelo *habitus* de manter a inércia como se fosse um Estado Liberal. Mas, tal concepção não deverá restar arraigada em se tratando de pessoas idosas, as quais devem ser consideradas vulneráveis em face das limitações que o tempo lhes causa.

Sendo os direitos dos idosos considerados “novos” direitos, tanto em face da recente edição de um Estatuto de proteção aos seus direitos, quanto em face de os direitos fundamentais-sociais insertos na Constituição Federal de 1988 ainda não restarem, completamente efetivados pelos Poderes Públicos, mesmo após vinte anos de sua promulgação, a sua concretização deverá ser relegada ao Poder Judiciário, órgão de proteção jurídica destes direitos. As políticas públicas, relativas ao direito à saúde, referentes aos idosos, podem ser efetivadas pelo Poder Judiciário, quando aquelas não são realizadas pelo ente estatal responsável ou, quando este nega proteção a um direito fundamental-social.

Outros atores sociais, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, Conselhos Estaduais e Municipais do idoso, entidades não-governamentais que visam proporcionar uma

⁴ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os Direitos Fundamentais dos Idosos. *Revista de Direito Privado*, n° 25, v. 7; jan/mar, 2006, p. 99.

melhor qualidade de vida a estes grupos excluídos, também se envolvem para que aqueles direitos sejam efetivamente alcançados.

Diante da relação de poder existente entre os interesses dos agentes envolvidos, que se demonstra, até mesmo pela linguagem⁵ utilizada, e os interesses dos idosos, frente ao Estatuto que lhes protege, outros atores sociais devem atuar na proteção e garantia de efetivação da Constituição Federal, no que se refere aos direitos dos idosos à saúde. Assim, pode-se perguntar: os direitos dos idosos podem ser considerados direitos fundamentais-sociais na acepção de “novos” direitos, carentes de efetivação, em face da inércia dos atores sociais envolvidos na proteção e concretização destes direitos? E, qual a efetiva influência e interesses dos referidos atores sociais na concretização dos direitos dos idosos à saúde? Finalmente, o problema é: de que modo poderia atuar o Poder Judiciário, na falta de políticas públicas dos demais agentes políticos, para que sejam efetivados os direitos dos idosos à saúde, a fim de que possam alcançar a vida com dignidade?

Tendo em vista o problema desenvolvido, sabendo-se que o Poder Judiciário, em alguns momentos, compreende o direito dos idosos à saúde como um direito fundamental-social e um “novo” direito, os quais ainda carecem de atenção por parte dos órgãos governamentais competentes, assim como, verificando-se que os interesses dos idosos conflitam-se com os interesses dos entes estatais, quando há negação daquele direito, a hipótese formulada é a seguinte:

A inefetividade da Constituição Federal, pela falta de políticas públicas ou, seu exercício precário, em relação aos direitos dos idosos à saúde, a partir das indicações levantadas empiricamente, vai apontar para a necessidade de o Poder Judiciário intervir na defesa destes cidadãos, a fim de garantir-lhes a vida com dignidade.

A presente pesquisa tem como objetivo geral a elaboração de estudo científico, no que diz respeito ao esclarecimento do papel e dos interesses dos diversos atores sociais, mas, especialmente, do Poder Judiciário na dinâmica de realização da proteção do direito do idoso à saúde, garantida pelo Estatuto do Idoso e pela própria Constituição Federal.

⁵ No sentido abordado por Pierre Bourdieu.

Se a Constituição Federal, com seu caráter dirigente, que pode ser entendido como um conjunto de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, estabelecendo-se diretivas e imposições à atuação legislativa ordinária, ou como “conjunto de normas fundamentais, que mais não são que verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua, estas imposições constitucionais só poderiam ser cumpridas (...)”⁶, e compromissório, possui dispositivos que determinam a concretização de direitos sociais nela constantes, não haveria que se falar em falta de auto-aplicabilidade.

Mas, a alegada *programaticidade* do direito do idoso à saúde retira da norma esta auto-aplicabilidade. A negativa de cumprimento de obrigação inserida na Constituição Federal, na base dos direitos fundamentais-sociais, tem como consequência a renúncia em reconhecê-los como verdadeiros direitos⁷ e, neste sentido, a intervenção do Poder Judiciário é condição *sine qua non* para o alcance da cidadania e dignidade, principalmente quando aqueles direitos tiverem em seu âmago a pessoa idosa que, ainda hoje, encontra-se em situação de excluído social.

Neste sentido é que a pesquisa realizada foi pelo método dedutivo, tendo como fonte precípua, a análise bibliográfica de livros, periódicos e demais materiais de publicação, tanto na área jurídica, quanto em áreas afins. A base principal para a análise sociológica do tema será a obra de Pierre Bourdieu, utilizando-se de conceitos como de “campo” e “habitus”, que se relacionam às dificuldades de comunicações entre os atores sociais responsáveis pela defesa do direito do idoso à saúde e este como um grupo vulnerável, bem como, da necessária interferência do Poder Judiciário para a garantia de efetivação de políticas públicas a ser implantadas pelos agentes políticos em relação àqueles.

Utilizou-se, também, análise de jurisprudência acerca do tema proposto, verificando-se o real interesse dos órgãos governamentais na concretização das políticas públicas relativas aos idosos, de acordo com o determinado pela Constituição Federal, partindo-se para um cunho reflexivo, analisando-se o direito à saúde como um direito humano fundamental-social, de aplicação imediata, contendo enfoque sociológico e focos filosóficos. A finalidade é demonstrar que a concretização do direito à saúde, no que diz respeito às pessoas de idade,

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 223-224.

⁷ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 23.

com a característica de “novo direito”, na ausência de políticas públicas, deverá ser realizada pelo Poder Judiciário, que garantirá uma vida digna, tendo em vista que a conscientização do Poder Público para uma maior atenção ao tema ainda é carente.

A pesquisa do presente trabalho tem como principal referencial teórico de análise a obra de Pierre Bourdieu⁸, que aporta uma visão sociológica das relações de poder que se entrelaçam, quando o Poder Judiciário é invocado a garantir o direito à saúde do idoso, fazendo com que se evidenciem as expectativas de que as promessas constitucionais de políticas públicas sejam concretizadas. O autor aponta estas relações de poder como “campos”, sendo de interesse para o presente trabalho o definido por ele como político e jurídico, sendo o primeiro conceituado como “espaços estruturados de posições cujas propriedades dependem das posições nestes espaços”, e, o jurídico, como “o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito”, assim como será utilizada a sua conceituação de “*habitus*”, definido este como sendo aquela prática transmitida no contato direto e duradouro entre aquele que ensina e aquele que aprende a regra que permite gerar a conduta adequada⁹.

No decorrer do texto será utilizada a expressão “direitos fundamentais-sociais” com hífen, conforme utilizado por Lenio Luiz Streck, demonstrando-se a necessária interpretação conjunta destes direitos, bem como, de que os direitos sociais são tão fundamentais quanto qualquer outro assim definido, em face da admissão da judicialização da política, como fenômeno da concretização daqueles direitos substantivados no texto democrático constitucional pela via judicial e como condição de possibilidade de validade da Constituição, sendo o elo contudístico que une política e direito¹⁰, bem como, nos termos a que se refere Robert Alexy¹¹, que implica designar todos os direitos a prestações em sentido estrito como “direitos fundamentais sociais”.

Direitos fundamentais do homem, no entanto, segundo José Afonso da Silva, referindo-se a princípios, resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de

⁸ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. 4ª edição. Campinas: Papyrus, 1996.

⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 21-23.

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 16.

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499-500.

cada ordenamento jurídico, reservam-se a designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Quanto ao qualitativo “fundamental” acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados¹².

Quanto ao conceito de “novos” direitos, destaca-se o utilizado por Antônio Carlos Wolkmer e Norberto Bobbio, combinado com as palavras de José Alcebíades de Oliveira Júnior, como sendo aqueles que materializam exigências permanentes da sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente¹³, hoje, necessitando da proteção tanto jurídica quanto legislativa e executiva, a fim de que se possa alcançar a cidadania, que segundo Bobbio, por ser a democracia a sociedade dos cidadãos, esta só ocorre quando aos súditos são reconhecidos alguns direitos fundamentais. Não havendo direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos¹⁴.

Para compreender-se a definição de direitos humanos, a obra clássica de Fábio Konder Comparato, traz-nos esta noção que se entrelaça com o de dignidade, que é a ideia de que todos os seres humanos têm direito igualitário ao respeito mútuo, pelo simples fato de sua humanidade; de que, apesar de suas inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza¹⁵.

O direito à saúde deverá ocorrer na esteira de sustentação de um Estado Democrático de Direito, o qual possui a tarefa fundamental de superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que tem como compromisso assumido perante a sociedade

¹² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178.

¹³ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1-12.

a busca da justiça social efetiva, de qualidade de vida, logo, de saúde ¹⁶. O que, segundo Moraes, seria o Estado Democrático de Direito a conjugação do ideal democrático com o Estado de Direito, sob um conteúdo próprio onde estão presentes as garantias jurídicas e a preocupação social, que constituiria um novo conjunto com a preocupação básica de transformar o *status quo* ¹⁷.

A proteção do idoso, pensada como fundamental à garantia de uma vida com dignidade, é recente e, portanto, atribui-se a ela o caráter de “novo” direito fazendo com que uma adequada ação governamental, social e jurídica, busque soluções para as demandas decorrentes da própria falta de proteção. Com a edição e vigência do Estatuto do Idoso ¹⁸, não há como furtar-se à responsabilidade de proteção deste grupo social considerado vulnerável, tendo em vista que estes cidadãos, a cada ano, são em maior número nos lares brasileiros e, que em sua maioria, são sustentados por eles.

O Poder Judiciário, por intermédio de sua jurisprudência, vem balizando as ações do Estado, no sentido de fazer valer os dispositivos constitucionais no que diz respeito aos direitos fundamentais-sociais, não aceitando as justificativas embasadas na falta de condições financeiras ou previsão orçamentária para a implementação de políticas públicas, as quais podem ser entendidas como Ana Paula de Barcellos refere, citando Maria Paula Dallari Bucci, como sendo “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” ¹⁹, ou, ainda, conforme Krell, que entende ser a conduta da Administração Pública voltada à consecução de programas ou metas previstas em norma constitucional ou legal, sujeitas ao controle jurisdicional no tocante à eficiência dos meios empregados à avaliação dos resultados alcançados ²⁰.

¹⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito a Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

¹⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A Idéia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 74.

¹⁸ Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111.

²⁰ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 32.

Da mesma forma, argumentos de que o Estado está adstrito ao fornecimento de um “mínimo existencial”, entendendo-se este, conforme conceituação de Sarlet, como aquele exigido para uma existência digna não vinculada apenas à sobrevivência, mas a uma gama de valores fundamentais que garantem, inclusive, a condição de cidadão da pessoa humana ²¹, cujo nascimento se dá na situação de que

súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo ²².

Com relação às instituições privadas (planos de saúde), estas também sofrem fiscalização por parte do Poder Judiciário quando invocado, de forma a não acarretarem prejuízos aos consumidores idosos, quando sofrem discriminação em face da idade.

Com estes conceitos básicos que acompanharão o trabalho, pode-se acrescentar que, em duas partes, serão abordados três aspectos fundamentais, os quais a seguir são explicitados.

Primeiramente, será abordado o direito do idoso à saúde, como integrante dos Direitos Humanos, na categoria de “novos” direitos. O artigo 230 da Constituição Federal determina que o Estado, a sociedade e a família devem defender a dignidade e bem-estar das pessoas idosas, garantindo-lhes o direito à vida, na qual está englobada a saúde, que é direito de todos e dever do Estado, conforme menciona o artigo 196. Muitos dos direitos humanos fundamentais-sociais constitucionalizados não dependem de regulamentação, mas esbarram na impossibilidade de concretização pelo Poder Público em face da alegação de que lhes falta auto-aplicabilidade, condições orçamentárias, ainda, pela própria falta de vontade política em efetivá-los por políticas públicas. Problemas orçamentários à parte - para os quais há previsão constitucional para sua solução - não se pode deixar que os direitos constitucionais tornem-se inertes, pois também possuem a força normativa advinda do texto. Alguns direitos previstos no texto constitucional referem-se a cidadãos específicos, como é o caso das crianças, dos

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva e PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coord.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11-15.

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

índios e dos idosos e, para estes, existem legislações específicas que lhes garante a aplicabilidade reforçando, assim, a força normativa da constituição, e os próprios direitos constitucionais. Da mesma forma, o direito do idoso à saúde é pouco discutido, seja em face de a sociedade entender a velhice, como expressado por Simone de Beauvoir, “como uma espécie de segredo vergonhoso, do qual é indecente falar”²³, seja pela conformação quanto às atitudes do Poder Executivo, a quem caberia a implantação de políticas públicas no sentido de dar efetividade às normas constitucionais, ou ainda quanto à conformação perante o Poder Judiciário, da ideia incutida pela mídia de que este é um órgão estatal moroso e político.

Sendo o direito do idoso à saúde um direito fundamental-social, ainda carente de concretização, dotado de auto-aplicabilidade, não de programaticidade, deverá ser considerado como uma categoria de “novo” direito e, em face de a prática jurídica dever vincular-se às relações sociais e às necessidades humanas do momento histórico vivido²⁴, é necessário que o Poder Judiciário faça cumprir a norma constitucional, visando garantir uma vida mais digna àquele grupo social considerado vulnerável. Torna-se importante, portanto, a análise do direito dos idosos à saúde como direitos humanos inseridos na Constituição Federal de 1988, e, como categoria de “novo” direito, uma vez que a discussão se dá em torno das dificuldades de sua efetivação. Sendo tais direitos, em sua maioria, referentes àqueles básicos, necessários ao bem-estar e dignidade da pessoa humana, é de se frisar, mais uma vez, que representam um dos pontos mais sensíveis das demandas sociais de uma coletividade²⁵, a fim de alcançar-se a cidadania e, por isso, a importância deste estudo.

O crescimento acelerado da população idosa e a edição do Estatuto do Idoso fazem com que os direitos humanos tutelados sejam considerados ainda recentes, levando-se em consideração que a Constituição Federal, embora completando vinte e um anos, ainda não alcançou a sua plena efetividade. É neste ponto que o Poder Judiciário possui um papel importante: o de zelar pela efetivação do direito dos idosos à saúde, como fundamental para a garantia de uma vida digna, ultrapassando todos os tipos de discriminações que sofrem, ou venham a sofrer, perante a sociedade.

²³ BEAUVOIR, Simone. *A Velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 8.

²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “Novos” Direitos no Brasil*, op. cit., p. 1-2.

²⁵ ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 28.

Em um segundo momento, ainda na primeira parte do trabalho, explicitar-se-á quem são os agentes, governamentais e não-governamentais que estão envolvidos na defesa destes direitos e na busca de uma melhor qualidade de vida aos idosos. Será realizada uma análise dos agentes, públicos e privados, os quais possuem a atribuição de concretizar aqueles direitos, seja mediante políticas públicas, seja em cumprimento às determinações constitucionais para que o façam, tendo em vista que o direito do idoso à saúde deve ser considerado uma questão social, por ser de relevância pública. Esta discussão demarcará a intenção daqueles agentes na efetivação de direitos fundamentais-sociais. Será analisado se a legitimação que lhes foi conferida atende à práxis fenomenológica da atualidade. Há a necessidade de atuação conjunta de Estado, sociedade e particulares para que se amenize o problema do dirigismo constitucional e seu caráter compromissório.

Por conseguinte, em um segundo capítulo, demonstrar-se-á quais as intenções, interesses, e discursos na proteção do direito do idoso pelo Poder Judiciário em face de sua caracterização como um direito que ainda carece de efetividade. Ainda, será exposta a argumentação dos agentes sociais antes citados, pró e contra a efetivação desse direito, realizando a análise pelo prisma sociológico de Pierre Bourdieu, demonstrando, finalmente, como e de que modo realiza-se a ação do Poder Judiciário, no sentido de que aqueles direitos sejam garantidos diante da “inefetividade” das políticas públicas que deveriam ser instauradas.

A precariedade na efetivação das políticas públicas pelos órgãos governamentais e a crescente demanda dos cidadãos, no que concerne às suas necessidades básicas, faz com que o Poder Judiciário tenha que assumir outras responsabilidades, no sentido de concretizar tais exigências. Abordar-se-á, para tanto, o papel que o Poder Judiciário está apto a assumir, com o seu viés fiscalizador e de intérprete da Constituição, no que tange à realização das políticas públicas, como garantidor dos direitos que os agentes sociais deveriam concretizar e cumprir frente aos deveres que lhes foram impostos, a fim de que os idosos tenham o seu direito à saúde efetivado, sob a ótica da problemática do poder simbólico que, por derradeiro, muitas vezes, acaba por esbarrar em fundamentos que extrapolam o direito, adentrando no âmbito

político da falta de recursos financeiros, quando vão utilizar-se de linguagem própria²⁶ para a negativa do referido direito.

Diante da linguagem utilizada, esta deverá adequar-se ao “mundo vivido” da realidade que se apresenta ao Poder Judiciário em cada caso concreto, a fim de que o idoso possa alcançar o direito que lhe está garantido na Constituição Federal, de ter sua saúde realizada mediante políticas públicas que devem ser instituídas pelo poder público.

²⁶ BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Tradução de Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 80.

PARTE I – OS DIREITOS DOS IDOSOS E SEUS DEFENSORES

2. OS DIREITOS DOS IDOSOS COMO INTEGRANTES DOS “NOVOS” DIREITOS

Cada época reproduz uma prática jurídica específica vinculada às relações sociais e às necessidades humanas no momento histórico em que ocorrem. Juntamente com a racionalização do poder e deslocamento rumo à centralização política, o direito da sociedade moderna passa por uma uniformização secular, subordinando suas instituições de aplicação da Justiça e aglutinando seus operadores jurídicos à vontade estatal soberana ²⁷. Até a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, o respeito aos direitos do homem refletia-se apenas no âmbito dos Estados que os haviam incorporado em suas constituições, de forma concreta, mas particularizada.

Após a Segunda Guerra Mundial, com as atrocidades dela decorrentes, e institucionalização da violência pelos governos autoritários e tirânicos, houve a necessária afirmação dos direitos do homem como “ser” igual e livre ²⁸, que no entender de Moraes, ao invés de um modelo liberal de Estado, a quem era conferido o papel de garantidor da paz social, sobreveio modelo social, no qual havia a ideia de uma sociedade solidária cabendo ao poder público a tarefa de promover a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea ²⁹. Com o passar do tempo, tornou-se necessária a criação de instituições de defesa da dignidade humana em face de o idoso ser pessoa dotada de direitos, apesar dos deveres.

²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-2.

²⁸ Segundo Bonavides, “foi o princípio do Estado Social, desde a Constituição de Weimar, onde já se achava implícito, que revolucionou as Constituições do século XX, provocando a aparição dos chamados direitos sociais (...). Os novos direitos não só reabilitavam o Estado, senão que emergiam por únicos capazes de emancipar a Sociedade. Proclamando a dimensão social do Homem como o valor mais alto, (...) houve (...) um grave erro constitucional de ordem interpretativa, que constitui na oposição frontal dos dois direitos, como se eles fossem excludentes (...). Os direitos sociais são, todavia, os mesmos direitos fundamentais à luz de um novo exame, como se houvessem recebido um enriquecimento de conteúdo. Não se deve, por conseguinte, estabelecer hiato ou antagonismo entre aquelas duas categorias de direitos: os da liberdade e os sociais.” In: BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183-5.

²⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. As Crises do Estado. In: *O Estado e suas Crises*. MORAIS, José Luiz Bolzan de (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 14.

O presente capítulo realizará uma análise acerca do direito do idoso como um direito fundamental-social, tendo em vista que o envelhecimento é um direito personalíssimo da pessoa humana. Da mesma forma, o seu direito à saúde é a garantia de sua dignidade, fazendo estes direitos, parte dos direitos humanos, tendo em vista que possuem uma dimensão ética, não sendo necessário que façam parte de uma determinada ordem constitucional.

Constantes foram as revoluções que buscaram alcançar a dignidade no trabalho, a igualdade entre sexo, raças, idade, com a conseqüente proclamação de Convenções, sobre estes direitos e outros, a exemplo dos Direitos Políticos da Mulher, em 1952 e dos Direitos da Criança, em 1959, todos com o intuito de especificar as situações *sui generis* de pessoas que precisavam de cuidados especiais e particular proteção³⁰. Todas estas proteções jurídicas foram formas de desenvolvimento do documento original da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que especificaram a situação genérica a qual referiu-se inicialmente³¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi uma forma de positivação e concretização destes direitos que, até aquele momento, estavam fragmentados em alguns ordenamentos jurídicos estatais, os quais já haviam evoluído de direitos meramente naturais para suas positivações³². Mas, para a efetivação destes direitos, não bastava apenas a proclamação, pois as medidas imaginadas ou imagináveis para a sua proteção ainda se encontravam insuficientes como meios coercitivos em relação ao respeito que mereciam.

No Brasil, com a determinação de garantia do bem-estar e dignidade e com o alcance da cidadania, que são direitos humanos contidos na Constituição Federal de 1988, cujos princípios representam, ainda hoje, um dos pontos mais sensíveis das demandas sociais da coletividade³³, conforme já referido, iniciou-se uma trajetória democrática que, mesmo assim, ainda hoje, após vinte anos de vigência, carecem de efetivação e concretização pelos órgãos estatais e não-governamentais, os quais são responsáveis pela promoção e proteção daqueles direitos.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 35.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 35.

³² Idem, *ibidem*, p. 35.

³³ ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado*. SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 28.

Da mesma forma que refere o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a carta política brasileira também se encontra em situação de “ideal comum a ser atingido”³⁴ e, considerar-se que o grau de civilidade de uma sociedade é medido pelo nível de respeito que se tem pelos direitos humanos³⁵, conclui-se que ainda estamos longe de alcançar-se o pleno desenvolvimento. Se considerar-se que há pouco mais de 20 anos, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se que a República Federativa do Brasil constituía-se de um Estado Democrático de Direito, entendendo-se este como sendo a conjugação do ideal democrático com o Estado de Direito, na qual estão presentes as garantias jurídicas e a preocupação social, na busca da superação das desigualdades sociais e regionais para a realização da sociedade³⁶, pode-se compreender os motivos pelos quais os direitos fundamentais são considerados “novos” direitos³⁷.

Portanto, torna-se importante entenderem-se os direitos humanos inseridos na Constituição Federal de 1988, como “novos” direitos, como a materialização das exigências permanentes da sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente³⁸, que, mesmo reconhecidos e proclamados, ainda carecem de efetivação. Esses direitos, em sua maioria, referem-se àqueles básicos, necessários ao bem-estar e ao alcance de uma vida com dignidade, representando eles um dos pontos mais sensíveis das demandas sociais da coletividade³⁹, essenciais para que se alcance a cidadania, a qual ocorre quando aos súditos são reconhecidos alguns direitos fundamentais, pois, segundo Bobbio, a democracia é a sociedade dos cidadãos. Não havendo direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, e, sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos⁴⁰.

³⁴ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 15 de junho de 2008.

³⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Estatuto do Idoso Comentado*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005, p. 9.

³⁶ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito a Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 50.

³⁷ Isto se deduz das palavras proferidas por Norberto Bobbio: “A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer ainda é longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que está diante de nós, talvez tenha apenas começado. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. cit., p. 45-6.

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “Novos” Direitos. In: *Os “Novos” Direitos no Brasil*, op. cit., p. 4.

³⁹ ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma, op. cit., p. 28.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. cit., p. 1.

Estando o desenvolvimento e a mudança social diretamente vinculados com o nascimento, à ampliação e a universalização dos “novos” direitos ⁴¹, é necessário que estes sejam sistematizados, não compartimentados, o que vem ocorrendo nas últimas duas décadas com os direitos dos idosos, desde a Assembleia Mundial sobre Envelhecimento, ocorrida em Viena em 1982. E é a partir deste movimento internacional que se inicia a discussão acerca da necessária edição de um Estatuto do Idoso, o qual possuiria o fim de sistematizar os direitos a eles conferidos, os quais já se encontravam promulgados na Constituição Federal de 1988. Em face de serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação, e, portanto, as necessidades e carências constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento destes “novos” direitos. As relações entre os indivíduos modificaram-se, e modificam-se a todo o momento, proporcionando outras necessidades, carências, desejos e interesses diante da mudança nos modos de vida e crescentes prioridades socialmente impostas ⁴². Isto acarretou a modificação, também, das tutelas jurídicas que necessitaram (e ainda necessitam) adaptar-se às novas realidades.

2.1. O DIREITO À SAÚDE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todo cidadão possui direito à saúde, segundo disposições constitucionais impostas ao Estado como prestações positivas ⁴³. É direito de todos e dever do Estado a sua promoção, a qual é garantida pela efetivação de políticas públicas. A Constituição Federal de 1988, consagrando em seus primeiros capítulos os direitos humanos como garantias fundamentais, resgatou o valor essencial da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional, colocando os direitos fundamentais-sociais no núcleo intangível da Constituição ⁴⁴,

⁴¹ Idem, *ibidem*, p. 68.

⁴² WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “Novos” Direitos, *op. cit.*, p. 19-20.

⁴³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 120.

protegidos, portanto, pelo parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal, incluindo-se o direito à vida e, conseqüentemente, o direito à saúde.

O direito à saúde é um direito social, pois os direitos individuais, não conseguindo mais assegurar os direitos à dignidade e à liberdade, acabaram por despertar no proletariado a pretensão à conquista da democracia burguesa, sob a forma de direitos de participação⁴⁵. A falência das medidas de concretização do direito à saúde, que se realiza mediante políticas públicas estatais, sendo um direito humano indispensável para o alcance de uma vida com dignidade, parte, também, de um conjunto único e indivisível que, inevitavelmente, repercutirá na fruição plena do conjunto restante de direitos, pois há inter-relação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁶. Desta forma, não se pode pressupor que o direito à saúde não deva ser digno de efetivação pelo Estado, ou, ainda, de que teria menos importância na categoria de direitos humanos, colocando-se em dúvidas a sua fundamentalidade.

Não se adentrará aqui em uma análise da história dos direitos sociais, mas serão acrescentados alguns aspectos importantes para um entendimento prévio. Os direitos sociais surgiram na época da burguesia comerciante, com a crise de descontentamento dos cidadãos com a forma de Estado então vigente, pretendendo uma maior participação popular, conforme antes referido, fazendo com que a crise eclodisse na Revolução Francesa. Tais direitos são decorrentes da tríade revolucionária, *liberdade, igualdade e fraternidade*. Eram vistos como liberdade de direitos civis e políticos daquele momento histórico, e, para tanto, deveria haver a igualdade entre os cidadãos, uma vez que não há liberdade sem igualdade, e vice-versa.

Com isso os direitos hoje sociais e, ainda, classificados, equivocadamente, como de segunda geração, são decorrentes das conquistas históricas da humanidade como tal. Os direitos sociais, portanto, devem ser considerados tão fundamentais quanto os direitos humanos merecendo ser respeitados por toda ordem de indivíduos e pelo Estado. Da mesma forma, assim o são por terem sido consagrados, material e formalmente, pela própria

⁴⁵ HOBBSBAWN, Eric J. Mundos do trabalho: novos estudos sobre história operária apud FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 22.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, op. cit., p. 30.

Constituição Federal brasileira, possuindo como seu titular o ser humano, mesmo quando representados por entes coletivos⁴⁷.

A inclusão da saúde como um direito social, apenas demonstra a sua maior amplitude em relação ao direito individual, uma vez que, a sociedade deve ser vista como um todo e não mais em uma concepção solipsista⁴⁸. Não se pretende dizer aqui que os direitos da coletividade são mais ou menos importantes que um direito individual, mas que, como direito social, ele abrange uma totalidade de indivíduos, não como coletivo, mas como sociedade formada por indivíduos, referindo-se, ainda, a um direito individual de carga essencial, que é a vida. Em uma sociedade na qual não há a efetivação de direitos que devem ser garantidos a todos, restaria o desamparo, gerando caos naquilo que lhe estaria sendo negado. No momento que o direito à saúde é negado, pode-se dizer que o pacto social foi violado como um todo.

A saúde está inserida na Constituição como direito de todos, diferentemente da propriedade, que é direito do indivíduo que a possui. Todos têm saúde a preservar, pois, do contrário, poder-se-ia estar diante de perigo de epidemia ou doenças crônicas. Muito se discute acerca das políticas públicas, ou seja, da conduta da administração voltada à consecução de programas ou metas previstas em norma constitucional ou legal, as quais são sujeitas ao controle jurisdicional no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados⁴⁹, aqui referentes à efetivação da saúde, inclusive, existindo a crença⁵⁰ do poder público de que o Sistema Único de Saúde apresentou um desenvolvimento favorável nos últimos dez anos.

Mas, nem sempre, estas melhoras são vistas pelo cidadão, principalmente por aqueles que estão à margem, em situação de desigualdade social. As políticas públicas, em tese, deveriam ser instrumentos utilizados pelo Estado para dirimir as disparidades entre os grupos

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª. Edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 44.

⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001., p. 731.

⁵⁰ Segundo Pierre Bourdieu: “o poder simbólico não reside nos sistemas simbólicos, mas em uma relação determinada – e por meio desta – entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, isto é, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença.” In: BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989, p. 15.

sociais, garantindo condições mínimas de vida, seja na forma de fornecimento de medicamentos, seja em tratamentos específicos, necessários à vida daquele cidadão que pleiteia a concretização do direito que lhe foi conferido, de forma equitativa e universal, com os demais indivíduos.

A saúde, por sua vez, é essencial à vida e sua negativa de concretização constitui violação de um direito humano fundamental-social. O Estado, ao deixar de cumprir com esta obrigação que lhe é imposta pelo texto constitucional, está indo de encontro à própria dimensão ética na qual se situam os direitos sociais. Esta dimensão ética é vista quando a norma que está na base de um direito moral valha moralmente, o que acontece quando ela, perante cada um que aceita uma fundamentação racional, pode ser justificada ⁵¹. A fundamentação que destacaria a natureza social do ser humano está formulada no segundo imperativo da moralidade de Kant em que, “seres racionais estão, pois, todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins”, o que colocaria um caráter de universalidade aos direitos sociais ⁵², ou, ainda, a existência de uma dimensão valorativa dos direitos fundamentais, como elementos objetivos da ordem jurídica que fundamentam, materialmente, todo o ordenamento jurídico. Esta dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui noção que se agrega à compreensão de suas funções e importância em um efetivo Estado de Direito ⁵³. Como um direito fundamental, o direito à saúde é um direito humano que merece a valoração ética antes referida, pois justificada racionalmente na necessidade de garantir-se a vida.

2.2. O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS DOS IDOSOS

Antes da Constituição Federal de 1988, a preocupação com os idosos era meramente patrimonial e reservado à família ⁵⁴, exceto no Direito Penal, que fez previsões de atenuantes

⁵¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pág. 33.

⁵² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, op. cit., p. 33.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 70.

⁵⁴ O artigo 397 do Código Civil de 1916 previu a prestação de alimentos recíprocos: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais

e redução do prazo prescricional para os condenados e acusados maiores de 70 (setenta) anos⁵⁵, como forma de preservar a convivência familiar do idoso, não como proteção à cidadania ou dignidade daqueles.

O Código de Processo Penal ⁵⁶ previa a dispensa de pessoas idosas e enfermas comparecerem em juízo para prestarem testemunho, assim como, o Código de Processo Civil⁵⁷ fazia ressalvas quanto à penhora de seus bens, o que poderia ocorrer em último caso, na falta de outros que garantissem a dívida. Ainda, o Código Eleitoral isentou os maiores de setenta anos do voto obrigatório. Este último fato poderia acarretar discussões acerca da instituição de discriminação e falta de interesse de participação das pessoas idosas na política.

Em 1968, a Lei n° 5.478, de 25 de julho dispôs acerca da ação de alimentos que envolvessem pessoas idosas, modificando o Código Penal quanto à violação de prestação alimentícia aos anciãos ascendentes. Os descendentes teriam obrigação alimentar com seus ascendentes, principalmente tratando-se de indivíduo valetudinário.

Em 1984, novos dispositivos foram acrescentados ao Código Penal, desta vez com relação a crimes cometidos contra as pessoas idosas, como circunstâncias agravantes da pena, que mais tarde, em 1996, veio a alterar-se pela Lei 9.318. Também foi alterada a Lei de Execuções Penais, no tocante ao trabalho interno de apenado com mais de sessenta anos, podendo este solicitar ocupação condizente com sua idade.

A preocupação com os direitos dos idosos iniciou-se em 1982, com a Assembleia Mundial, em Viena, que resultou do Plano de Ação Internacional do Envelhecimento, Assembleia da ONU, a qual veio a aprovar Os Princípios das Nações Unidas em favor das Pessoas Idosas (1991), tendo havido a incorporação dos princípios da independência,

próximos em grau, uns em falta de outros (...)", salientando-se que o parágrafo único do artigo 399 foi acrescentado pela Lei n. 8.648, de 20 de abril de 1993: "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."

⁵⁵ Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

⁵⁶ Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁵⁷ Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974.

participação, assistência, auto-realização e dignidade, garantindo a estes anciãos, portanto, direitos essenciais do ser humano⁵⁸.

Até a Constituição Federal de 1988, estas eram as previsões legais a respeito das pessoas idosas, as quais visavam à sua proteção contra eventuais violações a seus direitos fundamentais e visando adequações em face da idade, tendo em vista que estes indivíduos encontravam-se com suas condições físicas debilitadas para a prática de determinados atos da vida e de cidadania, necessitando auxílio do Estado, sociedade ou familiares, para o exercício de sua cidadania.

Com a Carta Política de 1988 e a declaração de igualdade entre as pessoas, os idosos passaram a ter regulamentações específicas para um tratamento digno, embora algumas previsões constitucionais ainda estabeleçam diferenças em face da idade, assim como de sexo, deixando claro o princípio da equidade, a qual visa um tratamento que leva em consideração as diferenças específicas. Aos idosos foram conferidos direitos individuais, sociais e políticos, que não constavam nas constituições anteriores, porque relegados às legislações infraconstitucionais, como é o caso do voto facultativo, o qual foi elevado a direito político constitucional, e que, conforme já referido, possui resquícios de discriminação, mas, também forma de aceitar que o envelhecimento pode causar situações de impossibilidade de deslocamento. Direitos sociais como, saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social e assistência, foram-lhes reconhecidos, além da previsão que consta no artigo 230, que determina como deveres da família, do Estado e da sociedade o amparo às pessoas idosas, assegurando-lhes participação na comunidade e bem-estar, defendendo-lhes a dignidade, garantindo-lhes, portanto, o direito a uma vida plena.

A partir de 1988 as legislações infraconstitucionais passaram a cumprir as determinações da Constituição Federal, fazendo previsões de situações específicas que envolvessem os direitos das pessoas idosas. As ações deveriam ser realizadas pelos agentes estatais e não estatais que possuíam a finalidade de regular a atuação da sociedade e do Poder Público na garantia daqueles direitos expressos, os quais, como direitos sociais, restariam assegurados pela proibição de retrocesso.

⁵⁸ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*. Florianópolis: Obras Jurídicas, 2002, p. 51.

A Política Nacional do Idoso, de 4 de janeiro de 1994, foi implantada com o objetivo de assegurar os direitos sociais dos idosos, criando condições para a promoção de sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, reduzindo a idade de setenta para sessenta anos. Teve como princípios basilares, portanto, a mesma redação do artigo 230 da Constituição Federal, prevendo, ainda, a mais ampla informação acerca da velhice, a não discriminação e o princípio da equidade ⁵⁹, determinando que fossem levadas em consideração eventuais diferenças entre eles.

A partir de então, outras legislações foram editadas com a finalidade de colocar em prática a Política Nacional do Idoso, e de garantir-lhes os princípios por ela preconizados, dando-lhes benefícios fiscais (como isenção de imposto de renda em determinadas situações), culturais e de transporte, até a edição do Estatuto do Idoso, em 2003. Embora exista ampla proteção ao idoso, à problemática que se pretende demonstrar com o presente trabalho é a falta de respeito, de todos os segmentos sociais, com os direitos que foram consagrados em legislações infraconstitucionais, em atendimento àqueles previstos na Constituição Federal de 1988 e reforçados pela Política Nacional do Idoso.

2.3. O DIREITO DOS IDOSOS NA CONCEPÇÃO DE “NOVOS” DIREITOS

A discussão acerca da inserção e aceitação de alguns direitos humanos fundamentais-sociais, relativos ao idoso, no ordenamento jurídico, além da necessidade de efetivação de políticas públicas a fim de que venham a ser concretizados, leva-nos a entendê-los como recentes, ou seja, como “novos” direitos, os quais necessitam tanto da proteção jurídica, quanto da legislativa e executiva, para o alcance pleno da cidadania, nos termos em que Bobbio definiu, ou seja, quando aos sujeitos são reconhecidos alguns direitos fundamentais ⁶⁰. Ocorrido o aumento de bens a serem tutelados, assim como vislumbradas as peculiaridades dos sujeitos titulares destes, os direitos individuais passaram a serem considerados, também, direitos sociais, surgindo “novos” direitos diante das demandas sociais provenientes do

⁵⁹ Artigo 3º: “V – as diferenças econômicas, sociais, regionais, e particularmente, as contradições entre o meio rural e urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta Lei.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 1.

desenvolvimento das ciências e tecnologia como um todo e decorrentes da própria natureza humana. São os “novos” diretos materializações das exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente ⁶¹.

O novo paradigma instituído pela Constituição Federal de 1988, de um Estado Democrático de Direito, requer uma visão diferente do próprio Estado, a fim de que os referidos “novos” direitos possam ser concretizados e suportados na sua eficácia, de forma a alcançar-se os princípios fundamentais. Alguns destes “novos” direitos ainda encontram obstáculos não transpostos pelos entes federados, bem como pela própria sociedade despreparada para os movimentos sociais, seja em face das dificuldades de concretização formal, seja material, como é o caso das previsões orçamentárias, ou, ainda, por uma ideia cultural ainda arraigada de Estado mínimo.

Especificamente, para o presente trabalho, abordar-se-á o direito dos idosos à saúde, como “novos” direitos, incluídos na Constituição Federal de 1988, mas que ainda encontram-se carentes de efetividade, cuja polêmica funde-se em dois aspectos: o da pessoa do idoso, vulnerável, como possuidor de direito à saúde, e o da própria concretização da saúde, uma vez que este grupo social é, tradicionalmente, visto de forma negativa no qual, portanto, não há interesse em investimentos ⁶². Tudo frente à recente edição e vigência do Estatuto do Idoso; o medo da chegada da velhice faz com que estas pessoas abdicuem de seus direitos acarretando a perda da própria condição humana. O apego ao passado faz com que se esqueçam de que é o tempo que está no homem e não o contrário ⁶³. Este sentimento acaba por ser absorvido pelos

⁶¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

⁶² Em culturas ocidentais e orientais se verifica o crescente “desinvestimento” político e social na pessoa do idoso. A maioria das culturas tende a separar os velhos e a segregá-los e, real ou simbolicamente, a desejar sua morte. Refere-se, ainda, que, não é verdadeira a crença, frequentemente veiculada, de que os antigos tratavam de forma melhor seus idosos, cultuando sua presença na comunidade. Isso pode ter ocorrido em alguma cultura específica, assim como hoje acontece também. Porém, essa ideia de um passado idílico não encontra respaldo em nenhum estudo científico comparativo. MINAYO, Maria Cecília de Souza; Edinilsa Ramos de Souza. *Violência contra Idosos: é possível prevenir*. Anexo V. Impacto da violência na saúde dos brasileiros/ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 143.

⁶³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à Velhice: a proteção constitucional da pessoa idosa. In: *Os “Novos” Direitos no Brasil*, op. cit., p. 133.

demais indivíduos e entes sociais, que passam a acreditar que qualquer investimento no idoso seria inócuo, criando o *habitus*⁶⁴ desta visão social.

Mas, o aumento da expectativa de vida, as lutas constantes em torno da garantia de uma Previdência Social mais digna, assim como, a reivindicação de um tratamento mais condizente com sua condição de pessoa idosa, coibindo-se, inclusive, as violências praticadas contra eles, tanto na sociedade, quanto em instituições especializadas em cuidados com a sua saúde, ou nos próprios lares, fizeram com que houvesse uma maior atenção a este grupo, pois tratava-se de uma questão social relevante. Disto tem-se que estes “novos” direitos surgiram e deveriam ser tutelados, tendo em vista que muitos lares brasileiros são sustentados com benefícios recebidos pelos idosos aposentados e que, alguns trabalhadores idosos procuram a informalidade, como mais uma fonte de renda.

A discussão acerca da situação de vulnerabilidade da pessoa idosa dentro da sociedade brasileira, conforme referido anteriormente no item 2.2., remonta ao Código Civil de 1916, o qual se preocupou com os deveres de prestação de alimentos pela família àqueles que necessitassem. Mas, o que deu origem ao Estatuto do Idoso, norma especial que regulamenta, desde 2003, os direitos dos idosos, foi o artigo 230 da Constituição Federal de 1988, que incentivou a edição de uma Política Nacional do Idoso, em 1994, a qual se comprometeu a concretizar o dispositivo constitucional. A motivação destas disposições legislativas e, principalmente, constitucionais, foi a Assembleia Mundial sobre Envelhecimento em 1982 que alertou para as condições da população idosa na esfera global, caso a situação do crescimento deste contingente não fosse amplamente refletida pelos países em desenvolvimento.

O Brasil, ao democratizar-se, conscientizando-se da necessidade de fazer a proteção deste grupo social, o qual, até então, não era preocupação social, tratou de incluir os idosos como prioridade do Estado e da sociedade, ou seja, como questão social relevante. O aumento da complexidade social fez com que “novos” direitos fossem incorporados, os quais possuíam pretensões diversas daquelas que tradicionalmente estavam expressas na ordem jurídica

⁶⁴ No sentido de ser: “(...) o produto dos condicionamentos que encarnou-se no corpo de forma durável, como disposições permanentes.”. In: O Direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. ROCHA, Álvaro. F. O. *Revista Estudos Jurídicos*, vol. 38, n. 1. Janeiro/Abril, 2005, p. 47.

originária e, tudo isto ocorreu em face da institucionalização, cada vez mais presente, dos Direitos Sociais próprios de um Estado do Bem-Estar Social⁶⁵.

A constatação da ONU de que a população mundial estaria envelhecendo de forma rápida e desordenada, e que parcela considerável destas pessoas estaria no Brasil, cujo ponto será retomado no item 2.3.2., tinha a intenção de que se repensasse acerca da proteção das pessoas idosas, bem como, em face de campanhas realizadas pelo setor privado, pretendendo a melhoria na qualidade de vida destes cidadãos, é que fizeram estes “novos” direitos incorporarem-se ao patrimônio cultural comum da humanidade⁶⁶, por serem decorrência do próprio Estado Democrático e Social de Direito, o qual está ininterruptamente criando a necessidade de novas tutelas jurídicas e, permanentemente, reinstituindo o social e o político⁶⁷. A situação em que se encontram hoje os aposentados e, principalmente, seus benefícios, restando aqueles subtraídos do espaço público, também é motivo para que haja preocupação constante com as condições de vida deste grupo vulnerável, tendo-se em vista que a saúde destes anciãos depende das condições financeiras que possuem para o alcance deste direito humano fundamental-social, vez que o poder público não cumpre com os ditames constitucionais proporcionando-lhes universalidade de acesso.

2.3.1. O Estatuto do Idoso⁶⁸

Conforme já referido anteriormente, foi a partir da Política Nacional do Idoso, em 1994, que se iniciou o processo de reinclusão destes idosos como grupo considerado vulnerável na sociedade brasileira, após a verificação das reais condições em que se encontravam no País até então, dando-se a mais ampla efetividade aos mandamentos constitucionais. A cultura que se instalou no mundo, com o fenômeno da globalização, de que apenas o belo e o jovem eram essenciais, demonstrou a urgência de uma atitude de proteção para com a população idosa. O culto à imagem e, por consequência do corpo saudável e

⁶⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*: o Estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 181.

⁶⁶ Expressão utilizada por RAMOS, Paulo Roberto Barbosa Ramos. *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*, op. cit., p. 38.

⁶⁷ LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática* – os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 11. Referido por Marilena Chauí na apresentação do livro.

⁶⁸ Lei n° 10.741 de 1° de outubro de 2003, que entrou em vigor em 1° de janeiro de 2004.

perfeito, demonstrava um processo de discriminação e expulsão daqueles que não estavam dentro dos padrões que a sociedade global passou a perseguir.

Em meio a um contexto de iminência de total exclusão dos idosos do estado gregário, é que um Estatuto específico precisou ser editado para barrar a obstinação geral pela juventude e o esquecimento daqueles que possuíam uma vasta fonte de conhecimento e tradição, que já vinham perdendo a própria identidade e o espaço social. Este processo de degradação somente poderia ser paralisado por intermédio da coação estatal, pois a sociedade perdia o sentimento de respeito às pessoas, bem como, não estavam imbuídas da concepção ética dos direitos humanos, tão pouco se preocupavam com a dimensão moral do tratamento ao “outro”. A grande euforia tanto com o desenvolvimento tecnológico, quanto com as possibilidades de avanço científico, fizeram com que o “outro” fosse visto como um entrave em suas conquistas, principalmente quando aquele se tratava de uma pessoa idosa, que por sua vulnerabilidade necessitava de mais cuidados e atenção.

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que entrou em vigor em janeiro de 2004, estabeleceu algumas diretrizes para a proteção integral do idoso, tratando-os como verdadeiros sujeitos de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, como mercedores de garantias decorrentes da sua condição de pessoa em processo de envelhecimento, não podendo ser vítimas de discriminação, maus tratos ou abandono, frente à família, à sociedade e ao Estado, ou seja, garantiu seus direitos perante todos⁶⁹. O Projeto de Lei do Estatuto foi apresentado ao Congresso Nacional em 1999, após cinco anos da Política Nacional do Idoso, ocorrida em 1994 e, colocado em prática mais cinco anos de sua tramitação nas duas casas legislativas, quando de sua entrada em vigor, em 2004. A idade de 60 (sessenta) anos foi eleita para considerar a pessoa idosa em face de orientação da Organização Mundial da Saúde, que utilizou este parâmetro para os países em desenvolvimento⁷⁰. A Organização das Nações Unidas (ONU) divide os idosos, diversamente, em três categorias: os pré-idosos, que possuem entre 55 a 64 anos; os idosos jovens, entre 65 e 79 anos, ou de 60 a 69 para os que vivem na

⁶⁹ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os Direitos Fundamentais dos Idosos. In: *Revista de Direito Privado*, nº 25, v. 7; jan/mar, 2006, p. 101.

⁷⁰ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Estatuto do Idoso Comentado*, op. cit., p. 13. Refere igualmente que, as condições em que os Idosos brasileiros vivem, dependendo da região do País, fazem com que dificilmente alcancem a idade de 60 (sessenta) anos, p. 14.

Ásia e região do Pacífico; e os idosos de idade avançada, que possuem a partir de 75 ou 80 anos ⁷¹.

A preocupação com a crescente violência contra o idoso, assim como, o crescimento do envelhecimento no País e o aumento da expectativa de vida, fez com que o Poder Público iniciasse a discussão para a implantação de mecanismos de amparo aos anciãos. A forte discriminação sofrida por pessoas de idade avançada criou a necessidade de reforçar-se a sua proteção, a fim de que pudessem alcançar uma vida com dignidade. O idoso que sofre, hoje, o aviltamento de sua dignidade foi, muitas vezes, uma criança abandonada, desprezado na adolescência e, teve uma vida adulta marcada pelo desemprego ⁷², resultado da modernização industrial. O Estatuto do Idoso visa assegurar direitos fundamentais já inscritos na Constituição Federal como tais, bem como, na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, tentando manter o equilíbrio social. As suas normas somente terão eficácia na realidade social brasileira se as pessoas, e os próprios idosos, mobilizarem-se para que ela seja cumprida pelos demais cidadãos e Poderes de Estado.

Logo em seu início, o Estatuto do Idoso definiu que caberia à família, sociedade, comunidade e Estado assegurar ao idoso a efetivação dos seus direitos fundamentais. Insere a comunidade no rol de entes que possuem a obrigação de zelar pelo bem-estar, dignidade e vida dos idosos, provavelmente no intuito de abarcar a solidariedade. Prevê, ainda, várias formas de preferência dos idosos, tanto em atendimentos em órgãos públicos e privados, quanto na formulação e execução de políticas sociais públicas e a consequente destinação de recursos públicos para que aquelas se efetivem. Os atendimentos preferenciais visam, simplesmente, o respeito às suas maiores dificuldades de acesso, seja em virtude do meio, seja em face de suas condições físicas. Da mesma forma, institui a necessidade de a autoridade pública incluir em seus orçamentos, recursos para a implantação de redes de amparo à pessoa idosa, nos âmbitos do executivo e, inclusive, do judiciário.

Importantes conquistas foram alcançadas pelo idoso com a entrada em vigor do seu Estatuto, principalmente no tocante ao que já se referiu acerca das preferências, tanto em atendimentos, quanto daquela prevista para a tramitação de processos, administrativos e judiciais, e, na instituição de políticas públicas para o seu amparo, que a passos vagarosos,

⁷¹ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os Direitos Fundamentais dos Idosos, op. cit., p. 90.

⁷² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Estatuto do Idoso Comentado*, op. cit. p. 13.

vêm sendo implementadas pelos organismos estatais com grande participação de organizações não-estatais que, também, realizam pressões para que os direitos dos idosos sejam concretizados. Este é o caso da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, e da Associação Nacional de Gerontologia, que colaboram com pesquisas referentes à prevenção e tratamento de doenças provenientes da idade, tentando garantir-lhes uma melhor qualidade de vida, com maiores informações acerca de suas especificidades físicas, cumprindo, portanto, com algumas das determinações do próprio Estatuto.

No que diz respeito aos órgãos estatais de proteção jurídica ⁷³, o que interessa para o presente trabalho, apesar de a Constituição Federal conferir, desde 1988, competência ao Ministério Público, através de suas Promotorias, para a defesa de interesses individuais indisponíveis, nos quais, logicamente, incluem-se os idosos, sendo esta uma das funções deste órgão, diante do disposto nos artigos 127 e 129, foi necessária a explicitação e especificidade de uma norma. A Defensoria Pública, também possui função de defesa dos interesses dos necessitados. Mesmo com a existência de agentes legitimados para a defesa dos interesses dos idosos, estes continuam a ser discriminados, deixados à margem do próprio Estado e da condição de cidadão, como sujeito de direitos. O Estatuto determinou, igualmente, a necessidade de instalação de Varas especializadas e Delegacias do Idoso.

O idoso possui vários fatores limitativos, os quais lhe impedem de participar da sociedade. Não somente as condições físicas obstaculizam seu ingresso no mercado de trabalho, por exemplo, mas lhe impedem, ainda mais, de possuir um atendimento digno e condizente com sua figura de cidadão. As pessoas com mais idade, principalmente aquelas que estão com 60 anos ou mais, apresentam um declínio em sua saúde, ocasionando uma maior procura aos órgãos públicos, prestadores deste serviço de relevância social. Sem contar que, na maioria das vezes, recebem poucos benefícios previdenciários e, por isso, necessitam da atenção da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios e outros organismos que possam lhes amparar ao longo da vida, os quais devem adaptar-se às legislações existentes para a efetivação destes “novos” direitos. Assim, o Estatuto do Idoso veio com diversas propostas e determinações de responsabilidades, não só para os Entes Estatais, mas, do mesmo modo, para a família e sociedade.

⁷³ Não adentraremos nas especificidades de cada um deles por estarem comentados no Capítulo II deste trabalho.

É questão relevante, além disso, a determinação de divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento, o que oportunizaria à sociedade compreender o processo de envelhecimento, a fim de que possa conscientizar-se da necessidade de comprometer-se, como sociedade, com a garantia dos direitos dos idosos, conforme determinado pela Constituição Federal. O Estatuto refere o envelhecimento como um direito personalíssimo, constituindo-se de um direito social, ou seja, inerente a todo ser humano, inserido no direito positivo como mais um atributo dos direitos de personalidade. Envelhecer com saúde e dignidade é essencial, inato e permanente, isto é, nasce com a pessoa, acompanha a pessoa por toda a sua trajetória, dependendo a personalidade de sua existência. São inerentes às pessoas, intransmissíveis, inseparáveis do titular, extinguindo-se apenas com a morte. Consequentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais ⁷⁴. Portanto, implantar políticas públicas e efetivá-las possibilita o máximo de desenvolvimento da personalidade, ainda que estejam afetados pela diminuição de suas capacidades físicas ou mentais, garantem aos cidadãos idosos uma vida com melhor qualidade. Sendo o idoso um ser humano, cidadão, deve ser contemplado com os mesmos instrumentos legais que garantem a dignidade de todos os brasileiros, sem distinção ⁷⁵.

A norma especial enfatiza, ainda, a condição do idoso de sujeito de direitos, condição precípua para a sua liberdade de ir e vir perante a sociedade, pois, para isto, é imprescindível que o Estado lhe dê meios para alcançar uma vida digna e de satisfação de suas necessidades básicas. Não apenas aquelas essenciais à sobrevivência do idoso, mas também as que não estão adequadas às suas condições físicas, ou seja, rampas de acesso, retirada de obstáculos que não lhe permitam a autonomia. Isto, da mesma forma, torna indispensável à revisão dos benefícios previdenciários, a fim de que não dependam de cuidados de outras pessoas, as quais podem não estar comprometidas com os valores ⁷⁶ constitucionais.

No que diz respeito ao direito à saúde, para o idoso foram assegurados tratamento, fornecimento de medicamentos, prevenção de doenças que mais atingem os idosos, bem como atenção por intermédio de ações e serviços públicos que lhes garantissem o acesso universal e igualitário. Quanto à iniciativa privada, houve a vedação de discriminação do idoso em planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, evitando-se abusos nas

⁷⁴ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os Direitos Fundamentais dos Idosos, op. cit., p. 97-8.

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 98.

⁷⁶ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Estatuto do Idoso Comentado*, op. cit., p. 20.

prestações mensais, em virtude de utilizarem mais os serviços especializados, matéria que será tratada no último capítulo do presente trabalho. Mas, a iniciativa privada deveria, utopicamente, apenas complementar o sistema público, o qual deveria prover todas as necessidades dos idosos em relação à saúde. Não é, entretanto, o que se observa, pois o sistema público de saúde, com suas precariedades, obriga os idosos a procurarem, quando possuem condições financeiras, meios privados de proteção, tratamento e prevenção à saúde.

Ocorre que esta situação é privilégio de uma minoria, tendo em vista que, no Brasil, 25% das pessoas acima de 60 anos ganham três salários mínimos ou mais, evidenciando que, cerca de 75% é pobre, existindo uma boa parcela na faixa da miserabilidade, necessitando de assistência dos serviços públicos ⁷⁷.

2.3.2. O Direito dos Idosos à Saúde

Além das inserções no Código Civil e Código Penal acerca da necessidade da família e do Estado cuidarem de seus idosos, e, apesar de normas superficiais com natureza negativa e protetiva de suas condições físicas, outras legislações infraconstitucionais foram editadas para a preservação específica da saúde dos anciãos.

A saúde pública remonta ao ano de 1808, mas, a criação do Ministério da Saúde somente ocorreu em 1953, com a edição da Lei nº 1.920, a qual desdobrou o Ministério da Saúde e Educação em Ministério da Saúde, Educação e Cultura, ficando o primeiro encarregado das atividades do Departamento Nacional da Saúde (DNS), mas ainda com a pulverização de recursos financeiros e do pessoal técnico.

Em 1964, o então Ministro da Saúde Raymundo de Brito reitera os propósitos de integrar ao Ministério da Saúde a assistência médica da Previdência Social, fixando um Plano Nacional de Saúde nos termos da III Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1963.

⁷⁷ MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de. *Violência contra Idosos: é possível prevenir. Impacto da violência na saúde dos brasileiros/ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Anexo V. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 143.*

Em 1967, estabeleceu-se que o Ministério da Saúde formularia e coordenaria a Política Nacional da Saúde, ainda não implementada na prática, fixando-se às competências da política nacional da saúde, atividades médicas e paramédicas, ação preventiva em geral, vigilância sanitária de fronteiras, e de portos marítimos, fluviais e aéreos, controle de drogas medicamentos e alimentos e pesquisas médico-sanitárias ⁷⁸.

Em 1970, a Lei nº 6.229 criou o Sistema Nacional de Saúde, a qual previa, além de ações específicas da Previdência Social e do Ministério da Saúde, a assistência à saúde pelo setor privado.

A Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973, que dispunha sobre o Estatuto do Índio, conferiu a seus anciãos, o direito a todos os meios de proteção à saúde dos nacionais, inclusive com especial assistência dos poderes públicos para esta finalidade. A preocupação com os índios idosos nasceu apenas três anos após a criação do Sistema Nacional de Saúde, que continuava a delegar a maioria de suas funções públicas aos órgãos privados.

Em 1981 foi criado o CONASP, Conselho Consultivo de Administração de Saúde Previdenciária, pelo Decreto nº 86.329, Plano de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social, depois, conhecido como Plano do CONASP, regulamentado pela Portaria nº 3.602, de 23.08.1982, com maior abrangência das políticas racionalizadoras na organização da assistência médica da Previdência Social ⁷⁹.

Em 1983, foram criadas as Ações Integradas à Saúde, iniciando a descentralização do controle da saúde no Brasil, com a conseqüente regionalização dos serviços do sistema público, cuja efetivação ocorreu com convênios assinados na maioria dos Estados brasileiros entre o Ministério da Saúde, Previdência e Assistência Social, Cultura e Educação, Secretarias Estaduais de Saúde com adesão dos Municípios ⁸⁰.

Em 1986, consolidou-se o Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS – nascendo a discussão na VIII Conferência Nacional de Saúde, acerca da situação da saúde no

⁷⁸ Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=401. Acesso em 22 de junho de 2008.

⁷⁹ LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à Saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, março de 2007, p. 116.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 116.

Brasil e aprovou relatório com recomendações que constituíram o projeto da “Reforma Sanitária Brasileira”, legitimado pelos segmentos sociais identificados com os interesses populares e que seria levado à Assembleia Nacional Constituinte em 1987, marcando, com a Constituição Federal de 1988, a concretização das reivindicações sociais em relação à saúde pela sociedade.⁸¹

Com a Constituição Federal de 1988, outras disposições legais foram editadas, a fim de fazer cumprir os compromissos nela instituídos. Em 1990, a Lei Orgânica da Saúde de nº 8.080 foi criada, a qual dispunha sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como, a organização e o funcionamento dos serviços, regulando as ações e os serviços de saúde, públicos e privados. Com ela houve a instituição do Sistema Único de Saúde, consistindo-se este no conjunto de ações e serviços de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas de todos os entes federados, da Administração direta e indireta e de suas fundações, iniciando, assim, a descentralização da saúde pelo Poder Público em âmbito nacional, que com a Lei nº 8.142/90 passou a regulamentar a participação popular da comunidade na gestão do SUS, bem como as transferências de recursos financeiros na área da saúde entre os governos⁸².

Não é redundância falar-se em direito à saúde do idoso, tendo em vista que ele encontra-se, mais do que nenhum outro cidadão, naquelas camadas sociais chamadas desprivilegiadas ou à margem do Estado, sendo dever deste a redução das desigualdades sociais mediante políticas públicas específicas que garantam a vida com dignidade. O Estado Democrático de Direito, sendo este o novo paradigma de caráter transformador e, representado por uma Constituição com força normativa e com papel dirigente e compromissário, deve agir na defesa dos valores substanciais aos quais se propõe⁸³. A evidência de que o idoso encontrava-se em um patamar de desigualdade com os demais indivíduos da sociedade é que demonstrou a necessidade de ter-se um Estatuto específico para resguardar seus direitos, que se constituem em nada mais que direitos fundamentais de qualquer ser humano, valores substanciais impostos por aquele Estado Democrático de Direito instituído.

⁸¹ Idem, *ibidem*, p. 117.

⁸² LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à Saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos, *op. cit.*, p. 117-118.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 180-182.

As normas constitucionais relativas aos direitos dos idosos, especificamente o disposto no art. 230, possuem caráter de auto-aplicabilidade, uma vez que reeditam os direitos e garantias fundamentais; por isso, direitos fundamentais-sociais, embora o legislador constituinte tenha dado margem de autonomia ao legislador infraconstitucional. Não necessitam de legislação infraconstitucional para a sua regulamentação, restando clara a redação daquele dispositivo constitucional acerca de seu cumprimento.

No entanto, o Estatuto do Idoso reeditou estes direitos fundamentais e sociais, não se podendo falar em livre espaço de conformação do legislador quanto a eles, uma vez que o direito à saúde, especificamente, deve ser realizado mediante políticas públicas e, caso estas não sejam implementadas, a jurisdição constitucional deverá, no caso concreto, intervir para que venham a ser realizadas. A política de saúde do idoso decorre, principalmente, por haver a perda de suas capacidades funcionais próprias para a realização de atividades básicas e instrumentais de sua vida diária, a diminuição, portanto, das habilidades físicas e mentais destes indivíduos. Esta política nacional iniciou em 1999 no Brasil, quando o Ministro da Saúde considerou a necessidade de o setor responsável por programas relacionados à saúde do idoso dispor de políticas neste sentido, determinando que os órgãos e entidades do Ministério da Saúde, cujas ações se relacionassem com o tema objeto daquela política aprovada, promovessem a elaboração ou a readequação de seus planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes e responsabilidades nela estabelecidas⁸⁴.

A vida do idoso resta assegurada na medida em que a saúde é preservada. Além de uma garantia fundamental, o direito à saúde é um direito social que se reforça por princípios éticos e de respeito, tendo em vista que sua promoção e preservação são essenciais à manutenção da vida com dignidade das pessoas em processo de envelhecimento.

Estas providências tomadas em 1999 ocorreram em face da constatação de que 85% dos idosos do País possuíam alguma doença crônica e, pelo menos 10%, apresentavam cinco destas enfermidades graves. Verificou-se, também, que 40% dos idosos com idade de 65 anos ou mais, precisavam de auxílio para praticar uma atividade instrumental da vida diária, como

⁸⁴ SILVESTRE, Jorge Alexandre; COSTA NETO, M. M. da. Abordagem do idoso em programas de saúde da família. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 19, n. 3. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.cadernos@ensp.fiocruz.br>>. Acesso em 25 de julho de 2008.

fazer compras, cuidar das finanças, preparar refeições ou limpar a casa, 10%, necessitando de auxílio para as atividades básicas da vida, como tomar banho, alimentar-se, levantar-se de cadeiras, vestir-se e ir ao banheiro ⁸⁵.

A Política Nacional do Idoso, então, implementou programas para que houvesse a promoção do envelhecimento saudável, com a prevenção de doenças e recuperação dos doentes, reabilitação daqueles que tiveram, portanto, suas capacidades funcionais restringidas pelo decurso do tempo ⁸⁶. Neste panorama pode-se entender que, desde 1999, vinham sendo propostas políticas públicas para a promoção do bem-estar dos idosos, mas não lhes proporcionavam condições de voz para que houvesse a concreta efetivação daquelas medidas, tanto que, até hoje, presencia-se mortes e o aumento das endemias que acometem os idosos. A preocupação deve continuar, pois a expectativa de vida dos indivíduos aumenta na medida em que a taxa de natalidade cai. Assim pode-se constatar que o País está envelhecendo e, segundo o Ministério da Saúde, de forma rápida; isso de tal forma que, se o cuidado com a saúde dos idosos não for redobrado e levado a sério, estar-se-á fadado a ter-se um País idoso e doente.

Segundo o Ministério da Saúde, o nível de esperança de vida no Brasil ao nascer da população dobrou em poucas décadas, e em uma velocidade muito maior que a dos países europeus, os quais levaram cerca de 140 anos para envelhecer. De 1991 a 2000, a população brasileira com mais de 60 anos aumentou duas vezes e meia (35%) em relação à população mais jovem (14%). Isso significa um incremento de 3,8 milhões de idosos num período de dez anos. Em 2000, essa população representava 9% do total dos habitantes do País, correspondendo a 14 milhões de habitantes. Pelo menos uma pessoa idosa se encontra hoje em 26% dos lares brasileiros. A grande diferença do Brasil em relação à realidade europeia, por exemplo, é que nesta o incremento maior ocorre na população acima de 80 anos, enquanto que no primeiro o número mais crescente está na faixa dos 60 e 69 anos de idade ⁸⁷.

Os dados da Organização Mundial da Saúde não são animadores, pois colocam o Brasil como o 6º País que terá o maior número de idosos no ano de 2025. Na Avaliação Conjunta do País, instrumento criado pelas Nações Unidas em 1999 para traçar estratégias locais de atuação nos diferentes países, as representações das agências da ONU elaboram, em

⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁶ SILVESTRE, Jorge Alexandre; COSTA NETO, M. M. da. Abordagem do idoso em programas de saúde da família, *op. cit.*

⁸⁷ MINAYO, Maria Cecília de Souza, SOUZA, Edinilsa Ramos de. *Violência contra Idosos*, *op. cit.*, p. 143.

cada país, um documento no qual constam análise da situação local e as prioridades nacionais em relação ao desenvolvimento com destaque para os pontos ligados aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Esta Avaliação Conjunta foi fundamento para a definição dos programas de cooperação desenvolvidos pelas agências da ONU no país. O documento prevê que se deverá levar em conta a expansão rápida dos grupos de idosos, e pela complexidade mais cara em seu cuidado, é essencial que haja, com antecedência, de acordo com o perfil das necessidades futuras, mais atenção à saúde ⁸⁸.

Corroborado a isto, o Ministério da Saúde constatou que, tanto no Brasil quanto internacionalmente, a população idosa não é homogênea nem do ponto de vista da distribuição de renda e nem por faixas etárias. As heterogeneidades internas ao grupo podem acarretar riscos de vitimização pela violência. As dificuldades dos serviços públicos em atender à população, geralmente pertencentes às camadas mais pobres, já são conhecidas pelo *habitus* de acreditar-se que este é o fator que acarreta problemas orçamentários. No entanto, deveriam seguir as determinações da Política Nacional do Idoso para o combate de doenças e promovendo a saúde com a prevenção contra estas enfermidades, vez que, segundo Minayo⁸⁹, conforme já referido, a maioria da população pobre encontra-se na faixa de miserabilidade, necessitando da proteção estatal.

Em entrevista à Radiobrás, o Presidente do Conselho Nacional de Saúde disse que a grande agravante dos problemas nos serviços médicos do SUS é a visão capitalista dos profissionais que atuam nos setores de saúde contratados e, que alguns setores de saúde contratados pelo SUS [*Sistema Único de Saúde*] é que determinam os valores que querem receber, à revelia da tabela do SUS, por entenderem que a tabela é ruim, o que, para ele, não passaria de uma falácia ⁹⁰. É, entretanto, de relevo notar, que profissionais ligados à Associação Médica Brasileira, a qual integra instituições que pesquisam a situação e melhor qualidade de vida dos idosos, tenham atitudes muito mais mercantilistas do que voltadas ao interesse social.

⁸⁸ Avaliação Conjunta do País UNCT no Brasil. *Uma leitura das Nações Unidas sobre os Desafios e Potenciais do Brasil*. Agosto, 2005. Ponto 46. Disponível em <<http://www.onu-brasil.org/doc/CCABrasil2005>>. Acesso em 23 de junho de 2008.

⁸⁹ MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de. *Violência contra Idosos*, op. cit., p. 143.

⁹⁰ Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/09/12/materia.2007-09-12.2332911896/view>>. Acesso em: 23 de junho de 2008.

Atualmente há discussão acerca do Projeto de Lei Complementar n° 92/2007, que prevê a criação de fundações estatais de direito privado, às quais caberia a prestação de serviços de saúde, entendendo-se que isto equivaleria, para muitas organizações sindicais de classes, à privatização. Estas fundações forneceriam os serviços públicos de saúde, passando o Estado a consumidor do produto, mediante contratos e convênios, desonerando-o de sua função social de executar a saúde por políticas públicas⁹¹. Estas fundações fariam o papel do Estado na prestação da saúde preconizando um estado mínimo, sepultando o Sistema Único de Saúde e a universalidade de cobertura, vez que ficaria mais difícil de cobrar do Estado o seu dever constitucional, ou qualquer postura no sentido de realização de políticas públicas. O referido Projeto de Lei violaria, além dos princípios da universalidade e igualdade de tratamento ao qual a sociedade tem direito, o direito dos idosos à saúde. Atualmente, o projeto encontra-se na Coordenação de Comissões Permanentes para sua publicação, desde 09/09/2008, aguardando submissão ao Plenário⁹².

Mais uma vez o poder público restaria eximido de sua função de realizar o Estado, mediante políticas específicas para o alcance da cidadania, caso o projeto de lei referido seja aprovado, tendo em vista que a responsabilidade de realizar o direito fundamental-social seria delegada a entidades privadas, as quais, normalmente, estipulam cláusulas abusivas aos seus contratantes. Tais comportamentos das instituições privadas ocasionando demandas judiciais pela má prestação do serviço, o qual é considerado de relevância pública pela própria Constituição Federal, a qual deverá ser obedecida por todos.

⁹¹ Disponível em: <http://avancarnaluta2007.blogspot.com/2008/09/marchando-em-braslia-contr-o-pl-9207.html>. Acesso em 15 de novembro de 2008.

⁹² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=360082>. Acesso em 01 de junho de 2009.

3. OS ATORES SOCIAIS RELACIONADOS À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS

A seguir, o presente trabalho realizará uma análise de alguns atores sociais importantes que auxiliam o idoso na concretização de seus direitos, assim como, demonstrará algumas das dificuldades que os campos de poder encontram na realização dos referidos direitos, seja em face do poder simbólico exercido pelos campos sobre seus agentes, seja em face da disputa de linguagem verificada entre os campos de poder. Também analisará a atuação das instituições privadas na realização contratual acerca do serviço de saúde prestado. Tudo isso, para demonstrar as intenções dos agentes na realização do direito dos idosos à saúde.

O direito social à saúde não é suficientemente prestado pelo Estado ou mesmo por plano de saúde privado, tornando-se muito mais perceptível esta deficiência quando é pleiteado por uma pessoa idosa, o que acaba por ocasionar a violação de um direito humano. Embora não haja a necessária atenção ao direito dos idosos à saúde, muitos são os agentes envolvidos no processo de concretização daquele direito. Alguns interferem como atuantes na área de pesquisa, buscando melhorar a qualidade de vida deste grupo social vulnerável às discriminações, possibilitando que estas pessoas possam ser tratadas em toda a sua dignidade, constatando-se os problemas quando da necessária utilização destas descobertas pelas políticas públicas. Outros, de forma mais direta, são os que, efetivamente, deveriam realizar ações na tentativa de prevenir, promover, proteger e recuperar a saúde dos idosos. Para um melhor entendimento deste mecanismo é necessário que se demonstre uma ordem de competências destas entidades e órgãos, não em graus de importância, mas em níveis de atuações, sejam sociais, políticas ou jurídicas, mantendo-se esta ordem em face da sistemática utilizada no presente trabalho, sendo deste último que se partirá para a discussão de maior relevância.

Em níveis políticos, tem-se organizações governamentais e não-governamentais, que vão desde a formulação da Política Nacional do Idoso, que institucionalizou e regulamentou a criação de organismos que façam estas prevenções, promoções, proteções e recuperações da sua saúde, sejam elas físicas ou psíquicas, perante a sociedade em geral, como forma de proteção aos seus direitos como pessoa humana, para que alcancem a dignidade e cidadania.

Em 1994, a Política Nacional do Idoso ⁹³, criou o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, com o objetivo de assegurar os direitos sociais, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Mas, o Conselho Nacional dos Idosos somente foi instituído pelo Decreto 4.227/2002, com redação modificada pelo Decreto 4.287/2002, que lhe definiu competências e composições, integrando a estrutura administrativa do Ministério da Justiça ⁹⁴, passando em junho de 2004, de consultivo a órgão deliberativo, vinculando-se à Secretaria Especial dos Direitos Humanos, ⁹⁵ composto por 10 representantes governamentais dos vários ministérios e 10 representantes da sociedade civil que se reúne a cada dois meses para discutir e encaminhar as principais decisões relacionadas aos direitos da pessoa idosa ⁹⁶. Um importante dado é que a atuação desta Secretaria, hoje, ainda encontra-se sem regulamentação, tendo-se em vista que o Ministério da Justiça não transferiu as competências necessárias àquela Secretaria para a realização de ações, o que faz estas restarem exauridas nas instâncias estaduais ⁹⁷.

A I Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa, realizada em outubro de 2006, emitiu um relatório com objetivo de esclarecer as políticas de saúde que estão sob responsabilidade do Ministério da Saúde e que tenham relação com as reivindicações e proposições das deliberadas no documento. O relatório formulado frisou alguns importantes aspectos do Sistema Único de Saúde, inclusive de que está sob as bases dos princípios constitucionais da universalidade, equidade e integralidade, os quais devem prevalecer na promoção da saúde dos idosos, salientando, também, duas diretrizes principais, a da descentralização e da participação social.

⁹³ Lei 8.842/94.

⁹⁴ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os direitos fundamentais dos Idosos. *Revista de Direito Privado*, nº 25, v. 7; jan/mar, 2006, p. 90.

⁹⁵ Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/paulopaim/pages/imprensa/artigos/2004/01102004.htm>>. Acesso em 23 de junho de 2008.

⁹⁶ A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, no que diz respeito aos Idosos, até hoje não possui uma atuação efetiva na defesa de seus direitos. Em acesso ao site http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/Id_idoso/ verifica-se que limitou-se a possuir um link para o Estatuto do Idoso e outro, com o Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, datado de 2003, não havendo qualquer outra informação relativa aos Idosos. Acessado em 28 de outubro de 2008.

⁹⁷ Referido no *IV Encontro de la Red Continental de Personas Mayores de América Latina y el Caribe*, realizado em 28, 29 e 30 de novembro de 2007, pela Professora Jussara Rauth da Costa, Membro do Conselho Estadual do Idoso, Assistente Social vinculada à Fundação Gaúcha do Trabalho e Ação Social (FGTAS), cedida à Secretaria da Justiça e do Desenvolvimento Social – Departamento de Cidadania e Direitos Humanos.

Não apenas a saúde em sentido estrito foi tratada, mas em sentido amplo, o Conselho Nacional dos Idosos, nesta Conferência, abordou a problemática determinando a criação de grupos temáticos, a fim de se verificar a situação do idoso no País, em todos os aspectos, da capacitação profissional às preocupações com os cuidadores em lares de repouso. A Política Nacional do Idoso criou os Conselhos Estaduais a fim de que se pudesse melhor distribuir as responsabilidades e aprimorar as garantias dos direitos dos idosos a nível Estadual.

Outra preocupação da Política Nacional foram as Políticas Estaduais dos Idosos, vinculadas à Secretaria do Trabalho Cidadania e Ação Social e à Secretaria de Justiça e Desenvolvimento Social. Os Conselhos Municipais, juntamente com o Conselho Estadual, fazem a defesa dos direitos dos idosos no âmbito do Rio Grande do Sul, mas necessitam ainda de normatização para a execução de políticas públicas específicas, como por exemplo, relativas aos asilos e casas de longa permanência. Estas Secretarias discutem a necessária proteção aos idosos em institutos de longa permanência e asilos, locais que são desprovidos de controle pelo Centro Estadual de Vigilância Sanitária, o que ocasiona o aumento das doenças infecto-contagiosas e a violação da dignidade destas pessoas. Da mesma forma, entendem que a fiscalização destas situações cabe aos Municípios, os quais necessitam de normatização e orientação para a execução⁹⁸. Dos 26 estados nacionais e Distrito Federal, em 24 os conselhos estaduais de defesa dos direitos do idoso já estavam funcionando⁹⁹. Hoje, apenas nos Estados do Amapá e Roraima ainda não possuem Conselhos.

As Políticas Estaduais criaram as Delegacias Especiais de Proteção à Pessoa Idosa, diante dos variados tipos de violências sofridas por estes grupos, seja em família, seja na sociedade. Assim como a delegacia da mulher, são vinculadas também à Polícia Civil, com o intuito de receber ocorrências de violência ou outras violações aos direitos dos idosos. Em 2002 foi criada a primeira Delegacia Especial de Proteção ao Idoso, sendo que, hoje, são dez delegacias em todo o País, número, inclusive, que pode ser considerado reduzido para a quantidade de idosos, e tamanho geográfico do Brasil.

Alguns organismos políticos, como modo de promoção da saúde do idoso, podem ser vistos na área médica como forma de promover pesquisas acerca do tema, realizando,

⁹⁸ Disponível em: <http://www.stcas.rs.gov.br/portal/index.php?menu=noticia_viz&cod_noticia=232>. Acesso em 23 de junho de 2008.

⁹⁹ *Idosos brasileiros: indicadores de condições de vida e de acompanhamento de políticas*. Brasília: Presidência da República, Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005, p. 39.

inclusive, assessorias jurídicas para difundir a proteção dos direitos a eles conferidos, garantindo-lhes a divulgação e amparo em caso de violações, sejam quais forem as violências sofridas. Outros órgãos estão ligados a Confederações, Federações e Sindicatos de Trabalhadores, Aposentados e Pensionistas que, na sua grande maioria, têm como associados pessoas de idade avançada e que necessitam de amparo e assessoria para o esclarecimento dos direitos relativos às suas condições.

A Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia é uma das entidades mais antigas em pesquisa para a proteção, promoção, prevenção e recuperação da saúde dos idosos. É dever, também da sociedade, a proteção da pessoa com idade avançada, a qual é representada pela família, organismos não-governamentais e entidades privadas de cuidado aos seus direitos e à sua saúde, especificamente. Ela é associação civil sem fins lucrativos, com objetivos de congregar médicos e outros profissionais de nível superior para estimular e apoiar o desenvolvimento e a divulgação do conhecimento científico acerca do assunto, vinculada à Associação Médica Brasileira (AMB) e Associação Internacional de Geriatria e Gerontologia (International Association of Gerontology and Geriatrics - IAGG), atuando em vários Estados da Federação, com filiais em quase todos, tendo sido criada em 1961 em face da preocupação com o já crescente envelhecimento populacional que se verificava na época, que ainda persiste.

Os idosos representam a tradição¹⁰⁰ e, por sofrerem discriminações, é que surge a necessidade de sua maior proteção, inclusive internacional, tendo em vista que os discursos da sociedade dedicam-se, muitas vezes, a demonstrar os aspectos obsoletos de suas ideias e de suas ações. A proteção aos idosos está, cada vez mais, sendo promovida por intermédio do Terceiro Setor, deixando para trás a frustração de políticas públicas prometidas e, ainda não cumpridas de forma satisfatória, pois, a conduta ativa da Administração Pública não alcançou os programas e metas previstos em norma constitucional e legal, tendo de sujeitar-se ao controle jurisdicional no tocante à eficiência dos meios empregados à avaliação dos resultados

¹⁰⁰ Para Anthony Giddens, o conceito de tradição foi uma criação da modernidade, identificando-a com o dogma e a ignorância. Os pensadores da época das Luzes justificavam a sua fixação pelo que era novo, afastando, portanto, a tradição. GIDDENS, Anthony. *O Mundo na Era da Globalização*. Tradução de Saul Barata. 3ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 47.

alcançados ¹⁰¹ ou não. Por isso, o terceiro setor vem promovendo medidas para que o idoso possa, da mesma forma, participar da sociedade como cidadão.

Pode-se considerar que algumas destas organizações são Universidades que mantêm programas voltados para os idosos e para a pesquisa. A própria Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, assim como o Instituto de Geriatria e Gerontologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, voltam-se para a pesquisa e atendimento de referência na área da saúde, além de realizarem investimentos na formação de profissionais. Existem instituições religiosas que mantêm locais de internamento de idosos. A EMATER, no Rio Grande do Sul, é a única instituição que consegue alcançar o idoso na área rural, o que a torna uma instituição importante na capacitação profissional dos idosos e, portanto, de proteção aos seus direitos.

Uma organização de trabalhadores que atua em nível federal é a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas, instituição que coordena as entidades representativas de todos os profissionais aposentados e pensionistas do território nacional. Procura orientar ações efetivas de assistência e proteção ao idoso, principalmente no que diz respeito à saúde, assistência e previdência sociais e direitos constitucionalmente garantidos. Fornece, para tanto, assessorias política e jurídica, na busca da justiça social e igualdade do deste segmento social. Igualmente, estimula a participação da população idosa em geral para a defesa dos direitos e melhor qualidade de vida, combatendo eventuais discriminações, estando representada pelas Federações e entidades de base nas cinco regiões brasileiras nas quais é distribuída. Também visa garantir a segurança das Federações e entidades de base através da defesa dos interesses de seus associados junto aos Poderes Públicos e outros segmentos da sociedade.

No âmbito estadual tem-se a Federação dos Trabalhadores Aposentados e Pensionistas do Rio Grande do Sul, órgão sindical que realiza a defesa de seus associados, na sua maioria idosos, a fim de que não tenham seus direitos violados, principalmente no que diz respeito àqueles pertinentes à categoria que pertencem. Ou seja, defendem os direitos relativos à Previdência, Assistência e Saúde, as quais englobam a Seguridade Social.

¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 731.

Outros organismos estatais possuem competência legislativa para, em substituição à parte lesada, fazerem a defesa do direito à saúde dos idosos, quando estes solicitam a concretização das políticas públicas sem êxito. O Ministério Público e a Defensoria Pública são legitimados na defesa destes direitos a fim de que seja garantido o seu exercício efetivo. O Ministério da Saúde, como órgão do Poder Executivo, é quem implementa as políticas públicas para que sejam cumpridas pelo Sistema Único de Saúde – SUS -, muitas das quais não observadas pelas secretarias dos demais entes federados conveniados.

Muitos organismos não-governamentais, criados pela Política Nacional do Idoso, também foram autorizados a realizar a defesa e reivindicações de ações estatais para a concretização do direito à saúde dos idosos. Estes são constituídos pelo Conselho Nacional dos Idosos, que atua juntamente com os Conselhos Estaduais e Municipais na proteção dos seus direitos, realizando a fiscalização dos entes federados. Como o presente trabalho limita-se a abordar as instituições responsáveis pela proteção dos idosos no Brasil, de modo genérico, e no Rio Grande do Sul, especificamente, não se mencionará todas as entidades estaduais relacionadas a estas classes. Passar-se-á, a seguir, à abordagem, específica, de cada órgão estatal, que colaboram para a efetividade do direito à saúde que, ao mesmo tempo, beneficiam as pessoas idosas, iniciando-se por aqueles que atuam diretamente nas políticas de promoção, proteção, prevenção e recuperação.

3.1. O MINISTÉRIO DA SAÚDE

Após passar por várias reformas desde sua criação em 1808 até a Constituição Federal de 1988, quando houve a criação do Sistema Único de Saúde, pela Lei Orgânica da Saúde, restou ao Ministério da Saúde a política nacional da saúde, com a coordenação e fiscalização do SUS, saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e índios, bem como, as informações, insumos críticos, ações preventivas em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos, vigilância no que diz respeito às drogas, medicamentos e alimentos e, pesquisa científica e tecnologia, na área de saúde.

O problema do idoso também vem sendo alvo de pesquisas na tentativa de prevenir as causas de suas doenças, existindo, para tanto, uma área técnica de atenção à saúde das pessoas idosas que busca a interlocução com os diferentes setores internos do Ministério da Saúde, assim como, mantêm um canal permanente de comunicação com os movimentos sociais. Esta área técnica, criada em 2006, está vinculada ao Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – DAPE -, ligada à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde que possui coordenações estaduais e municipais de saúde do idoso.

A descentralização e a regionalização são pontos importantes para as ações dos organismos federais de saúde relegados a estes âmbitos, embora estas ainda sejam precárias para a demanda existente. Em 19 de outubro de 2006, o Ministério da Saúde, por intermédio da Portaria Ministerial nº 2.528, em face da Portaria Ministerial nº 1.395 de 1999, que anunciou a Política Nacional de Saúde do Idoso, deu início a esta política, a fim de atender às determinações da Política Nacional do Idoso promulgada em 1994, regulamentada em 1996. Com o Estatuto do Idoso, em 2003, a ampliação da “Estratégia Saúde da Família”, criada em 1994 pelo Ministério da Saúde, revelou a presença de idosos e famílias frágeis em situação de grande vulnerabilidade social e a inserção, ainda incipiente, das Redes Estaduais de Assistência à Saúde do Idoso, tornando imperiosa a readequação da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa (PNSPI) ¹⁰².

Em fevereiro de 2006, a Portaria nº 399/GM, documento para as “Diretrizes do Pacto pela Saúde”, aponta o idoso como uma das seis prioridades pactuadas entre as três esferas governamentais e, apresenta ações visando à proteção e implementação das diretrizes da Política Nacional em Atenção à Saúde do Idoso. A meta final desta Política, segundo o Ministério da Saúde, deve ser uma atenção à saúde adequada e digna para os idosos brasileiros, principalmente para aquela parcela da população idosa que teve, por uma série de razões, um processo de envelhecimento marcado por doenças e agravos que impõem sérias limitações ao seu bem-estar. Para tanto, apontaram, então, a necessidade de o Sistema Único de Saúde ser órgão fundamental para a concretização de tais metas, tornando-se imperiosa a

¹⁰² Introdução apresentada pelo Ministro da Saúde José Agenor Álvares da Silva à Portaria nº 2.528/2006. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/2528%20aprova%20a%20politica%20nacional%20de%20saude%20da%20pessoa%20idosa.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2009.

revisão da Portaria nº 249/SAS, de 16 de abril de 2002, que cria mecanismos de organização e implantação de Redes Estaduais de Assistência à Saúde do Idoso.

3.2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O texto constitucional de 1988 determinou que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, criando o Sistema Único de Saúde, aprovado pelo Congresso Nacional em 1990, pela Lei Orgânica da Saúde de nº 8.080, fomentando que ele é um sistema público organizado e orientado para cuidar e promover a saúde da população, sem distinções. Foi firmado por um sistema de igualdade no tratamento, o que, muitas vezes, gera insatisfações em algumas camadas da população, sendo este sistema, portanto, baseado no princípio da equidade, diante de situações desiguais terem de ser tratadas desigualmente, tendo-se em vista as especificidades das doenças. Está balizado, também, no princípio da integralidade, pois os cuidados com a saúde não estão ligados apenas aos tratamentos das doenças, mas, também pela prevenção destas doenças.

Segundo o Ministério da Saúde,

os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país, ou seja, há o reconhecimento de que os indicadores de saúde das pessoas devem ser tomados para medir o nível de desenvolvimento do país e do bem-estar da população¹⁰³.

Os seus serviços são administrados pelos governos federal, estaduais e municipais, também por organizações que possuam o objetivo de garantir a prestação de serviços gratuitos aos cidadãos.

Em locais que não existam serviços públicos, o SUS faz contratações de hospitais e outras entidades ligadas à saúde a fim de que a população da localidade seja atendida, devendo seguir as diretrizes dadas pelo sistema público de saúde. Tais diretrizes vinculam-se ao princípio da universalidade, o qual proporciona a todos o atendimento e prestação de

¹⁰³ Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=281>; no item “Conheça a história e como funciona o SUS”. Acesso em 20 de junho de 2008.

serviços de saúde públicos sem qualquer distinção. Para isto, foram realizadas as descentralizações e regionalizações, que ficam ao encargo dos Estados e Municípios, havendo a hierarquização em postos de saúde, policlínicas, hospitais e pronto-socorros, para os casos de emergências, os quais fazem o encaminhamento da população, conforme o caso.

O Ministério da Saúde, juntamente com o Ministério da Ciência e Tecnologia, vêm realizando pesquisas acerca da geração, difusão e aplicação de novos conhecimentos na área, com a finalidade de buscar atender às necessidades do SUS, aproximando as inovações científicas e o desenvolvimento tecnológico na prevenção e controle de doenças que mais acometem a população brasileira. Possui os mais variados programas voltados à prevenção de doenças, o que já é ponto que se destaca desde a sua criação, pois antes da Constituição Federal de 1988, o Ministério da Saúde atuava mais no tratamento de doenças já existentes e instaladas na população.

Os agentes aqui envolvidos possuem um papel de Estado Providência, o que os torna participantes de um mesmo espaço social representando um poder sobre o campo, sobre os mecanismos que asseguram, ou não, a concretização daquelas diretrizes propostas, definindo, assim, as probabilidades de ganho no campo determinado, ou seja, na efetivação da saúde. Este espaço é o campo de forças objetivas que são impostas pelos agentes aos demais, aqueles chamados “profanos”, que não fazem parte daquele espaço de relações, mas que estão sujeitos ao seu poder, na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença na legitimidade das palavras proferidas, garantindo, assim, muitas vezes, a inércia do Sistema Único de Saúde. Assim também ocorre com aqueles que são responsáveis pela confecção das legislações específicas, que acreditam que o sistema, em face da alegação de causarem-se dificuldades financeiras, não comportaria um Estado protetor¹⁰⁴.

3.3. OS ÓRGÃOS ESTATAIS DE PROTEÇÃO JURÍDICA AOS DIREITOS DOS IDOSOS

Neste tópico, serão identificados os legitimados para a defesa jurídica dos idosos, assim como analisaremos a postura do Poder Público e da própria sociedade, por suas

¹⁰⁴ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 133-137, 147 e 15.

organizações não-governamentais, no tocante à garantia de concretização das políticas públicas, ainda carentes de cumprimento, principalmente, quanto ao direito do idoso à saúde, a fim de que possam ultrapassar, com dignidade, as dificuldades que o avanço do tempo lhes causa. Cada uma das partes legitimadas, de um todo social, contribuem para que se alcance o direito fundamental à saúde, em se tratando de pessoas com idade avançada. No entanto, outras essenciais na proteção do direito do idoso à saúde, silenciam e deixam ao alvedrio das instituições estatais responsáveis.

A Constituição Federal, no seu artigo 196, preconiza que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que, sua garantia está nas políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. O artigo 230 faz determinações tanto ao Estado, quanto à sociedade e família, no que diz respeito à proteção dos direitos dos idosos, a fim de que possam ter uma vida digna. A problemática da proteção do direito à saúde torna-se premente quando a parte envolvida é pessoa com idade avançada, que se encontra fragilizada por discriminações sociais. Com o advento do Estatuto do Idoso, após quinze anos da existência da Constituição Federal, tendo esta, recentemente, completado vinte anos, a garantia deste direito fundamental-social foi regulamentada pelo Estado quando refere que o envelhecimento é direito personalíssimo e sua proteção um direito social, consistindo um dever do Estado a garantia da vida e saúde dos idosos, mediante efetivação de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável. Este último pode ser entendido como o processo de envelhecimento com preservação da capacidade funcional, autonomia e qualidade de vida¹⁰⁵ e, com dignidade¹⁰⁶. Considerando-se que as dificuldades físicas, psíquicas e relacionais nesta fase da vida tornam-se mais evidentes, necessita-se da legitimação de organismos estatais e não-estatais para que a tutela jurisdicional seja efetiva, garantindo-se dignidade à pessoa humana.

Os órgãos de proteção jurídica, que atuam na realização do direito à saúde quando o Poder Público nega-se a materializar as políticas públicas, ou quando estas são insuficientes, defendem os interesses das pessoas com idade avançada, por estarem inseridas em grupo vulnerável, reconhecidos pelo Direito brasileiro como necessitados de proteção¹⁰⁷. O cuidado

¹⁰⁵ QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Os direitos fundamentais dos Idosos, op. cit., p. 97.

¹⁰⁶ Artigos 8º e 9º do Estatuto do Idoso.

¹⁰⁷ PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos Idosos*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 29.

com a saúde das pessoas idosas é fator importante para que se alcance o pleno desenvolvimento da sociedade como participativa do Estado, sendo esta um exercício de cidadania, aspecto necessário para que ele seja reconhecido, também, como democrático e social. A proteção jurídica realizada por determinados órgãos governamentais é pressuposto de garantia de inclusão social do idoso, tendo em vista que fazem tanto a defesa, quanto asseguram os direitos que a eles são conferidos. Compete a estes órgãos garantir que o Poder Público concretize as políticas determinadas pela Constituição Federal no que diz respeito a este grupo de pessoas.

Estes entes públicos são o Ministério Público, a Defensoria Pública e, o próprio Poder Judiciário como mediador das reivindicações realizadas pelos outros dois, no sentido de emitir ordens para que as promessas constitucionais de efetivação de políticas públicas se concretizem. O único problema enfrentado é o do *habitus* de estes entes acreditarem na linguagem proferida pelo campo político que imbrica o campo jurídico, pois passam a acreditar que o discurso do Estado é legítimo, acarretando, em alguns momentos, o prejuízo daqueles que estão subordinados aos seus poderes simbólicos.

3.3.1. O Ministério Público

O Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, atua em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais. É órgão importante para a garantia de direitos fundamentais-sociais dos idosos, em especial para o presente trabalho, no que diz respeito à saúde. É ente necessário que atua quando há violação dos direitos dos idosos, por intermédio de medidas de proteção de situações de risco, recebendo as denúncias de violações, reivindicando a prestação jurisdicional do Poder Judiciário. Uma das causas de sua atuação é quando verificada ameaça ou violação dos direitos por ação ou omissão da sociedade ou do Estado ¹⁰⁸.

As principais funções, constitucionalizadas, exercidas pelo Ministério Público, são as de guardião da sociedade, vigilância e defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e/ou

¹⁰⁸ Art. 43 e 44 do Estatuto do Idoso.

individuais e indisponíveis, bem como, garantia dos direitos assegurados aos cidadãos, facilitando o acesso da sociedade aos direitos fundamentais. Tem o dever de zelar pelo Estado Democrático de Direito, buscando a concretização do direito posto, implementando-o na prática, modificando a realidade do direito, transformando-o em um ordenamento jurídico que reconheça os direitos sociais dos cidadãos ¹⁰⁹. Ele deve proporcionar aos cidadãos, principalmente àqueles que vivem à margem do direito, o acesso aos direitos fundamentais e à sua realização e efetivação, principalmente no que diz respeito à saúde ¹¹⁰.

A Lei Orgânica do Ministério Público de nº 8.625/93, no artigo 25, IV, “a”, e VI; e artigo 26, inciso I, “c”, e VI, atribui como competência de seus membros a assistência e a proteção ao idoso. O Decreto nº 1.948/96, regulamentador da Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842/94, determina que é competência do Ministério Público a defesa dos direitos dos idosos perante o Poder Judiciário ¹¹¹. Em matéria de saúde, caso haja a negativa do Poder Público ou de alguma entidade privada prestadora deste serviço, que é público, os quais, constantemente, negam cobertura a determinados tratamentos ou, ainda, oneram o usuário em face da idade, poderá requisitar a realização de tratamentos ou internações quando necessárias.

Por intermédio das Promotorias de Defesa do Idoso, as quais recebem as denúncias de violações aos direitos dos idosos, o Ministério Público possui inserção desde o advento do Estatuto do Idoso, visando proteger e defender seus direitos diante de alguma ameaça. Em 2005, apenas nove estados brasileiros contavam com tais promotorias voltadas para a questão do idoso ¹¹², o que demonstra a morosidade do setor público em relação à Política Nacional do Idoso, quando criados os Conselhos dos Idosos. Segundo Werneck Vianna ¹¹³, a mobilização do direito, suas instituições e procedimentos por parte da sociedade e do Ministério Público, tem sido um instrumento seletivo, pois incorporam apenas aqueles que possuem conhecimentos e iniciativa para exercê-lo, assim como, traduz-se em método apenas defensivo. Isto vem modificando-se, em face da expressão democrática da sistemática da

¹⁰⁹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito a Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 176.

¹¹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 178.

¹¹¹ RULLI NETO, Antônio. *Proteção Legal do Idoso no Brasil: guia para o profissional do Direito e para o Idoso: Universalização da cidadania*. São Paulo: Fiúza, 2003, p. 365-366.

¹¹² Idosos brasileiros: indicadores de condições de vida e de acompanhamento de políticas. Brasília: Presidência da República, Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005. p. 39.

¹¹³ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S001152582005000400003&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 13 de agosto de 2008.

ordem vigente, a fim de que as parcelas mais humildes da população comecem a aderir, confirmando o projeto de um Estado Democrático de Direito.

O Ministério Público atuará como fiscal do exercício de direitos fundamentais-sociais dos idosos inerentes à dignidade humana, dos quais também é titular, em toda a causa que envolver o interesse destas pessoas, protegendo-lhe de qualquer preconceito em razão de sua idade. Também, possui a responsabilidade de assegurar a universalização de oportunidades e facilidades, no que diz respeito à saúde do idoso. Avalia, dentro das obrigações que o Estatuto do Idoso prevê, a oportunidade e a conveniência, como instrumento de fiscalização e determinação de seu efetivo cumprimento ¹¹⁴.

Ao Ministério Público compete, igualmente, a obrigação de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais e constitucionais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis ¹¹⁵, inclusive no tocante ao atendimento e fiscalização de instituições de saúde, tanto públicas, quanto privadas, podendo a proteção judicial ser difusa, coletiva ou individual. A fiscalização refere-se às ações ou omissões quanto ao acesso, atendimento e prevenção que devem ser realizadas pelas instituições responsáveis pela saúde. Um dos instrumentos que pode ser utilizado pelo Ministério Público na defesa dos idosos é a ação civil pública, a qual foi ampliada com o Estatuto do Idoso. Foi conferida responsabilidade aos agentes públicos, juízes e tribunais, no exercício de suas funções, de encaminhar documentos importantes ao Ministério Público quando tiverem conhecimento de fatos que ensejarem a violação de direitos dos idosos. Sendo ele órgão responsável pela proteção de interesses difusos e coletivos, bem como, zelar por serviços de relevância pública, o que é de se concluir que aqui está abarcada a saúde.

É diante do interesse social, proveniente do *Welfare State*, que o Ministério Público deve atuar, caracterizando-se aquele por sua estruturação feita com base em um novo padrão ou paradigma de racionalidade jurídica, no qual a justiça é pensada como um princípio de equilíbrio de interesses sociais irredutíveis a uma medida de justiça transcendente ou universal. A intervenção do promotor de justiça no âmbito judicial possui papel de defensor direto daqueles interesses sociais, sejam coletivos, difusos ou individuais, identificados nos

¹¹⁴ RULLI NETO, Antônio. *Proteção Legal do Idoso no Brasil*, op. cit., p. 375.

¹¹⁵ Art. 74, V, “a”, do Estatuto do Idoso.

pilares da ordem social projetada pela Constituição, na busca dos objetivos fundamentais nela consagrados ¹¹⁶.

Sendo o idoso um consumidor em potencial, conforme já referido anteriormente, é necessário que, diante de sua condição de vulnerabilidade, o Ministério Público esteja atento. O apelo midiático para que este grupo consuma produtos que prometem melhor qualidade de vida, rejuvenescimento e, ainda mais grave, de alcance de maior poder aquisitivo mediante contratação de empréstimos consignados, faz com que necessitem de mais proteção e a intervenção coletiva, conforme o caso. Também as promessas dos planos privados de saúde acerca da cobertura, muitas vezes acarretam confusões, diante da falta de informações prestadas aos idosos, fato que necessita da proteção promovida pelo Ministério Público, a fim de que as cláusulas sejam anuladas quando ferirem a dignidade humana.

3.3.2. A Defensoria Pública

O artigo 134 da Constituição Federal coloca a Defensoria Pública como responsável pela orientação jurídica e defesa dos direitos dos necessitados, sendo estes entendidos como aqueles que precisam ser defendidos quando diante de uma situação de violação de direitos. Nos casos em que a legislação pertinente entende o idoso como “necessitado”, a fim de que tenha acesso à Defensoria Pública, terá atendimento prioritário, conforme dispõe o § 3º do artigo 71 do seu Estatuto. Ela surge ante a essencialidade do Advogado para a administração da justiça, como defensor dos direitos fundamentais, referindo-se, no presente trabalho, às pessoas idosas. É essencial, portanto, na defesa dos grupos vulneráveis, não se limitando apenas à representação processual, mas à orientação extrajudicial para a prevenção dos conflitos, educando-os na sedimentação de seus direitos ¹¹⁷, em face da assistência jurídica integral prevista na Constituição Federal.

¹¹⁶ ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos do Consumidor. Um caminho para a Eficácia Social da norma dentro de um modelo garantista. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 273/4.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/316/350>>. Acesso em 13 de agosto de 2008.

É em decorrência da dignidade da pessoa humana que os grupos vulneráveis possuem o direito de ver seus direitos defendidos perante a sociedade, seja ela por meio judicial ou, apenas, em caráter consultivo. Possuindo ela direito a prestações negativas ou positivas, no sentido de abstenção à humilhação, bem como, à falta de implementação de políticas públicas, a defesa, de modo individual, no tocante à saúde do idoso, torna a atuação da Defensoria Pública estratégica para o alcance de uma vida saudável. Possui um papel muito importante para o idoso, tendo em vista que na sua grande maioria são pessoas sem condições financeiras favoráveis ao seu estado, pelo fato de estarem na faixa do nível da miserabilidade, conforme antes referido. Normalmente dependem de suas aposentadorias, pois as condições objetivas de suas vidas se deterioraram violentamente nas últimas décadas, conforme referiu Eneida Gonçalves de Macedo Haddad ¹¹⁸.

Em face da crescente demanda que roga pelo respeito à dignidade humana e busca a eficácia dos direitos fundamentais-sociais, a Defensoria Pública exerce um papel importante na sociedade, a fim de prestar assistência jurídica aos necessitados. A crença na Constituição e nos valores essenciais por ela tutelados, faz com que força normativa se expresse quando da concretização destes direitos. O que faz da República Federativa do Brasil um Estado Democrático e Social de Direito é a possibilidade ao amplo acesso à justiça dos cidadãos vulneráveis, a qual decorre, também, do surgimento dos direitos fundamentais e de “novos” direitos. Esta diferenciação decorre da igualdade material, diante das peculiaridades às quais se submetem certos grupos sociais, impondo-se um regramento jurídico, também diferenciado, proporcionando-lhes participação e representatividade no Estado Social e Democrático ¹¹⁹.

Deve-se destacar que ainda não há uma atuação suficiente deste órgão público na concretização de direitos fundamentais e sociais, pois apenas com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 é que lhe foi reconhecida a autonomia funcional e administrativa, as quais estão previstas no § 2º do artigo 134 da Constituição Federal, ganhando força a ideia da importância que possui na proteção daqueles princípios fundamentais. A existência da Defensoria Pública foi a maneira encontrada pelo Estado de garantir ao cidadão a sua

¹¹⁸ Isto foi dito por ela em 1993, mas, mesmo decorridos 15 anos, a situação permanece a mesma. HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. *O direito à velhice: os aposentados e a previdência social*. São Paulo: Cortez, 1993, p. 12.

¹¹⁹ ROCHA, Paulo Osório Gomes. *Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho “ainda” a ser trilhado*. Direito Público. N. 17 – Jul-Ago-Set/2007 - Estudos, Conferências e notas, p. 145.

participação social, dando-lhe a possibilidade de buscar em juízo, ou fora dele, os devidos esclarecimentos acerca de seus direitos, tendo em vista que, muitos deles não são concretizados em face da inércia do Poder Público e de sua proteção pelo *habitus* de argumentar a necessária “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

As pessoas são titulares de direitos e obrigações em decorrência do princípio da dignidade, inclusive, do direito fundamental de que são sujeitos e possuem direito a esta condição que lhe é própria dentro da sociedade ¹²⁰. Não que o princípio da dignidade seja autônomo e, que possa ser fundamento para toda e qualquer violação e interpretação a direito, mas, no que tange ao direito dos idosos à saúde, pode-se referir que possuem uma íntima ligação, tendo em vista que visa a manutenção da vida. Nestes termos é que a Defensoria Pública deverá realizar a proteção do idoso, mantendo o valor mais precioso que possui, garantindo que o Poder Público possibilite condições de dignidade mínimas àqueles que estão sob sua tutela, impedindo o retrocesso de direitos sociais conquistados no tempo, defendendo, assim, a intangibilidade das normas fundamentais.

3.3.3. O Poder Judiciário

O Poder Judiciário é um dos órgãos estatais com maior importância na proteção dos direitos dos cidadãos, o que reflete, portanto, nos idosos por serem mercedores da sua tutela, pois é evidente o crescente processo de envelhecimento ao qual a sociedade brasileira se submete, o que nos faz pensar em formas específicas de proteção deste estado de natureza, direito personalíssimo pelo qual todos passarão. O envelhecimento é estado de natureza ¹²¹, no sentido de que todos estão neste processo e, por ser um direito personalíssimo, é direito de todos viver com dignidade e qualidade. O envelhecimento é a própria afirmação dos direitos fundamentais ¹²² em face de sua inseparabilidade do indivíduo e, em existindo cada vez mais

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 96.

¹²¹ Para Norberto Bobbio, “quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência.” BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 31.

¹²² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/eixos_tematicos.doc>. Acesso em: 08 de junho de 2008.

conflitos que envolvam pessoas idosas, com o evidente desta população, é necessário que os agentes públicos tomem atitudes para que a dignidade destas pessoas seja preservada, o que ocorre com a necessária tutela do Estado aos seus direitos¹²³, sendo dever também da sociedade participar para defender o seu bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida com dignidade¹²⁴.

Vários são os órgãos estatais e organismos não-governamentais que promovem sistemas de proteção ao direito dos idosos, todos baseados em pesquisas realizadas pelo Ministério da Saúde, orientado pela ONU, relativas à preocupação com o futuro da humanidade. Mas, o maior problema reside na efetividade destes direitos, os quais não se constituem mais em um problema de fundamentação, mas de proteção e, o problema já não é mais filosófico, mas jurídico e, muito mais, para o presente trabalho, sociológico e político,¹²⁵ principalmente, quando tratar-se de direito à saúde.

O Estado Democrático de Direito é o paradigma referido no preâmbulo da Constituição Federal como sendo aquele destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, sendo que, também, a igualdade e a justiça são valores supremos de uma sociedade fraterna e solidária. No entanto, resta-nos saber como serão eles garantidos para que possam ser exercidos, uma vez que afirmados perante Deus pela Assembleia Nacional Constituinte. Para que se tenha um Estado Democrático de Direito deve-se questionar as atitudes que o levam a ser tanto democrático quanto de direito; até que ponto os três poderes devem intervir para efetivar as promessas que foram inseridas na Constituição Dirigente e Compromissória como essenciais à cidadania.

A democracia deve ser cumprida no cotidiano para a realização dos direitos fundamentais¹²⁶ por intermédio do Estado, que é quem detém a titularidade do poder pressuposto desta democracia e da soberania popular, legitimada e decidida pelo povo¹²⁷. Os Poderes criados pelo Estado possuem legitimidades específicas e competências para atuar diante do povo (sociedade), de forma a preservar a democracia, alcançando, com isso, a

¹²³ Hoje, pelo Estatuto do Idoso, que por sugestão da Organização Mundial da Saúde adotou a idade de 60 (sessenta) anos.

¹²⁴ Estatuto do Idoso, art. 3º.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, op. cit., p. 25.

¹²⁶ BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 165/82.

¹²⁷ Idem, *ibidem*, p. 166.

realização dos direitos fundamentais e sociais incorporados na Constituição. O Poder Judiciário é, juntamente com o Executivo e o Legislativo, responsável pelo alcance e manutenção do Estado Democrático de Direito. Por intermédio da Jurisdição Constitucional há um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo, tendo-se em vista aquele caráter compromissório e a força normativa da Constituição ¹²⁸.

O Poder Judiciário, como órgão que visa à solução de controvérsias, deve agir no sentido de fazer valer as promessas contidas na Constituição Federal, de forma a dar efetividade a elas, fazendo com que a sociedade possa alcançar os direitos fundamentais-sociais. O Judiciário deve construir a cidadania em sentido amplo, para a realização dos direitos de cidadania, chamados, também, de “novos” direitos ¹²⁹. Ele seria o maior garantidor dos direitos das minorias, no sentido de intervir, ao tomar conhecimento por intermédio de uma ação judicial, de que aquele autor, pertencente a uma minoria, estaria sendo lesado ou sofrendo ameaça em seu direito mais fundamental, ou seja, a vida. O caráter intervencionista do Poder Judiciário está ligado diretamente à democracia que desvinculada de uma maioria ou minoria, soberanamente estabelece a Constituição do Estado para que dentro dele, decisões tomadas por maioria, não violem os direitos das minorias ¹³⁰.

Os direitos fundamentais existentes necessitam ser efetivados e cumpridos de forma a dar concretude à Constituição e ao Estado Democrático de Direito. Atualmente, o que se vê, é o Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais-sociais e mediador da democracia, muitas vezes, até mesmo, publicizando espaços privados a partir da assunção de uma materialidade, espaço ocupado pelos princípios ¹³¹. A própria Emenda Constitucional n. 45/04 pretende que o Judiciário se reforme, dando um sentido mais amplo à cidadania, ao compreender esta como titularidade de direitos fundamentais, preservação da dignidade como pessoa humana ¹³².

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

¹²⁹ ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma. In: *Constituição, Sistemas sociais e Hermenêutica*, op. cit. p. 46.

¹³⁰ OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 308.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 6-7.

¹³² ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. COPETTI SANTOS, André Leonardo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: UNISINOS, 2007. p. 36.

A “politização” do Judiciário torna-se mecanismo necessário para a efetivação das promessas de garantia da realização de direitos sociais, relegando a ele uma via mais estável, no que diz respeito ao direito do idoso à saúde, em face de os caminhos institucionais já restarem desacreditados ¹³³. Notadamente, nas últimas décadas observa-se nas sociedades ocidentais o fenômeno da judicialização das relações sociais, como fenômeno da concretização de direitos fundamentais-sociais pela via judicial ¹³⁴, com o crescente protagonismo dos tribunais e sua intervenção na vida social, conforme assinala Boaventura de Sousa Santos ¹³⁵. Esse deslocamento do direito no sentido de enfatizar argumentos de justiça social e sua ênfase na judicialização, tem-se desdobrado numa crescente publicização da esfera privada, problematizando as concepções tradicionais que defendem a separação entre a esfera pública e a esfera privada ¹³⁶.

As políticas públicas para a concretização e efetividade dos direitos fundamentais-sociais não alcançam os anseios da sociedade, quando existentes, e a sua falta deve ser suprida por outros organismos, tanto governamentais quanto não-governamentais, como é o caso das ONG's. Os órgãos estatais que podem fazer com que sejam implementadas as políticas públicas, garantindo-as aos indivíduos e à coletividade desprovidos de representatividade, são diversos: o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o Ministério Público. O Poder Judiciário, como órgão que visa à solução de controvérsias, deve agir no sentido de fazer valer as promessas contidas na Constituição Federal, de forma a dar efetividade a elas, a fim de que a sociedade possa alcançar os direitos fundamentais-sociais. O Judiciário deve construir a cidadania em sentido amplo, para a realização destes direitos chamados, também, de “novos” direitos ¹³⁷. Ele seria o garantidor dos direitos das minorias, por intermédio de sua intervenção quando demandado e que aquele autor, no caso idoso, estaria sendo lesado ou sofrendo ameaça em seus direitos mais fundamentais.

O caráter intervencionista do Poder Judiciário está ligado diretamente à democracia que, por intermédio da Constituição, estabelecida pela nação, desvinculada de uma maioria ou

¹³³ ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma, op. cit., p. 28.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993 apud STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 25, nota rodapé n. 16.

¹³⁵ Quando se refere à dualidade de poderes. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Justicia Popular, Dualidad de Poderes y Estrategia Socialista*, 1980. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito: anomia e outros aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1984, p. 73.

¹³⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149.

¹³⁷ ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma, op. cit., p. 46.

minorias, que é exercida como um direito de cidadania constitui o Estado para que dentro dele, decisões tomadas por maioria, não violem os direitos das minorias ¹³⁸. O que se vê nas decisões judiciais, quando envolvendo direitos de pessoas idosas, é a crescente conscientização com aqueles princípios constitucionais preambulares que devem ser efetivadas, mas ainda persistindo uma resistência por parte de algumas posições mais dogmáticas do direito, podendo-se dizer que levam em consideração mais os procedimentos para o alcance daqueles direitos na interpretação constitucional.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já vem entendendo fenomenologicamente a situação do idoso perante a sociedade e às relações que se travam entre eles. Isto porque os órgãos públicos de tratamento, prevenção e proteção da saúde não comportam a demanda cada vez mais crescente da população idosa, seja pelo domínio da produção simbólica do campo político acabando por produzir a maioria dos “problemas sociais” ¹³⁹, seja por tornarem-se dispendiosos, acarretando o não alcance da determinada universalidade constitucional.

Muitas vezes os “problemas sociais” são produto da própria administração e de seus representantes em face do poder simbólico e a linguagem que utilizam, ratificados pela ciência social que busca explicá-los como problemas sociológicos, consolidando-os ¹⁴⁰, pois são compreendidos como problemas reais. Para tanto, o papel do Poder Judiciário torna-se importante no auxílio da concretização de políticas públicas relativas ao direito à saúde, a fim de que os idosos possam ter a garantia de uma vida com dignidade. Ao ser provocado, o Poder Judiciário pode utilizar-se da jurisdição constitucional para fazer com que as políticas públicas sejam efetivadas, no tocante ao direito à saúde, por ser ele considerado direito fundamental-social, importante para o exercício da cidadania com um mínimo de dignidade.

¹³⁸ OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. *Minorias e Democracia no Brasil*, op. cit., p. 308.

¹³⁹ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: Sobre a teoria da ação*. 4ª edição. Campinas: Papirus, 1996, p. 95.

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 95.

3.4. As Instituições Privadas de Assistência à Saúde

A Agência Nacional de Saúde é quem regula as ações dos planos de saúde, entidades de direito privado, mas prestadoras de direitos públicos, fundamentais-sociais da pessoa humana, embora seja um dever do Estado a sua prestação. O artigo 197 da Constituição Federal determina que o serviço de saúde seja de relevância pública, cabendo ao Poder Público sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, concedendo, portanto, aos planos de saúde autorização para que o efetivem mediante contrato de adesão e contribuição daqueles que pretenderem fazer uso dele. Normalmente, as cláusulas contratuais de aderência, apresentam abusividade no tocante à prestação dos serviços, principalmente, no que se refere à discriminação dos contratantes em face da idade.

Estes entes privados fazem restrições contratuais, sem que os aderentes saibam de forma clara as coberturas de tratamentos médicos e hospitalares aos quais estão contratando, pois as cláusulas abusivas, em sua maioria, são ilegíveis. Algumas cláusulas contratuais inseridas, muitas vezes, realizam a exclusão de doenças crônicas, infecto-contagiosas de notificação compulsória, como é o caso da AIDS, acarretando prejuízos, vez que, muitos aderentes possuem o vírus ainda não manifesto, acabando, portanto, sem a devida cobertura. Estas empresas possuem relação de consumo com seus filiados, sendo esta a característica principal que embasa e fundamenta as decisões judiciais acerca da matéria.

A prestação da saúde pelos planos privados de assistência deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico, cabendo ao Poder Judiciário intervir, por exemplo, em face do disposto no artigo 4º do Estatuto do Idoso, o qual dispõe que nenhuma forma de discriminação será autorizada contra estes anciãos. A intervenção do Poder Judiciário na esfera privada contribui para que ao cidadão seja facilitada a atuação em sociedade, seja nas relações de direito público, seja nas de direito privado¹⁴¹. Ante o fato de a Constituição Federal prever a prestação da saúde por pessoas, físicas ou jurídicas, de direito privado, a regulamentação deste dispositivo constitucional foi concretizada pela Lei 9.656/98. O seguro-saúde, antes da Lei nº 9.656/98, que também possuía o objetivo de promover a segurança e

¹⁴¹ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p. 118.

proteção para prováveis riscos à saúde, mediante o pagamento de valor mensal ¹⁴², era regulado pelo Decreto-Lei nº 73, de 21.11.1966, pois eram fiscalizados pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados – o qual trata do Sistema Nacional de Seguros Privados.

Com as constantes cláusulas abusivas nos contratos, que comumente negam cobertura de tratamentos a algumas doenças, a situação começou a modificar-se quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, que, no entanto, ainda trazia restrições em face da não regulamentação acerca de situações peculiares, como o agravamento de obrigações dos segurados e a imposição de, até mesmo, perda de prestações pagas.

Fiscalizado, supervisionado e normatizado pelo CONSU (Conselho de Saúde Suplementar), órgão colegiado do Ministério da Saúde, com auxílio da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), suas funções, então, foram definidas pela Lei nº 9.656 de 03.06.1998, que definiu com mais clareza as entidades que prestam o serviço. Essas empresas passaram a ser co-responsáveis pelo atendimento da saúde de uma parcela da população em virtude de contrato ¹⁴³. Os contratos realizados anteriormente à Lei 9.656/98 deveriam adequar-se às novas regras instituídas pela ANS, prevendo esta a opção entre a manutenção do contrato anterior ou, a sua adaptação às novas disposições legais. Ocorre que alguns percalços foram verificados na nova sistemática regulada no tocante às pessoas idosas.

Com a referida lei os contratos passaram a ser, expressamente, de natureza solidária, envolvendo, portanto, o princípio da boa-fé e da confiança. O artigo 14 da Lei 9.656/98 determinou que os idosos não poderiam ser impedidos de participar de planos privados de assistência à saúde, o que impunha aos fornecedores o dever de aceitar negociações e contratação deste grupo vulnerável, regra que, evidentemente, transforma o direito privado em público ¹⁴⁴, vez que não há mais a autonomia total da vontade. O artigo 15 também faz menção aos idosos, referindo que a variação das contraprestações dos contratos (atitude que era comum nos planos de saúde anteriores a esta legislação) seria permitida, desde que

¹⁴² CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. *Seguros e Planos de Saúde*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 4.

¹⁴³ RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde*. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 20

¹⁴⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC). V. 8 (outubro/dezembro 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 26.

previstas no contrato, também, quanto à faixa etária e percentuais de reajuste, mas vedava tais variações em contratos para consumidores com mais de 60 (sessenta) anos e participante do plano há mais de dez anos. O artigo 35-E, inciso I, determinou que variações na contraprestação pecuniária, para os participantes que estivessem na faixa etária referida, estariam sujeitas à autorização da ANS, dispositivo que foi, posteriormente, suspenso pela ADIN 1931/98. No Estatuto do Idoso a regra da não discriminação dos planos de saúde em face da idade foi inserida no parágrafo 3º do artigo 15. A solução encontrada foi buscar uma saída para os contratos firmados antes da lei, estimulando-se as suas adaptações às novas regras, por intermédio de três modalidades. A primeira era por intermédio do Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos, o que possibilitaria o aditamento do antigo contrato para a inclusão de direitos antes excluídos, mas exigia carências para estas novas coberturas¹⁴⁵. A segunda modalidade, que seria a migração, referia-se à celebração de um novo contrato, exigindo, portanto, carências e, a terceira forma de adaptação contratual era a chamada ajuste técnico, que incluía apenas alguns direitos, o que não cumpria as novas regras da legislação pertinente.

A maior problemática verificada foi a de possibilitar o reajuste dos contratos por faixas etárias, sistemática utilizada pelas entidades privadas, que formulou dez faixas, sendo que a última seria a iniciada aos 59 anos de idade e, o valor da última faixa não poderia superar seis vezes o valor da primeira. No entanto, a realização da adaptação dos idosos ao novo sistema de planos de saúde foi considerada uma faculdade¹⁴⁶. Do contrário, caso o idoso não realizasse a adaptação, optando pela manutenção do contrato originário, além de restar privado da cobertura de algumas doenças, as quais foram consideradas de cobertura essencial, restaria sujeito aos reajustes desmedidos das seguradoras, tendo em vista que não havia regra anterior que vedasse tal prática após os 60 (sessenta) anos.

Com isso, tornou-se importante a intervenção do Poder Judiciário nestas relações, principalmente porque os contratos eram de adesão, fazendo dos consumidores¹⁴⁷ de tais

¹⁴⁵ É importante frisar-se que os contratos anteriores à lei restringiam a cobertura de algumas doenças, uma delas era a AIDS.

¹⁴⁶ SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor Idoso no âmbito dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde. In: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 13, nº 51. Jul/set 2004, p.131-153.

¹⁴⁷ O Idoso é considerado um consumidor importante para o mercado, em face de suas aposentadorias e pensões, sendo eles incentivados a ser usuários de novos produtos, serviços e equipamentos que a mídia veicula como sendo bom para a terceira idade. MOTTA, Alda Britto apud MARQUES, Cláudia Lima. *Solidariedade na*

serviços de relevância pública, partes hipossuficientes, vulneráveis aos ditames das cláusulas abusivas, admitindo-se, portanto, a intervenção da esfera pública na privada. Diante da constitucionalização, principalmente, do Direito Privado, é que as relações travadas entre os planos de saúde e os cidadãos, passaram a seguir as premissas de que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais aplicam-se em toda a ordem jurídica e social. A proteção do idoso em sua relação com a empresa prestadora de serviço público de saúde é levar a sério as funções da Constituição e dos direitos fundamentais-sociais, tendo em vista o seu significado para o alcance de uma vida humana digna. Mesmo diante de uma relação jurídica privada, a eficácia dos direitos sociais deve estar vinculada a um mínimo exigido para uma existência digna, o qual não se vincula, apenas, à sobrevivência, mas a uma gama de valores fundamentais que garantem, inclusive, a condição de cidadão do idoso como pessoa humana¹⁴⁸.

Outra atrocidade quanto à adaptação contratual foi a situação da doença pré-existente, que as seguradoras passaram a ter vinte e quatro meses para alegá-la e comprová-la. Sendo o idoso mais propenso a doenças, principalmente aquelas que são advindas da idade, não haveria como ter-se cobertura, pois são causas de exclusão da cobertura, embora a maioria das operadoras de planos de saúde dispensem exames prévios para a sua verificação. A alegação é de que tais doenças oneram o contrato, facultando-se ao consumidor cobertura parcial temporária e agravo de contrato, sendo a primeira a suspensão por prazo determinado, de eventos que estejam relacionados à doença, e, a segunda, a possibilidade de manutenção do contrato com cobertura integral, mas mediante pagamento da diferença de valores¹⁴⁹. Tal situação acaba por prejudicar o idoso, tendo em vista a sua idade e a possibilidade de possuir, ao contratar, doenças pré-existentes, restando sem cobertura nestas ou, sendo onerado no pagamento de seu tratamento.

doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, op. cit., p. 11.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo Existencial e Direito Privado: Apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da e PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coord.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 11-15.

¹⁴⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 56 e segs.

Em face da publicização do privado, consistindo isto na defesa dos direitos fundamentais constantes no texto constitucional, é que o Poder Judiciário é chamado a equilibrar o contrato, no sentido de fazer prevalecer aquele direito quando estiver perante situação de poder social é sustentada, tendo em vista que as relações privadas não se constituem em problema apenas daqueles que a integram, mas de relevância pública. As particularidades em relação ao tema serão abordadas em tópico pertinente, no próximo capítulo.

3.5. A INTENÇÃO DOS ÓRGÃOS ESTATAIS ENVOLVIDOS NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS DOS IDOSOS

Todos os órgãos envolvidos na defesa dos direitos do idoso objetivam assegurar que estes possam ser efetivamente concretizados. Em especial àqueles que são fundamentos da própria República Federativa do Brasil, garantindo a cidadania, a dignidade, o desenvolvimento nacional e a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a fim de que se constitua o próprio Estado Democrático de Direito. Os objetivos destes órgãos, portanto, é assegurar o exercício de cidadania e a constituição de uma sociedade que deve ser respeitada na sua própria diversidade, reconhecida em cada indivíduo.

A inércia legislativa, assim como do executivo, esbarra na vontade política para a realização destes direitos. Muitas vezes os “problemas sociais” existentes são produtos do poder simbólico da própria administração e de seus representantes, ratificados pela ciência social que busca explicá-los como problemas sociológicos, o que acaba por consolidá-los¹⁵⁰. O idoso como parte hipossuficiente diante de qualquer poder estatal, assim como, perante os demais cidadãos da sociedade, não pode ficar ao alvedrio das disputas de poder e dos problemas sociais criados pelos próprios administradores, os quais acabam por justificar suas inércias, acreditando serem elas legítimas e verdadeiras. É parte vulnerável que, muitas vezes, depende da atuação de outros agentes estatais que os representem para que seu direito seja

¹⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas*, op. cit., p. 95.

efetivado. Segundo o Estatuto, o idoso não será objeto de qualquer tipo de negligência¹⁵¹, gozando ele de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, para uma vida com dignidade¹⁵². Com isso, pode-se deduzir que, em se tratando de proteção ao seu direito à vida, a fim de permitir que esta se mantenha com um mínimo de dignidade, é essencial que sua saúde seja protegida, proporcionando-lhe o amplo acesso à rede dos serviços públicos. Ocorre que a linguagem utilizada pelo Poder Público e pelo legislador do Estatuto é própria de um campo que não é acessível aos cidadãos comuns, mas, apenas aos próprios participantes do grupo.

Pierre Bourdieu, ao referir-se aos campos políticos como espaços estruturados por posições, cujas propriedades dependem das posições nestes espaços as quais são determinadas, em parte, pelas características de seus ocupantes, faz com que se compreenda que as lutas específicas destes campos, através das legislações, são formas simbólicas para que se adentre no campo, cujo dominante tenta defender o seu monopólio e excluir, assim, a concorrência, por intermédio da linguagem¹⁵³. O monopólio da palavra é daquele campo específico, que possui a imposição arbitrária de seus discursos àqueles que se submetem a ele¹⁵⁴. A linguagem utilizada pelo campo responsável pela saúde pública é, de certa forma, legitimada para que apenas a autoridade a conheça na sua totalidade, restando aos cidadãos somente o que é falado, não o que é praticado. Aquele que comunica tem o sentido da aceitabilidade por aquele que recebe as informações¹⁵⁵, ou seja, ele cria o “problema social” e acredita que ele existe.

O campo político, na área da saúde, possui suas próprias leis e as comunica à população idosa, assim como, o campo legislativo quando editou o Estatuto do Idoso, comunicou suas intenções, mas, em face da descredibilidade que se depositou nestes dois campos, a relação entre a linguagem e a instituição se dissipa aos poucos. Estas duas instituições já não sabem mais qual linguagem irão utilizar, evidenciando, assim, a crise destas instituições, como instrumento de poder¹⁵⁶. Da mesma forma, o Poder Judiciário, muitas vezes, utilizando-se da linguagem própria de seu campo, acaba por evidenciar seu *habitus* próprio, resistindo a mudanças no campo jurídico, quando se deparam com as pressões sociais externas,

¹⁵¹ Art. 4º.

¹⁵² Art. 1º.

¹⁵³ BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 89.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 75.

¹⁵⁵ Idem, ibidem, p. 77.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 80.

envolvendo uma visão de mundo por meio de categorias jurídicas, distanciando-se dos demais campos ¹⁵⁷. A burocracia da linguagem utilizada pelos diversos campos cria o *habitus* adquirido e encarnado no corpo daqueles de forma durável, determinando as mais diversas argumentações para a não efetivação do direito do idoso à saúde, seja por não haver previsões orçamentárias – Poder Executivo -, seja por políticas de oposição de governo – Poder Legislativo -, seja para que não haja a violação do princípio da imparcialidade – Poder Judiciário -, os quais exercem seu poder sobre os cidadãos, mediante o emprego de linguagem própria¹⁵⁸ acreditando na verdade veiculada.

Em não havendo o cumprimento da legislação pelo Poder Público, as determinações nela inseridas serão levada a juízo, o qual necessitaria interpretar a linguagem antes utilizada, a fim de determinar a efetividade daquelas políticas previstas e essenciais à vida das pessoas idosas. Mas, muitas vezes, o poder judiciário encarna o *habitus* dos demais campos para declinar de sua competência para o julgamento, no sentido de garantir a observância da própria Constituição Federal em seus princípios mais mezinhos perdendo, assim, sua credibilidade perante a sociedade, reforçado pela mídia. O poder judiciário acaba por corroborar, em seu próprio campo, com o não acesso do cidadão idoso à saúde, permanecendo este no limbo, compreendendo esta sua atitude como importante para a manutenção do Estado. Isto, quando se utiliza de argumentos não condizentes com as condições brasileiras, como é o caso do mínimo existencial e da reserva do possível.

¹⁵⁷ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do Direito: A Magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 41.

¹⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 11.

PARTE II – A LUTA PELA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS

4. O PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA EFETIVIDADE DO DIREITO DOS IDOSOS À SAÚDE

Diante das disputas de poder ocorridos entre os atores sociais dentro dos campos político e jurídico, bem como, entre os campos, é importante que se discorra acerca da importância da atuação do Poder Judiciário na busca da efetividade do direito dos idosos à saúde, a fim de que eles sejam concretizados. É importante que se perceba que o campo jurídico, muitas vezes, sofre influências do campo político, mas deverá, sempre, guardar obediência aos princípios e valores constitucionais relativos aos direitos fundamentais-sociais.

Portanto, no presente capítulo discorrer-se-á acerca da necessidade de o judiciário garantir a efetividade do direito dos idosos à saúde, mesmo que a incumbência desta tarefa tenha sido delegada ao campo político, por intermédio de suas políticas públicas.

Ao mesmo tempo em que se quer um sistema jurídico autônomo e independente, vez que o direito é importante à democracia e esta para o desenvolvimento do direito, o sistema não pode ser contrário às aspirações sociais de justiça. A implementação dos “novos” direitos e sua concretização, sejam eles sociais ou transindividuais, é fundamental para a democracia, pois requerem uma intervenção ativa do Estado para a sua efetividade. Com isso, vislumbra-se que é necessário ter-se uma visão política do jurídico e, jurídica da política, sem privilegiar-se um ou outro, buscando a efetividade da ordem jurídica como tal ¹⁵⁹.

O surgimento de “novos” direitos não basta para que a lei seja alterada, mas as elites político-jurídicas dominantes devem ter vontade política para fazer com que valham; o que seria instrumento legítimo e eficaz na determinação dos direitos e da cidadania. No Brasil, o que ocorre é que estas elites buscam o monopólio, formando “campos” de poder, sistemas simbólicos que, enquanto instrumentos estruturantes e estruturados de comunicação e de

¹⁵⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 71-77.

conhecimento, cumprem sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação de uma classe sobre outras, onde se dão as lutas simbólicas,¹⁶⁰ sendo que se abordará o campo jurídico e o político, os quais não admitem ser um invadido pelo outro. As disputas, além de internas para ver “quem dirá o direito” e, “quem manipulará o sistema social”, se dá entre os dois campos constituindo-se como expressão de autoritarismo. Deve-se considerar que, nem a política, tão pouco o direito, possuem o monopólio de “dizer a verdade” do que seja o melhor para os cidadãos. Por isso, não se deve justificar os meios pelos fins que se pretendem atingir, utilizando-se de qualquer método para alcançá-los e para cooptar os cidadãos de que são os caminhos corretos¹⁶¹.

É imperioso considerar a construção da política com as bases jurídicas existentes, sendo que estas devem estar construídas na realidade social, pois a cidadania é alcançada se, com a evolução social ocorre, também, a evolução do direito, pressupondo-se a existência de uma política democrática. Tem-se sopesar que para o exercício da cidadania não basta que os direitos estejam formalmente previstos, mas sejam garantidos na sua efetiva concretização.

É nesta esteira que o Poder Judiciário deve ser chamado à atenção: os direitos estão entrelaçados à política, e esta também, atrela-se ao direito, não podendo aquela ser instrumento de poder e manipulação deste, sob pena de desconsiderar-se o Estado Democrático de Direito, aquele que conjuga o ideal democrático com o Estado de Direito, sob um conteúdo próprio onde estão presentes as garantias jurídicas e sociais, que constituiria um novo conjunto com a preocupação básica de transformar o *status quo*¹⁶². Este referido *status*¹⁶³ é aquele que foi ampliado aos sujeitos em face de conquistas sociais históricas, como foi o caso da liberdade religiosa, trabalhista, dentre outras, e do próprio idoso, com a Assembleia Mundial da ONU, de 1982, em Viena, daí eclodindo a evolução para a positivação dos direitos dos idosos como “novos” direitos. A ampliação do *status* a serem garantidos pelo direito se dá na medida em que o indivíduo não é mais considerado apenas como sujeito genérico ou abstrato, mas, visto na especificidade ou concretização de suas

¹⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 11-12.

¹⁶¹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, op. cit., p. 80.

¹⁶² MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A Ideia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 74.

¹⁶³ *Status* é a expressão de origem latina que designa o conjunto de direitos e deveres que caracterizam a posição de uma pessoa em suas relações com outros. In: SLAIB FILHO, Nagib e CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva*. 2ª ed. Atual. Eletrônica. São Paulo: Forense, 2003.

diversas maneiras de apresentar-se em sociedade, seja como criança, seja como idoso ¹⁶⁴. Desta modificação de *status* é que surgem os “novos” direitos, em virtude do acelerado processo de multiplicação de bens a serem tutelados e de sujeitos detentores de direitos ¹⁶⁵.

De homem industrial, passou-se a considerar o indivíduo, enquanto membro de um grupo específico, demonstrando a modificação na complexidade social, tanto no que se refere à política, quanto no tocante ao jurídico, não havendo mais que se falar em separação. O que não se pode mais conceber, é a redução dos direitos sociais, tendo em vista o deslocamento da área de produção do direito passar da política para a economia, onde o privado prevalece sobre o público, e os novos centros de poder gerados, esvaziarem, aos poucos, os controles democráticos produzidos no âmbito do projeto estatal da modernidade.¹⁶⁶ O que ocorre, é a invasão da economia globalizada no direito, fazendo com que os direitos sociais, historicamente conquistados, sejam reduzidos no intuito de adequar-se aos mercados financeiros. Esta situação é a que ocorreu com a edição da Lei 9.656/98, a qual tratou da regulamentação dos planos de saúde e, que, até hoje, vem minando os contratos realizados, aplicando cláusulas abusivas, com as quais, algumas vezes, concorda o Poder Judiciário, em detrimento àquele Estado Cidadão que a Constituição de 1988 promulgou.

O direito deve ser instrumento de harmonização das relações humanas e não instrumento que põe um homem contra o outro. É com esta visão interdisciplinar que fará a ciência do direito dar conta dos “novos” direitos produzidos pelo desenvolvimento global ¹⁶⁷. No entanto, algumas legislações que nasceram desta emergência de direitos, ainda carecem de concretização do que dispõe ou, precariamente efetivam seus mandamentos, como é o caso do Estatuto do Idoso, assunto que a seguir será tratado, seguindo-se da análise daquela invasão do direito pela política e vice-versa, bem como, da atitude substancial que cabe ao Poder Judiciário assumir, em defesa dos princípios constitucionais, no que se refere a este grupo social considerado vulnerável e à margem da sociedade, excluídos sociais que necessitam de tutela jurídica específica.

¹⁶⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, op. cit., p. 101.

¹⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 69.

¹⁶⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, op. cit., p. 104.

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 107.

O Judiciário tem como uma de suas funções, construir e fazer valer a democracia no Brasil, não só formalmente, mas substantivamente, agindo como guardião de eventuais atitudes contrárias a seus pressupostos ¹⁶⁸. Para a existência de um Estado Democrático de Direito é necessário compreender-se que o direito possui, em sua base, regras com lacunas, e princípios constitucionais, que servirão para dirimir as eventuais contrariedades da letra da lei. Como guardião da democracia, portanto, o Judiciário possui o poder de fazer com que a norma tenha eficácia social, ou seja, efetividade, fazendo com que estes direitos fundamentais-sociais tenham plena realização, em face de sua eficácia jurídica.¹⁶⁹ Cabe ao Judiciário, por intermédio de sua interpretação do direito, dar efetiva concretude aos anseios dos cidadãos de idade avançada.

4.1. AS DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO

O envelhecimento é uma das questões sociais mais preocupantes do nosso país, pois este fenômeno, em crescente aceleração, acaba por acarretar crises nos setores econômicos e sociais. Os idosos passam por perdas de direitos adquiridos ao longo de sua trajetória de vida laboral, refletidos, principalmente, como se costuma observar nas áreas da previdência social, ocasionando o sucateamento dos benefícios. Esta supressão de direitos vai trazer a redução da capacidade aquisitiva do idoso, além de este, na maioria das vezes, já ter perdido a capacidade laboral, fazendo com que venha a necessitar mais da proteção estatal, também na área da assistência, como na área da saúde. O envelhecimento deve ser considerado um fenômeno social relevante, uma vez que afeta as estruturas financeiras das empresas e do Estado, pois o número de idosos aumenta mais do que o de pessoas capazes de serem absorvidas pelo mercado de trabalho ¹⁷⁰.

O implemento da aposentadoria, que faz com que o idoso perca participação na sociedade, pois o trabalho oferece oportunidades de relacionamentos interpessoais, troca de experiências humanas, conferindo um sentimento de valor, prestígio, poder, uma identidade

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 121.

¹⁶⁹ Idem, ibidem, p. 137. Ausente a expressão “fundamentais-sociais”.

¹⁷⁰ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2002, p. 32-35.

social que favorece o equilíbrio do homem ¹⁷¹, é um dos principais fatores que leva à aquisição de doenças, além daquelas adquiridas em face da idade avançada, enfermidades que são consideradas expressivas financeiramente, situação que requer uma maior atenção pelo Estado, envolvendo com isso, maiores gastos e investimentos no setor da saúde. Vislumbrando-se estas discussões e, a necessária implementação de Políticas Públicas para a proteção dos direitos dos idosos, mais especificamente, a Saúde, pode-se entender as verdadeiras “dificuldades” da implementação do Estatuto do Idoso.

O Estatuto determina que os benefícios e as pensões do Regime Geral de Previdência Social devem observar, quando da sua concessão, critérios de cálculo que preservem o valor real dos salários sobre os quais incidiram as contribuições, ¹⁷² cujo cálculo da renda mensal inicial deverá obedecer às diretrizes constitucionais estabelecidas no artigo 201 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 20/98, rompendo o conceito objetivo de repartição simples ou de solidariedade entre gerações, fixando fundamentos e critérios que preservem o equilíbrio financeiro e salarial. A partir daí os benefícios ficaram sujeitos a uma fórmula específica, levando em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de sobrevivência do trabalhador. Embora assegurados os reajustes, esta forma de atualização será precedida do cálculo da renda inicial sujeita à incidência do fator previdenciário, e, a partir da apuração referida é que os percentuais, definidos em regulamento, reajustarão periodicamente o valor do benefício. O chamado fator previdenciário, como alertado pela doutrina, induz o trabalhador a ultimar o máximo de tempo de contribuição, até uma idade mais elevada no sentido de obter melhor retribuição, embora a legislação permita que sua aposentadoria seja concedida aos 35 anos de contribuição para o homem e 30 anos de contribuição para mulher, sem exigência de idade mínima, mas o resultado do fator previdenciário, nestes casos, é desastroso, não raro em percentual inferior a 50%, reduzindo a retribuição do benefício e inibindo o acesso às aposentadorias ¹⁷³.

O amadurecimento das concepções do Estado no sentido de fazer seus agentes compreender que o idoso necessita maior proteção é de longa data, o que, mesmo assim, ainda

¹⁷¹ SALGADO, Marcelo Antônio. *Velhice, uma nova questão social*. São Paulo, SESC – CETI, 1980, p. 48.

¹⁷² QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. *Os Direitos Fundamentais dos Idosos*. Revista de Direito Privado, nº 25, v. 7; jan/mar, 2006, p. 111.

¹⁷³ O benefício de aposentadoria passou a ser calculado sobre a média dos salários, computados desde julho de 1994, descartados 20% dos piores valores corrigidos, o que leva o aposentado a ter um benefício de um percentual de 68,90% daquela média. In: PORTANOVA, Daisson S. *Jornal COBAP*. Ano II. Edição 12. Ago/Set, 2008, p. 8.

não conseguiram alcançar a situação preocupante que gira em torno da falta de implementação de políticas públicas específicas. Isto se expressa na própria demora da edição do Estatuto do Idoso, ocorrida apenas em 2003, embora a Política Nacional do Idoso tenha iniciado em 1994. Com ele, os direitos fundamentais do idoso, com objetivo de criar e manter os pressupostos elementares de uma vida com liberdade, respeito e dignidade da pessoa humana¹⁷⁴, tiveram sua implementação reforçada para este grupo vulnerável, cuja concretização específica se deu em 2006, com a implementação da Política Nacional da Saúde do Idoso.

A burocracia como um “grupo universal”, dotado da intuição e da vontade de interesse universal que, nas palavras de Durkheim é um “órgão de reflexão” e um instrumento racional encarregado de realizar o interesse geral, prova que aqueles agentes que integram o poder simbólico estão seduzidos pelas representações do Estado. Estes são os grandes produtores de “problemas sociais”¹⁷⁵. Mesmo sabedores destas problemáticas, que somente acarretam mais subdesenvolvimento social, os atores parlamentares instituídos para a representação da sociedade continuam a perpetrar um diálogo paradoxal, prometendo cumprir as promessas sociais constantes na Constituição Federal, mas ainda seduzidos pela manutenção do poder político simbólico, fazendo prevalecer o *habitus* na crença da impossibilidade acarretada pela falta de recursos financeiros. As dificuldades estão vinculadas diretamente à intenção e ao interesse do Poder Político em solucioná-los. Normalmente, o idoso, considerado como cidadão excluído, não possui força suficiente de organização, para que haja a sua proteção, a fim de que se torne participativo na democracia, sendo o Estatuto do Idoso uma das formas de divulgação daqueles “novos” direitos de princípios constitucionais que foram resgatados.

Outro fator que pesa nas dificuldades de trajetória do Estatuto é a falta de profissionais especializados nas áreas de geriatria e gerontologia,¹⁷⁶ conforme verificado por Renato Veras, diretor da UnATI - Universidade Aberta da Terceira Idade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ¹⁷⁷, referindo que de 119 Faculdades de Medicina do país, apenas quatro oferecem a disciplina de Geriatria, o que se tem no Brasil, são pessoas de bom coração, bem

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 514.

¹⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: Sobre a teoria da ação*. 4ª edição. Campinas: Papirus, 1996, p. 95.

¹⁷⁶ Geriatria é a especialidade médica que trata de doenças de Idosos ou de doentes Idosos, mas também se preocupa em prolongar a vida com saúde. Gerontologia, por sua vez, é a ciência que estuda o processo de envelhecimento. Disponível em: <<http://www.hospvirt.org.br>>. Acesso em 26 de outubro de 2008.

¹⁷⁷ Jornal da Cidadania do IBASE – Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas. In: *Os direitos fundamentais dos Idosos*. QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. Revista de Direito Privado n° 25, v. 7; jan/mar, 2006. p. 105.

intencionadas, mas que aplicam programas infantilizadores. Também possui a mesma opinião a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, entendendo que há escassez de recursos técnicos e humanos para enfrentar a explosão desse grupo populacional do terceiro milênio, tendo em vista que a população de crianças e de jovens decresce, enquanto a de idosos aumenta ¹⁷⁸.

Por isso, muitas instituições passaram a ocupar-se da proteção aos idosos, dando-lhes “voz” diante da sociedade que, por muito tempo, os deixou esquecidos, situação que não poderá perdurar por mais tempo. As instâncias públicas reservam para si o poder de fazer ou não com que as promessas constitucionais se concretizem, por intermédio de suas políticas sociais, tanto na promoção, quanto no tratamento e na prevenção da saúde das pessoas idosas, dando vazão, assim, aos direitos fundamentais constitucionais reforçados pelo Estatuto do Idoso. É neste momento, também, que a atuação de entidades de proteção aos direitos dos idosos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, já referidos no segundo capítulo do presente trabalho, deve ser reforçada.

Diante da problemática do poder simbólico, que se instaura para a dominação das classes sociais que se encontram fora do “campo” específico, o campo político torna-se responsável pela tomada de decisões e de implementação das políticas públicas, pois estas representam a coordenação dos meios à disposição do Estado, servindo como meio de harmonização das atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados ¹⁷⁹, conforme já referido anteriormente, não apenas para tentar resolver os problemas, mas para construir uma nova representação destes problemas que implementam as condições sociopolíticas de seu tratamento pela sociedade e ação do Estado ¹⁸⁰. Mas, a estruturação hierárquica da Administração Pública, que não pode ser abalada sob pena de o agente ser expurgado do campo, o qual possui interesse na

¹⁷⁸ Política Nacional de Saúde do Idoso. Disponível em: <<http://www.sbgg-sp.com.br>>. Acesso em 26 de outubro de 2008.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático *apud* BUCCI Maria Paula Dallari. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008, p. 111.

¹⁸⁰ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 330.

manutenção dos mecanismos de distribuição interna do capital do campo ¹⁸¹, acaba por gerar um isolamento interno desta esfera e, principalmente, em relação aos cidadãos.

O Estatuto do Idoso, instrumento de regulação de “novos” direitos, cuja redação e vigência teve a legitimação dos cidadãos aos agentes políticos, acaba, portanto, tornando-se o meio de exercício do monopólio da linguagem ali utilizada para dizer a verdade, o direito demonstrando o poder simbólico que envolve todo o sistema do “campo” político na concretização destes direitos agregando fatores orçamentários como empecilhos para a efetivação.

No que diz respeito ao campo jurídico, também, muitas vezes reduz as políticas públicas às questões de técnica orçamentária, apegando-se às teses do mínimo existencial como aquele necessário apenas à sobrevivência e, à reserva do possível, impedindo, assim, a própria realização dos direitos sociais, o que viola objetivos da constituição como a busca de uma sociedade mais justa e solidária, a redução das desigualdades sociais, de forma a materializar-se a cidadania, a dignidade e a promoção do bem de todos ¹⁸².

As dificuldades do Estatuto do Idoso em ser implementado transcendem a mera aplicação, pois dependente da efetivação de políticas públicas necessárias para a concretização do que nele está disposto, no tocante à saúde. Estas políticas públicas fazem parte do jogo entre os agentes do campo político e jurídico, os quais se utilizam de sua autonomia para declararem os limites deste jogo, que, ao servirem aos interesses internos, estarão servindo aos interesses dos grupos exteriores ao campo. Ao não adentrarem um no âmbito de atuação do outro, estarão garantindo a independência dos campos, tanto em relação às suas linguagens próprias, quanto aos seus interesses, regras, garantindo a estrutura interna de cada um deles, sem que o cidadão tenha qualquer mecanismo, fora do campo específico, para fazer valer o que o direito lhe tutela.

Com isso, aqueles objetivos mais profundos da Constituição Federal que seria a materialização do bem comum, justiça social e igualdade dos cidadãos, tarefa que é imposta ao Poder Público mediante políticas próprias, restam prejudicados. Para isto é necessário que

¹⁸¹ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político*. Revista Estudos Jurídicos, vol. 38, n. 1. Janeiro/Abril, 2005, p. 49.

¹⁸² OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito*, op. cit., p. 338.

haja uma atuação mais dirigente do Poder Público para que se tenha uma interpenetração entre as esferas jurídica e política. O Estado deve intervir para que haja o desenvolvimento econômico, social, cultural, político, principalmente em se tratando de pessoas idosas e em matéria relativa à sua saúde. É mister que se entenda que há um fundamento constitucional para as políticas de implementação dos direitos dos idosos à saúde, em face do dirigismo constitucional, vez que estabelece princípios e programas normativos aos quais o legislador infraconstitucional está restrito. As políticas públicas asseguram as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos ¹⁸³.

Para compreender-se melhor as dificuldades de implementação do Estatuto do Idoso, deve-se entender que as políticas públicas vinculam a Administração, mas, diante do poder simbólico que exercem dentro do campo político, o *habitus* produz resistência, pois é produto dos condicionamentos que se encarnou no corpo de forma durável, como disposições permanentes ¹⁸⁴, não se dando conta da realidade social do idoso, realizando ações capazes de resgatar a sua cidadania, suprindo suas necessidades básicas, as quais garantem a vida com dignidade.

4.2. A LUTA POR PODER SIMBÓLICO

O Estado é realizado por seus agentes, escolhido livremente pelo voto cidadão, que confere o poder de decisão, atribuindo-lhe o monopólio dos instrumentos de produção dos interesses políticos, expressos e reconhecidos pelos mandatários aos mandantes ¹⁸⁵. É o poder simbólico, entendido como um poder que aquele que lhe está sujeito dá àquele que o exerce, um crédito com que ele o credita, que ele lhe confia, pondo nele a sua confiança, existindo porque aquele que lhe está sujeito crê que ele existe ¹⁸⁶. Assim desenvolvem-se os campos, o espaço onde se exerce uma determinada força, através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos irreduzíveis aos interesses próprios de outros campos ¹⁸⁷. A implementação de políticas públicas, no que diz respeito à saúde, foi relegada ao Estado em

¹⁸³ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional, op. cit., p. 328-329.

¹⁸⁴ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 47.

¹⁸⁵ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 168-169.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, p. 188.

¹⁸⁷ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 48.

atendimento à força normativa da Constituição e de seu caráter dirigente e compromissário, cujo poder foi delegado pelos cidadãos aos agentes responsáveis pela concretização dos direitos nela inseridos.

Segue-se que a construção do Estado está diretamente ligada à construção do *campo do poder*, entendido como um espaço de jogo no interior do qual os detentores de capital (diferentes tipos) lutam *particularmente* pelo poder sobre o Estado, isto é, sobre o capital estatal que assegura o poder sobre os diferentes tipos de capital e sobre sua reprodução¹⁸⁸. A adesão ao jogo é fundamental ao próprio jogo, o investimento nele é a condição para o seu funcionamento, para que os participantes não sejam excluídos dele e dos ganhos que possam vir a adquirir, havendo um contrato tácito que os une¹⁸⁹, mantendo-se, assim, o Estado, que é construído por estudos realizados com o intuito de pensar nele mesmo, passando a participar de sua própria existência. Só pode ser compreendido o sentido destes estudos se se souber ver neles programas de ação política que pretendem impor uma visão particular do Estado, de acordo com os interesses e os valores associados à posição ocupada por aqueles que os produzem no universo burocrático em vias de constituição¹⁹⁰. Na realidade, aquilo que é determinado pelos grupos dominantes, é reproduzido pelas massas como legítimo. Os movimentos sociais contra este Estado constituem um novo poder que dá sentidos diversos, constituindo um novo poder simbólico. Os discursos políticos que são produzidos pelos profissionais, são afetados por uma duplicidade, pois possuem a necessidade de servir às lutas internas e às externas, ou seja, uma linguagem que oculta uma verdade que pode ser objeto de leituras diferentes¹⁹¹. As políticas públicas são conquistas alcançadas pelas lutas sociais para fazer valer os direitos sociais dos cidadãos, e a falta de implementação daquelas por parte dos agentes responsáveis demonstra os seus interesses, também ocultos, os quais serviram aos interesses dos seus mandatários quando se instaurou a luta com os seus concorrentes¹⁹².

O Estado exerce violência simbólica, objetivando-se tanto em mecanismos específicos, como sob a forma de esquemas de percepção e de pensamento - estruturas mentais -, pois ela é resultado de um processo que a instituiu, ao mesmo tempo, nas estruturas

¹⁸⁸ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas*, op. cit., p. 99-100.

¹⁸⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 172-173.

¹⁹⁰ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas*, op. cit., p. 95-96.

¹⁹¹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 177.

¹⁹² Idem, *ibidem*, p. 177.

sociais como nas mentais, possuindo aparência de *natural*¹⁹³. A este poder estão subjugadas a implementação e concretização do direito à saúde. As vontades políticas são manipuladas e expressas por este poder simbólico, retirando sua força política da confiança que lhe deu o grupo pertencente ao mesmo campo, ou seja, com a anuência dos mandatários. Para se entender este poder, especificamente no tocante à saúde, a ideia de Michel Foucault quanto à criação de hospitais no Século XVIII é elucidativa, os quais tinham as funções de transição entre a vida e a morte, aliado a de separação dos indivíduos perigosos para a saúde geral do resto da população que se encontrava fora dos hospitais. Eles eram o lugar de internamento, onde se misturavam doentes, loucos, devassos. Eram instrumentos mistos de exclusão, assistência e transformação espiritual para o pessoal caritativo que lá prestavam suas caridades¹⁹⁴. Eles disciplinavam-se por razões econômicas, pelo preço atribuído ao indivíduo, o desejo de evitar que as epidemias se propagassem, fazendo com que, nesta época, houvesse, pelo poder dos médicos, a transformação do saber e da prática médicas. A doença era compreendida epistemologicamente, como um fenômeno natural, comparado o desenvolvimento humano com o de uma planta. Tal natureza era devida a uma ação particular do meio sobre o indivíduo, de modo que a cura passou a ser dirigida por uma intervenção médica que se endereçava não mais à doença, mas ao próprio meio que a circunda: o ar, a água, temperatura ambiente, alimentação, constituindo-se a medicina do meio, na medida em que a doença era concebida como um fenômeno natural obedecendo a leis naturais. Isso transformaria a disciplina hospitalar como assecuratória da pesquisa, da vigilância, transformando as condições do meio em que os doentes estavam inseridos¹⁹⁵. No final do século XVIII, procurando-se anular estes efeitos negativos dos hospitais, tentou-se purificá-los dos efeitos nocivos da desordem que causava a doença, no sentido de esta espalhar-se pela cidade, o que ocasionava, também, a desordem econômica e social, dando-lhe um enfoque mais voltado à cura do ser humano¹⁹⁶. Na realidade, eram instrumentos de ocultamento daquilo que influenciava no subdesenvolvimento da sociedade, ou seja, melhor seria esconder-se a doença para que a sociedade achasse que vivia em um mundo ilusoriamente saudável. Hoje, os hospitais já não comportam mais este ocultamento, pois não possuem leitos suficientes para todos, fazendo com que a sociedade tenha que conviver com a realidade da doença. A evolução fornecida por Foucault é importante nesta quadra da história, tendo em

¹⁹³ BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*, op. cit., p. 97-98.

¹⁹⁴ FOUCAULT, Michel. *Metafísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 102.

¹⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Metafísica do Poder*, op. cit., p. 107-108.

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 103.

vista que o sistema público de saúde ainda está confuso quanto ao seu papel, devendo o Poder Judiciário balizar suas funções, como o próprio executor das políticas públicas a que aquele se propôs e, não como meio de esconder o “caos” social.

Hoje tem-se que pensar em alcançar o equilíbrio entre a capacidade de fazer e o querer fazer responsável, que, no Brasil, cabe ao Poder Público a melhoria das formas para que as políticas públicas relativas à garantia do direito do idoso à saúde aconteçam, tendo em vista que as diretrizes estão traçadas na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso. A ciência está preparada para a cura, bastando que se saiba encontrar a sua aplicação na práxis¹⁹⁷. Tal prática, caso não seja realizada, deve sofrer a intervenção do Poder Judiciário para sua implementação e concretização. A importância desta análise faz com que se entenda o jogo político que os agentes estão expostos, de forma consciente, a enfrentar. Estão eles sujeitos à opinião pública a cada nova eleição, quando, então, fazem “revoluções parciais”, chamando atenção não para o seu conteúdo, mas para o autor que a provoca. Enquanto que o campo jurídico, ao ter o monopólio de dizer o direito, possui o condão de interpretar a lei de acordo com as realidades, legitimando a justa visão do mundo social, que, sob o fundamento da “neutralidade”, assume papel de criador e modificador das realidades¹⁹⁸.

As políticas públicas devem estar voltadas aos bens socialmente relevantes, levando-se em consideração as pré-compreensões que determinam os sentidos e a importância deles para a garantia de uma vida digna, devendo estar voltadas, portanto, ao acontecer dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, além destas refletirem a própria força normativa da constituição¹⁹⁹.

4.2.1. A Luta no Campo Político

Segundo Bourdieu, o Estado resulta do processo de concentração de vários tipos de capital, econômico, cultural, de informação, simbólico, os quais formam um metacapital,

¹⁹⁷ GADAMER, Hans-George. *O Caráter Oculto da Saúde*. Tradução de Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 11.

¹⁹⁸ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 50-51.

¹⁹⁹ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional, op. cit., p. 331-333.

permitindo o exercício do poder daquele sobre os demais, construindo, em pé de igualdade, um campo do poder, espaço de jogo dos detentores do capital para a luta, de modo particular sobre o capital estatal que assegura o poder sobre os diferentes tipos de capital e sobre sua reprodução²⁰⁰. Eles lutam pelo poder sobre o Estado, fato que se pode verificar na ideia arraigada de que ações públicas em relação à saúde devem ser individuais e não coletivas, cuja crença é propagada entre os mandantes aos seus mandatários, sendo que aqueles se utilizam de uma linguagem, de forma a moldar as estruturas mentais e impor princípios de visão, formas de pensar, a fim de manter-se o capital simbólico²⁰¹.

Os interesses políticos primam sobre qualquer interesse de ordem social na qual se inserem os cidadãos, reduzidos a meros “consumidores” do campo político, distantes daquele campo instituído, chamados de “profanos”²⁰². Os interesses que permeiam o Estado estão mais próximos daqueles que caracterizam o liberalismo, do que propriamente um Estado Democrático de Direito, pois tentam conservar as divisões entre as classes estabelecidas simbolicamente, bem como, os sistemas de classificação “que são a sua forma incorporada e das instituições que contribuem para perpetuar a classificação em vigor, legitimando-a”²⁰³. Cada campo é orientado por agentes que ocupam as posições mais altas da hierarquia, que possui o monopólio da violência legítima não questionada pelos demais agentes, que tomam as decisões dos agentes dominantes como definitivas²⁰⁴.

O campo político é aquele entendido como o campo de forças e lutas que visam transformar estas relações. A estrutura deste campo é composta por estas relações em dado momento, e seus efeitos são sentidos na relação que os mandantes mantêm com os seus mandatários e destes com as organizações políticas, em face da distância diferencial em relação aos instrumentos de produção política. O campo político é o lugar no qual se geram, na concorrência entre os agentes que nele encontram-se envolvidos, produtos políticos, problemas, programas, análises, comentários, conceitos, acontecimentos, entre os quais os cidadãos comuns, reduzidos ao estatuto de “consumidores”, devem escolher, com probabilidades de mal-entendidos tanto maiores quanto mais afastados estão do lugar de

²⁰⁰ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas*, op. cit., p. 99-100.

²⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 105.

²⁰² BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 164.

²⁰³ Idem, *ibidem*, p. 174.

²⁰⁴ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 48-49.

produção ²⁰⁵. Neste sentido que o Sistema Único de Saúde, por exemplo, por intermédio dos agentes que o mantém, passa a apresentar problemas de funcionamento como, falta de leito, inexistência de horários de consulta, não cobertura de determinados tratamentos e cirurgias.

O “*habitus*” político decorre da aprendizagem necessária para adquirir o *corpus* de saberes específicos produzidos e acumulados pelo trabalho político de profissionais do presente e do passado ou das capacidades mais gerais, tais como o domínio de uma linguagem específica e de uma retórica política em um local de discussão, que se torna indispensável nas relações com os “profanos” e necessária nas relações entre profissionais, inculcando, com isso, o domínio da prática da lógica própria do campo político ²⁰⁶.

O campo político possui uma linguagem e regras de jogo próprias, as quais possuem limites e, quem os ultrapassar corre o risco de ver-se excluído, aceitando o contrato tácito que implica participar do jogo, gerando a solidariedade de todos os participantes, mantendo-se, assim, o monopólio do capital simbólico e o próprio jogo ²⁰⁷. Portanto, é o campo político que possui o monopólio de dizer quais as políticas públicas a serem implementadas, bem como a forma de sua implementação e as possibilidades de sua concretização, levam-nos a abrir espaço para o discurso de legitimação de novos agentes, estabelecendo condições para a transformação do campo. No entanto, tais agentes novos ainda não estão comprometidos com a estabilização institucional, as quais podem gerar elementos úteis às modificações consideradas por eles como oportunas e necessárias, mas, a manutenção do jogo é interesse de todos os envolvidos. Esta animosidade entre os agentes e os novos agentes é parte da legitimação dos primeiros junto aos “profanos” ²⁰⁸. No entanto, mesmo que se modifiquem os agentes que controlam o capital simbólico das lutas, a linguagem é aquela que já está codificada, pois o Estado, como um todo, contribui para a unificação do mercado cultural ao unificar as formas de comunicação que o poder possui com os “profanos” ²⁰⁹.

A cada transição política as promessas em relação à saúde são os instrumentos utilizados para cooptação dos “profanos”, legitimando, assim, o poder dos novos agentes, como que firmando um contrato tácito, aderindo àquela linguagem expressada, os quais se

²⁰⁵ BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*, op. cit., p. 164.

²⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 169.

²⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 173.

²⁰⁸ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 50.

²⁰⁹ BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas*, op. cit., p. 105.

vêm compelido a solidarizarem-se para não serem excluídos da sociedade. Os novos agentes sabem que devem manter as regras do jogo já pré-determinadas historicamente, as quais mantêm o monopólio de dizer quais as políticas públicas devem ser implementadas, situação que se instaura após a legitimação dos agentes. Já não sendo suficiente o que é feito pelos sistemas de saúde privados, os sistemas de saúde pública, por meios legais, protegem-se sob o manto de sua linguagem, tentando manter-se imune às intervenções do Poder Judiciário, pois detentores do capital simbólico reconhecidos como legítimos ²¹⁰.

O argumento dos agentes políticos de que não há condições financeiras ou previsão contratual para a realização de determinados tratamentos de saúde é contraditório no campo jurídico, pois nega o próprio Estado de Direito. Isto vem a dificultar a modificação da linguagem que lhe é imanente, fazendo com que se mantenha o jogo, sem ferir as regras. Os discursos políticos acerca da saúde são recorrentes para atrair os “profanos”, com a promessa de se fazer cumprir a Constituição Federal e implementar o “verdadeiro” Estado Democrático de Direito. Mas, os agentes conformam-se com as regras e limites do jogo que os envolve e já estão impostos ao ingressarem nas esferas do campo do poder, as quais foram alcançadas com a história e solidariedade daqueles que dele participaram anteriormente.

4.2.2. A Luta no Campo Jurídico

Este campo, em particular, como regra geral, conforma-se às regras do jogo ditadas pelo campo político, não juridicizando a política, mas politizando o jurídico, em se tratando de saúde, ao ser negado o direito individual com o fundamento de inexistência de recursos financeiros para a sua concessão, restando arraigada a ideia de que seria onerada a coletividade. Esquece o Poder Judiciário que o direito à saúde é direito social, que pode ser exercido individualmente, e que é obrigação do campo político a implementação de políticas públicas para sua promoção, manutenção e tratamento, sendo este último o ponto chave do presente trabalho.

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 103.

A partir da comunidade jurídica de interpretação, o monopólio da linguagem faz com que concorra com o próprio direito, na tentativa de se dizer o “justo”, através dos textos que consagram, em princípio, a visão legítima do mundo social ²¹¹. A problemática da linguagem jurídica é apontada como um entrave à aproximação do Poder Judiciário com as camadas mais simples da população, constituindo-se em, até mesmo, obstáculos ao entendimento, assim como o próprio procedimento judicial, que se tornou burocrático e lento, é fator de descontentamento social, fatores muito mais presentes quando a população é de idosos. Esta burocratização afeta, também, a aplicação do Direito, que vem desenvolvendo-se cada vez mais no sentido de cumprir com as formalidades legais e políticas, do que, propriamente, encontrar uma solução para os conflitos a ele submetidos, acarretando a falta de sensibilização para com as reais condições sociais brasileiras ²¹².

A numerosa gama de decisões conflitantes existentes acerca de uma determinada matéria demonstra que há um apego ao próprio poder que é conferido aos magistrados, tanto relativo à linguagem, quanto à interpretação desta linguagem, principalmente quando se tratam de direitos humanos fundamentais e sociais. Depreende-se, muitas vezes, a falta de consciência dos magistrados em relação ao estado precário em que a sociedade brasileira encontra-se atualmente e, já há longo tempo, no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais-sociais, fazendo com que as decisões voltadas para a preservação das instituições econômicas sejam conservadas ²¹³. Tais atitudes parecem refletir a antiga ideia de Montesquieu, de que o “juiz é a boca da lei”, pois, limitam-se a dizer o que o legislador impôs, sem analisar, especificamente, as peculiaridades do caso concreto, dentro das perspectivas de um Estado Democrático de Direito que deve ser construído para a realidade brasileira.

²¹¹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 212.

²¹² ROCHA, Álvaro. *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 22-23.

²¹³ Neste sentido foi a decisão proferida em Agravo de Instrumento nº 70020894564, que no item 3.5. será transcrita, quando o Relator atribui a não concessão de liminar para tratamento médico de pessoa idosa à falta de atestado médico, restando atrelado à forma e não à substância apresentada no caso concreto, assim referindo: “(...) Já tive oportunidade de dizer que, em havendo um Estado Democrático de Direito no Brasil, associado a uma Sociedade Democrática de Direito, a legitimidade da Jurisdição deve estar fundada exatamente no assecuramento das regras do jogo democrático e responsável, sob pena de usurpação autoritária das vias e canais orgânicos que operam as competências e atribuições institucionais existentes, não sendo recomendável que, à míngua de prova consistente que o caso concreto aponte, venha a Jurisdição substituir as estruturas organizacionais que se ocupam de temas como os da saúde pública e seus recursos contingenciados. A despeito de comprovada a necessidade da intervenção cirúrgica, não está claro, ao menos até aqui, o nível de urgência que implique a intervenção abrupta do judiciário para o procedimento cirúrgico indicado, até pelo fato de que a matéria está recebendo atenção institucional.(...)” A atitude do representante do Poder Judiciário, o qual deveria agir de forma a garantir os ditames constitucionais no que diz respeito ao direito à saúde, utilizou-se de subterfúgios formais para negar o direito que, por ser pedido por pessoa idosa, já denota uma maior atenção.

O confronto entre os agentes do campo jurídico na disputa de imposição das interpretações da lei pelos interessados é constante, e por detrás desta animosidade existe, paradoxalmente, a manutenção e sobrevivência de ambas as posições, pois o conhecimento jurídico é conhecido e reconhecido pela referência cultural comum a todos, que é o conhecimento jurídico. Este, estabelecendo as visões de mundo impostas pelos dominantes, “naturalizadas” pelo trabalho dos agentes, cria os limites e autonomia do campo, baseada na crença de “neutralidade” dos magistrados, materializando desse modo a crença no Estado. Os agentes entram em embate, mas não de forma a colocar em perigo a validade e a existência do campo, pressupondo a existência de oposições internas entre os agentes do campo ²¹⁴.

A aplicação de uma regra de direito a um caso particular é uma confrontação de direitos antagonistas entre os quais o jurista deverá escolher, não se podendo presumir que a regra retirada de um precedente é pura e deve ser aplicada a um novo caso, pois não há nunca dois casos idênticos²¹⁵, pois a interpretação da lei nunca é agir preocupado em aplicar fielmente a regra²¹⁶, mas sempre buscar a solução social, seja ela coletiva ou individual. A fundamentação por precedentes exprime apenas a racionalização de uma decisão, que se faz aparecer como produto de uma aplicação neutra e objetiva de uma competência jurídica ²¹⁷. Com isso, mantém o campo jurídico o monopólio de sua linguagem, a qual pretende ser imparcial, acabando por preservar o campo político e suas regras, o que não expressa o Estado Democrático de Direito que se pretende.

As decisões judiciais não podem exprimir a constância e homogeneidade do “habitus” jurídico assentado em atitudes comuns, pois o campo jurídico constituído é um princípio de constituição da realidade, pois os fatos jurídicos são produto da construção jurídica e não o contrário ²¹⁸. Nesta esteira, se pode entender o campo jurídico como aquele que, a partir da realidade, constitui os fatos como jurídicos, os quais serão incorporados e construirão as decisões jurídicas. A atitude “imparcial” em relação ao direito à saúde, com fundamento em não poder adentrar na seara da implementação de políticas públicas, realizadas pelo campo político, faz com que este mantenha suas regras próprias e intransponíveis aos “profanos”.

²¹⁴ ROCHA, Álvaro. F. O. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 51.

²¹⁵ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 222.

²¹⁶ Idem, ibidem, p. 224.

²¹⁷ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., 231-232.

²¹⁸ Idem, ibidem, p. 229-230.

Isto acarreta a não interferência de um campo sobre o outro, o que inviabiliza a concretização total das promessas constitucionais de que o direito de todos à saúde é, além de tudo, dever do Estado.

4.3. O JUDICIÁRIO COMO CONTROLADOR DA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS RELATIVAS À SAÚDE DO IDOSO

Segundo Konrad Hesse ²¹⁹, a Constituição, além de um *ser* ela representa um *dever ser*, pois ela procura imprimir ordens e conformação à realidade política e social. O direito é reflexo da realidade que ressoa no sentimento social. Somente o equilíbrio entre o direito e a realidade faz com que haja um ordenamento jurídico eficaz ²²⁰. Ou seja, a Constituição não é apenas um aglomerado de regras que servem como programas para que o legislador faça as normas, mesmo que ele tenha um livre espaço de conformação, mas necessitam de políticas que satisfaçam os fins aos quais se propõem. São os direitos fundamentais-sociais são de aplicabilidade imediata, cuja inefetividade poderá acarretar a intervenção do Poder Judiciário quando solicitado.

A justiciabilidade destes direitos fundamentais-sociais impõe-se como exercício da cidadania, dignidade e desapego ao procedimentalismo, que se constitui na forma liberal clássica da visão do próprio direito. Os direitos sociais são direitos realizáveis através do Estado, exigindo-se do poder público a sua prestação material. São normas programáticas que impõem metas, finalidades, prescrevem a realização destas tarefas pelo Estado, tendo o legislador uma relativa margem de conformação, “as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização” ²²¹, constituindo-se em Direito diretamente aplicável. O Poder Judiciário, no que concerne aos direitos dos idosos, está, cada vez mais, amparando-se nos princípios constitucionais e no Estatuto do Idoso para sua implementação mediante uma justiça constitucional fundada em valores substantivos.

²¹⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 15.

²²⁰ KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Construindo partes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 30.

²²¹ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 19/20.

A atuação do Poder Judiciário fará com que as políticas públicas, quando judicializadas, sejam atemporais, independentemente da política partidária existente e da alternância de poder, possibilitando que possa haver exigência do cidadão para com a Administração Pública. Da mesma forma, uma nova percepção dos fenômenos jurídicos e, sua interação com o contexto social, exige que os agentes públicos ajam com maior transparência, e permitam a participação dos interessados – publicização - na construção das políticas públicas²²².

O envelhecimento da população brasileira, fruto de uma população jovem excluída que envelhece nessas condições, traz a premência de superação de desafios, principalmente daqueles relativos aos problemas de carência de recursos, encarando-se a velhice como um direito humano fundamental²²³ e, como tal, deve ser tratado por toda e qualquer instituição que dedique-se à prestação de serviços de relevância pública, a exemplo dos planos de saúde, os quais estão vinculados aos ditames da Constituição Federal.

Situando-se o trabalho a nível estadual, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na maioria das vezes em ações que envolvem idosos, possui posição favorável ao direito pleiteado, fundamentando-se no Estatuto do Idoso e no direito fundamental à saúde, de aplicabilidade imediata. Em alguns casos a atuação do Ministério Público como substituto processual é importante para que o Poder Judiciário conceda o direito. Quando as ações são promovidas contra o Estado do Rio Grande do Sul, este alega que o Poder Judiciário estaria ferindo o princípio da separação de poderes, analisando apenas as questões políticas que envolvem o Estado como concretizador do direito do idoso à tratamento de saúde conforme decisão que ora se comenta, proferida pela 22ª Câmara Cível:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. PRESTAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. IDOSO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

(...)

PRESTAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. O direito à saúde, preceito erigido à categoria de direito fundamental, constitui uma das prestações de maior valia dentro de um Estado Democrático de Direito, como pretendido pelo constituinte de 1988 (tendo aplicação imediata, na forma do art. 5º, § 1º,

²²² OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional, op. cit., p. 335.

²²³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*, op. cit., p. 35.

da CF). uma vez demonstrada a necessidade e sendo hipótese em que se verifica urgência no atendimento, cabe ao ente público prestar o adequado tratamento médico ao paciente idoso, de acordo com as normas legais pertinentes. Exegese do art. 15 do Estatuto do Idoso. Procedência do pedido que se impunha.

SEPARAÇÃO DE PODERES. O exame de determinados atos públicos pelo Poder Judiciário, seguido de ordem compatível, não malfere o princípio constitucional da separação de poderes.

DISPOSIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS. Não são feridos os arts. 37, 165, 167 e 169 da CF, nem há qualquer limitação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário que fosse vedada pelo art. 2º, na expedição de ordem de fornecimento de medicamento. Atendimento ao art. 5º, inc. XXXV, da CF.

APELO DESPROVIDO.²²⁴

A fundamentação da decisão quanto à prestação do direito à saúde, refere que os artigos 196 e 197 da Constituição Federal consagram o direito às prestações necessárias à preservação da vida. Tal direito corresponde a um dever estatal (art. 5º da CF), de responsabilidade do ente público quanto à promoção da saúde da população, mas esbarra o direito na política. Diante da fundamentação, pode-se verificar que a Constituição Federal determinou que o Poder Público, mediante políticas sociais e econômicas, concretize o direito à saúde de todos. Corroborado pelo Estatuto do Idoso, no artigo 15, o Estado deve garantir o acesso universal e igualitário. De igual forma, determinam os artigos 8º e 9º que o envelhecimento é direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas, promovendo-lhe, portanto a dignidade. As determinações constitucionais possuem cunho programático, devendo ser concretizadas, nos termos do Estatuto do Idoso.

Os entes públicos responsabilizaram-se pelo fornecimento de serviços, medicamentos, providências e medidas para dar efetividade aos ditames constitucionais, ao regulamentarem o art. 197 da Constituição Federal, a nível Estadual, pela Lei 9.908/93. Caberia aos órgãos de gestão do SUS – Sistema Único de Saúde – da União, Estados, Distrito Federal e Municípios gerirem seus próprios recursos, de forma a cumprirem suas responsabilidades. A essência do regime constitucional é a promoção da coexistência equilibrada entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, cabendo a este o controle, de forma a fazer com que as legislações sejam cumpridas pelo poder administrativo, de forma a garantir o direito à saúde e a dignidade da pessoa, principalmente quando tratar-se de idoso.

²²⁴ Apelação Cível nº 70018731521.

Outra decisão refere-se à supremacia do direito à vida e à saúde, o que leva o Poder Judiciário, nesta decisão, a dar auto-aplicabilidade ao direito à Saúde:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DE CIRURGIA À PESSOA IDOSA – URGÊNCIA CONFIGURADA ANTE O ATESTADO MÉDICO JUNTADO E AS DISPOSIÇÕES DA LEI 10.352/01 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE LHE CONFERE PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA SOLIDÁRIA DE QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS - SUPREMACIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE, TUTELADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DOS ENTES PÚBLICOS, DISPOSTO EM NORMAS INFERIORES – DIREITO À SAÚDE GARANTIDO PELO ARTIGO 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Apelo provido.
Voto vencido.²²⁵

O Relator da decisão fundamentou-a no sentido de que, apesar de reconhecer as necessidades prévias de dotações orçamentárias para a prestação do direito, a Constituição Federal, como auto-aplicável, prevalece sobre os interesses patrimoniais do Estado, entendendo o direito à vida como valor supremo, trazendo à tona a temática da substancialidade constitucional.

Um entrave que pode ocasionar a não concessão do direito à saúde, quanto ao fornecimento de medicamentos, é o fato dele não constar na Portaria 2.577, de 27 de outubro de 2006, a qual regula os medicamentos excepcionais, e nº 238, de 17 de maio de 2006, que regulamenta os medicamentos especiais. Esta fundamentação, em alguns casos, pode vir a ser perigosa, quando julgado por magistrado ainda apegado ao modelo liberal clássico do direito, empregando um formalismo exacerbado, na linha procedimentalista, deixando de cumprir com a nova visão de juridicizar o político, pois co-responsável pelas políticas dos outros poderes estatais²²⁶. Para que os direitos sociais consolidem-se, a sua implementação precisa estar vinculada a uma visão sociológica e política do jurídico, assim como a uma visão jurídica da política²²⁷. É de se ressaltar que a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos direitos fundamentais-sociais tem como consequência a renúncia de

²²⁵ Apelação Cível nº 70021939061.

²²⁶ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 73.

²²⁷ KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais apud OLIVEIRA JÚNIOR. José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Construindo partes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 30.

reconhecê-los como verdadeiros direitos²²⁸ e, a intervenção do Judiciário é condição *sine qua non* para o alcance da cidadania e vida com dignidade, principalmente tratando-se de idosos, os quais, ainda hoje, encontram-se em situação de excluídos sociais.

O Poder Judiciário, em determinadas situações, poderia ter em mente o mundo social real, este que guarda e acolhe a substância, não apenas os procedimentos. Deveria perceber a existência privada que possui, com a experiência que o ser humano tem consigo mesmo e com seus semelhantes, sendo que este saber não pode ser negado pela ciência, seja ela jurídica ou não. O saber deverá integrar a consciência prática daquele que age, no caso, o Poder Judiciário ao garantir o direito dos idosos à saúde, por intermédio de seus juristas²²⁹. Por isso, impõe-se seja essencial que se tenha uma interpretação substancial da Constituição e dos direitos nela inseridos, sob pena de estar-se atrelado aos antigos regimes políticos, liberais, e adentrar-se no neoliberalismo, atendendo, apenas, aos interesses do Poder Público, sem que se realize a própria cidadania, pela garantia da dignidade humana, e os direitos apontados no texto constitucional como individuais.

4.4. A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO – PLANOS DE SAÚDE

O Judiciário, como campo social jurídico, independente dos demais campos sociais, sujeita-se às influências externas, mesmo que produzindo decisões autônomas, tornando tais decisões politizadas ou não. Algumas situações fáticas podem ser politizadas ou judicializadas para que o Poder Judiciário alcance a sua função social. Da mesma forma, relações privadas que se refiram a algum direito público, tais como os princípios constitucionais fundamentais, podem ser analisadas de forma a proteger-se o direito público e não apenas o privado. Esta publicização é uma forma de funcionalização do direito, ou seja, atribui-se aos institutos do direito privado um objetivo social, uma função²³⁰. Isto surgiu em face do Estado Democrático e Social de Direito.

²²⁸ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 22-23.

²²⁹ GADAMER, Hans-George. *O Caráter Oculto da Saúde*, op. cit., p. 9.

²³⁰ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87-89.

No Estado Liberal o Direito Civil preconizava a autonomia da vontade e a auto-regulação individual, e, com o “Welfare State” sofreu uma descentralização, tendo em vista que não possuía mais soluções que fossem condizentes com as novas exigências sociais. Pela promessa constitucional de justiça social e igualdade material, estas exigências permeavam, principalmente, a proteção das relações jurídicas nas quais estavam envolvidas pessoas hipossuficientes. Portanto, com a Constituição Federal de 1988 o Estado passou a ser promovedor de direitos sociais, ou seja, possui deveres de prestações positivas para com os cidadãos. Com isso, a fim de assegurar-se a igualdade das relações, o Direito Constitucional passa a interferir no Direito Privado, para garantir que o poder econômico arraigado no Estado Liberal não violasse direitos fundamentais, passando, assim, a um Estado Democrático de Direito, visto que comprometido constitucionalmente com a realização efetiva daqueles direitos cidadãos ²³¹. O direito patrimonial não é mais permeado de individualidade, mas constitucionalizado, não podendo, em hipótese alguma, alegar em seu benefício a autonomia da vontade como limitador à atuação judicial, tendo em vista que esta deverá assegurar aquele objetivo social ínsito no direito privado. Não há direito que não precise estar em conformidade com a Constituição, estando sob sua égide, pois os princípios constitucionais expressam valores materiais que orientam o ordenamento jurídico para que sejam realizados, dando a conotação principal de constitucionalização ²³². Esta constitucionalização é a manifestação de que a Constituição não é apenas um programa político a ser desenvolvido pelo legislador e pela administração, mas possui normatividade jurídica reforçada, bem como, de que o direito não mais se divide em público e privado ²³³.

As relações privadas também devem se conformar aos direitos fundamentais-sociais, tendo-se em vista que, a Constituição Federal ao afirmar que a sociedade será solidária, determina que haja cooperação mútua, independentemente de cooperadores serem cidadãos ou Estado. A solidariedade, que a Revolução Francesa chamou de fraternidade, trata de um modelo de sociedade, não mais representada pelos mercados, mas pela necessidade de universalização do respeito aos direitos humanos, que se impõe sobre os poderes mercantilistas que governam e decidem à sombra do Estado ²³⁴. Solidariedade no sentido já

²³¹ FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*, op. cit., p. 92.

²³² FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil, op. cit., p. 97.

²³³ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas*, op. cit., p. 87.

²³⁴ RESTA, Elídio. *Direito Fraternal*. Tradução e coordenação Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 15-16.

definido anteriormente, ou seja, de consciência de pertencer ao mesmo fim, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo. É o meio do caminho entre o interesse centrado em si e o centrado no outro, possuindo aí um sentido também moral ²³⁵. E somente a proteção jurisdicional atenta para o cumprimento dos objetivos sociais dos direitos, sejam eles públicos, sejam eles privados, é que iniciará a implantação desta solidariedade.

Os direitos sociais não são devidos apenas aos necessitados, portanto, mas a qualquer cidadão e, no caso de contratação de plano de saúde, além de ter o dever de cumprir o contrato, possui a responsabilidade de prestar um serviço que esteja em conformidade com a força normativa da Constituição, no que se refere ao respeito aos direitos humanos e à dignidade, principalmente quando envolver pessoa idosa, a qual é parte considerada mais vulnerável, bem como, de modo a cumprir sua função social, ou seja, a prestação de um serviço de caráter público adequado. A sociedade tem o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e, foi neste ponto que o legislador constitucional vinculou as relações privadas aos direitos fundamentais sociais. Não apenas o Estado deve garantir a vida das pessoas idosas, também as entidades prestadoras de serviços públicos básicos, especialmente quando envolver o direito à saúde deve respeitar a vulnerabilidade contratual e de condições fisiológicas destes cidadãos, a fim de que não sejam mais um grupo de excluídos sociais. Portanto, qualquer negativa de cobertura de tratamento atenta contra o próprio objeto do contrato que é a garantia e o livre exercício do direito à saúde.

A lei 9.656/98, que passou a dispor acerca dos planos privados de assistência à saúde, submetendo-os à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar, no seu artigo 35, previu a possibilidade de manutenção dos contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999 ou, a sua adaptação nos termos da lei. Ocorre que a adaptação do contrato previa a majoração da contribuição, dependendo da faixa etária em que o beneficiário encontrava-se. Os contratos anteriores possuíam cláusulas que, no caso de manutenção, aqueles possuíam bases menores de mensalidades, mas poderiam ser aumentados em duas vezes em caso do advento de idade entre 60 (sessenta) e 70 (setenta) anos, e, em três vezes, após esta última faixa etária, o que representava mais de cem por cento do que vinha pagando até então. A prática de aumento da contribuição pelos planos de saúde privados era comum,

²³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)*, v. 8 (outubro/dezembro 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 4.

principalmente nos contratos em que figuravam como beneficiárias pessoas com idade igual ou maior que 60 anos, pois entendiam que o idoso utilizava mais os serviços prestados, cabendo ao Código do Consumidor regulá-los.

Diante do aumento do número de idosos, contratantes de planos de saúde, bem como da onerosidade reclamada pelas instituições privadas, prestadoras deste serviço essencial, em face da maior utilização quando do advento de idade avançada, é que foi editada a Lei 9.656/98. Com a nova lei, em caso de adaptação, os reajustes nas prestações seriam menores, mas, em caso de mudanças de faixas etárias, estes acabavam por tornarem-se exorbitantes, conforme, mais tarde, restou constatado. Os reajustes não poderiam ultrapassar 6 (seis) vezes o valor da mensalidade da faixa etária anterior.

Com isso, as empresas de planos de saúde pretendendo que todos realizassem a repactuação, nos termos da Lei nº 9.656/98, determinaram que aqueles com contratos anteriores à Lei tivessem um reajuste maior, no intuito de que houvesse a adequação à realidade econômica e financeira do país e, ao plano real, acabando por onerá-los, fazendo com que ocorresse uma migração, em massa, dos segurados para a nova regulamentação. O Ministério da Saúde entendeu que, como o legislador distinguiu a adaptação dos contratos anteriores, daqueles consumidores com mais de 60 (sessenta) anos, os aumentos somente seriam realizados mediante a autorização da SUSEP. Além dos consumidores com mais de 60 (sessenta) anos, os que estivessem no mesmo plano por mais de 10 (dez) anos, não poderiam sofrer aumento de faixa etária, valendo esta regra para aqueles que mudassem de faixa a partir de 03.09.1998. Quando atingissem as faixas etárias, após a vigência da Lei, atingiriam o valor projetado para o último reajuste previsto, quando iniciasse o último ano da faixa etária considerada. Neste sentido, também, foi o parágrafo único do artigo 15 da Lei, vedando a variação dos reajustes nos contratos que figurasse pessoa com mais de 60 (sessenta) anos.

Os incisos I, II, III, IV e V, do § 1º, do artigo 35-E, foram dedicados à repactuação dos contratos daqueles que possuíam sessenta anos ou mais, nos quais havia a vedação da variação prevista no *caput* do artigo 35. O valor da mensalidade da última faixa etária não poderia ultrapassar seis vezes o valor da primeira faixa etária, levando-se em consideração as coberturas contratadas, o tipo de plano escolhido, e os reajustes previstos para cada faixa etária, bem como, as condições em que poderiam ocorrer os agravos.

O Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida contra os beneficiários de planos de saúde negociados antes da Lei nº 9.656/98, autorizou as operadoras de saúde a não respeitar as regras previstas na referida lei, também relativamente à proibição de reajuste de mensalidade dos idosos com mais de sessenta anos, o que poderia ocorrer sem autorização da ANS, conflitando-se com o Estatuto do Idoso. Tal decisão levou o Ministério da Saúde e a ANS a pensar em alternativas para promover a migração dos contratos antigos para as novas regras, de modo a não onerar ainda mais os consumidores. A elevação do valor do contrato poderia ocorrer em vista da Lei nº 9.656/98 exigir cobertura ampla para os consumidores, situação que faria com que aumentassem os custos de exames e consultas médicas para as operadoras ²³⁶. Os percentuais que passaram a ser cobrados pelos planos de saúde privados tornaram-se insustentáveis, o que acarretava a exclusão, quase natural, do idoso dos serviços, em face da falta de condições financeiras para arcar com os custos.

Os usuários assinam contrato de adesão aos serviços dos planos de saúde, o qual prevê o reajuste, quando da implementação de idade avançada. Apesar disto, em relação aos planos de saúde privados, no que se refere à violação da igualdade entre idosos e qualquer outro cidadão não idoso, pode-se verificar que a intervenção judicial vem sendo acirrada, fazendo com que seja cumprida a equidade, quando pretendem realizar o aumento da contribuição para a manutenção dos serviços, verificando-se que estes foram estipulados de forma exorbitante.

A maioria das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para situar-se o presente trabalho neste âmbito específico, discute a abusividade da alteração contratual em face da modificação da faixa etária. Algumas reconhecem a abusividade contratual como motivo para a modificação das cláusulas; outras, referem que independentemente da data da celebração do contrato, este estaria protegido pelo Estatuto do Idoso; ainda, uma terceira posição entende que seria violação ao ato jurídico perfeito aplicar-se o Estatuto do Idoso nos casos em que o contrato foi celebrado antes da entrada em vigor do referido Diploma Legal, em total dissonância com a previsão constitucional de não discriminação de qualquer natureza.

²³⁶Disponível em: <http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_FS_CarlosECavalcantiPrecoporFaixaEtaria.pdf> Acesso em: 12 de junho de 2008.

O Poder Judiciário passou a intervir nestes casos, tendo em vista que a pessoa com mais idade já não possui as mesmas condições de discernimento dos pactos por ela firmados, tornando-se necessária a fiscalização jurisdicional, a fim de que não tenham seus direitos violados, tanto em relação à discriminação, quanto à igualdade, no sentido de equidade, embora algumas decisões ainda guardem resquícios de liberalismo, ao entenderem que prevalecem as disposições das cláusulas contratuais. Em face da condição dos idosos de excluídos sociais, compeli-los a adequarem-se a um mercado de saúde, seria retirar-lhes a própria dignidade, tendo em vista a precariedade econômica em que vive a sua maioria no País, ocasionada, principalmente, pelas diversas reformas previdenciárias, sistema que, muitas vezes, é o único provedor de suas rendas.

A vinculação à planos de saúde deu-se, originariamente, em face da conhecida ineficiência do serviço prestado pelo Estado, buscando o aderente assegurar a tutela efetiva de seu direito. Os planos de saúde utilizam-se da lógica da solidariedade, permitindo acesso de melhor qualidade à saúde, desempenhando papel importantíssimo na realização dos direitos constitucionais fundamentais-sociais, permitindo o exercício da dignidade. Ao Estado caberia a elaboração de normas para a prestação de serviços privados à saúde que preservem a dignidade da pessoa humana e que as interprete de modo a preservá-la. A razão de existir os planos de saúde é, justamente, a tutela adequada da saúde, dando às pessoas uma existência digna²³⁷, principalmente em se tratando de idoso. Este seria o ideal construído e que é buscado perante o Poder Judiciário, pois o caráter mercantilista acaba por prevalecer sobre o social.

Os contratos de seguro foram responsáveis, em grande parte, pela conscientização da necessidade de um viés mais social aos contratos, comprometido com a equidade e boa-fé, não mais influenciado, exclusivamente, pela autonomia da vontade²³⁸. Da mesma forma, foram os conflitos contratuais relativos a seguro de saúde, que levaram o Poder Judiciário a rever sua posição acerca do direito à saúde, o qual deveria estar adaptado ao Estatuto do Idoso. Esta visão é a que vem sendo defendida pela maioria dos Julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme já demonstrado. É importante saber-se que, se o Ministério da Saúde já constatou que 75% dos idosos estão na faixa da miserabilidade, não há como se conceber que eles não possam usufruir de planos de saúde privados, simplesmente,

²³⁷ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, n° 51. Jul/set 2004, p. 385-396.

²³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 394.

porque são discriminados ²³⁹ e, que o Poder Judiciário não possa intervir na esfera privada, a fim de adequar essas relações, uma vez que se trata de prestação de serviço público essencial à vida.

Neste sentido que se verifica a constitucionalização e publicização do privado, tendo em vista que todos os direitos devem estar em equilíbrio com aqueles direitos fundamentais-sociais, pois, além de possuírem uma normatividade jurídica reforçada, devem alcançar seus objetivos sociais. Há garantia constitucional de igualdade, seja de raça, sexo e, inclusive, idade, não podendo o idoso, portanto, sofrer qualquer tipo de ato ou omissão de caráter discriminatório, seja quanto à cobertura para tratamento médico, seja como motivo para majoração do plano de saúde – constituindo em modificação contratual que onera excessivamente a outra parte -, sob pena de violação ao parágrafo 3º do artigo 15 do Estatuto do Idoso. Ademais, a discriminação e a negativa de cobertura constituem-se em omissão por parte dos planos de saúde privados, acarretando a prática de crime previsto no artigo 97 do mesmo Diploma Legal Especial, podendo haver agravantes em caso de lesão corporal ou morte. Esta concepção social deve estar arraigada nos planos de saúde, os quais devem adaptar-se ao Estatuto do Idoso, no sentido de não imporem cláusulas contratuais que sejam discriminatórias devido à idade, sob pena de incorrerem em violação ao artigo 4º e § 3º do artigo 15, ambos do Estatuto do Idoso e, de sofrerem responsabilização, na forma da lei, bem como, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal. Ademais, o art. 96 do Estatuto do Idoso prevê reclusão de seis meses a um ano, e multa, em caso de discriminação. A pena ainda é aumentada em um terço, nos termos do parágrafo segundo, caso a pessoa idosa esteja sob os cuidados e responsabilidade do agente. Os planos de saúde, de certa forma, são responsáveis pelos tratamentos e internações de seus contratantes, o que poderia acarretar, portanto, em aumento da pena por discriminação, o que ocasiona a negativa do direito de acesso ao plano escolhido pelo idoso. Estas penalidades não excluem a aplicação do Código Penal que, em determinados casos, possui penas mais severas, de forma que as previstas no Estatuto do Idoso não podem beneficiar àqueles que cometem crimes contra idosos.

Por certo que o capitalismo impera nas relações privadas, mas estas não estão imunes às regras impostas pelo campo jurídico, o qual não deve ficar atrelado no *habitus* arcaico de

²³⁹ MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de. *Violência contra Idosos: é possível prevenir*. Impacto da violência na saúde dos brasileiros/ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Anexo V. Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 143.

que, as relações privadas são regidas pelo direito privado, devendo-se ter em vista que o público abarca todas as relações contratuais, as quais possuem objetivos sociais a serem alcançados. O Judiciário não poderia fazer imperar a lógica do mercado, a qual está voltada para o poder aquisitivo daquele que contrata um plano de saúde privado, restando os demais, que são em maioria, excluídos de sua abrangência. A situação de neutralização em que se colocam os agentes judiciários, na realidade, serve para que haja um maior distanciamento dos fatos, ou, mais, das coisas em jogo por meio da “des-realização” direta dos interessados em diálogo entre mediadores²⁴⁰. Isto é o imperativo da função que está inscrita no âmago dos operadores do direito, no *habitus* daquele que segue os precedentes, como se estivesse condicionado, não fazendo “novos” precedentes, comportando-se como um ser-capaz-de-fazer a diferença e não, como um mero reproduzidor das condições sociais. Tratando-se de prestadores de serviços privados essenciais à saúde esse *habitus* não deve prevalecer, como se a negativa de proteção do direito dos idosos à saúde fosse o único comportamento possível *neutralizando*²⁴¹ as coisas em jogo, vez que a atenção para a situação de vulnerabilidade dos idosos é o fato da vida a ser analisado, o que está sendo discutido naquele momento.

4.5. CASOS EMBLEMÁTICOS

Pode-se verificar nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que há diversas interpretações quanto à concessão do direito à saúde ao idoso. Há aquelas que partem de uma visão formalista do Direito, e, também, as que compreendem o direito sob uma lógica de aplicação imediata dos direitos fundamentais, acreditando ser o direito à saúde essencial à preservação da vida. A inércia legislativa ou administrativa, no que diz respeito à omissão na efetividade de políticas públicas, resultam em uma inconstitucionalidade permanente, desestabilizando a política. Isto dá um relevante valor político a uma decisão judicial que declara a mora do Estado, pois elas são veículos que expressam as reivindicações da sociedade²⁴².

²⁴⁰ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*, op. cit., p. 227.

²⁴¹ ROCHA, Álvaro F. O. da. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 47.

²⁴² KRELL, Andréas. J. *Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 52-53.

As concepções procedimentalistas, normalmente, vinculam-se à subordinação destes direitos fundamentais-sociais às condições orçamentárias do Estado, demonstrando que esses julgadores encontram-se atrelados à concepção clássica de que o Direito é parte do Estado, ou seja, de que falam em nome do Estado ²⁴³. É assumir o *habitus* do campo político, que entende a lei como algo a ser definido, objeto de negociação, acordos, alterações e redefinições constantes, sempre baseadas nos interesses dos agentes que a aplicam ²⁴⁴. A negativa do direito com o fundamento na falta de comprovação da necessidade demonstra que o Poder Judiciário não possui uma pré-compreensão da faticidade, do modo prático de ser-no-mundo ²⁴⁵, ou seja, que não compreende a própria condição do “ser” idoso.

Outras decisões demonstram a preocupação do Judiciário com a forma, entendendo que a falta de especificações e evidências da necessidade de permissão de tratamento em medida liminar, é condição de impossibilidade desta concessão, mesmo que as evidências estejam inequívocas e relatadas nos autos, deixando de perceber os valores constantes na Constituição:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IDOSO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA.
Não restou devidamente comprovado no feito a necessidade de cirurgia pretendida, situação que não autoriza a imediata intervenção do judiciário.
AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. ²⁴⁶

O voto proferido revestiu-se de formalismo exacerbado:

(...) Avaliados, preliminarmente, os pressupostos processuais subjetivos e objetivos da pretensão deduzida pela parte autora, tenho-os como regularmente constituídos, bem como os atinentes à constituição regular do feito até aqui, conhecendo dos recursos em termos de propriedade e tempestividade.

No que se refere ao mérito, não tendo vindo aos autos elementos que pudessem alterar o entendimento esposado por ocasião do indeferimento do efeito suspensivo, tenho que deva ser confirmada aquela decisão, cujas razões (fls. 40, verso e 41) vão a seguir transcritas:

“Importa destacar que o histórico clínico do Sr.(...) (fl.34) afirma que a cirurgia a que deve se submeter não é procedimento de urgência, situação

²⁴³ ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. *Sociologia do Direito*, op. cit., p. 29.

²⁴⁴ ROCHA, Álvaro F. O. da. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 47.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 4.

²⁴⁶ Agravo de Instrumento nº 70020894564, Terceira Câmara Cível do TJRS, Relator Des. Rogério Gesta Leal, publicado no D.J.E. em 05/11/2007.

que não se altera radicalmente pela manifestação do diretor técnico do hospital em que se encontra internado. Ao lado disto, é preciso levar em conta o universo de demandas envolvendo saúde pública que acorre aos tribunais hoje, provocando verdadeiro impacto nas receitas orçamentárias da Administração Pública em todo o país, operando o Poder Judiciário como verdadeiro gestor de políticas gerenciais de demandas urgentes, matéria que reclama a devida atenção.

Já tive oportunidade de dizer que, em havendo um Estado Democrático de Direito no Brasil, associado a uma Sociedade Democrática de Direito, a legitimidade da Jurisdição deve estar fundada exatamente no assecuramento das regras do jogo democrático e responsável, sob pena de usurpação autoritária das vias e canais orgânicos que operam as competências e atribuições institucionais existentes, não sendo recomendável que, à míngua de prova consistente que o caso concreto aponte, venha a Jurisdição substituir as estruturas organizacionais que se ocupam de temas como os da saúde pública e seus recursos contingenciados.

A despeito de comprovada a necessidade da intervenção cirúrgica, não está claro, ao menos até aqui, o nível de urgência que implique a intervenção abrupta do judiciário para o procedimento cirúrgico indicado, até pelo fato de que a matéria está recebendo atenção institucional.

Pelo exposto, indefiro o efeito suspensivo ativo pleiteado.”

Pelo exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

É o voto.”

A decisão apreciou os pressupostos formais do pedido e, após, utilizando-se dos mesmos fundamentos da sentença, negou o pedido, sem qualquer análise mais aprofundada dos fatos apontados no caso concreto. Tal decisão está em dissonância com a posição social que o Poder Judiciário deve incorporar, no que tange aos direitos do idoso, assim como ao seu Estatuto, que no artigo 15º determina a internação para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde do idoso, demonstrando, com isso, o total desconhecimento da legislação que assegura a atenção integral à saúde das pessoas com idade avançada. O desconhecimento se dá, inclusive, com a consciência que os julgadores precisam possuir quanto às condições fisiológicas das pessoas idosas. Ainda, fundamentam suas decisões no Estado Democrático para negar o Direito, afirmando que argumentos de ordem política como, o orçamento estatal e as competências e atribuições institucionais, são mais importantes que a prestação jurisdicional àquele que é vulnerável. O poder da linguagem se manifesta na interpretação que cada julgador dá ao Estado de Direito e à democracia, gerando fundamentos que vão de visões liberais à sociais. O Poder Judiciário tem de agir na harmonização, não só

para com os demais poderes, mas possuindo o dever de (re)incluir²⁴⁷ aquele que encontra-se à margem da própria sociedade.

O princípio da Separação de Poderes também é argumento para a negativa de efetivação de Direitos Fundamentais pela administração. Ocorre que o Estado Social não pode aceitar que haja a paralisação das reivindicações sociais, pretendendo uma reformulação funcional dos poderes, garantindo, assim, o equilíbrio entre eles. O judiciário deve exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir de forma ativa na esfera social²⁴⁸. Estas formalidades devem ser abandonadas dando lugar à interpretação substancial que reflita a realidade das reivindicações, bem como, o alcance dos objetivos sociais. Outras decisões demonstram a preocupação com o direito pretendido, ou seja, com a realidade, com a consciência de um “mundo vivido”²⁴⁹, não com as formalidades determinadas pela lei, já que o mundo social é um imenso reservatório de violência acumulada que se revela ao encontrar as condições de sua realização²⁵⁰.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DE CIRURGIA À PESSOA IDOSA – URGÊNCIA CONFIGURADA ANTE O ATESTADO MÉDICO JUNTADO E AS DISPOSIÇÕES DA LEI 10.352/01 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE LHE CONFERE PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE - LEGITIMIDADE PASSIVA SÓLIDÁRIA DE QUALQUER DOS ENTES FEDERATIVOS - SUPREMACIA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE, TUTELADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DOS ENTES PÚBLICOS, DISPOSTO EM NORMAS INFERIORES – DIREITO À SAÚDE GARANTIDO PELO ARTIGO 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Apelo provido.

VOTO VENCIDO.²⁵¹

²⁴⁷ A situação do idoso é tão premente que, de acordo com as pesquisas, a população está envelhecendo e, diante do crescente nível de desemprego, estas é que sustentarão seus familiares, com suas parcas pensões e aposentadorias, fazendo com que se distribua a própria pobreza. (pesquisa anteriormente citada, vide: MINAYO, Maria Cecília de Souza, SOUZA, Edinilsa Ramos de. *Violência contra Idosos*, op. cit., p. 143).

²⁴⁸ KRELL, Andréas. J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais, op. cit., p. 54.

²⁴⁹ Para Heidegger a ideia de mundo é o modo de ser e a condição de possibilidade de ser da própria existência humana, no sentido do ser humano conhecer, afirmar a verdade, satisfazer-se com princípios e descrever a historicidade. É uma tentativa nova em meio à crise da razão, da verdade, do fundamento e dos conceitos metafísicos. Heidegger vai dizer que a ideia de mundo antecede a relação sujeito-objeto, que somente se dá na medida em que a relação que se dará aí tem uma condição de possibilidade, um fundamento. STEIN, Ernildo. *O Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 133.

²⁵⁰ ROCHA, Álvaro F. O. da. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 48.

²⁵¹ Agravo de Instrumento nº 70021939061, Quarta Câmara Cível do TJRS, Relator Des. João Carlos Branco Cardoso, publicado no D.J. em 17/01/2008.

O Relator, nesta decisão, não se preocupou com o fato formal do pedido, ou seja, a alegada falta de prova da urgência na realização da cirurgia, mas, de acordo com sua pré-compreensão da situação e do “mundo vivido”, deduzindo que, por ser pessoa idosa, a cirurgia deve ser realizada, em face da obrigação de prestação do direito à saúde, sendo este imprescindível para a inviolabilidade do direito à vida. Tal atitude do Julgador demonstra que o bem mais importante é a preservação da vida do idoso e não, simplesmente, os aspectos formais da demanda, os quais podem ser supridos a qualquer momento.

É necessário que se demonstre um caso emblemático de atuação do Poder Judiciário sobre os planos de saúde privados, denotando-se a sua necessária publicização, em face de seu teor político:

CIVIL. SEGURO. FAIXA DE IDADE DO SEGURADO. AUMENTO UNILATERAL E ABUSIVO, PELA SEGURADORA, DO RESPECTIVO PRÊMIO, SOB O ARGUMENTO DE AGRAVAMENTO DO RISCO. REVISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. ÔNUS PROCESSUAIS.

Legítima a cláusula contratual que estabelece faixas de idade em contrato de seguro, com reajuste do respectivo prêmio. Abusivo que seja, no entanto, o reajuste unilateralmente estabelecido pela seguradora, admissível é sua revisão judicial, por ferimento ao Código do Consumidor, mormente da norma contida no seu art. 6º, inciso VI. Ação cautelar e principal julgadas procedentes – a segunda em parte – na instância inicial, desprovemento do apelo da ré, e provimento ao da autora, quanto aos ônus processuais, já que vencida em parte mínima de seu pedido.²⁵²

Demonstra o Relator a situação na qual se encontram os idosos. A pré-compreensão do Jurista quanto ao “mundo vivido”²⁵³ evidencia que a pessoa idosa deve ser respeitada pela sociedade, realizando uma interpretação substancial da situação, demonstrando que o bem mais importante é a preservação da vida e não, simplesmente, os aspectos formais da demanda. É imprescindível que se analise os fundamentos substanciais utilizados no voto proferido, transcrevendo-o na íntegra:

²⁵² Ver: Agravo de Instrumento n.º. 70000142877, Sexta Câmara Cível do TJRS, Relator Des. Osvaldo Stefanello, julgado em 27/09/2000.

²⁵³ STEIN, Ernildo. *O Mundo Vivido*, op. cit., p. 133. Refere quanto ao “mundo vivido” que para Heidegger “A ideia de mundo é o modo de ser e a condição de possibilidade de ser da própria existência humana, no sentido do ser humano conhecer, afirmar a verdade, satisfazer-se com princípios e descrever a historicidade. É uma tentativa nova em meio à crise da razão, da verdade, do fundamento e dos conceitos metafísicos. Heidegger vai dizer que a ideia de mundo antecede a relação sujeito-objeto, que somente se dá na medida em que a relação que se dará aí tem uma condição de possibilidade, um fundamento.”

(...) Neste ponto desejo deixar consignada uma observação, que não é inédita, eis que já a fiz em diversos julgados, envolvendo sempre questões de seguro ou previdência privada: Institui-se no País, e é do *SISTEMA*, quer para o setor público de saúde e previdência, quer para o privado, que a pessoa idosa passa a ser uma *coisa descartável*, como se fora um *preservativo usado*, portanto, *imprestável* e que, por isso mesmo, *deve ser jogada fora*. Ou um *entulho social ou entrave econômico, estorvo* que deve ser removido do caminho para que não atrapalhe o bom desempenho financeiro do País e mormente dessas empresas que se dedicam ao *comércio do seguro e da saúde*. E, do *SISTEMA OFICIAL* de previdência e saúde. Basta ver o *ódio irracional* que os homens do Governo que gerenciam esse *SISTEMA* nutrem aos idosos, mormente aos aposentados, que, com a jubilação, passam a ser um *custo insuportável*, daí dever ser removido dos caminhos do *desenvolvimento nacional* e pela quebra total removido dos caminhos do *desenvolvimento nacional* e pela quebra total do setor da saúde pública. Ou como simples *porca de uma engrenagem* que se desgasta com o tempo e pelo uso. E que, por inservível para qualquer utilização, há que ser jogada ao lixo social à espera da morte, tanto melhor quanto mais rapidamente ocorra.

É a estampa da falta de dignidade com que se passa a tratar a pessoa porque alcança uma determinada idade, e, que, portanto, *lucrativa deixa de ser* a essas empresas que se dedicam ao *comércio da saúde e do seguro*.

E a BRADESCO SEGUROS S/A, como não poderia deixar de ser, segue a risco esse *dogma*: à pessoa idosa só resta *cair fora*, eis que deixa de lhe *ser rentável*.

É a podridão humana e social em sua máxima dimensão.

Creio não seja demasia lembrar que um *pouco de respeito à pessoa humana*, mormente em sendo idosa, é dever de toda a Sociedade. Mormente dessas empresas que se jactam de dar segurança à velhice, e *sob cujo discurso exercem seu lucrativo comércio*, ao chegar a determinada idade, jogam essa pessoa ao *limbo da insegurança*, senão ao *inferno do desespero*.

O que, convenha-se, não é ético, nem moral, muito menos jurídico. *Afinal de contas, o ser humano não pode ser transformado em simples objeto de mercancia, pólo de lucro ou fonte de riqueza* como o está sendo. E que é no que se transformou hoje, quer, o disse, para o *SISTEMA OFICIAL* da saúde e previdência, sob a batuta de um Governo pusilânime, servilmente submetido a Órgãos Internacionais, mormente ao FMI, e para o *SISTEMA PRIVADO*, para o qual o *HOMEM* não passa de um *objeto comercializável*, e como tal deve ser tratado: serve enquanto dá lucro, desserve a partir do momento da contraprestação (...).

Conforme nos ensina Gadamer, com o aumento do custo, impõe-se, com urgência, que o cuidado com a saúde seja novamente reconhecido e percebido como uma tarefa geral da própria população²⁵⁴. Está-se de posse de um crescente ser-capaz-de-fazer e, importa inserí-lo em um todo regido por princípios do regime político, dir-se-ia, até mesmo, Democráticos de Direito. Este ser não poderá, simplesmente, isolar-se do mundo para não sofrer as pressões

²⁵⁴ GADAMER, Hans-George. *O Caráter Oculto da Saúde*, op. cit., p. 8.

externas ao seu campo jurídico, continuando a sustentar o *habitus* historicamente construído, como se este fosse o único ponto de vista possível.

4.5.1. O Dever Público

Nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, há um mandado de otimização que impõe aos poderes públicos a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes ampla eficácia²⁵⁵. O legislador deve agir no sentido de fazer com que esses direitos fundamentais sejam amplamente concretizados, assim como o poder público deverá realizar políticas nesta mesma direção, pois vinculados àqueles direitos que são valores caracterizadores do processo civilizatório incorporados à sociedade brasileira²⁵⁶. As normas que definem os direitos e garantias fundamentais foram reforçadas pela consagração de outros direitos, como aqueles que estão positivados de forma implícita e em outros princípios constantes na própria Constituição. O direito à saúde, como dever do Estado, possui caráter de direito a prestações materiais, ou seja, de que qualquer pessoa pode exigir do poder público a assistência e prestação deste direito. Não há especificações da dimensão da satisfação que este direito deva ter, o que deixa margem de discricionariedade ao legislador Federal, Estadual e Municipal, para definição. Caberá ao Poder Judiciário, quando requisitado, fazer a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, dimensionando a satisfação deste direito essencial. Há posições contrárias à ideia de que o direito à saúde tenha o caráter prestacional, pois a sua concessão implicaria em disponibilidades humanas e financeiras, que estariam submetidas a uma reserva do possível.

Como se pode verificar, as decisões judiciais já vêm entendendo que, em se tratando de prestações que possam acarretar em violação à dignidade humana ou perigo de morte, os limites da reserva do possível e das previsões orçamentárias devem ser relevadas, dando-se, assim, a plena eficácia e efetividade às normas constitucionais garantidoras dos direitos

²⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 352.

²⁵⁶ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002, p. 73.

fundamentais-sociais ²⁵⁷. Em se tratando de idoso, não há como se dimensionar as consequências da não efetivação do direito relativo à saúde, tendo em vista que a fragilidade física daquele é fator que sempre feriria sua dignidade. As lutas sociais operárias fizeram com que o Estado passasse a regular, também, o que antes era competência da autonomia da vontade por ser matéria de direito privado. O Welfare State modificou o sistema do direito, o qual não possuía mais funções somente de controle social e obstáculos à mudança dos padrões estabelecidos na organização da sociedade. O direito foi institucionalizado trazendo no conceito de justiça um viés de igualdade, publicizando o privado, para constituir o estado de bem-estar social ²⁵⁸.

O *Welfare State* conferiu ao Poder Judiciário a guarda da vontade geral, tendo em vista a positivação na ordem jurídica dos princípios e direitos fundamentais. Um novo relacionamento entre os poderes se travou, cabendo ao Poder Judiciário a alternativa para a resolução dos conflitos coletivos, bem como de ser o guardião dos direitos fundamentais e, para a garantia da igualdade, a política teve de ser invadida pelo direito e suas instituições. Foi em face da minimização do Estado que houve a necessidade de que a política fosse invadida pelo direito. O Estado Liberal, como assentado em relações de propriedade privada, tendo-se em vista a realidade social do Brasil, precisou ser abandonado para dar espaço ao Estado Social, o qual não pensava mais no povo como um objeto, mas como sujeitos de direito ²⁵⁹.

Já não se podia priorizar apenas o desenvolvimento econômico e o capitalismo, mas era imprescindível que o espaço público assumisse sua condição de “mundo comum”, o qual reúne os cidadãos uns aos outros, evitando que colidam, a fim de que a sociedade possa demonstrar sua verdadeira face, que é a de solidariedade ²⁶⁰. É dever do Estado a construção de uma sociedade justa e solidária, assim como promover a saúde do idoso, no intuito de que realize a justiça social, podendo o Poder Judiciário intervir quando o Poder Executivo deixar de realizar políticas públicas necessárias para que haja a concretização dos direitos fundamentais-sociais, que são essenciais ao alcance da vida com dignidade, judicializando, assim, a política. Mas, o dever público é de instituir e efetivar políticas, nos termos da

²⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, n° 12, 2001, p. 91-107.

²⁵⁸ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 16-17.

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição (revista, atualizada). 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90.

²⁶⁰ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 62.

Constituição, para que os direitos fundamentais-sociais sejam efetivados. Estas políticas públicas envolvem não apenas prestações de serviços ou desenvolvimento de atividades executivas do Estado, mas, também, sua atuação normativa, reguladora e de fomento, que, estando estruturadas e concretizadas, conduzem tanto esforços públicos quanto iniciativas privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados²⁶¹.

A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material da força normativa da Constituição, principalmente no que se refere à sua efetividade, ou seja, à concretização da norma no mundo dos fatos, à realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social²⁶². As ações de planejamento da Administração Pública devem voltar-se para o dever de realizar a Constituição, sendo importante a normatização referente aos direitos fundamentais, necessário para que haja a superação das desigualdades sociais. Como horizonte de sentido das políticas públicas adota-se a concepção de Constituição Dirigente, pois esta estabelece um conjunto de indicações formais que servem de pano de fundo das ações governamentais. É, ainda, a premissa material da política, surgindo o dever-poder da Administração de construir políticas públicas que sejam eficientes, criando as condições de possibilidade para sua materialização. Os caminhos e limites destas políticas e da atuação estatal, assim como o desenvolvimento das atividades públicas, são dadas pela Constituição, cuja concepção não é mais de separação do Estado e da Sociedade²⁶³. Estas ações públicas devem, ao mesmo tempo, garantir o bem-estar, dignidade e direito à vida das pessoas idosas, sendo autênticas aquelas que resgatam o idoso como cidadão de um Estado Democrático de Direito, suprindo necessidades básicas, sem as quais não teriam uma vida digna e participativa em comunidade²⁶⁴.

As políticas públicas são reflexos da força normativa da Constituição, a qual, como já referido, possui mandados de otimização. A estruturação da Administração Pública em

²⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (org). *Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 112.

²⁶² GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências*. RDA nº 28. vol. 3. Abril/2008, p. 8.

²⁶³ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, op. cit., p. 326-328.

²⁶⁴ Idem, ibidem, p. 330.

hierarquias fez com que este campo social se distanciasse dos cidadãos, acentuando, ainda mais, a separação do Estado da Sociedade que somente foi superada pela referida força normativa das ações administrativas ²⁶⁵. Estas ações estatais são realizadas por meio da tributação, da qual retiram-se recursos das empresas e pessoas físicas para concentrá-los no Estado, para que este os administre, com vistas à concretização dos fins e objetivos públicos, os quais estão ligados aos valores constitucionais atinentes à efetivação dos direitos fundamentais-sociais ²⁶⁶. As atividades estatais devem estar voltadas ao fornecimento de melhores condições de vida aos cidadãos, pois estes são o próprio fim do Estado. Os poderes são conferidos aos agentes apenas como instrumentos necessários ao cumprimento dos deveres do Estado em relação à sociedade, estando vinculados à Constituição, a qual refere os limites das normas jurídicas e vinculação mínima dos agentes políticos. Isto decorre da própria noção de Estado de Direito, pois é dever da Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos no ordenamento jurídico, garantindo os direitos fundamentais, e promovendo a prestação de determinados serviços, mediante implementações de ações, conhecidas como políticas públicas, como modo de o Estado realizar os fins previstos na Constituição, cabendo ao Judiciário fazer incidir a norma que melhor realize os fins constitucionais, aplicando-a, dando-lhe, portanto, efetividade ²⁶⁷. As políticas públicas, deste modo, como dever do Estado em implementá-las, são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais dos idosos, restando vinculadas aos recursos existentes, os quais devem representar um mínimo que deve ser garantido à sociedade.

Os recursos arrecadados com a finalidade de custeio da saúde, na maioria das vezes, são angariados por intermédio de tributos, como é o caso, hoje, da Contribuição Social da Saúde (CSS), que incrementa o aporte financeiro em favor das políticas de saúde. O maior problema destas ações estatais está no controle destas políticas em matéria de direitos fundamentais-sociais, bem como da destinação daqueles recursos, envolvendo questões morais que atuam tanto no contexto estatal quanto no do Direito. O Estado tem o dever de realizar a dignidade humana e os direitos constitucionais, envolvendo aspectos individuais e coletivos, presentes e futuros, exigindo o equilíbrio entre suas ações e, ainda, a correção com que a política pública escolhida seja implementada. Não respeitadas estas diretrizes, os fatores

²⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 333-335.

²⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais*, op. cit., p. 113.

²⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais*, op. cit., p. 116.

de corrupção estatal destas políticas, com desvios de recursos públicos e de finalidades, devem ser considerados como moralmente equivocados ²⁶⁸. Com isso, constata-se que o Estado possui obrigatoriedade negativa de não fazer intervenções em áreas que encontram-se protegidas pelos Direitos Fundamentais, mas, da mesma forma, obrigação positiva de fazer de tudo para que eles se realizem ²⁶⁹.

O que se vê no Estado Democrático de Direito atual são os agentes políticos amparados nas normas para a não realização das políticas públicas essenciais à garantia de melhores condições de vida aos idosos. Embasados na legislação, realizam atos de corrupção e desvios de recursos necessários à concretização dos direitos sociais e fundamentais, as quais servem, também, à fundamentação da falta daquelas políticas. Isto demonstra o *habitus* do campo político em ficar indiferente ao contexto vivido pelo idoso na sociedade atual, o qual necessita de maior atenção à sua saúde. Este campo estabeleceu seus valores próprios e metas, objetos de disputa entre os agentes, permanecendo vinculado a um Estado Liberal mínimo, e pouco preocupado com o cidadão. Pode-se resumir, portanto, que o Executivo e o Legislativo não são instituições de vocalização da vontade popular, operando como complexa estrutura política, em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder, resultando daí o compromisso entre grupos com interesses conflitantes ²⁷⁰. Estes grupos acreditam que suas atitudes são as únicas possíveis para aquela situação.

Relativamente à proteção da saúde do idoso, tem-se algumas políticas públicas especificamente instituídas, sendo uma delas a da Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, a qual ainda carece de concretizações pela precariedade de investimentos de recursos financeiros que o campo político lhe dispensa, restando constatado pela falta de leitos nos hospitais, e, de profissionais que atendem à técnica necessária para a sua efetividade. Isto é o reflexo dos valores defendidos pelo campo político, os quais não devem ser os mesmos do campo jurídico, sob pena de ter-se a falência total do sistema de saúde, além dos próprios idosos, que necessitam dele para o alcance de uma vida com dignidade. Não se pode conceber que os agentes políticos realizem seus discursos diferentemente de suas práticas, vislumbrando apenas lucros simbólicos dentro do próprio campo, acreditando na sua correção.

²⁶⁸ Idem, ibidem, p. 125-126.

²⁶⁹ KRELL, Andréas. J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais, op. cit., p. 50.

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 95.

4.5.2. O Dever Privado

A maioria dos juristas entende que o dever das entidades privadas que fazem a proteção da saúde é meramente contratual, o que não pode ser entendido como passível de possibilitar-se a negativa de coberturas de tratamentos, pois prestadora de serviço de relevância pública, bem como, atrelada ao preceito constitucional que enfatiza que a saúde é “direito de todos”. Em caso de qualquer tipo de negativa destes órgãos privados, deve o Poder Judiciário, quando acionado, fazer a adequação do contrato para que o direito seja concretizado, assim como para que o dever advindo do contrato seja entendido como de caráter público. A esta situação pode-se entender como a publicização do privado. O direito coloca-se entre as relações em face da desigualdade social, ocupando um espaço vazio deixado por um Estado pouco democrático eivado de autoritarismo, não familiarizado com o bem-comum, trazendo o cidadão a participar da sociedade e, reconhecendo a importância de seus interesses no plano público. O direito coloca-se, portanto, a serviço da construção da cidadania²⁷¹.

Em alguns momentos verifica-se que, embora se possa estar diante de uma situação de relações privadas de cunho contratual, estas estão protegidas pelo direito, o qual já não confere mais tanta autonomia na vontade dos contraentes. Esta transformação se deu em face do surgimento de uma esfera social que abarcou tanto a esfera pública quanto a privada, não havendo que se falar em liberdade total de contratar. A liberdade é existente, o que não se pode mais permitir é o abuso desta liberdade, o que faz com que haja colisão de interesses e o esquecimento de que há um “mundo comum”²⁷². As entidades de direito privado, principalmente aquelas que prestam serviços de relevância pública, como são os planos de saúde, precisam respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, agindo de forma a garantir um mínimo de dignidade, tendo em vista o que dispõe o Estatuto do Idoso no tocante a onerarem-se, ainda mais, as suas contribuições, quando completados 60 (sessenta) anos de idade.

²⁷¹ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, setembro de 1999, p. 151-153.

²⁷² ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 82.

Em face da “teoria da vinculação dos poderes privados”, havendo relação entre particulares em que uma das partes possua o poder econômico, estaria esta vinculada aos direitos fundamentais, que possuem eficácia direta e imediata, embora não haja previsão expressa desta vinculação ²⁷³. Esta situação se dá, principalmente, na seara de contratos realizados entre pessoas idosas e planos de saúde privados, em face do desequilíbrio que se verifica pelo poder econômico exercido por uma das partes, acarretando a violação dos termos do disposto no Estatuto do Idoso, que reforça os ditames constitucionais acerca da não tolerância às discriminações. Isso demonstra a necessária vinculação do particular aos direitos fundamentais-sociais, que ocorre em face da força normativa da Constituição, pois se constituem de normas de valor válidas para toda a ordem jurídica, preservando-se, com isso, a unidade do ordenamento jurídico ²⁷⁴.

Durante muito tempo a população não possuía maiores esclarecimentos acerca de seus direitos, quando, então, o Poder Judiciário, democratizando a justiça, por exemplo, por intermédio de Juizados Especiais e campanhas de esclarecimentos aos cidadãos, passou a ser exposto ao meio social para que o acesso a ele fosse ilimitado e indiscriminado, fato que ainda pode aperfeiçoar-se, se o *habitus* das atitudes historicamente construídas, modificar-se no tocante aos direitos fundamentais-sociais, principalmente no que se refere à saúde do idoso. O *Welfare State* passa a ser importante para que o Poder Judiciário possa regular a justiça social como feito que necessita de intervenção para uma convivência social mais harmoniosa e equilibrada, pondo à prova a dicotomia entre público e privado, pois não mais importa apenas o mercado financeiro, mas as relações travadas entre aqueles que propõe-se a dele participar, proporcionando, assim, o exercício da cidadania e o bem-estar social. Por ser a dignidade da pessoa humana um valor que deve ser preservado por todos, não há como permitir-se qualquer desequilíbrio contratual, principalmente quando houver evidente prejuízo ao idoso, já que no Estado Social, a proteção não ocorre apenas entre os particulares e o Estado, mas também deste para com aqueles.

Embora as relações com os planos e seguros de saúde privados sejam contratuais, estas relações devem guardar o equilíbrio material, a fim de que sejam preservados os valores essenciais da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, os quais primam pela

²⁷³ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 125.

²⁷⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 366.

dignidade da pessoa humana, cidadania e igualdade, fazendo com que direito e justiça estejam intimamente ligados, judicializando a política e os mercados financeiros, próprios do capitalismo autoritário. Nas relações privadas sempre há uma parte que detém o poder sobre a outra, principalmente quando prevalece o jogo estabelecido por aquele que possui maior poder econômico, quando realizando uma atividade tipicamente estatal, como é o caso dos planos de saúde, que prestam um serviço de relevância pública. Estas relações devem manter o respeito aos direitos fundamentais-sociais, principalmente quando presente o elemento “poder”, devendo-se buscar, sempre, o equilíbrio entre as partes envolvidas.

Embora a Constituição Federal coloque como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a livre iniciativa, que para alguns poderá soar como possibilidade de autonomia total em contratar, não se pode esquecer que possui como um de seus objetivos a redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação. O respeito aos direitos fundamentais-sociais dos idosos em suas relações com poderes privados é de suma importância, pois este detém o poder social, o qual está caracterizado pela desigualdade.

A sociedade civil²⁷⁵ também deve assegurar os direitos sociais, em face da vinculação destes com o princípio da solidariedade, pois o particular não está alheio à incidência dos valores constitucionais, tendo em vista que é objetivo da República a construção de uma sociedade justa, livre e solidária²⁷⁶. Isto se evidencia na constitucionalização de muitos direitos privados, ainda, quando as controvérsias em torno destes são dirimidas pelo Poder Judiciário. A relação entre os privados deve guardar a confiança contratual entre as partes, não se permitindo o desequilíbrio e o prejuízo da parte considerada hipossuficiente. Especificamente quanto aos planos de saúde, por possuírem o poder econômico, não podem deixar de respeitar o direito fundamental-social à saúde, sob pena de estarem desrespeitando o próprio objeto do contrato, razão que poderá motivar a rescisão contratual, caracterizando-se uma disputa de poder, o que causaria desequilíbrio social.

²⁷⁵ A sociedade civil somente pode se exprimir quando está na presença de uma dispersão institucionalizada do poder. A sociedade reúne pessoas que se sentem cidadãs e que desejam participar da regulação social. São pessoas pertencentes à sociedade que, reunidas, participam da regulação das relações sociais. Aparece atualmente como a expressão de uma verdadeira vontade de participação da parte dos cidadãos. Conceitos dados por ARNAUD, André-Jean e JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da Globalização. Direito e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 420-421.

²⁷⁶ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas*, op. cit., p. 135.

4.6. O MÍNIMO EXISTENCIAL

O dever do Estado e das instituições privadas, no que concerne ao direito dos idosos à saúde, é de prestá-la de forma universal e integral, garantindo uma vida com dignidade, e não apenas o mínimo para a sobrevivência. A teoria que defende o “mínimo existencial” está diretamente ligada à prestação de um “mínimo social”, garantido quanto aos direitos fundamentais de liberdade, sendo fruto da doutrina alemã, inspirada e amparada no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e na integridade física, juntamente com o princípio do Estado Social, que se instituiu no pós-guerra. Este padrão mínimo indispensável a uma vida digna deveria ser utilizado de forma cautelosa e casuística. O “mínimo existencial” atribuiria ao indivíduo um direito subjetivo oponível ao Poder Público caso houvesse a diminuição de prestações sociais básicas. No entanto, no Brasil, foi pouco discutida, embora seja utilizada por alguns segmentos do Poder Judiciário para fundamentar a negativa da prestação jurisdicional no caso da saúde²⁷⁷.

A concretização dos direitos fundamentais-sociais depende de prestações realizáveis pelo Estado, mediante a implementação de políticas públicas que os garantam. Há um direito a nível essencial de prestação social inerente aos direitos sociais que correspondem a um “mínimo existencial”, que não contam com a eficiência esperada e devida dos entes estatais, violando, assim, a dignidade e a igualdade. Estes direitos não possuem níveis prestacionais suficientes para que esta dignidade reste assegurada, como é o caso do direito à saúde, principalmente quando envolve pessoa idosa. Somente haverá eficácia dos direitos fundamentais-sociais quando estes protegerem tanto as condições mínimas necessárias para possibilitar a sua realização, quanto os direitos básicos da vida, não ficando à mercê da viabilidade orçamentária²⁷⁸.

A saúde é custeada pela solidariedade, um dos caminhos da afirmação do mínimo existencial, informando também a justiça, criando vínculos de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição dos bens sociais essenciais a uma vida

²⁷⁷ KRELL, Andrés J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais, op. cit., p. 42-43.

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 38-39.

digna ²⁷⁹. A ordem social, como título da Seguridade Social, na qual se insere a saúde, tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, compreendido nestes, as ações integradas do Poder Público e sociedade. A saúde, custeada pela equidade na forma de participação, muitas vezes, por intermédio de tributações específicas, é garantida por recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O mínimo existencial está intimamente ligado à dignidade humana, e relacionado com o exercício dos direitos de liberdade, pois o indivíduo somente poderá agir livremente se tiver acesso a bens essenciais mínimos, podendo este ser definido como aquele direito à prestação mínima de segurança social, na qual se inserem as noções de previdência, saúde e assistência, sem as quais o homem não sobreviveria como pessoa humana ²⁸⁰, demonstrando, como já referido anteriormente, que somente haverá liberdade se houver dignidade e vice-versa.

Havendo relação de coexistência entre dignidade e “mínimo existencial”, é de referir-se que aquela deve ser vista por uma dupla dimensão, pois, manifesta-se enquanto expressão da autonomia da pessoa humana e, simultaneamente, como a necessidade de sua proteção por parte da comunidade e do Estado, quando não existir, porém, a primeira dimensão mencionada, ou seja, quando o indivíduo não tiver a plena autonomia para decidir, dependendo da situação em que se encontrar. O idoso é parte vulnerável e hipossuficiente em relações contratuais, e mesmo como cidadão participativo da sociedade, deve o Estado garantir-lhe a segunda dimensão, portanto, a fim de que sua dignidade seja plenamente exercida ²⁸¹.

O mínimo existencial da pessoa humana é possuir saúde (garantia de tratamento, prevenção e promoção), sendo que, para isto, algumas contribuições sociais são exigidas, a fim de que haja o devido custeio, cujos orçamentos são elaborados de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social. O que ocorre, normalmente, é que tais orçamentos são restringidos com a finalidade de reverterem-se os recursos para outras finalidades, acabando por prejudicar a prestação positiva da saúde, ou quando as políticas verificam-se moralmente inadequadas.

²⁷⁹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 10.

²⁸⁰ Idem, ibidem, p. 6-9.

²⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 50.

As condições mínimas para uma vida com dignidade são fundamentos básicos impostos pela Constituição Federal ao Estado Democrático de Direito, também, como já mencionado, no que diz respeito às pessoas idosas, quando então, dar-se-á pela solidariedade entre família, sociedade e Estado. As políticas públicas deveriam garantir, ao menos, o mínimo descrito no artigo 5º da Constituição Federal para que haja uma existência digna, pois a Administração, através de seu processo administrativo, possui papel de concretizador das reivindicações dos cidadãos ²⁸². O Estado Democrático de Direito deixou a segurança dos direitos sociais para o sistema contributivo, baseado na solidariedade, pois aquele se caracteriza por conciliar o Estado Social com as novas exigências de garantia dos direitos fundamentais entre mínimo existencial e direitos sociais ²⁸³. Deve-se pensar o mínimo existencial tanto como um direito negativo quanto um direito positivo ao essencial para a sobrevivência com dignidade, que o Estado não pode suprimir do indivíduo, assim como deve assegurar positivamente, mediante prestações de natureza material ²⁸⁴.

Ocorre que, não se pode estabelecer o que estaria incluído em um mínimo existencial, a fim de que ocorra a efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações. No entanto, pode-se identificar, dentre algumas ações que cabem ao Estado, quais poderiam afetar a dignidade de uma pessoa idosa, por exemplo, caso fossem negadas, ou não implementadas. O mínimo existencial decorre da proteção da vida e da dignidade, não de disposições constitucionais expressas e taxativas. A dignidade implica estarem asseguradas condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade, nas quais todos terão efetivados direitos que levem a uma vida saudável, sendo este o objetivo do mínimo existencial ²⁸⁵.

A vida humana não deve ficar adstrita à existência, tendo-se em vista que, aqueles que não possuem condições de sustentar um plano de saúde - que é a grande maioria dos idosos - em caso de denegação de serviços essenciais para garantir a sua qualidade de vida, se estaria equiparando a uma pena de morte, sendo o direito à saúde um direito subjetivo à prestação

²⁸² TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, op. cit., p. 17.

²⁸³ Idem, ibidem, p. 26-27.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (org). *Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 22.

²⁸⁵ Idem, ibidem, p. 24.

material, exigência inarredável de qualquer Estado ²⁸⁶. Não se pode entender o direito à saúde como abarcando apenas o mínimo existencial como reduzido à dimensão positiva, ou seja, de que deva ser simplesmente concretizado e garantido, mas possuindo um núcleo essencial, conteúdo que seja compreendido como sendo a própria garantia deste mínimo para uma existência digna.

A saúde é um direito fundamental e essencial às pessoas idosas, sendo que é um mínimo que garante a existência e que deve ser assegurado, também, pelo Poder Judiciário, pois deve fiscalizar para que todos possam alcançar a plena dignidade, a qual é retirada quando negada a prestação do próprio direito. O mínimo existencial, deste modo, não deve ser aquele necessário apenas à sobrevivência da pessoa, mas que lhe permita poder viver com dignidade e qualidade, principalmente no que diz respeito aos idosos, em face de suas condições físicas e sociais peculiares, não havendo que se falar em ponderação ou razoabilidade para a garantia de sua saúde, seja perante o poder público, seja diante do poder privado.

Há garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial, sendo este o parâmetro mínimo dessa efetividade, que deve impedir as omissões ou medidas de proteção e promoção que sejam insuficientes por parte dos atores sociais ²⁸⁷. O direito à saúde, para os idosos, é um mínimo que deve ser garantido e efetivado, considerado como direito fundamental que tem na dignidade seu núcleo essencial. Não poderia o Poder Judiciário entender o direito à saúde, quando se tratar de pessoa idosa, como um mínimo existencial dependente de uma reserva do possível, pois, argumentações de que determinados medicamentos não constam nas listas oficiais, não demonstram ser suficientes para aceitar-se a negativa do direito, uma vez que estas não se encontram em constante atualização. As doenças são variadas, assim como os seus tratamentos e, conseqüentemente, os medicamentos que devem ser prescritos. O Poder Judiciário deve ter um papel mais ativo ao conduzir tais demandas, tendo em vista que o Estado não está em constante atualização no que diz respeito às doenças e tratamentos pertinentes.

²⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 317-322.

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, op. cit., p. 42.

É imperioso que o Julgador tenha a consciência do seu papel na sociedade e na declaração do direito de um idoso à saúde, pois, caso contrário, poderá estar violando a dignidade humana, tendo em vista que desconhece a real situação do solicitante. Por isso, o papel do Poder Judiciário, não é mais apenas o de ser a “boca da lei”, mas o de promovedor da igualdade material, ou seja, de tratar os desiguais de forma desigual, proporcionando que todos possam ter acesso aos meios de alcance à qualidade de vida, permitindo o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito pretendido.

4.7. A “RESERVA DO POSSÍVEL” PARA O DIREITO À SAÚDE DOS IDOSOS

O poder simbólico exercido pelo campo político, por intermédio de seus órgãos de representação do Estado, faz com que se acredite que há uma reserva do possível para a implementação e efetividade dos direitos fundamentais-sociais. É importante que se tenha em mente que, onde se encontram situações de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível, ou, mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, como é o exemplo do direito à saúde que afetaria a vida, a integridade física e a dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário, quando demandado, deverá reconhecer o direito subjetivo do particular à esta prestação reclamada²⁸⁸. A maioria dos autores entende que os direitos sociais prestacionais possuem um caráter diverso dos direitos fundamentais positivos para a sua efetivação, pois dependem de disposição financeira de quem os presta para a sua concretização. Alguns destes direitos possuem suas fontes de custeio na arrecadação de taxas, impostos e tarifas públicas, como é o caso da Contribuição Social para a Saúde (CSS), que é um tributo dito vinculado. Portanto, sendo ele vinculado à contribuição, não há como o administrador público eximir-se da prestação da saúde como um serviço essencial à vida, tendo em vista que os recursos devem estar à sua disposição para o devido cumprimento desta obrigação.

Parcela significativa da jurisprudência entende que estas condições financeiras estão atreladas ao conceito de “reserva do possível”, que é justamente o poder de disposição por

²⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*, op. cit., p. 91-107.

parte do destinatário da norma, aliada à possibilidade de quem tem o dever de prestar o direito. Mas, em se tratando de garantia do direito à saúde de pessoa idosa, a responsabilidade, tanto do Estado quanto do Município, é solidária, não podendo haver qualquer tipo de fundamento que negue aquele dever prestacional. Por certo que não se está a falar de prestações absurdas, mas apenas do mínimo que deve ser garantido para que as pessoas idosas tenham uma vida digna e com qualidade. No entanto, a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas públicas é regra que se dirige apenas ao administrador, não ao juiz, que pode deixar de observar o preceito, a fim de determinar a concretização de normas constitucionais, visando concretizar um direito social. Cabe ao Juiz fazer prevalecer o direito fundamental-social violado, dada a sua superioridade axiológica em relação à regra orçamentária ²⁸⁹, devendo-se levar em consideração que a corrupção faz com que os recursos financeiros destinados à saúde sejam exauridos sem que atinjam sua finalidade.

A problemática está em a Constituição não poder afirmar o que seja “possível”, tendo em vista que as necessidades modificam-se, tanto pela diferença de região quanto pela própria realidade social. Resta ao encargo do legislador infraconstitucional e dos órgãos públicos a definição de suas “reservas”, o que acaba por acarretar a ineficácia dos direitos sociais, principalmente do direito à saúde, também por este referir-se, na maioria das vezes, à garantia de um “mínimo existencial”, tendo em vista que sua proteção não se encontra vinculada à “reserva do possível”, mas, à dignidade da pessoa humana, ou seja, a um direito fundamental. Tratando-se de pessoa idosa, não há que se falar em impossibilidade do exercício do direito à saúde com fundamento na falta de condições financeiras, pois a determinação constitucional é de que políticas públicas devem ser implementadas neste sentido.

Alguns juristas entendem que deve haver um limite do razoável para poder-se falar em obrigação de prestar algo, mesmo que haja disposição e recursos pelo Estado. O legislador possui uma margem de discricionariedade para a aplicação destes recursos, o que pode acarretar um problema de competência constitucional ²⁹⁰, podendo recair no impedimento da plena eficácia e efetividade dos direitos fundamentais-sociais. Esta conceituação deve ser vista com desconfianças, pois poderá ser entendida como a desnecessidade do poder público cumprir com as políticas que lhe são impostas pela Constituição Federal, o que seria um

²⁸⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências*. RDA n° 28, vol. 3. Abril/2008, p. 15.

²⁹⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 281-283.

perigoso fundamento que endossaria a postura inerte do Estado. A fundamentação de discricionariedade do legislador para a utilização dos recursos públicos, não poderá ser utilizada quando violar o “mínimo existencial”, ou seja, aquele direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre elas, a de ter saúde ²⁹¹.

A “reserva do possível”, além de estar adstrita à disponibilidade efetiva de recursos, está ligado à possibilidade jurídica de disposição destes recursos, ou seja, a competência para que o destinatário da norma tenha o poder de dispor daqueles, aplicando-os nas áreas da administração pública ²⁹². Alguns autores defendem que os direitos sociais prestacionais dependem da existência de recursos para sua efetivação ²⁹³, o que não deve ser permitido pelo Poder Judiciário, conforme já referido, quando tratar-se da saúde do idoso.

A teoria da “reserva do possível”, no sentido de que os direitos a prestações positivas estariam sujeitos a ela naquilo que se pode esperar da sociedade, é construção realizada pela jurisprudência alemã, país que possui realidade social completamente diversa da do Brasil, mas tal teoria foi encampada por nós, mas, sem definir-se a quem caberia dizer qual é “o possível” ²⁹⁴. A reserva do possível seria um limite fático, advertindo que as instituições jurídicas e constitucionais de um povo somente são compreendidas a partir de suas ideias morais e de seus princípios políticos, tornando-se impossível a importação de institutos jurídicos de uma sociedade para outra sem considerarem-se os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos ²⁹⁵.

No que concerne ao direito à saúde, instituto ligado à vida, seria temerosa qualquer atitude, principalmente do Poder Judiciário, em negar a sua realização, com base na barreira da “reserva do possível”, pois a falta de reservas financeiras não pode penalizar àqueles que necessitam de uma resposta a suas necessidades, devendo-se considerar, ainda, o alto índice de corrupção que ocasionam os desvios das referidas verbas, não cabendo aplicar-se, portanto, a teoria importada de país com a realidade social diversa do Brasil.

²⁹¹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *A Judicialização do Direito à Saúde*, op. cit., p. 19.

²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 282.

²⁹³ KRELL, Andréas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais, op. cit., p. 40.

²⁹⁴ KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais, op. cit., p. 40-41.

²⁹⁵ Idem, ibidem, p. 41-42.

Deixar que a reserva do possível seja o limite à realização dos direitos fundamentais sociais no âmbito brasileiro, é atestar a não necessidade de reserva de recursos para a sua concretização. Esta “reserva”, no entanto, deverá estar atrelada a um “mínimo existencial”, a qual, na maioria das vezes não expressa tal situação, não podendo ser entendido, conforme mencionado anteriormente, simplesmente como um mínimo para a sobrevivência em condições precárias. O constante desvio de verbas públicas faz com que a referida reserva escasseie-se antes mesmo de ser utilizada fazendo-se acreditar no *habitus* da alegação de falta de recursos.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC – referiu que os Estados-Partes têm a obrigação concreta de avançar eficientemente para a plena realização e concretização do direito à saúde, não tendo o Poder Executivo, portanto, liberdade de optar em fazer ou não a previsão destas despesas orçamentárias²⁹⁶. Por isso, o princípio da “reserva do possível”, no caso de concretização do direito do idoso à saúde, não pode ser aplicável aos casos brasileiros, tendo-se em vista que os recursos destinados a tais direitos fundamentais-sociais não são suficientes para que sejam efetivados pela administração pública, embora a maioria dos programas eleitorais dê preferência para a sua implementação²⁹⁷. Mas, a promessa faz parte do jogo político, o qual já está com as regras ditadas e as cartas marcadas, pois o *habitus* mantém os discursos historicamente construídos.

É de se concordar que o acesso universal à saúde e a igualdade entre as pessoas - tendo-se nestes, a busca de um ideal de justiça - tornam maiores as demandas sociais, entretanto, não é a escassez de recursos que limitam as políticas públicas. É a concentração abusiva de renda, mais que a sua falta, que torna o acesso aos funcionamentos mais difíceis, devendo estas disparidades tornarem-se o principal alvo das políticas de focalização de recursos para a saúde, levando-se em consideração as discrepâncias entre as capacidades²⁹⁸.

²⁹⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*, op. cit., p. 140.

²⁹⁷ A maioria dos programas eleitorais apresentados pelos candidatos à Prefeitura de Porto Alegre, no ano de 2008, por exemplo, estavam a priorizar a saúde.

²⁹⁸ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. SCHRAMM, Fermin Roland. *A Saúde entre a Iniquidade e a Justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen*. *Ciência & Saúde Coletiva*. 10 (1): 129-142, 2005, p. 139.

4.8. O DIREITO DOS IDOSOS A UMA VIDA DIGNA COM SAÚDE

O cristianismo, com suas origens no pensamento clássico e na ideologia cristã, em face do entendimento de que o homem é a imagem e a semelhança de Deus, preconizou a ideia de que o ser humano é dotado de um valor próprio, que lhe é intrínseco, pois a dignidade era qualidade própria que distinguia os homens das demais criaturas. Passando a expressão por Tomás de Aquino, foi Pico de Mirandola que sustentou ser a dignidade a qualidade peculiar do ser humano, o que lhe possibilitaria construir livremente e de forma independente sua própria existência ²⁹⁹.

Embora a concepção de dignidade para o pensamento estóico tenha passado por um processo de racionalização e laicização, manteve-se a noção de que todos os homens eram iguais em dignidade. Por isso é que se percebe a íntima relação do princípio da dignidade da pessoa humana com o princípio da igualdade ³⁰⁰. A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo ele o valor unificador de todos os direitos fundamentais, uma vez que todos os demais direitos fundamentais encontram suas base naquele princípio.

Os artigos 2º e 10º do Estatuto do Idoso prevêm o pleno gozo dos direitos fundamentais pela pessoa idosa, o que assegura-lhe as condições de dignidade de que necessita para viver como cidadão, sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, assim como das liberdades. A saúde é direito humano, permitindo ao indivíduo a afirmação e o pleno exercício da condição humana, tendo em vista que previne e trata eventuais situações degradantes, fazendo a conservação, assim, da dignidade das pessoas idosas.

Em cada comunidade e tempo histórico, a dignidade possui uma interpretação diferente. No contexto brasileiro atual, pode-se afirmar que o idoso pertence a diferentes classes sociais, fazendo com que se tenha de pensar em um tratamento também diferenciado. Na maioria das vezes, o envelhecimento acaba por acarretar a ampliação das desigualdades sociais, e o idoso pertencente a camadas sociais menos abastadas sofre as consequências. Por isso, os idosos necessitam ser reconhecidos como pertencentes a um grupo vulnerável, a fim

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 111-112.

³⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 112.

de que possam ser resgatados da classe dos excluídos sociais. Para que isto ocorra, precisa-se dar ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas como princípio que incide de forma reflexa, mas como influenciador direto para a garantia de uma vida com qualidade.

A dignidade é um princípio jurídico que possui uma relação importante com a inclusão social, mas, ao mesmo tempo são contrários, pois esta inclusão se dá no mundo dos fatos, enquanto o princípio restringe-se à teoria. A inclusão é necessária para que sejam reduzidas as desigualdades sociais, e para que haja a plena realização do ser humano, de forma equânime, no âmbito social ³⁰¹. Somente alcança a dignidade o indivíduo que estiver incluído socialmente e, se puder participar igualmente com os demais cidadãos, tornando-se um deles. O direito à saúde é um direito fundamental que ao ser exercido e respeitado pelas políticas públicas, está incluindo o ser humano na sociedade, bem como, está afirmando um mínimo de dignidade que àquele deve ser reconhecido a fim de que tenha uma vida digna.

Assim como o direito à vida, o direito à saúde e, a maioria dos direitos sociais, estão ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, e, são concretizados pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais. Todos os direitos fundamentais possuem suas raízes no princípio da dignidade, o qual é elemento referencial, tanto para a aplicação, quanto para a interpretação daqueles direitos ³⁰².

Uma sociedade que se desenvolve sob a égide de um Estado Democrático de Direito tem na dignidade da pessoa humana o seu fundamento e o seu núcleo básico, pois ela informa o ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de todo o sistema constitucional. A dignidade é o que dá suporte ao ordenamento jurídico, possuindo status de princípio que são incorporados nas exigências de justiça e dos valores éticos, servindo como critério de interpretação das normas de uma comunidade específica ³⁰³. A dignidade é a raiz ética dos direitos humanos ³⁰⁴, é um valor

³⁰¹ COCURUTTO, Ailton. *Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social*. São Paulo: Malheiros, p. 44-45.

³⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 106-108.

³⁰³ PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos Visões Contemporâneas*. Publicação Especial em comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação dos Juízes para a Democracia. São Paulo: 2002, p. 32-33.

³⁰⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría del Derecho: una concepción de experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1985, p. 222.

supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida³⁰⁵.

A dignidade da pessoa humana tomou sentido fundando-se na natureza humana dos indivíduos que ocupam posição superior no universo, ao prescrever-se que o homem deveria levar em consideração os interesses de seus semelhantes, vez que todos os sujeitos estavam atrelados às mesmas leis da natureza que proibiam que uns prejudicassem os outros. Mas, com Tomás de Aquino, em face de sua ideia de que o homem é a imagem e semelhança de Deus, é que a noção de dignidade tomou dimensões partidas da racionalidade, como qualidade inerente ao homem, qualidade que lhe dá possibilidade de construir sua vida de forma livre, existindo por sua própria vontade³⁰⁶.

Esta capacidade de considerar que o semelhante também é dotado de direitos e deveres é uma virtude, um hábito que regula os atos humanos. É a tomada de consciência quanto à existência do “outro” e, de que ele merece o respeito que se tem por nós mesmos como pessoas, em face de sua dignidade. Ela necessita ser reconhecida e concretizada, deduzindo-se que, tanto a atividade humana, quanto a estatal, possui seus limites e objetivos na dignidade da pessoa. As tarefas estatais devem ser guiadas por este princípio, tanto no sentido de preservar a dignidade, quanto no de promovê-la, criando condições que possibilitem o seu exercício. Ela é uma conquista decorrente da ação praticada por cada indivíduo³⁰⁷. Pode-se referir, então, que o todo está para as partes, assim como as partes estão para o todo. É importante que se reconheça a outra pessoa como dotada de dignidade, a qual deve ser respeitada por todos como um direito essencial para o exercício de suas necessidades básicas.

Tomás de Aquino expressa a dignidade da pessoa humana quando refere que os atos ordenados para nós mesmos se ordenam, também, para os outros, principalmente porque visam o bem comum, sendo este o bem de qualquer virtude. É o reconhecimento do “outro” como igual. Este “bem comum” alcança a todos de uma comunidade, demonstrando a igualdade universal, absoluta da pessoa humana. Ele entende que a lei ordena ao “bem comum”, substituindo, assim, a classificação de Aristóteles de “justiça geral” pela de “justiça

³⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed., ver. e atual. (até a EC 53 de 19.12.2006). São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105.

³⁰⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Verbete “Dignidade da pessoa humana – parte I”. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 213.

³⁰⁷ BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Verbete “Dignidade da pessoa humana – parte II”, op. cit., p. 219-220.

legal”³⁰⁸ que traz a igualdade perante a lei, demonstrando que a dignidade está intimamente ligada à noção de igualdade.

A justiça, para Tomás de Aquino, é uma virtude que ordena o homem ao outro e faz com que se deva sempre respeitar a alteridade nela esboçada. A sua concepção de justiça considera o direito como seu objeto, pois somente se expressa quando este pode ser exigível. Estaria fundamentada na igualdade, no equilíbrio entre um direito e um dever, todos voltados ao bem comum. É, hoje, o fundamento da sociedade moderna³⁰⁹.

O direito, para Aquino, é anterior à justiça, pois, somente se pretende equilíbrio entre coisas que são devidas de uma pessoa à outra, porque este dever é um direito do outro. Sendo a justiça um hábito que nos faz agir escolhendo o que é justo, com a vontade constante de dar a cada um aquilo que lhe pertence, o juiz é a justiça animada, retificando as ações humanas para torná-las boas, aí se verificando que ela é uma virtude³¹⁰. Para ele, a justiça é a que dá a cada um o que lhe pertence e não reclama o alheio; descuida a utilidade própria para salvaguardar a utilidade comum. O objeto da justiça é, portanto, a ação exterior que se relaciona com a outra pessoa³¹¹. Esta é a relação que a sociedade, a família e o Estado devem ter com os idosos no concernente ao direito à saúde. Ao Poder Judiciário cabe retificar a falta de ação do Poder Executivo quanto às políticas públicas.

A justiça social capaz de assegurar que o Estado realizará as políticas públicas, garantindo o direito dos idosos à saúde, não deve estar atrelada à exclusão social, entendida como o afrouxamento dos vínculos sociais e perda do lugar que o indivíduo ocupa em uma sociedade, mas associada às igualdades de capacidades, referentes à liberdade efetiva, restando à justiça no âmbito do “fazer” e do “ser”, não mais apenas do “ter”. Não é uma questão de igualdade distributiva, pois as disparidades sociais é que limitam as oportunidades díspares de ricos e pobres³¹², velhos e jovens.

³⁰⁸ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Volume V. Questão LVIII, Artigos I, II e III. Trad. Alexandre Corrêa, organização de Rovílio Costa e Luis A. De Boni, introdução de Martin Grabmann. 2ª ed. Porto Alegre, Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes. Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 1980, p. 2492.

³⁰⁹ BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Verbetes “Justiça”, op. cit., p. 493.

³¹⁰ TOMÁS DE AQUINO, 1225-1274. *Suma Teológica*. Volume V. Questão LVIII, Artigos I, II e III, op. cit., p. 2486-2489.

³¹¹ TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Volume V. Questão LVIII. Artigo XI, op. cit., p. 2499.

³¹² SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. SCHRAMM, Fermin Roland. *A Saúde entre a Iniquidade e a Justiça*, op. cit., p. 129-137.

O crescente desenvolvimento das sociedades fez com que as demandas sociais modificassem seus enfoques, verificando-se, em muitas, a ameaça aos valores humanos, à dignidade e a outros direitos fundamentais, o que violava a própria igualdade entre as pessoas. Isto levou as instituições estatais a estabelecerem algumas exigências para a organização da estrutura da sociedade, passando a justiça a ser a aspiração fundamental de uma ordem social e jurídica ³¹³. A pobreza, a desigualdade e a exclusão são fatores que se retroalimentam, círculo vicioso que apresentam a insuficiência do sistema de saúde como um dos principais indícios daqueles ³¹⁴. Neste sentido, fala-se que a dignidade da pessoa humana e a justiça social estão intimamente ligadas no que diz respeito à busca de melhores condições de vida para uma parcela de cidadãos que se encontram, hoje, à margem da sociedade, tendo em vista que, ao mesmo tempo, excluem-se e são excluídas. Tais cidadãos são as pessoas idosas, que possuem os mesmos direitos de qualquer outro, mas, em face de suas características peculiares, devem ser diferenciadas no momento da concretização de direitos fundamentais-sociais. Devem ser diferenciadas por suas condições, ou seja, por aquelas limitações que lhes fazem diversas das demais. Estas pessoas contribuíram para o desenvolvimento social, na medida em que participaram do crescimento do País quando ainda capazes de produzir, em igualdade de condições com os demais cidadãos e, hoje, continuam a contribuir, pois se tornaram consumidores, os quais são necessários à economia mundial.

Por isso, argumentos de garantia de um mínimo existencial e de reserva do possível deveriam esbarrar no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o sistema de saúde brasileiro apresenta os mais variados problemas, desde a falta de previsões orçamentárias para determinados tratamentos, até a falta de leitos para a internação dos cidadãos, devendo ser a justiça a aspiração a ser alcançada pela ordem social, por intermédio do Poder Judiciário. No entanto, quando o idoso possui um plano de saúde privado, nenhum destes problemas é enfrentado, evidenciando que não há vínculo dos homens ao Estado, pois, conforme entendia Aristóteles, “a administração da justiça, que é determinação daquilo que é

³¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Verbetes “Justiça”, op. cit., p. 493.

³¹⁴ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. SCHRAMM, Fermin Roland. *A Saúde entre a Iniquidade e a Justiça*, op. cit., p. 132.

justo, é o princípio da ordem em uma sociedade política”³¹⁵. Isso demonstra que a sociedade política brasileira está um pouco desordenada.

A promoção, proteção e garantia do direito à saúde é questão que se liga, portanto, à justiça social. A pessoa idosa apresenta uma condição menos favorável que outras pessoas, sendo considerada vulnerável em face dos fatores físicos, biológicos, psíquicos e sociais às quais está sujeita. O seu cuidado é questão de justiça social, no sentido de levar-se em consideração suas capacidades de vida, com objetivos impostos pela Constituição Federal, no Título “Da ordem social”, Seção III, Capítulo VII, que determina que o idoso deve ser protegido pelo Estado, pela família e pela sociedade, assim como o seu direito à saúde, que está previsto como direito de todos e dever do Estado. A justiça social visa assegurar o alcance dos bens importantes ao desenvolvimento das necessidades que emergem da própria dignidade da pessoa humana, sendo o direito do idoso à saúde, uma questão social relevante ligada à justiça social.

As políticas públicas são manifestações de direito à igualdade material, pois visam corrigir os desequilíbrios com ações positivas implantadas pelo Estado. A função do Poder Judiciário já não é mais a de, simplesmente, julgar e aplicar a lei de forma lógico-dedutiva, mas a de determinar que estas políticas públicas sejam realizadas com eficiência e moralidade pela Administração Pública. De certa forma, o Juiz atua como garantidor do cumprimento da ética a que está submetido o Poder Público na execução das funções sociais a que se comprometeu por intermédio da Constituição Federal. Isto é visto como politização do Judiciário que nada mais representa que, a adequação dos operadores do direito a interpretações condizentes com a realidade social brasileira. É o controle do cumprimento do dever do Estado de agir perante a sociedade, fornecendo-lhe os bens e serviços necessários ao alcance da dignidade da pessoa humana, intervindo quando a qualidade do serviço prestado não estiver condizente com tal perspectiva, bem como, exigindo que haja a efetiva implementação de políticas públicas que proporcionem este direito fundamental. As demandas sociais reivindicadas pelo idoso devem ser supridas pelo Estado, tendo-se em vista que o novo paradigma é o de um Estado Social e Democrático de Direito.

³¹⁵ ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*. Tradução de Therezinha M. Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 2000, A Política, Livro II, 2, 10.

Questiona-se a postura dogmática do Poder Judiciário, quando, em decisões referentes ao direito à saúde, empreendem a aplicação estrita da lei ou esbarram nas condições orçamentárias do Poder Público para efetivação do bem jurídico tutelado, sem apreciar os verdadeiros valores supremos que estão intrínsecos neste direito fundamental, importante para a vida com dignidade. Para Aristóteles o bem supremo é viver de forma inteligente³¹⁶. O viver está ligado à experiência do homem no mundo, a qual deveria considerar a realidade em que se insere o fato ocorrido. A postura do Poder Judiciário, portanto, deve aproximar-se dos valores, deve buscar expressar o ideal de vida, alcançando a ideia de ética aristotélica³¹⁷.

A saúde é um bem supremo, um valor almejado por todos, pois se tem consciência de, que sem aquele bem, não há vida com dignidade e isto seria viver de forma não inteligente. Até mesmo quem julga entende que a garantia do direito à saúde é essencial para o ideal de vida boa, a qual deve ser buscada por todos e, alcançada por quem pode fazê-lo, que é a situação na qual se encontra o Poder Judiciário. Ele é o único que pode fiscalizar os atos do Poder Público no que diz respeito à efetividade do direito à saúde. É direito absolutamente essencial para que o ser humano desenvolva-se e tenha um envelhecimento com dignidade.

Observa-se, porém, em países como o Brasil, que é utilizada linguagem própria ao campo político, de difícil compreensão, não regulamentando as legislações que determinam sua atuação para a concretização e garantia dos direitos essenciais à vida digna. A atuação do Poder Judiciário é de suma importância, pois ele cria a igualdade de oportunidades, já que o Poder Público não efetiva as políticas necessárias para que ocorra a igualdade de condições para o alcance dos direitos absolutamente essenciais para o desenvolvimento humano.

4.9. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA SUBSTÂNCIA DO DIREITO DO IDOSO À SAÚDE

É imperioso que, primeiramente, tenha-se em mente que o idoso encontra-se distante da justiça, não apenas por questões econômicas, mas sociais e também, culturais. Além de

³¹⁶ VEATCH, Henry B. *O Homem Racional*. Uma interpretação moderna da ética aristotélica. Tradução Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002, p.87.

³¹⁷ Idem, *ibidem*, p.60.

fazerem parte de um grupo social excluído culturalmente, na sua maioria, conforme já referido anteriormente, não possuem recursos financeiros abastados, o que lhes dificulta o acesso à justiça, pois não possuem condições de arcar com as dispendiosas custas processuais. Ademais, quanto mais baixo o extrato social ao qual pertencem, menos conhecem seus problemas como sendo jurídicos. As pessoas idosas, de modo geral, em face de sua condição social, têm receio de pleitear seus direitos, quando os reconhecem como tais, perante os tribunais cujas razões podem ser em face de experiências anteriores frustradas ou, por medo de represálias do próprio campo jurídico. E, outro aspecto importante, é o da própria iniciativa, esta vinculada ao desconhecimento de como deve agir e a quem deve recorrer para tomar as providências, o que demonstra a interiorização de valores arraigados, em face do fator cultural no qual estão inseridos ³¹⁸.

Mas esta concepção vem, a cada dia, modificando-se e fazendo com que as pessoas idosas tenham o mais amplo acesso ao Poder Judiciário na busca de seus direitos, seja por intermédio de agentes sociais que lhe prestam assistência jurídica, atores sociais já referidos, seja, de modo particular, tendo-se em vista a amplitude de informações que hoje são veiculadas na mídia, que possuem papel importante no crescimento da consciência jurídica em todos os níveis econômicos, sociais e culturais, embora ainda existam resquícios do judiciário anterior ao Estado Democrático de Direito e, resistências na sua busca.

As novas reivindicações de grupos sociais no alcance de seus direitos aumentaram a visibilidade social e política do Poder Judiciário que se transformou em espaço de negociação de interesses. A concretização desses direitos sociais faz com que os juízes tornem-se co-responsáveis pelas políticas que são de competência dos demais poderes estatais, a fim de que os projetos sociais sejam realizados, rompendo-se, assim, com o modelo liberal-individualista-normativista, que era de subsunção do fato à norma, de separação do Direito e da Política, tornando-se um problema de confrontação política dos fatos ³¹⁹.

O Poder Judiciário, então, em atendimento aos novos anseios sociais, necessitou mobilizar-se, no sentido de aproximar-se da sociedade como órgão público de resolução de conflitos, em face da inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes legislativo e

³¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça. In: *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5ª edição. São Paulo: Cortez, 1999, p. 169-170.

³¹⁹ APOSTOLOVA. Bistra S. Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo apud KRELL, Andréas. J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais, op. cit., p. 49.

executivo no intuito de implementar políticas públicas necessárias à concretização dos direitos substantivos. Com a “invasão” do direito em diversas áreas sociais do mundo contemporâneo, sejam elas políticas, sociais, culturais, tecnológicas, públicas ou privadas, em face de todo um emaranhado de práticas e de “novos” direitos que surgem, a sociedade, já imbuída em uma semântica de justiça, suplica que o Poder Judiciário seja o interlocutor destas transformações, em um paradigma diferenciado do tradicionalmente conhecido. Isto se dá em um panorama em que se vislumbra a incapacidade de o executivo e o legislativo alcançarem os anseios das demandas sociais que almejam a justiça social, sendo este o lugar da busca da democracia ³²⁰, verificando-se o fenômeno da judicialização da política, que consiste na concretização dos direitos fundamentais-sociais pela via judicial, o que é condição de possibilidade para a validade da Constituição no elo contencioso que une política e direito ³²¹.

O Judiciário é o responsável pela fiscalização dos demais poderes, no que diz respeito à concretização dos mandamentos constitucionais. Sendo que o executor das políticas públicas no que se refere ao direito do idoso à saúde, está submetido à chancela do judiciário quanto à efetividade e atendimento aos valores substanciais da Constituição Federal. O fundamento das políticas públicas tem a ver com o controle judicial, com a materialização dos preceitos, princípios e valores que estão esculpidos na Constituição Federal para a garantia do Estado Democrático de Direito. O controle jurisdicional das políticas públicas, portanto, constitui-se na garantia de guardarem-se os valores constitucionais ³²².

Por certo que há necessidade de análise do direito requerido, ponderando-se este com os valores inseridos na Constituição Federal, devendo-se perceber que as normas constitucionais sobre direitos sociais são princípios-condição de justiça social, possuindo eficácia interpretativa, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional ³²³. No entanto, não há liberdade do agente público em ponderar os bens, direitos e interesses em jogo, quando da elaboração das políticas públicas, pois estas são os objetivos de valor constitucional materializados no âmbito da Administração Pública ³²⁴. Ela nada mais estará fazendo do que declarando o próprio Estado Social, que se orienta pelos princípios da

³²⁰ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, op. cit., p. 149.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 14.

³²² OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, op. cit., p. 339-340.

³²³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais apud KRELL, Andréas. J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais, op. cit., p. 50.

³²⁴ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, op. cit., p. 341.

dignidade, na qual está inserida a proteção do direito do idoso, como já referido na primeira parte deste trabalho.

Anteriormente, também menciona-se que, a Constituição Federal é estruturada por valores substanciais, os quais integram os direitos fundamentais e são sua base e estrutura,³²⁵ devendo materializar-se pelas políticas públicas. Não há como se furtar ao fato de que a Constituição Federal possui determinações claras ao poder público para a implementação de políticas necessárias à garantia e preservação da vida dos idosos. Da mesma forma, não há como negar-se a existência dos direitos fundamentais-sociais inseridos no texto constitucional. A observância apenas dos instrumentos dispostos pela Constituição Federal para a efetividade destes direitos sociais prestacionais é inócua, uma vez que não garantem o mínimo existencial ou jurisdicional para a sua realização. Ela traça um rol de normas substantivas que vincula tanto o poder legislativo quanto o executivo, vez que aquele deverá apresentar as devidas regulamentações, enquanto este deverá realizar a ordem de valores fundamentais naquela inseridos. Ao Poder Judiciário cabe tutelar aqueles direitos, assegurando que a efetividade se dê na sua máxima expressão, pois ele é o intérprete da Carta Política, promovendo seu desenvolvimento em face de fazer a inter-relação desta com a realidade social que, constantemente, apresenta mudanças.

O controle jurisdicional das políticas públicas está relacionado com o fundamento destas, vez que voltadas para a materialização de princípios e direitos fundamentais. Com isso, garante a legitimidade democrática e a transparência da administração pública, por ser ele o guardião da Constituição³²⁶. O Poder Judiciário é o responsável por conferir legitimidade aos dispositivos constitucionais, quando determina aos demais poderes que observem as garantias dos direitos ali inseridos, fazendo a defesa da dignidade da pessoa humana, na tentativa de preservar os objetivos substanciais da República e da própria Democracia. Neste sentido, o Poder Judiciário tem um papel importante a representar, seja como meio de controle dos demais Poderes estatais, seja na tentativa de conscientização daqueles, para que as políticas públicas sejam implementadas e efetivadas.

No tocante à saúde, é perfeitamente legítimo e permitido que o Judiciário tome posição, no sentido de fazer com que elas sejam efetivadas, pois se sabe que as políticas

³²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 43.

³²⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional*, op. cit., p. 339-340.

públicas ainda são deficientes quanto à implementação e efetivação dos direitos fundamentais-sociais, principalmente no que se refere à saúde. Os problemas enfrentados pelo SUS têm suas causas na falta de controle operacional e abusos por parte dos seus integrantes (fabricantes de remédios, médicos, hospitais, laboratórios, farmácias) e, ainda, do numerário insuficiente de recursos públicos destinados para essa área ³²⁷. Isto demonstra a necessidade de haver a intervenção do Judiciário na política, sem que isto seja visto como violação ao princípio da Separação de Poderes. Ele deverá, ainda, intervir nas relações privadas, publicizando-as, quando iminente o perigo de danos àquele cidadão por violação de direitos fundamentais-sociais, ou, que possa desencadear danos coletivos. Isso demonstra com mais força que “A implementação dos direitos e valores substantivos afiguram-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito” ³²⁸, com o perdão da tautologia, para reforçar a tese, mas frisando-se que não é sustentado o ativismo judicial, mas primando-se pela democracia, que tem como fio condutor a promoção da inclusão social.

A Constituição não é um processo dirigido somente aos juízes, mas, também, aos cidadãos, pois possuem a função de proteger as minorias isoladas socialmente. O Juiz não pode ficar alheio ao contexto no qual se dá sua decisão, quanto à materialização das políticas públicas, tendo em vista que sua função é de corrigir e redistribuir as distorções ocorridas pelas desigualdades sociais ³²⁹. Ademais, o conteúdo dos atos jurisdicionais devem estar, igualmente, vinculados aos direitos fundamentais, os quais dão a direção que as decisões devem tomar, possuindo, ainda, a função de controlar a constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes estatais. É por intermédio da jurisdição constitucional que se vai definir, para todos os entes, o conteúdo e sentido dos direitos fundamentais, dando-lhes a maior eficácia possível no âmbito do ordenamento jurídico ³³⁰.

De acordo com Cappelletti, o desenvolvimento do Poder Judiciário é necessário para o equilíbrio dos demais poderes estatais ³³¹. O único poder que tem condições de perceber a evolução social e, fazer com que ela seja levada aos demais poderes, é o Judiciário, pois ele é considerado um “terceiro poder” que não pode ignorar as profundas transformações do mundo

³²⁷ KRELL, Andrés J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 34.

³²⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 14.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 189.

³³⁰ Idem, *ibidem*, p. 360.

³³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 55.

real, realizado, primeiramente, pelo controle de constitucionalidade das leis³³². Não se está a falar de ativismo judiciário, conforme já referido e frisando-se agora, mas este, no decorrer do tempo, assumiu uma maior criatividade, que é necessária para a sociedade contemporânea, em face, inclusive, dos desvios de recursos financeiros que a administração vem apresentando, que deveriam ser destinados à concretização dos direitos fundamentais.

A violência legítima engendrada pela Administração se dá na tentativa de manter a estrutura do campo político relacionado à saúde, cuja luta verificada não acaba ensejando a ruptura ou ameaça à existência do campo. O discurso ortodoxo é de defesa interessada na manutenção do *habitus*. O jogo dentro do campo produz modificações, mas estas não ultrapassam determinados limites, que seriam capazes de abalar os interesses dos agentes envolvidos. A luta apenas pressupõe um acordo entre os antagonistas sobre o que merece ser disputado³³³. Aqueles que participam do jogo, na tentativa de pretender modificar as atitudes a serem tomadas em relação à saúde, acabam por contribuir para a reprodução do jogo e produção da crença no valor do que está sendo disputado. As revoluções parciais que surgem do discurso crítico não abalam os fundamentos do jogo, as bases das crenças sobre as quais repousa o jogo todo.³³⁴ Na visão de Boaventura de Sousa Santos, as lutas sociais conjuntamente com a crise da administração da justiça acabaram por implicar que os conflitos surgidos dos “novos” direitos sociais dali emergidos, fossem constitutivamente conflitos jurídicos, os quais em princípio deveriam ser dirimidos pelos Tribunais, referentes à relação de trabalho, à segurança social, habitação, sobre bens de consumo duradouros, etc.³³⁵. A jurisprudência é a grande balizadora das transformações sociais, fazendo com que o direito e a justiça adaptem-se a partir delas. O judiciário vai realizar a interpretação da realidade social, entendendo-se esta como o penetrar nos pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas, no caso, aqui, do legislador constitucional e infraconstitucional, a fim de compreendê-los, reproduzi-los, aplicá-los e realizá-los no contexto onde encontra-se inserido, conforme o tempo e o lugar das transformações, sendo que o primeiro usa-nos como instrumentos de inovação³³⁶.

³³² Idem, *ibidem*, p. 46.

³³³ ROCHA, Álvaro F. O. da. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu*, op. cit., p. 49-50.

³³⁴ BOURDIEU, Pierre. *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983, p. 111.

³³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça. In: *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, op. cit., p. 165.

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, op. cit., p. 21 e 23.

Se a Constituição positiva os valores fundamentais de um campo social, sendo conhecida por “lei maior”, os princípios constantes nos direitos fundamentais devem possuir força normativa, devendo ser-lhes dado o condão de possuir efetividade e aplicação imediata, não podendo o Juiz utilizar-se de arbitrariedades para a sua interpretação, tão pouco dizer o que quiser que a lei tenha dito. O Juiz está vinculado à lei, principalmente, aos direitos fundamentais sociais, possuindo o dever mínimo de apoiar sua fundamentação nestes e na legislação, podendo-se utilizar da equidade para corrigir eventual desigualdade social, mas nunca em critérios de valoração vagos e análogos ³³⁷.

O Judiciário fará uma escolha, a qual implica valoração, “balanceamento”, resultados práticos e implicações morais da própria escolha ³³⁸. Como os princípios são dotados de uma carga de indeterminação, podem eles se conflitar uns com os outros, devendo o Juiz, ao analisar o caso a ele apresentado, escolher entre um e outro, conforme a gravidade e a coerência. Em se tratando de pessoa idosa, tem-se o dever de respeito, em face do Estado Democrático de Direito, tendo a República Federativa do Brasil como objetivos primordiais, os valores sociais e a dignidade da pessoa, sendo que, qualquer violação a direito fundamental acarretará o ferimento da forma federativa.

O Estado possuindo como finalidade precípua os cidadãos é a eles que deve defender contra os resquícios do liberalismo, quando há clara tentativa de sobreposição à outra parte da relação jurídica, tendo em vista que o poder econômico sempre prepondera apenas em uma delas. A defesa dos cidadãos contra abusos de poder, sejam eles públicos ou privados, é tarefa imprescindível do Poder Judiciário, pois estaria a preservar a dignidade da pessoa humana, quando esta estiver em situação de desequilíbrio, levando-se em consideração que a Constituição possui cláusula transformadora permanente, no sentido de que vai incorporar os conflitos antes ignorados pelos juristas. A Constituição não possui apenas os meios para sua concretização pelo Estado, mas os fins aos quais se destina, caracterizando-se pelos seus aspectos compromissório e dirigente, residindo aí, o papel transformador do direito e do Estado ³³⁹.

³³⁷ Idem, ibidem, p. 25.

³³⁸ Idem, ibidem, p. 33.

³³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 22-25.

Se a Constituição Federal inseriu em seus dispositivos direitos fundamentais, os quais estão intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, esta deverá ser levada em consideração. Se a saúde é um bem essencial para o pleno desenvolvimento da pessoa humana, principalmente quando idosa, dependendo a qualidade de sua vida do nível de prevenção, manutenção e efetividade dos tratamentos, não haverá outro princípio mais importante que rebata esta situação, não havendo que se falar, neste caso, portanto, em ponderação, pois há prevalência sempre da vida, conforme já referido anteriormente.

Não se fala, aqui, em pedidos e exigências extravagantes, mas que não carecem de complementação de provas, para a concessão do direito e, que continuem a demonstrar o *habitus* do campo jurídico à manutenção de regras próprias, não deixando que o social influencie as decisões. Mas, o Poder Judiciário “deve”, assim como os demais poderes estatais, em sede de políticas públicas, dar efetividade às normas, pois é ele o concretizador último. Conforme afirma Canotilho³⁴⁰, a Constituição Fundamental mantém com a realidade uma relação dialógica, pois está sempre aprendendo e sendo interpretada de acordo com ela, devendo o ordenamento jurídico estar transpassado pelos valores contidos nos princípios constitucionais³⁴¹.

Os direitos possuem um núcleo essencial e, o mais difícil, é encontrá-lo quando colocado perante os juízos. A qualidade dos serviços de saúde – quer sob o ponto de vista clínico, quer sob o ponto de vista assistencial – com a conseqüente garantia dos direitos dos utentes, sobretudo dos doentes, pode resultar mais da observância dos padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas do que da execução hierárquica de regulamentos e procedimentos administrativos, ou seja, o núcleo essencial de prestações sociais, que deve ser recortado da lei, como núcleo duro da subjetivização dos direitos sociais. Isto não quer dizer que a concretização judicial ficará excluída desta metódica, pois o direito constitucional como aquele que dá a direção, não pode ficar alheio a novas formas de concretização. O reconhecimento de um núcleo essencial de prestações sociais equivale ao

³⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 1.033.

³⁴¹ FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada*. Construindo partes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 97.

dos direitos, liberdades e garantias, pois todos os direitos econômicos, sociais e culturais apresentam dimensões caracterizadamente regulativo-prestacionais³⁴².

Se a argumentação se desse pelas tradicionais “reservas” – de lei e do possível – bastaria que o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficassem silentes, para negar-se, portanto, a existência de um núcleo essencial de prestações sociais. Os direitos sociais restariam neutralizados pelas omissões legislativas e executivas³⁴³. Para que isto não ocorra, o Juiz será o veículo para a concretização de direitos, participando da política, desempenhando papel de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos³⁴⁴. Por certo tem-se de abstrair o contexto social em que Canotilho expressa suas defesas, mas diante das omissões dos demais poderes, entende que o Poder Judiciário deve apresentar a solução para os conflitos.

A Constituição Federal brasileira, com seu caráter dirigente e compromissório, profere comandos para que o poder público concretize os direitos nela constantes, pois possui, conforme menciona Canotilho,

conjunto de normas fundamentais, que mais não são que verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua, estas imposições constitucionais só poderiam ser cumpridas, mas não seriam ‘aplicadas’ como ordens constitucionais isoladas nem ‘observadas’ como limites da liberdade legislativa³⁴⁵.

Em envolvendo o idoso, estas imposições constitucionais revelam o núcleo essencial do direito em conflito, o qual deve ser dirimido com urgência, e considerado prioritário, tendo em vista a fragilidade especial de sua saúde, não permitindo que o poder público, tão pouco o poder econômico privado, deixem de cumprir com os objetivos aos quais propôs-se, ou seja, fornecer serviços de relevância para os cidadãos, sob pena de estes serem tratados como meios e não fins do Estado Democrático de Direito.

³⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 264.

³⁴³ Idem, *ibidem*, p. 266.

³⁴⁴ Idem, *ibidem*, p. 268.

³⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 223-224.

As novas relações entre direito e política favorecem o enriquecimento das realizações da igualdade, valorizando-se a figura do Juiz como responsável em declarar como direito princípios já admitidos constitucionalmente como tais, bem como, como intérprete do justo na *práxis* social, vez que é o responsável pela evolução do direito e das regulações, por intermédio das jurisprudências, das relações sociais e, guardião dos princípios e valores fundamentais ³⁴⁶. O Juiz, por sua criação jurisprudencial, mantém o desenvolvimento do direito e a sua interpretação de acordo com a realidade da situação que apresenta-se perante o Judiciário, encontrando o fundamento na força normativa da Constituição, na qual existem direitos e liberdades fundamentais que devem ser respeitadas. Não há uma usurpação de poder, mas o reconhecimento de que este é responsável por guardar os valores essenciais da República. Neste sentido, o cidadão idoso não pode ficar à mercê das políticas públicas a serem implementadas pelo poder executivo, tampouco da regulamentação que é competência do legislativo, mas deverá buscar guarida no Poder Judiciário, a quem é relegada a competência de dar efetividade aos anseios postos em litígio.

O que deve ser levado em consideração é o princípio do valor verdadeiramente social da saúde, possuindo o Poder Judiciário um poder harmonizador entre a lei e os valores reconhecidos pela ordem social, origem da sociedade. O critério que deverá ser utilizado para qualquer decisão é a gravidade e o risco de morte que a doença poderá causar na vida da pessoa humana³⁴⁷ e, conforme já referido, deve-se considerar as capacidades, a fim de que a justiça seja alcançada. Deve-se vislumbrar uma maior atenção ao bem-estar social e da pessoa humana, no que tange ao direito dos idosos à saúde, a fim de que possam usufruir de uma vida com dignidade, devendo o Judiciário harmonizar a legislação existente e os princípios constitucionais, no sentido de fazer prevalecer aquele valor maior, que é a vida e, principalmente, por serem os idosos vulneráveis socialmente, necessitando, portanto, da proteção do órgão responsável pela garantia de seus direitos.

Os direitos fundamentais-sociais, na acepção já referida anteriormente, principalmente quando tratar-se de idoso, deverão estar entrelaçados, pois revelam a vontade geral expressa na Constituição, em face do contrato social, possuindo o Judiciário o papel de intérprete³⁴⁸ e concretizador. A publicização dos direitos sociais é necessária, vez que os direitos individuais,

³⁴⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*, op. cit., p. 22-32.

³⁴⁷ DE RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. Que judiciário precisamos em matéria de saúde? *Revista Paulista de Direito*. Ano 2, n. 2 (mar./abr. 2006). São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2006, p. 213.

³⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, op. cit., p. 23.

de liberdade, não excluem os sociais, de igualdade, ou vice-versa, conforme entendem alguns juristas. Somente desta forma o Estado Social poderá cumprir com suas funções básicas, que é a de remover as desigualdades, bem como, a de contribuir para estabelecer-se uma igualdade material. Isto faz com que a sociedade fique menos apartada dos cânones da justiça social, um dos objetivos principais da República e, também, da Ordem Social, não sendo os direitos sociais meros programas de política social enxertados na Constituição, o que evitaria excessos de politicidade e decisionismos do Estado social ³⁴⁹.

O idoso, por ser pessoa humana mais vulnerável perante os demais, deve ter um tratamento condizente com suas condições perante a sociedade, pois, em sua maioria, carecem de amplo acesso ao Poder Judiciário, em face de suas precárias condições financeiras, a fim de que se tenha a certeza de que seus direitos estão amplamente amparados. Tendo sido o idoso incluído na Constituição Federal em capítulo específico e, com dispositivo expresso quanto aos seus direitos, é de se acreditar na sua vulnerabilidade, caso assim não fosse, não haveria razões para que o legislador constituinte assim o enquadrasse. Isto se deu em face da busca pela igualdade material, a qual pretende dirimir diferenças sociais, conforme anteriormente referido.

O Estatuto do Idoso, lei especial, apenas reforçou que estes direitos subjetivos assegurados são instrumentos de igualdade, de ação positiva do Estado-legislador, um guia para as ações do Estado-executivo, ou, ainda, para o Estado-Juiz ³⁵⁰, no intuito de implantar a justiça social material. A atuação do Judiciário reequilibra tanto as relações privadas contratuais firmadas com idosos quanto àquelas prestadas pelo Poder Público em atendimento ao determinado pela legislação, em caso da negativa de pedido de tratamento, ainda mais que estes já foram reconhecidos como grupo vulnerável, em face do desrespeito às suas condições especiais e diferenciadas perante os demais.

O Poder Judiciário, pela sua função interpretativa, deve zelar pela força normativa da Constituição, através da efetividade que deve dar às suas decisões perante os poderes públicos e, também, privados, na proteção mínima aos direitos fundamentais-sociais, da igualdade e dignidade humanas, vistos em conjunto com os fatos sociais, políticos, econômicos e

³⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p.182-186.

³⁵⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso, op. cit., p. 7-8.

culturais, atentando para os objetivos da República Federativa do Brasil, introduzido na ideia de justiça social, efetuando a ponderação de valores jurídicos que estão em conflito, proferindo decisão que garantirá a concretude do direito social requerido.³⁵¹ Neste sentido, é inconcebível que existam limitações à sua atuação no sentido de um “mínimo existencial” ou de “reserva do possível”, conforme já referido em tópico anterior, tendo em vista que a administração pública está vinculada às determinações do legislador para que sejam concretizadas as políticas públicas.

O idoso não pode aguardar a vontade política dos agentes envolvidos no campo específico para obter um tratamento médico adequado, tão pouco poderá aguardar para que a “reserva” que foi destinada para a concretização seja suficiente para que alcance seus direitos. Na mesma linha de raciocínio, não se pode pretender dar aos idosos apenas um “mínimo” para que, simplesmente existam, mas dar-lhes, efetivamente, qualidade para que lhes garantam uma vida com dignidade.

A necessária interpretação substancial da Carta Política de 1988 poderia ser um caminho plausível, já que não há como furtar-se ao fato de que a Constituição Federal possui determinações claras ao poder público para que cumpra preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais-sociais e, no centro político do Estado Social previstos constitucionalmente contra as omissões na implementação de políticas³⁵², garantindo, assim a preservação da vida dos idosos. Não há como omitir-se à existência de direitos fundamentais-sociais inseridos no texto constitucional. A observância apenas dos instrumentos dispostos pela Constituição Federal para a efetividade destes direitos sociais prestacionais é inócua, uma vez que não garantem o mínimo existencial³⁵³ ou jurisdicional para a sua realização, tão pouco o núcleo essencial das prestações sociais. As formulações das políticas públicas, no Estado Social de direito, não estão relegadas apenas ao governo e à administração, têm seu

³⁵¹ SOUZA, Mara Lúcia Gomes de. *A Justiciabilidade do Direito à Saúde*. Monografia de Final de Curso. Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Universidade de Brasília, 2003. p. 35. Disponível em: <<http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20leis%20e%20textos/Monografias%20>> Acesso em: 20 de outubro de 2008.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 185-186.

³⁵³ No sentido de abranger todas as prestações necessárias a uma vida digna, não se resumindo à “sobrevivência”. Deriva da noção de dignidade da pessoa humana, e, se fundamenta no princípio da liberdade; em princípios constitucionais como a igualdade, o devido processo jurídico e a livre iniciativa. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188-189.

fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais e, a sua concretização deve ser controlada pelo Poder Judiciário ³⁵⁴.

Neste sentido que se tem de apreender a Constituição como eivada de substância devida aos cidadãos, não apenas de procedimentos dirigidos aos Juízes, pois os direitos sociais são direitos a prestações materiais do Estado, concebidos para atenuar as desigualdades de fato na sociedade ³⁵⁵. O Judiciário teria um papel de re-avaliador, legitimador e instância recursal das decisões políticas. O sentido promocional prospectivo dos direitos sociais alteraria a função do Poder Judiciário, que, perante a violação destes direitos examinaria se o exercício discricionário do poder de legislar conduziria à concretização dos resultados objetivados. O Juiz estaria preocupado com a consecução de finalidades políticas, seria responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social ³⁵⁶.

O paradigma do Estado Democrático de Direito requer uma interpretação que leve em consideração os valores substantivos inseridos na Constituição de forma a lhe dar efetividade, convertendo a política em instrumento do direito, uma vez que aquela se encontra vinculada aos princípios e direitos constitucionais. O direito já não está subordinado à política, sendo esta o instrumento de sua atuação, subordinando-se aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais, alterando a relação entre os dois institutos, fazendo com que as normas passem a garantir a dimensão material da “democracia substancial”, às quais todo o ordenamento jurídico deve respeito ³⁵⁷.

Portanto, o que se está a preconizar é a análise mais pormenorizada que o judiciário deverá ter ao deparar-se com a realidade do “mundo vivido”, levando em consideração, sempre, os princípios e direitos constitucionais relativos ao idoso, não se esquecendo da dimensão ética que eles possuem, diante do conteúdo substancial de que estão imbuídos.

³⁵⁴ KRELL, Andréas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos*. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. N° 10. Recife, UFPE, 2000, p. 41 e 55.

³⁵⁵ KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, op. cit., p. 31.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 93-94.

³⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 181-183.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de suma importância a discussão acerca da efetivação do direito do idoso à saúde, vez que as perspectivas futuras de envelhecimento da população, bem como, a entrada em vigor do Estatuto do Idoso leva-se a delinear “novos” direitos advindos da evolução histórica dos anseios da sociedade. O presente trabalho não pretendeu esgotar a matéria abordada, pois a sua complexidade não admite que se detenha a verdade absoluta do que foi exposto. Pode-se, no entanto, constatar alguns aspectos importantes e relevantes para que se alcance um Estado Democrático de Direito, o qual deve resguardar os direitos sociais como direitos humanos e fundamentais ao exercício da cidadania e dignidade, principalmente quando se tratar de pessoa idosa. No entanto, alguns conceitos básicos apontados devem ser levados em consideração, tendo-se em mente que não podem ser negligenciados ou omitidos.

A entrada do novo milênio trouxe consigo algumas preocupações que perpassaram o anterior, tanto no que se refere aos Direitos Humanos, quanto no que diz com o respeito aos direitos fundamentais-sociais que foram institucionalizados pela Constituição Federal de 1988. As divergências das novas necessidades que se impuseram no tocante ao direito social à saúde fizeram com que restasse concluído que a sua defesa constituía-se de um direito humano e fundamental, ainda mais quando envolvesse pessoa de idade avançada, vulnerável tanto aos abusos dos órgãos estatais e não estatais, públicos e privados, quanto dos percalços da vida, em face das modificações fisiológicas, sociais e culturais sofridas.

A ampliação dos direitos que surgiram no curso da história para atender aos desejos renovados e criados no decorrer das lutas sociais precisa ser afirmada expressamente pelas legislações constitucionais e infraconstitucionais, no entanto, requerem efetividade por parte dos agentes concretizadores dos referidos direitos. Neste panorama, o Ministério Público e a Defensoria Pública exercem um papel importantíssimo na defesa dos direitos dos idosos à saúde, principalmente quando há necessidade de cobertura de tratamentos, nos termos do determinado pela Constituição de 1988 e Estatuto do Idoso, pois, conforme referido no trabalho, não basta que estes direitos sejam afirmados, devem eles ser, também, efetivados. Além destes atores sociais públicos, aos privados incumbe, também, a defesa e proteção do idoso os quais possuem direitos fundamentais-sociais, considerados “novos” direitos, vez que,

apesar de instituídos em 1988 com a Constituição Federal, foram consagrados com a edição do Estatuto do Idoso em 2003, continuando sem efetividade, pois os agentes políticos responsáveis por sua concretização ainda não tomaram consciência da necessidade de proteção dos direitos dos idosos, esbarrando na falta de cumprimento das políticas públicas específicas para este grupo considerado vulnerável.

A inércia dos atores sociais acaba por manter um *habitus* de que a não concretização do direito do idoso à saúde é inerente ao campo, transformando-se em prática duradoura que é transmitida entre os dominantes e dominados, mantendo-se a regra de impossibilidade de efetivação daqueles direitos. Os interesses mantêm o Estado, o qual reivindica o monopólio do uso legítimo da violência simbólica, encarnado tanto na objetividade, quanto na subjetividade, pois mantém formas de estruturas e de mecanismos específicos, quanto formas de estruturas mentais, de pensamento, fazendo com que estas percepções tenham a aparência de natural. Ainda, os detentores de capital lutam pelo poder sobre o Estado, pois ele é quem contribui para a unificação dos códigos, realizando a homogeneização das formas de comunicação, moldando as estruturas mentais, conforme referido por Bourdieu e mencionado no capítulo anterior.

O contexto social atual não comporta mais as omissões da administração pública, que fundamenta sua negativa em conceitos que foram importados de países desenvolvidos, pois instrumentos inadequados para a utilização na realidade brasileira que é diversa e peculiar, principalmente no que diz respeito ao idoso, o qual não possui um sistema de saúde adequado que lhe dê segurança de uma vida com qualidade, tampouco possui um sistema previdenciário que lhe proporcione uma velhice tranquila e sem dificuldades para que possa alcançar esta qualidade, vez que não permite que mantenha um plano de saúde privado. Mesmo quando o possui, estes agentes privados aproveitam-se das condições de ingenuidade dos idosos e, também, do desconhecimento que possuem dos sistemas legislativos, para causar-lhes prejuízos. Neste momento é que necessitam da proteção jurídica de outros atores sociais que lhes representam junto ao Poder Judiciário, para lhes dar “voz” e “vez” perante a sociedade como cidadãos.

As diversas formas de disputa entre aqueles que são responsáveis pelas decisões judiciais, assim como daqueles que deveriam realizar as políticas públicas no intuito de cumprir a Constituição, fazem com que os cidadãos idosos não entendam a linguagem

utilizada, vez que procuram manter o seu monopólio, a fim de que possam justificar as faltas cometidas. O *habitus* dos campos jurídicos e políticos interagem com aqueles que deles necessitam, na manutenção da ordem estabelecida por cada um dos campos, ou seja, a linguagem é mantida, no sentido de justificar as omissões, impondo, arbitrariamente os discursos, não restando alternativas àqueles que recebem a informação, a não ser aceitar o que lhes é imposto como desculpa para a não efetivação do Estado Democrático de Direito.

A intenção dos agentes concretizadores dos direitos dos idosos à Saúde, muitas vezes não está de acordo com as influências que exercem sobre os demais organismos de defesa, tampouco com seus reais interesses. É muito comum ver-se a irresignação destes contra projetos de lei, por exemplo, que pretendem a privatização da saúde pública, sem que, no entanto, suas atitudes estejam voltadas para este sentido. Pertencentes ao mesmo campo político que produz a linguagem de inconformidade com a inércia do Estado, reproduz os argumentos que o exime de qualquer tipo de culpa pela inefetividade e concretização da legislação, no sentido de realização de políticas sociais públicas para a defesa da saúde do idoso. Conforme se verificou, a própria Secretaria Especial de Direitos Humanos, à qual é dada a incumbência de assegurar a proteção dos direitos dos idosos, na prática, ainda não saiu da mera formalidade.

Isto faz com que os demais poderes do Estado, principalmente aqueles que integram o campo jurídico, tenham a incumbência de estabelecer a fiscalização e a avaliação do cumprimento dos valores essenciais da Constituição pelos atores sociais responsáveis pela efetivação das políticas públicas de garantia do direito do idoso à saúde. No entanto, alguns ranços são verificados no campo jurídico, o qual, muitas vezes, para manter o monopólio de sua esfera de atuação, permanece omissos ao não adentrar na seara do campo político.

O Poder Judiciário assume, cada vez mais, sua postura guardiã dos direitos dos idosos à Saúde, a fim de que estes recebam a ampla proteção estatal para a cobertura de tratamentos. Embora algumas decisões ainda estejam eivadas de formalismos exacerbados, tendo em vista que direitos “novos” e ainda pouco explorados, a consciência de que os idosos necessitam da proteção integral do Estado fortalecendo-se a cada situação fática que precisa enfrentar. Já vê-se decisões judiciais que procuram a essência e a substância dos valores apontados pela Constituição como fundamentais.

O seu papel reavaliador das atitudes inconcebíveis de o Poder Público deixar de efetivar políticas sociais para a proteção, manutenção, tratamento e garantia da saúde dos idosos está, a cada dia, mais arraigado na busca da concretização daquelas promessas constitucionais ainda carentes de cumprimento. Isto ocorre em face de a política estar atrelada ao direito, vislumbrando-se o fenômeno da judicialização da política, afirmando sua função interpretativa das normas constitucionais e infraconstitucionais. Tais decisões abandonam, aos poucos, a visão meramente procedimental da Constituição, além de que, a implementação de políticas públicas, estaria vinculada à “reserva do possível” e ao “mínimo existencial”, entendendo-se estes como a falta de previsão orçamentária e a garantia, apenas, de sobrevivência do ser humano idoso.

Por isso, o papel do Poder Judiciário como visionário dos “novos” direitos surgidos neste milênio, no que diz respeito aos direitos do idoso à saúde, é de fazer com que as promessas constitucionais sejam concretizadas, na busca da própria dignidade da pessoa humana e justiça social, erradicando, assim, as desigualdades sociais que acometem este grupo social vulnerável, reconhecido como necessitado da ação estatal, tanto de agentes privados que lhes protegem, quanto dos poderes estatais, merecedores de um Estatuto próprio que deve ser entendido como auto-aplicável.

As ações conjuntas dos diversos organismos na proteção do direito do idoso à saúde é medida que se impõe, tanto na prevenção quanto no tratamento para a melhoria na qualidade de vida destes indivíduos. O trabalho das diversas instituições não deve ser isolado, mas de constante integração, a fim de que as finalidades sejam alcançadas de forma a conferir a maior efetividade dos direitos fundamentais-sociais dos idosos.

A ação conjunta dos entes públicos e privados é necessária, não se podendo permitir que o Estado se exima de uma de suas principais funções, que é a de promover e preservar a saúde pública, como se preconizasse o Estado Liberal mínimo, em detrimento de uma camada social vulnerável que a cada ano, além de aumentar, sofre reduções em seus benefícios previdenciários, muitas vezes, única fonte de renda que possuem. O Estado Social e Democrático de Direito deve ser instituído, cumprindo com os fundamentos e objetivos declarados na Constituição de 1988.

É necessário, portanto, que haja a ação conjunta de todos os órgãos que visam à concretização dos direitos dos idosos, sendo imperioso o incentivo e fiscalização pelo Poder Judiciário, mediante uma jurisdição constitucional, em face do caráter dirigente e compromissório da Constituição Federal. Não só a Constituição, mas o próprio Poder Judiciário possuem o compromisso para com os cidadãos, a fim de que sejam respeitados os direitos humanos, fundamentais-sociais, proporcionando-lhes uma vida digna, tanto em suas relações com o público, quanto com o privado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A legitimidade do Ministério Público para a Defesa dos Direitos Individuais Homogêneos do Consumidor. Um caminho para a Eficácia Social da norma dentro de um modelo garantista. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ASSIS, Araken de (Coord.). *Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, março de 2007.

ARISTÓTELES. *Constituição de Atenas*. Tradução de Therezinha M. Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ARNAUD, André-Jean e JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da Globalização. Direito e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto, O direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Construindo partes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BEAUVOIR, Simone. *A Velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

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

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

_____. *A Constituição Aberta*. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Ciência Política*. 10ª edição (revista, atualizada). 9ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

_____. *Questões de Sociologia*. Tradução de Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

_____. *Razões Práticas: sobre a teoria da ação*. 4ª edição. Campinas: Papyrus, 1996.

BUCCI Maria Paula Dallari. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Estudo sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO SOBRINHO, Linneu Rodrigues de. *Seguros e Planos de Saúde*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

COCURUTTO, Ailton. *Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social*. São Paulo: Malheiros.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DE RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. Que judiciário precisamos em matéria de saúde? *Revista Paulista de Direito*. Ano 2, n. 2 (mar./abr. 2006). São Paulo: Escola Paulista de Direito, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOUCAULT, Michel. *Metafísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GADAMER, Hans-George. *O Caráter Oculto da Saúde*. Tradução de Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti. *A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências*. RDA n° 28. vol. 3. Abril/2008.

GIDDENS, Anthony. *O Mundo na Era da Globalização*. Tradução de Saul Barata. 3ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

HADDAD, Eneida Gonçalves de Macedo. *O direito à velhice: os aposentados e a previdência social*. São Paulo: Cortez, 1993, p. 12.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KRELL, Andréas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos*. In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito. N° 10. Recife, UFPE, 2000.

KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática – os limites da dominação totalitária*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à Saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (Coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde*. Porto Alegre: Notadez, março de 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Teoría del Derecho: una concepción de experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1985.

MANCUSO, Rodolfo de C. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: Milaré, Edis (coord.). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 – 15 anos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC). V. 8 (outubro/dezembro 2001). Rio de Janeiro: Padma, 2000.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro, 1967.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos Fundamentais Sociais e Relações Privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; Edinilsa Ramos de Souza. *Violência contra Idosos: é possível prevenir*. Anexo V. Impacto da violência na saúde dos brasileiros/ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. (org.) *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *A Idéia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulamentação dos planos de saúde e proteção da pessoa humana. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, n° 51. Jul/set 2004.

OLIVEIRA, Marcelo A Cattoni de. Minorias e Democracia no Brasil. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Direito, Estado e Democracia. Entre a (in)efetividade e o imaginário social. Vol. 1, n. 4 Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima. LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Proteção aos idosos*. Curitiba: Juruá, 2007.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Direitos Humanos Visões Contemporâneas*. Publicação Especial em comemoração aos 10 anos de Fundação da Associação dos Juízes para a Democracia. São Paulo: 2002.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1, n. 4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006.

PORTANOVA, Daisson S. *Jornal COBAP*. Ano II. Edição 12. Ago/Set, 2008.

QUEIROZ, Clodoaldo de Oliveira. *Os Direitos Fundamentais dos Idosos*. Revista de Direito Privado, n° 25, v. 7; jan/mar, 2006.

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

_____. *Estatuto do Idoso Comentado*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice*. Florianópolis: Obras Jurídicas, 2002.

RESTA, Elídio. *Direito Fraternal*. Tradução e coordenação Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. *Planos de Assistência e Seguros de Saúde*. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Álvaro F. O. Judiciário: cidadania e reforma. In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Anuário 2006, n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

_____. *Sociologia do Direito: A Magistratura no espelho*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

_____. *O Direito na Obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político*. Revista Estudos Jurídicos, vol. 38, n. 1. Janeiro/Abril, 2005.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. *Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho “ainda” a ser trilhado*. Direito Público. N. 17 – Jul-Ago-Set/2007 - Estudos, Conferências e notas.

RULLI NETO, Antônio. *Proteção Legal do Idoso no Brasil: guia para o profissional do Direito e para o Idoso: Universalização da cidadania*. São Paulo: Fiúza, 2003.

SALGADO, Marcelo Antônio. *Velhice, uma nova questão social*. São Paulo, SESC – CETI, 1980.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da Justiça. In: *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5ª edição. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Construindo partes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti; BARCELLOS, Ana Paula de (org). *Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Interesse Público*, n° 12, 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Mínimo Existencial e Direito Privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: SILVA FILHO, José Carlos Moreira da Silva e PEZZELLA, Maria Cristina Cereser (Coord.). *Mitos e Rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor Idoso no âmbito dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde. In: *Revista de Direito do Consumidor*. v. 13, n° 51.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito a Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed., ver. e atual. (até a EC 53 de 19.12.2006). São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVESTRE, Jorge Alexandre; COSTA NETO, M. M. da. Abordagem do idoso em programas de saúde da família. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 19, n. 3. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<http://www.cadernos@ensp.fiocruz.br>>. Acesso em 25 de julho de 2008.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. SCHRAMM, Fermin Roland. *A Saúde entre a Iniquidade e a Justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen*. *Ciência & Saúde Coletiva*. 10 (1): 129-142, 2005.

SLAIB FILHO, Nagib e CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário Jurídico de Plácido e Silva*. 2ª ed. Atual. Eletrônica. São Paulo: Forense.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Para uma Crítica da Eficácia do Direito: anomia e outros aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1984.

STEIN, Ernildo. *O Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2ª edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. Volume V. Questão LVIII, Artigos I, II e III. Trad. Alexandre Corrêa, organização de Rovílio Costa e Luis A. De Boni, introdução de Martin Grabmann. 2ª ed. Porto Alegre, Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes. Livraria Sulina Editora; Caxias do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 1980.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: *Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VEATCH, Henry B. *O Homem Racional*. Uma interpretação moderna da ética aristotélica. Tradução Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os “Novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS:

Portal da Saúde. Disponível em:

http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=401

Disponível em:

http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_FS_CarlosECavalcantiPrecoporFaixaEtaria.pdf

Disponível em: www.senado.gov.br/paulopaim/pages/imprensa/artigos/2004/01102004.htm

Acesso em: 12 de nov. 2007.

Disponível em:

http://www.stcas.rs.gov.br/portal/index.php?menu=noticia_viz&cod_noticia=232

Acesso em: 12 de nov. 2007.

“Conheça a história e como funciona o SUS. Disponível em:

http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=281; no item Acesso em: 12 de nov. 2007.

Avaliação Conjunta do País UNCT no Brasil. *Uma leitura das Nações Unidas sobre os Desafios e Potenciais do Brasil*. Agosto, 2005. Ponto 46. Disponível em: www.onu-brasil.org/doc/CCABrasil2005. Acesso em: 15 de nov. 2007.

Idosos brasileiros: indicadores de condições de vida e de acompanhamento de políticas. Brasília: Presidência da República, Subsecretaria de Direitos Humanos, 2005. Disponível em: www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/. Acesso em: 22 de nov. 2007.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Disponível em: www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/eixos_tematicos.doc. Acesso em: 10 de março de 2008.

SILVESTRE, Jorge Alexandre; COSTA NETO, M. M. da. *Abordagem do idoso em programas de saúde da família*. Cadernos de Saúde Pública. Vol. 19, n. 3. – Rio de Janeiro, 2003. cadernos@ensp.fiocruz.br. Acesso em: 10 de março de 2008

Disponível em:

http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_FS_CarlosECavalcantiPrecoporFaixaEtaria.pdf. Acesso em: 12 de junho de 2008.

Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=281; no item “Conheça a história e como funciona o SUS”. Acesso em: 20 de junho de 2008.

Disponível em: www.senado.gov.br/paulopaim/pages/imprensa/artigos/2004/01102004.htm. Acesso em: 23 de junho de 2008.

Disponível em:

http://www.stcas.rs.gov.br/portal/index.php?menu=noticia_viz&cod_noticia=232. Acesso em: 23 de junho de 2008.

Disponível em: http://www.sciel.br/scielo.php?pid=S0011-52582005000400003&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em: 13 de agosto de 2008.

Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/316/350>. Acesso em: 13 de agosto de 2008.

SOUZA, Mara Lúcia Gomes de. *A justiciabilidade do direito à saúde*. Monografia de Final de Curso. Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Universidade de Brasília, 2003. p. 35. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20leis%20e%20textos/Monografias%20>.> Acesso em: 20 de outubro de 2008.

Disponível em: www.hospvirt.org.br. Acesso em: 26 de outubro de 2008.

LEGISLAÇÃO:

Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1974.

Lei 8.842/94.

Lei 10.741/2003

Portaria nº 2.528/2006

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)